

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXV
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.
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 de la Sala 2.^a del Tribunal
Supremo

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

MANUEL COBO
Catedrático de Derecho penal y Director del
Instituto de Criminología de la Universidad
de Valencia

JUAN CORDOBA RODA
Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS
Magistrado del Tribunal Supremo

ANTONIO FERRER SAMA
Catedrático de Derecho penal de la Univer-
sidad Complutense de Madrid

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Fiscal General del Tribunal Supremo

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

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

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

INDICE

Sección Doctrinal

	<u>Páginas</u>
<i>La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos, resultados</i> , por Hans-Heinrich Jescheck	629
<i>Delincuencia juvenil: tratamiento</i> , por Marino Barbero Santos	643
<i>Enjuiciamiento de sujetos peligrosos no delinquentes</i> , por Manuel Morón	671
<i>La libertad religiosa y la reforma de 1971 del Código penal español</i> , por Gerardo Landrove Díaz	699

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.

Último fascículo aparecido: Mayo-agosto 1972.

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 III**



**SEPBRE.-DICBRE.
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

La reforma del Derecho penal alemán Fundamentos, métodos, resultados (*)

Por

HANS-HEINRICH JESCHECK

Catedrático de Derecho penal

Director del Instituto Max-Planck de Derecho penal comparado e internacional de Freiburg
y
in Breisgau (República Federal Alemana)

La reforma del Código penal alemán, como es sabido, tiene una larga historia de ilusiones y desengaños. Los primeros trabajos para renovar el Código de 1871, comenzaron el año 1902. Setenta años después, en 1972, se ha concluido sólo la primera parte de la obra reformadora. La situación actual es la siguiente :

Ha terminado la *revisión de la Parte general* del Código. Ya es Derecho vigente una serie de importantes exigencias del movimiento reformador. Por ejemplo, la pena unitaria privativa de libertad, la amplia limitación de las penas cortas privativas de libertad, y la generosa configuración de la remisión condicional de la pena y de la libertad condicional. Otras disposiciones no han entrado aún en vigor, ni entrarán hasta el 1 de octubre de 1973, porque son tan trascendentales que no se pueden implantar de la noche a la mañana. Los establecimientos de terapéutica social, que constituyen uno de los centros de gravedad de la política criminal de la reforma, tienen que construirse de nueva planta o desarrollarse partiendo de modestos ensayos; la «vigilancia del comportamiento», llamada a ser una importante medida preventiva, sobre todo frente a sujetos reincidentes, tiene que estructurarse primero, personal e institucionalmente; la regulación de la pena de multa con arreglo al modelo escandinavo de los días-multa, exige reelaborar todas las sanciones penales pecuniarías, lo que hace necesario revisar, particularmente, la legislación penal especial, cosa que se va a llevar a cabo con el Proyecto de Ley de Introducción al nuevo Código penal.

(*) Conferencia pronunciada en las Facultades de Derecho de la Universidad Complutense y de la Universidad Autónoma de Madrid los días 25 y 26 de marzo de 1972. Traducción de José María Rodríguez Devesa, Catedrático de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid.

También está en marcha la *reforma de la Parte especial*. A diferencia de lo que ocurre con la Parte general, aquí las metas son limitadas y, de momento, no se ha alcanzado el estado final. Por ahora se ha dado una nueva configuración al Derecho penal político, mediante una ley de 1968 que restringe considerablemente el ámbito de los hechos punibles, puesto que redacta de una manera mucho más concreta los preceptos penales, sustituyendo los delitos ideológicos de opinión por normas penales contra aquellos comportamientos que significan un peligro real para el Estado democrático de Derecho. Además, han desaparecido los delitos de adulterio y los de homosexualidad entre adultos, vivamente criticados por la opinión pública hace largo tiempo. Se han liberalizado de modo considerable los delitos contra la religión. Por una parte, de acuerdo con la Iglesia católica y con la protestante, se ha suprimido la punibilidad de la blasfemia; de otra, aquellas confesiones *no* religiosas que agrupan a personas que tienen la misma concepción del mundo, como masones, teósofos, librepensadores, etc., han sido equiparadas a las confesiones religiosas en base al principio de igualdad y al de neutralidad del Estado. Muy importante es, también, la ley de 1968 sobre las contravenciones, que ha producido una profunda desincriminación en las leyes penales especiales. A finales de 1973 dejará de haber contravenciones o faltas penales.

Hasta 1969 hubo una estrecha colaboración, dentro del marco de la Gran Coalición de la Unión Democrática Cristiana y el Partido Socialista Alemán, que hoy se encuentran ideológicamente enfrentados. Esto favoreció evidentemente la obra reformista, porque sin esa unanimidad hubiera fracasado probablemente en seguida en el Parlamento. Pero al reducirse los contrastes políticos e ideológicos a un mínimo común denominador, algunas cuestiones básicas han quedado sin resolver o paralizadas por oscuros compromisos. Un ejemplo lo tenemos en la fórmula mágica, introducida en el último minuto, de la «defensa del orden jurídico», de la que dependen problemas de tanta importancia como la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad de corta duración o de ejecutar una pena de seis meses a un año (§§ 14, párrafo 2, y 23, párrafo 3, del Código penal).

La cooperación de los dos grandes partidos en el campo de la reforma penal concluyó en 1969, al disolverse la Gran Coalición. La tercera Ley de reforma del Derecho penal de 1970, lleva ya la firma de la *nueva coalición social-liberal del Bundestag*. La finalidad de la

Ley fue liberar de las cadenas jurídico-penales, conceptuadas como antidemocráticas, el derecho a exteriorizar las opiniones por medio de manifestaciones públicas. Con tal motivo desapareció la punibilidad de la pública excitación a desobedecer las leyes, lo que me parece difícilmente defendible, aunque sólo sea pensando en la tutela, tan popular, del mundo circundante. Se modificó entonces el viejo delito de perturbación de la paz pública (*Landsfriedensbruch*) —equivalente al delito español de desórdenes públicos y, en algunos casos, a la sedición tumultuaria—, para el que sólo bastaba antes con estar presente en la masa de gentes entregadas a la violencia. Ahora se requiere mucho más para la punibilidad, es decir, una participación personal en los excesos cometidos (§ 125 del Código penal). En el delito de resistencia contra el poder del Estado, se ha robustecido la posición del ciudadano en caso de error sobre la licitud de la acción del funcionario, debilitando correlativamente la posición de la Policía (§ 113, párrafo 4, del Código penal). Estas tres nuevas disposiciones demuestran que estamos asistiendo a una inequívoca devaluación de la idea del Estado, que en Alemania se produce en beneficio de una mayor extensión de la esfera de libertad del individuo, evolución que no ha sufrido todavía la prueba del fuego de tener que atravesar por situaciones de emergencia. Tampoco encontrarán apenas la conformidad de la oposición las Leyes cuarta y quinta de reforma de la legislación penal que han de ser aprobadas en la actual legislatura, según se propone al Gobierno federal, o sea, de aquí a septiembre de 1973. De la Cuarta Ley de reforma del Derecho penal destacan, sobre todo, las nuevas normas, muy discutidas, sobre la difusión de la pornografía, que, siguiendo los modelos danés y sueco, dejan impunes los escritos o grabados obscenos aunque, ciertamente, con tres importantes limitaciones. La primera consiste en que quedará punible el envío de publicaciones de esta clase cuando no se han pedido. Asimismo, quedará prohibida la exhibición en lugares accesibles a niños o jóvenes. Y, finalmente, se castigarán los escritos y grabados pornográficos que tengan por objeto actos de violencia, de impudicia con animales o actos deshonestos con niños. El punto capital de la Quinta Ley de reforma es la nueva regulación de la punibilidad del aborto. Al principio, el Proyecto del Gobierno era notablemente moderado porque quería complacer al ala conservadora del Partido Social Demócrata. Admitía el Proyecto, al lado de la indicación médica, reconocida desde hace años, la indicación eugénica, es decir, el peligro de un grave daño para el desarrollo del feto, así

como la interrupción del embarazo provocado por una acción punible. El Gobierno se ha visto, sin embargo, sometido recientemente a una creciente presión que procede de sus propias filas progresistas, para que conceda un mayor margen de libertad y que ya ha llevado a la inclusión de la indicación social, a través de una larga e imprecisa disposición. Incluso es posible que termine aceptando las exigencias del partido liberal y de la gran mayoría de la última Asamblea del Partido Social Demócrata, y permita el libre aborto durante los tres primeros meses del embarazo, lo que desemboca, prácticamente, en la supresión de toda tutela jurídico-penal para la vida del feto.

Este es, en el momento actual, el estado de la reforma alemana, sobre algunos de cuyos aspectos quiero volver ahora.

I

Ante todo, voy a exponer muy brevemente la concepción ideológica de los *fundamentos* político-criminales a que la reforma responde.

La pieza básica de la reforma de la legislación penal alemana radica en la *idea del Estado de Derecho*. Esta idea es más importante aún que el pensamiento de la resocialización, porque, en realidad, el Derecho penal alemán se considera hoy como una garantía de la libertad y un baluarte contra la injusticia y la opresión. La idea del Estado de Derecho la encontramos, en primer lugar, en el reconocimiento expreso de que no hay pena sin culpabilidad, como fundamento para la medición de la pena (§ 13, párrafo 1, del Código penal); luego en la regulación de ciertas instituciones de la Parte General que hasta ahora sólo estaban basadas en el Derecho consuetudinario, como por ejemplo, los delitos impropios de omisión (§ 13 del Código penal en 1973), el estado de necesidad justificante (§ 34 del Código penal en 1973); y el error de prohibición, más conocido por «error juris» (§ 17 del Código penal en 1973). Finalmente, en una redacción lo más concreta posible de los preceptos penales mismos, donde los casos leves, menos graves, graves y especialmente graves, se ilustran con ejemplos, como ocurre en la nueva regulación del hurto grave (§ 243), para establecer así, por medio de la Ley, una clara relación entre el desvalor del acto y la sanción penal. No obstante, hay un caso donde la idea del Estado de Derecho ha sufrido una sensible derrota. Me refiero a la prescripción. La Novena Ley de reforma del Derecho penal de 1969 ha aumentado el plazo de la prescripción de

la acción penal para aquellos crímenes castigados con pena de privación de libertad a perpetuidad, y ha dado efectos *retroactivos* a ese aumento para permitir que puedan continuarse persiguiéndose los crímenes de violencia más graves cometidos durante la época nacionalsocialista. Verdad es que la *retroactividad* del endurecimiento de la prescripción penal concuerda con los puntos de vista jurisprudenciales, que conciben la prescripción como un mero óbice procesal (BVerfGE 1, 418 [423]; 25, 269 [287]; BGHSt 2, 300 [307]), sustrayendo de esta manera la prescripción a la prohibición de retroactividad contenida en el artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental. Por el contrario, si se toma en cuenta la nueva redacción del párrafo 78 de la Parte General que ha de regir a partir de 1973, se advierte que la prescripción está concebida como una institución *mixta*, compuesta de elementos materiales y procesales, puesto que, de otro modo, no podría comprenderse que se diga que la prescripción «excluye la punición del acto». Si esto es así, prolongar el plazo de prescripción con efecto retroactivo presupone una modificación de la Constitución, y no hubiera podido acordarse por una simple Ley.

El segundo motivo central de la reforma es el propósito de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las exigencias de la *moderna política criminal*. Ciertamente que no es tan fácil de contestar como parece a la cuestión de lo que ha de entenderse por moderna política criminal. Lo único seguro es que el uso de la pena privativa de libertad se ha de limitar tanto cuanto se pueda, porque la prisión ejerce siempre sobre el condenado un influjo desfavorable por muchos esfuerzos que se hagan para modificar la ejecución de la pena. Incluso en un establecimiento penitenciario ideal, regiría también la ley psicológica de que la labor educativa de los funcionarios sobre los presos es de una eficacia inferior a la que ejerce la subcultura de los presos mismos, determinada a su vez por los peores elementos. Por eso saludo y apruebo el intento de evitar, hasta donde sea posible, la pena privativa de libertad, y no aplicarla sino cuando es inevitable por consideraciones de prevención general. Únicamente así se puede comprender el precepto de que, por regla general, no debe imponerse en lo sucesivo una pena corta privativa de libertad de menos de seis meses (§ 14, párrafo 1, del Código penal). Es más fácil renunciar a ella porque los casos en los que procede son poco graves. Pero no se puede abolir pura y simplemente, como pretendía el Proyecto Alternativo, pues no siempre puede imponerse como sustitutivo la pena de multa. Claro es que de la nocividad de las penas cortas privativas

de libertad no cabe inferir la conclusión de que las penas largas de privación de libertad sean un medio indefectible de conseguir la re-socialización. Todo lo contrario: no sólo *no* es indefectible, sino que a causa de su duración representan un peligro mucho mayor para la capacidad vital del preso que las penas cortas. Pero frecuentemente son inevitables, porque no puede sacrificarse la prevención general como fin último del Derecho penal. En cualquier caso, el nuevo Derecho alemán restringe incluso las penas de mediana duración, porque si son de seis meses a un año se aplica, por regla general, la remisión condicional de la pena (§ 23, párrafo 1, del Código penal) y también si van de uno a dos años, aunque a título excepcional (§ 23, párrafo 2, del Código penal).

De todos modos, hay una serie de cuestiones que apenas se ha conseguido esclarecer empíricamente, como la de cuál es el efecto que producen las diferentes penas y medidas en el que las sufre; qué influencia ejerce sobre el autor de un delito el no llegar a ser descubierto o que se sobresea el proceso; cómo reacciona la comunidad jurídica frente a penas especialmente duras o particularmente benignas, o ante el hecho de que se omita la persecución penal. Cierto es que, de momento, se intenta penetrar en este círculo de problemas utilizando los métodos de la Antropología filosófica y de la moderna investigación de la conducta, pero estamos todavía en los comienzos. Tampoco está resuelta la cuestión de hasta qué punto pueden introducirse en la administración de justicia penal el psicoanálisis y la psicoterapia. De todas maneras considero equivocada la lucha que sostiene una parte de los psicoanalistas, siguiendo las huellas de FREUD y sus discípulos, contra un Derecho penal construido sobre el principio de que no hay pena sin culpabilidad, porque hay una cosa firme: que un orden normativo justo, reconocido y practicable es uno de los componentes indispensables para la existencia de la vida humana.

Me parece indiscutible asimismo, como resultado de la investigación de las modernas ciencias sociales, que la reinserción social del delincuente, en especial el regreso del preso liberado a la sociedad libre, no es posible más que mediante un *auxilio social organizado*. Por eso se ha reorganizado a fondo en los últimos años en la República Federal la asistencia durante el período de prueba (§ 24 c) del Código penal), y por ello, se piensa que tendrá éxito la medida de «vigilancia del comportamiento» (§§ 68 y sigs. del Código penal en 1973), aunque, como es natural, sean menores las perspectivas de una

reinserción social activa en los criminales graves y en los multireincidentes. En Alemania, dentro del marco de un renacimiento de la conciencia social que en estos momentos tiene lugar, se abre paso cada vez con mayor intensidad, hasta quedar en un primer plano, el reconocimiento de que la reinserción de los delincuentes es algo que depende, en último término, de la capacidad de comprensión de la sociedad misma. Aquí desempeña un papel el progresivo desmoronamiento de la sensación de infalibilidad moral resultante de las investigaciones practicadas sobre la cifra oscura y de la discusión entablada sobre la criminalidad económica. La criminalidad *no* está limitada a determinadas clases sociales, lo que ocurre es que en ciertas capas sociales aflora menos a la luz del día. Hay también en Alemania organizaciones que se ocupan activamente del problema de la reinserción de los delincuentes, como por ejemplo, la «*Aktion Gemeinsinn*», aunque la conciencia de la responsabilidad frente al delincuente no provoque todavía entre nosotros un interés general, como ocurre, por ejemplo, en Holanda con la idea de la reclasificación. En cualquier caso, una sociedad liberal no debe desesperar de poder asumir esta tarea, siempre y cuando sea consciente de ella y disponga de una información suficiente. Nosotros no consideramos necesaria en modo alguno la interpolación de la colectividad en la resocialización, tal y como se practica con mil coacciones en los países socialistas. Pensamos que también en una sociedad libre se puede solucionar el problema de resocializar a los delincuentes.

El tercer fundamento de la reforma es la idea de la *desincriminación*. Como antes queda dicho, se han derogado algunas disposiciones penales importantes, o se ha restringido el ámbito de su aplicación, y otras se han transformado en contravenciones administrativas. También este pensamiento es correcto en principio, porque en un Estado liberal de Derecho, el Derecho penal no debe intervenir nada más que cuando parezca necesario para mantener el orden. Sin embargo, hay que prevenirse frente a las exigencias doctrinarias e ideológicas de la desincriminación.

Así, cuando con frecuencia, se exige, como una especie de «test» sobre la necesidad del mantenimiento de un tipo legal, demostrar que tutela un bien jurídico individualizable. Sólo si se pudiera aportar esta prueba, se dice, tendría acogida en un orden jurídico-penal liberal. En consecuencia, tendrían que desterrarse aquellos preceptos que castigan conductas únicamente opuestas a la moral. Este argumento con el que, por ejemplo, se ha conseguido el impunitismo para la ho-

mosexualidad y la sodomía, y que sirve ahora para fundamentar la libertad de la pornografía, es falso. Ciertamente que la mayoría de las normas penales responden a la necesidad de proteger un bien jurídico individualizable, pero ello no es obstáculo para que en una sociedad libremente organizada se castiguen conductas gravemente reprochables desde un punto de vista moral, aunque con ellas no se lesione un bien jurídico de un tercero o de la colectividad. Una reciente disposición contenida en la Ley del opio (1971, § 10, párrafo 1), muestra que tampoco entre nosotros se puede renunciar a la penalización de determinados comportamientos que permanecen en la esfera privada, siempre y cuando se estimen gravemente reprochables e insopportables para la comunidad. La Ley del opio impone penas de hasta tres años por la mera posesión de estupefacientes, aunque se destinen al consumo propio. Con ello se impedirá que una persona se arruine a sí misma, lo que me parece enteramente correcto. El precepto muestra, además, que el «test» del bien jurídico falla.

Creo también que el legislador ha ido demasiado lejos por el camino de transformar hechos punibles en contravenciones administrativas, por lo menos en el ámbito de la criminalidad económica, contribuyendo a un deterioro de los módulos valorativos en la conciencia de la opinión pública. Por ejemplo, en 1968 hubo una amplia transformación de delitos en contravenciones en la esfera del Derecho penal fiscal. Al proceder de tal suerte, se ha convertido en contravención la muy lucrativa, y por ello, especialmente peligrosa, criminalidad de la obtención ilícita de subvenciones, sobre todo dentro del marco de la Comunidad Económica Europea, delincuencia a la que, de momento, no se puede hacer frente sino con la legislación sobre contravenciones administrativas, aplicable sólo a los actos cometidos en territorio alemán, aun cuando se trata de graves ataques contra las bases del orden económico que por lo común se cometen en el extranjero.

II

Me voy a referir ahora a los *métodos* seguidos para llevar a cabo la reforma, y lo hago por haber expresado este especial deseo la Facultad, al invitarme a pronunciar esta Conferencia. Acaso la información que pueda proporcionarles sobre el procedimiento legislativo alemán contribuya a mejorar su propia técnica legislativa, siempre y cuando consideren deseable conceder importancia a estos problemas.

Una peculiaridad de nuestro procedimiento legislativo en el campo del Derecho penal radica en los *trabajos preparatorios de Derecho comparado*. Tampoco la reforma del Derecho penal material, como los trabajos de reforma de la ejecución de la pena y la reforma en curso de la legislación procesal penal, han sido o están siendo precedidos de previos trabajos iuscomparatistas. Todos ellos fueron confiados al «Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht» de Freiburg, porque allí disponemos de una gran biblioteca altamente especializada y, por consiguiente, de una considerable información bibliográfica y, sobre todo, de colaboradores con amplia experiencia en el Derecho comparado. La finalidad de estos trabajos es recoger el «repertorio de soluciones» dadas a un determinado problema en otros países. Para preparar un trabajo en equipo sobre Derecho comparado, el Instituto nombra un director del Proyecto, que, en estrecha colaboración con la persona que se ocupa en el Ministerio del tema de que se trate, establece un cuestionario sobre aquellos puntos que parecen de particular importancia o especialmente dudosos para el trabajo de reforma. Luego reflexionamos sobre los países que deben tenerse en cuenta, y que —dado el equipo de que dispone el Instituto— pueden tomarse en consideración. El Derecho de esos países es expuesto por los correspondientes relatores del propio Instituto, o por sus corresponsales, a los que se somete el cuestionario. Antes de la redacción definitiva de los informes, tiene lugar una segunda reunión de todos los colaboradores con la persona encargada por el Ministerio, con objeto de aclarar cuestiones no previstas. A veces se organizan viajes de información al extranjero. Concluido el informe sobre cada país, yo mismo o quien dirige el Proyecto del que se trata elabora el perfil iuscomparatista, ordenando, comparando y valorando sistemáticamente las soluciones que recibe en el Derecho extranjero cada uno de los problemas. La conclusión es una propuesta reforma legislativa dirigida al Ministerio. Por este procedimiento se han estudiado en el Instituto durante los dos últimos años, con vistas a la reforma del proceso penal, los temas siguientes: «Estructura de la jurisdicción penal», «El sistema de los recursos en el proceso penal», «Jurisdicciones especiales en determinadas materias (como la criminalidad económica)», «La redacción de los fundamentos del fallo», y «La revisión del proceso penal». Un gran trabajo, nacido de uno de estos dictámenes profundamente revisado sobre la prisión preventiva, se ha publicado a finales de 1971, en forma de libro.

Otra particularidad del trabajo legislativo en Alemania es la de encargar la preparación de los grandes Proyectos a *Comisiones de expertos*. El Proyecto de Código penal de 1962 fue elaborado por la Gran Comisión de Derecho penal; el Proyecto de una nueva Ley de extradición, por la Comisión sobre el derecho de extradición; las recomendaciones sobre la Ley federal de ejecución de las penas, fueron redactadas por la Comisión de ejecución de las penas. También hay organizaciones no estatales que han creado comisiones de esta clase, que contribuyen a los trabajos legislativos. Por ejemplo, la Iglesia evangélica, lo mismo que la Iglesia católica, han creado su correspondiente Comisión de Derecho penal y a veces trabajan conjuntamente. Las Comisiones están integradas por Profesores y por prácticos. Por lo general forman también parte de ellas diputados del «Bundestag» y de los «Landtage». En las Comisiones oficiales está representado también siempre por medio de expertos el departamento competente del Ministerio respectivo. El trabajo de las Comisiones quita mucho tiempo y es muy pesado, por lo que no está justificado más que con ocasión de las leyes más importantes. Pero, en cambio, inserta en los trabajos legislativos una experiencia y una multitud de conocimientos especializados que no pueden poseer por sí solos los funcionarios del Ministerio.

Una vez redactado el Proyecto, su *curso ulterior* es el siguiente. Primero se remite a los Ministerios de Justicia de los «Länder», luego se discute con los departamentos federales que intervienen en él y, finalmente, se aprueba, en una o varias sesiones, por el Gobierno federal. De ahí se envía, con una detallada Fundamentación, al «Bundesrat» y, después, al «Bundestag» para la redacción y aprobación definitiva. Tratándose de leyes penales el «Bundestag» manda el Proyecto, tras una primera lectura, a la Comisión especial de reforma del Derecho penal, donde, con intervención de los representantes competentes del Ministerio, tiene lugar una deliberación muy detenida, que puede extenderse por varias legislaturas. Los Protocolos de las deliberaciones de la Comisión especial se publican, y están disponibles para el trabajo científico y la posterior interpretación de la ley.

Para proporcionar informaciones adicionales a la Comisión especial, existe la institución de las *grandes audiencias públicas*, donde peritos de diversas especialidades y direcciones políticas exponen su opinión durante varios días sobre cuestiones que previamente se les han planteado por escrito. Audiencias de esta clase se han celebrado,

por ejemplo, a propósito del Derecho penal político y del Derecho penal sexual. Se transmiten por televisión y la prensa las comentarios con detenimiento.

Finalmente, en las grandes leyes es de considerable importancia: la *participación de la opinión pública*. Los Proyectos se publican y se someten a pública discusión, produciendo a menudo reacciones muy decisivas. Así, al Proyecto de 1962 se le opuso un contraproyecto elaborado por catorce profesores, conocido por *Proyecto Alternativo*, que luego fue patrocinado en el «Bundestag» por el Partido liberal alemán, y ha tenido un considerable influjo en la nueva configuración de la legislación penal. En Alemania no se puede prescindir tampoco de la discusión en la *Prensa* de los trabajos legislativos.

III

Para concluir, quisiera comparar los resultados más importantes de la reforma penal alemana, en lo que respecta al sistema de sanciones de la Parte general, con la legislación penal española.

A diferencia de lo que ocurre en España, donde hace poco se ha ejecutado por fusilamiento una pena de muerte impuesta a un soldado, la *pena de muerte* fue abolida en Alemania en año 1949 por el artículo 102 de la Ley Fundamental. Bajo la impresión que ocasionan algunos delitos muy graves, se enciende una y otra vez la discusión, pero puede decirse que el país ha aceptado ampliamente la abolición de la pena de muerte. Las tendencias progresistas apremian ahora para lograr la desaparición de la pena de *reclusión perpetua* (§ 18, párrafo 1, del Código penal), basándose en que todo encierro por más de unos quince años destruye la personalidad y es, por eso, inhumano. Si se cumplieran estos deseos reformistas, lo que no parece improbable, el Derecho alemán se igualaría en este punto con el de los portugueses, vecinos de ustedes, que desconocen tanto la pena de muerte como la de reclusión perpetua.

A diferencia del Derecho español, Alemania ha introducido la *pena unitaria privativa de libertad* (§ 18 del Código penal). Las penas de reclusión, prisión y arresto se han refundido en una sola pena cuyo máximo es de quince años y el mínimo de un día. Con ello se ha pretendido, sobre todo, hacer desaparecer la pena de reclusión que por mala fama ante la opinión pública dificultaba considerablemente la reinserción social de quienes la sufrían. En contraste con España, don-

de como ocurre en la mayoría de los países, se imponen con frecuencia *penas cortas privativas de libertad*, en Alemania no está permitido imponer, si no es por excepción, penas inferiores a seis meses (§ 14, párrafo 1, del Código penal). No se ha conservado el arresto de hasta seis meses a cumplir en régimen celular de aislamiento previsto en el Proyecto de 1962 como una clase especial de pena, aunque hay, naturalmente, muchos casos en los que una pena corta y dura de privación de libertad sería mucho más eficaz que una multa, como por ejemplo en el caso de puesta en peligro de la seguridad del tráfico por ligereza o imprudencia con consecuencias graves, o en el caso de groseras infracciones de tipo económico que no alcanzan el grado de una criminalidad grave. En la nueva Parte General que entrará en vigor en 1973, se restringe aún más la pena corta privativa de libertad, porque el mínimo se eleva a un mes (§ 38, párrafo 2, del Código penal de 1973).

La *remisión condicional de la pena*, tal y como se configura con la reforma (§§ 23 y sigs. del Código penal), no se diferencia del Derecho español por la duración de la pena, cuya ejecución se remite, sino por sus presupuestos y por las consecuencias. Entre nosotros no quedan excluidos los que tengan antecedentes penales, porque la remisión condicional no se considera una especie de indulto, sino como una medida de política criminal que da buenos resultados también con los que tienen condenas anteriores, como lo comprueba la estadística. Por la misma razón existe la posibilidad de acordar una asistencia durante el transcurso del período de prueba, la cual constituye una pieza importante en el mecanismo de la remisión, a causa del apoyo activo y personal que prestan al condenado los asistentes oficiales o voluntarios (§ 24 c) del Código penal). La *libertad condicional* (§ 26 del Código) está regulada mucho más generosamente que en España. Para concederla basta el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena, e incluso aún la mitad, siempre que «se pueda confiar razonablemente en que el condenado no cometerá ningún nuevo delito una vez concluida la ejecución de la pena». También es desconocida en España la institución del *Tribunal de ejecución de la pena*, cuyo funcionamiento está previsto a partir de 1973, preferible, ciertamente, a la competencia de los funcionarios encargados de la ejecución. No hay tampoco en el Derecho español la *amonestación con reserva de la pena* (§§ 59 y sigs. del Código penal de 1973), que consiste en un pronunciamiento sobre la culpabilidad con la amenaza de una condena si no se cumplen las condiciones impuestas. La «re-

prensión pública» del Derecho español (art. 89 del Código), es algo parecido, pero constituye una pena.

El Derecho español establece escasas medidas de seguridad, que tampoco tienen gran significación en la práctica (cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte general*, 2.ª edición, 1971, págs. 799 y sigs.). El Derecho alemán, por el contrario, descansa en el *sistema dualista* de penas y medidas (§ 42 a) del Código penal), y la reforma ha introducido, con efectos a partir de 1973, dos nuevas medidas de las que se espera conseguir algo a favor de la reinserción social de determinados tipos de delincuentes. Una de ellas es el *establecimiento de terapéutica social* (§ 65 del Código de 1973), donde se aplicará una terapia social, cuyos procedimientos se han mejorado mucho en los últimos años, a tres categorías de criminales, a saber: reincidentes con graves perturbaciones de la personalidad, autores de graves delitos contra la honestidad, y delincuentes habituales con menos de veintisiete años de edad. Otra medida es la *vigilancia del comportamiento* (§§ 68 y siguientes del Código penal de 1973) que se podrá imponer a multi-reincidentes en delitos de poca gravedad y, además, se impone por ministerio de la ley en casos de condenados a medidas privativas de libertad cuando el sujeto recobra la libertad de que fue privado. Durante la vigilancia del comportamiento, el condenado depende de una Oficina de vigilancia, se le nombra siempre un asistente para el período de prueba, y está sujeto a flexibles instrucciones sobre su manera de comportarse. La finalidad principal es también la «ayuda y el asesoramiento» al condenado, mientras que en las penas accesorias españolas comparables a esta institución («confinamiento», artículo 76 del Código y «destierro», art. 88), está en un primer plano el fin de la seguridad.

La parte político-criminal de la reforma no puede comprenderse en su plena significación sin tener en cuenta el Proyecto de *Ley de ejecución de las penas*, elaborado sobre la base de las recomendaciones de la correspondiente Comisión, que entrará en vigor a finales de 1973 con la nueva Parte general. El Proyecto señala como único fin de la ejecución, que el penado adquiera la capacidad «para llevar en el futuro de modo socialmente responsable una vida sin delitos». Se concede al preso una pretensión a un salario equivalente al 75 por 100 del salario usual en la localidad para trabajos de la misma índole. Da la preferencia al cumplimiento de la condena en establecimientos abiertos o semiabiertos frente a los cerrados. Prohibe la

superpoblación en los establecimientos penitenciarios, y mejora la especialización del personal encargado de la ejecución de las penas.

La dogmática jurídico-penal española, se mantiene desde hace generaciones en estrecha comunidad de trabajo con la dogmática alemana. Pero en el campo de la política criminal, en cambio, el Derecho penal alemán ha alcanzado con la reforma un nivel que va mucho más allá de las posiciones que actualmente ocupa el Derecho español. Quisiera que mi conferencia contribuyese a dar a conocer la nueva imagen del Derecho penal alemán, a provocar el deseo de estudiar las soluciones que aporta, y acaso a utilizarlas en este punto o en aquel otro, como sugerencias para sus propias reformas.

Delincuencia juvenil: tratamiento*

MARINO BARBERO SANTOS

Catedrático de Derecho penal en la Facultad
de Derecho de la Universidad de Valladolid

Durante varios decenios, concretamente desde la creación en Chicago el año 1899 del primer tribunal de menores, han imperado unas concepciones acerca del tratamiento de éstos que en nuestros días comienzan en gran parte a estimarse superadas. Creo que lo que puede tener interés en un Curso sobre problemática actual de la delincuencia juvenil, es exponer cuáles sean las nuevas ideas que empiezan a abrirse paso, máxime porque sobre las hasta ahora dominantes se han pronunciado con agudeza no exenta de prolijidad los tratadistas patrios, mientras que sobre las más recientes no ha aparecido en nuestro país hasta el momento, salvo error por mi parte, trabajo alguno. No podrían entenderse bien éstas, sin embargo, si se prescindiese de analizar el otro término de referencia, es decir, la situación presente, la cual, a su vez, tampoco podría comprenderse si se omitiese la mención de cómo se llegó a ella. De acuerdo con este esquema vamos a desarrollar, por tanto, nuestra exposición que se compondrá de las siguientes partes: 1) sucinta exposición histórica del tratamiento reservado a la delincuencia de menores hasta el siglo XIX; 2) principales características del sistema tutelar o protector hoy generalmente acogido; 3) el respeto de las garantías individuales en la jurisdicción tutelar. Sobre la base, obvio resulta subrayarlo, de que nuestro estudio se circunscribe al tratamiento jurídico penal de la delincuencia de menores.

I

Desde un punto de vista histórico, la regulación romana de la menor edad presenta el doble carácter de que, la de los tiempos más remotos, es pareja a la de la mayoría de los pueblos antiguos —por lo que la mención de sus características ilustra acerca del trato reservado a los menores en la antigüedad—, mientras que la de la época postclásica fue muestra o pauta de los derechos medievales.

(*) Este estudio constituye el texto —al que se han añadido las correspondientes notas— de una conferencia pronunciada el 31 de agosto de 1972 en Vigo, en el marco de una Semana sobre delincuencia juvenil, organizada por la Universidad de Santiago de Compostela.

La puericia, de acuerdo con los dos únicos textos relativos a ella atribuidos a las XII Tablas que se conservan, producía una atenuación de la pena. Así, al *impu*ber que destruía las cosechas no se le crucificaba en ofrenda a Ceres, como acaecía con el adulto. Y si cometía un *furtum manifestum* no se le imponía la *addictio* (1). Textos posteriores preveyeron en numerosos casos, sin embargo, agravaciones o atenuaciones de pena sin consideración alguna a la edad del autor.

En la época imperial se distinguió entre *infantes*, *impu*beres, y *minores*. En la *infantia*, que duraba hasta los siete años, el menor se equiparaba al *furiosus*. Quedaba, por tanto, exento de pena. En los *impu*beres se distinguía según se tratase de los *proximus infantiae* (aproximadamente hasta los diez años y medio, si eran varones, y hasta los nueve años si eran hembras), que seguían la condición de los *infantes*, o de los *proximus pubertati*, los mayores de la edad mencionada hasta la pubertad.

El imponer o no pena en estos casos se hacía depender del examen bien del discernimiento (*doli capax*), bien de las características del delito. Según Mommsen la única pena que jamás se aplicó a un *impu*ber fue la de muerte (2), pero no quedaron en absoluto los de esta condición exentos de otras. *Minores* eran las hembras desde los doce años cumplidos y el varón desde los catorce, siempre que este *habitu corporis pubertatem ostendit* (3), hasta los veinticinco años. A los *minores* se les punía, pero con menor rigor que a los adultos (*aetas enim excusationem meretur*). Es menester observar, empero, que en el Bajo Imperio rigió la máxima *malitia supplet aetatem*, que abrió el camino a la plena equiparación penal entre el adulto y el menor delincuentes.

El Derecho de la Edad Media empleó el procedimiento acusatorio, sobre la base de la más estricta igualdad. Se ha sostenido que, precisamente en virtud del principio de igualdad, no se podía aplicar al menor, por carecer de resistencia física, el tormento, las ordalías, etc. Wilda estima, como resultado de su investigación sobre los diversos

(1) LEBIGRE, J., *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, París, 1967, págs. 40-41.

(2) MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Graz, 1955 (reimpresión de la edición de Leipzig de 1899), pág. 76.

(3) Cfr. SCHWARZ, A. B., *Die justinianische Reform des Pubertätsbeginns und die Beilegung juristischer Kontroversen*, en «Zeitschr. der Savigny Stiftung f. Rechtsgeschichte», Roman. Abt., 1953 (69), págs. 345 y sigs. En contra de la concepción más generalizada de que sólo con Justiniano se determinaron los presupuestos de la capacidad de los menores de sexo masculino —al fundamentarla en la edad—, y que con anterioridad había dos posturas, la de los sabinianos, que hacían depender la capacidad del hecho de la pubertad (*puberem eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest*) y la de los proculyanos, que la supeditaban al cumplimiento de los catorce años, Schwarz se inclina por la tesis intermedia de Priscus y sostiene que «der Pubertätsbeginn bis zur justinianischen Reform neben dem Lebensalter auch von der physischen Geschlechtsreife abhing» (Ob. cit., pág. 386).

derechos germánicos, que la infancia en parte excluía, en parte disminuía, la responsabilidad penal, pero no la civil derivada de delito. La irresponsabilidad plena beneficiaba en muchos casos tan sólo a los menores de ocho años, mientras el de hasta doce o quince, según los derechos, era considerado un «Halbrechtsmann». Para evitar la venganza de la sangre, leyes noruegas permitían que el menor abandonase el país; pero que no se trataba de una auténtica pérdida de la paz lo prueba que podía ser acompañado por su parientes (4).

En los textos medievales más romanizados hay reminiscencias de la regulación romana de la edad mas la de diez años y medio —v. gr., en las Partidas— pasa a ser el límite de la irresponsabilidad. «Si fuese menor de diez años et medio», determinan éstas (VII, 1, 9), «entonce nol podrien acusar de ningunt yerro que ficiese». Respecto a los mayores de esa edad y menores de catorce se distinguía según se tratase de un delito «fecho en razon de luxuria» o de un «yerro» de otro tipo. Tan sólo en el segundo caso se les podía castigar, pero «nol deben dar tan grant pena en el cuerpo nin en el haber, como farien a otro que fuese de mayor edat, ante gela deben dar muy mas lieve» (ibídem).

Desde el siglo xv encuentran aplicación general principios del Derecho romano (5) que, en lo que afecta a los menores, se refieren principalmente a la capacidad de dolo. *Die peinliche Gerichtsordnung* de Carlos V (la Carolina), del año 1532, regula la menor edad junto a la enajenación, exigiendo para su castigo o tratamiento que el juzgador acuda al consejo de los entendidos (art. 179: ... vnnnd nach radt der selben vnd anderer verstendigen darin gehandelt oder gestrafft werden). En los delitos de robo (art. 164), si el autor era menor de catorce años no podía ser condenado a muerte o a penas corporales, salvo —y la excepción restringe en gran medida la regla— que fuere *proximus pubertati* y las circunstancias del delito particularmente reprobables. En estos casos, al igual que en la última época romana, la malicia suplía a la edad (*die bossheyt das alter erfüllenmöcht*) y el juez debía acudir asimismo al consejo de los sabidores.

El derecho anglo-sajón tomó del romano tanto las edades de siete y catorce años, como el principio *malitia supplet aetatem*. De los menores de siete años se presumía «conclusively» que carecían de dolo, mientras que de los mayores de esa edad la presunción era tan sólo *iuris tantum* (6): *strong evidence of malice might «supply age»* (7).

Los canonistas sostuvieron que el niño podía ser capaz de dolo. Pero en tal caso —es la tesis, v. gr., de Covarrubias—, no podía

(4) WILDA, W. E., *Das Strafrecht der Germanen*, Aalen, 1960, reimpre-sión de la ed. de 1842, pág. 640.

(5) RADBRUCH, *Zur Einführung in die Carolina*, Stuttgart, 1967, pág. 5.

(6) BASSIOUNI, *Criminal Law and its processes*, Springfield, 1969, página 521.

(7) RADZINOWICZ, L., *A History of English Criminal Law*, Londres, 1948, I, pág. 12.

castigársele con la pena ordinaria, sino con otra *extra ordinem*, al arbitrio del juez (8).

Las consecuencias de la menor edad sobre las penas aplicables fueron en el Medioevo y comienzos de la Edad Moderna las siguientes:

a) Disminución en la medida normal de la pena, que se cumplía en establecimientos comunes.

b) Elección, en la escala normal de penas, de un castigo reputado más benigno.

c) Imposición de penas de carácter especial, reservadas a los menores (9).

Algunas de estas penas especiales tendían a la ejemplaridad, constituyendo gravísimos castigos. Una de las empleadas con mayor frecuencia fue la de colgamiento por las axilas, que no pocas veces hacía exhalar el último suspiro. Pero hubo otras del más vario carácter. Puede servir de ejemplo la impuesta a unos niños menores de siete años que robaron en Burdeos, un Jueves Santo, un cáliz y una patena. Por su edad, según relata Bruneau de Lacombe, historiador judicial del siglo XVIII, «ils ne furent condamnés qu'à être fouettés pendant deux matinées au carrefour de la paroisse, á assister nus en chemise à une haute messe, ayant la corde au cou, et ensuite, bannis à perpétuité» (10).

Tampoco faltaron entre las penas especiales las dotadas de una pretensión medicinal o de mejora. Se puede citar en este sentido la impuesta por el Parlamento de París, el 19 de febrero de 1569, a un niño que hirió mortalmente a uno de sus camaradas. Consistió en acudir a los funerales con un cirio en la mano y en escuchar una exhortación pronunciada por un doctor desde lo alto de la cátedra (11).

En la segunda mitad del siglo XVI se inicia un movimiento de carácter más general tendente a la enmienda del delincuente, que se plasma en la erección de las llamadas casas de corrección o similares de Bridewell (Londres, de alrededor de 1550), Nüremberg (1558), Amsterdam (1595), etc.

La primera institución correccional de cierta importancia destinada a los jóvenes no se creó empero hasta principios del siglo XVIII: el Hospicio de San Michele en Roma; se instituyó el 14 de noviembre de 1703 por *motu proprio* del Papa Clemente XI para albergar, con finalidades de corrección y enmienda, a los delincuentes menores de veinte años y a los muchachos y jóvenes que mostraran

(8) Cfr. PEREDA, J., *Covarrubias penalista*, Bilbao, 1959, pág. 181.

(9) PERRIN, en *Le Probleme de l'enfance delinquante*, «Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris», París, 1947, página 84.

(10) Cfr. SCHEID, *A propos de l'enfance delinquante*, en «Rev. intern. de crim. et pol. techn.», 1959, pág. 115.

(11) PERRIN, art. cit., pág. 85.

pésima inclinación al vicio. La severa clasificación y separación de los menores, el énfasis otorgado a su formación profesional y moral y la disciplina que en la institución reinaba la hizo merecedora de una alta reputación y la convirtió realmente en una especie de fenómeno aislado en la Europa de la época (12).

A finales del siglo XVIII se promulgan leyes que acogen, aunque tímidamente en lo que afecta a los menores, principios derivados del pensamiento de la Ilustración. Puede mostrarlo la regulación del Código penal francés de 1791 (1.ª parte, tit. V, arts., 1 a 4) o del napoleónico de 1810 en su redacción original. De acuerdo con el texto legal últimamente citado los menores de diez y seis años que hubieren actuado sin discernimiento podían «selon les circonstances» ser entregados a sus padres o internados en una casa de corrección hasta que cumpliesen —como máximo— los veinte años. Los que hubieren obrado con discernimiento se beneficiaban de una atenuación de pena, a cumplir en una casa de corrección. En ningún caso se les podía imponer la de muerte, sustituida por la privación de libertad durante veinte años. Tampoco podía imponérseles la de exposición en una jaula para que el pueblo los contemplase, entonces muy empleada, salvo en algún raro supuesto. No se mencionaba, y esto es merecedor de grave crítica, ninguna edad de irresponsabilidad plena.

Se introduce entonces el concepto del discernimiento —derivado del «rei intellectum» y la «dolo capacitas» romanos— que tantos problemas iba a plantear a la doctrina y tantas dificultades a los tribunales durante más de un siglo; pero en el que puede verse, sin embargo, un comienzo de individualización penal (13).

Era lógico, como dice Antón Oneca, que las tendencias pietistas, consecuencia de la época de las luces, se fijaran con el mayor interés en los menores delincuentes para evitar el espectáculo siempre hiriente de los pequeños reos expuestos a la vergüenza pública en las aulas judiciales, y en contacto pernicioso con los criminales más endurecidos dentro de las prisiones (14).

Ello lleva en el siglo XIX, por primera vez, a reconocer que el niño o joven que actúa contra el ordenamiento penal no es equiparable al adulto y que debe existir un propio derecho de menores basado en la reeducación y no en una penalidad atenuada.

Con el siglo XIX se inicia pues un período humanitario que se caracteriza particularmente por mejoras de hecho en el tratamiento de los menores. Lo atestiguan: la construcción en Randall's Island (Estado de Nueva York) en 1824 de la House of Refuge (15); en

(12) NYQUIST, *Juvenile Justice*. Cambridge studies in criminology, Londres. 1960, pág. 133.

(13) PINATEL, *Precis de science pénitentiaire*, París, 1945, pág. 275.

(14) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Madrid, 1949, pág. 284.

(15) Se inauguró el 1 de enero de 1825. No era más que una serie de barracas, anteriormente ocupadas por soldados, situadas en el Madison Square Park. La primera institución bajo públicos auspicios en su totalidad

Francia de la Roquette (París) en 1826 y de la colonia de Mettray en 1839; en Baviera de un establecimiento penal juvenil en 1868; el especial tratamiento dado a los menores por Montesinos en Valencia en el segundo tercio del pasado siglo; el denominado «child saving movement» anglo-sajón de más o menos de la misma época que llevó a la apertura de *industrial schools*, para niños abandonados, y de *reformatory schools*, para jóvenes delincuentes.

Este período humanitario se caracteriza también por estimarse que las penas atenuadas, que eran las que habitualmente prevenían para los jóvenes como únicas las leyes —*ope legis* o como consecuencia de la afirmación de que se actuó con discernimiento—, eran inoportunas; y que para los jóvenes no era adecuada la pena común, sino un tratamiento educativo propio. Asimismo se caracteriza por llevarse a los Códigos una minoría de edad excluyente en absoluto de responsabilidad penal (16). No se debe olvidar empero que por haberse colocado esta en una edad excesivamente baja o por otras causas se ahorcó todavía a algún niño de trece años, v. gr., en Inglaterra, como autor de asesinato, o se infligió a otros de la misma edad el duro castigo de la deportación (17); no siendo pocos los que compartieron sus celdas con los criminales más endurecidos (18). En 1862 podía verse aún en la casa de corrección de Westminster niños de seis años señalados con las marcas de los criminales (19). La situación en otros países no era muy distinta, aunque hubiera notablemente cambiado respecto al siglo anterior. Ortolan se lamentaba, por ejemplo, de haber visto figurar como procesados por delitos graves, en las estadísticas criminales francesas de 1847 a 1854, a niños que no tenían seis años cumplidos (20). Y en nuestro país, Concepción Arenal aseguraba a finales de siglo que, contra lo que generalmente se cree, uno de los departamentos donde hay más depravación en los presidios, es en el de jóvenes (21). Mientras Cadalso, por su parte, escribía: En Alcalá (donde según el R. D. de 11 de agosto de 1888

—
 fue un reformatorio *municipal* para niños fundado en 1845 en Nueva Orleans. La primera escuela *estatal* de reforma de menores se creó en Westboro (Massachusetts), en 1847. Este movimiento no es autóctono americano. Siguió, según Robinson, líneas trazadas por reformadores europeos: principalmente por Johan Heinrich Pestalozzi.

(16) NILLUS, *La minorité pénale dans la législation et la doctrine du XIX siècle*, en «Le probleme de l'enfance délinquante», cit., pág. 101.

(17) De acuerdo con las investigaciones más recientes, parece que de los 103 niños de trece o menos años condenados a muerte en Inglaterra de 1801 a 1836, tan sólo uno, John Andy Bird Bell, fue ejecutado. Cfr. Anthony M. PLATT, *The Child Savers. The invention of Delinquency*, Chicago, 1969, página 186. Según el mismo autor, en Estados Unidos únicamente se ejecutó a dos de 1806 a 1882. Ambos eran negros y esclavos. (Ibidem, pág. 202.)

(18) MUMFORD, G. H. E., *A Guide to Juvenile Court Law*, Londres, 1970, página V.

(19) BAVIERA, *Diritto minorile*, Milán (2.^a ed.), 1965, pág. 108.

(20) ORTOLAN, *Tratado de Derecho Penal*, trad. castellana de Pérez Rivas, Madrid, 1878, I, pág. 37.

(21) ARENAL, Concepción, *Estudios Penitenciarios*, en «Obras Completas», Madrid, 1895, VI, vol. 2.^o, pág. 259.

debían extinguir sus penas los condenados menores de 20 años) existen adolescentes de 12 a 14 años, niños cuya precocidad en el crimen causa profundo dolor, hacinados con adultos y septuagenarios que sólo ablandarán la dureza de su sentimientos cuando dé su cadáver con la tumba (22).

II

Al finalizar la centuria se instituyeron, por vez primera, jurisdicciones especializadas para los menores. Con ellas se pone en marcha el período tutelar o protector que va a durar hasta nuestros días, en que se observa la aparición de una nueva fase que se caracteriza por el reconocimiento de las garantías penales también en el ámbito de la jurisdicción de menores.

A su análisis dedicaremos, como hemos dicho, la última parte de la exposición.

La creación en los Estados Unidos el año 1899 del primer tribunal de menores (*Juvenile Court*) constituyó la culminación de una serie de esfuerzos y preocupaciones, de un evidente carácter conservador, en favor de los niños abandonados, maltratados o delincuentes, que se plasmaron en diversas instituciones que se escalonan a lo largo del siglo XIX y cuyas manifestaciones más notables son las siguientes. El establecimiento, en el estado de Nueva York, el año 1824, del primer reformatorio. El nombramiento en 1861 por el alcalde de Chicago, haciendo uso de la autorización que le había otorgado el parlamento de Illinois, de un comisario ante el cual los menores de 6 a 17 años tenían que responder de las infracciones de menor gravedad. Este comisario poseía facultad para conceder a los menores la *probation*, internarlos en un reformatorio y, en términos amplios, para imponerles el tratamiento que estimase adecuado, facultad que se trasladó a los jueces ordinarios en 1867. La instauración en Boston, en 1870, de «Separate hearings» en supuestos de enjuiciamiento de jóvenes, que constituye propiamente la primera modificación del procedimiento tradicional. La prohibición, en 1877, por obra de la sociedad neoyorquina para la prevención de la crueldad sobre niños, de colocar a un menor de 16 años «in any prison or place of confinement, or in any court room or in any vehicle in company with adults charged or convicted with crime except in the presence of officers» (23). La atribución en varios Estados a unos tribunales especiales, en el último tercio del siglo, de la competencia para conocer, sin jurados y sin las formalidades legales ordinarias, de los casos de vagancia e incorregibilidad del menor.

Todas estas instituciones combinadas y fundamentadas científicamente dieron nacimiento, según Sutherland-Cressey, al primer tri-

(22) CADALSO, *Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1893, pág. 38.

(23) ROBINSON, *Juvenile Delinquency. Its Nature and Control*, Nueva York, 1960, pág. 228.

tribunal de menores, creado en Chicago en 1899, cuyas características más importantes fueron: 1) la edad de la capacidad penal se elevó de 7 a 16 años; 2) el tribunal podía actuar en forma de jurisdicción de equidad (*chancery or equity jurisdiction*), es decir, se le facultaba para no aplicar el *common law*, sino para actuar de manera más flexible y con carácter tutelar (24), de acuerdo con la teoría del *parens patriae* (25).

¿Por qué, se pregunta Veillard-Cybulski, se creó precisamente en Chicago el primer tribunal de menores?

Y responde, que por razones filantrópicas y humanitarias derivadas de una situación socio-económica insoportable. Esta gran ciudad americana conoció entonces un desarrollo industrial y urbano extraordinario en un ambiente de total liberalismo económico; fue, sin duda, la ciudad americana cuya población creció más rápidamente: pasó de tener doscientos habitantes en 1833 a más de un millón en 1890 (26). De la inestabilidad y liberalismo económicos derivó una gran riqueza para algunos y una gran miseria para los más. Los barrios populares se llenaron de masas proletarias, teniendo hombres y mujeres que acudir al trabajo en la industria, por ser insuficiente el salario individual para atender a las necesidades familiares. Los hijos quedaban por ende abandonados, libres para actuar a su antojo durante todo el día. Su consecuencia fue que una corriente incesante de niños de los barrios populares comenzó a aparecer ante los tribunales. No tarda en surgir una reacción en su ayuda encabezada por Jane Addams y Julia Lathrop, hijas ambas de senadores republicanos pertenecientes a familias cuáqueras. Las «Ladies of Hull House», como se las denominaba, convencidas de que se podía y debía hacer algo para ayudar a aquellos infortunados, movilizan la conciencia social de la comunidad. Las asociaciones de carácter cívico, principalmente femeninas, de algunas de las cuales ellas forman parte, exigen la creación de un tribunal especial para los menores. Los juristas se oponen, por estimar que sería contrario a la Constitución. La agitación crece. Julia Lathrop revela que 575 menores se encuentran en prisión y que en poco más de un año y medio unos dos mil muchachos han sido internados en la Casa de corrección de Chicago. Impresionado por esta información, el Colegio de Abogados de Chicago nombra el 22 de octubre de 1898 una comisión encargada de preparar un proyecto de ley que, después de sufrir numerosas modificaciones, fue presentado al Parlamento del Estado de Illinois y adop-

(24) SUTHERLAND-CRESSEY, *Principles of Criminology*, Chicago-Filadelfia-Nueva York, 1960 (6.^a ed.), pág. 397.

(25) Teoría del *parens patriae* que se interpretó falsamente para estos fines. Cfr. MORRIS, N., *In re Gault: A Comparative Background*, en «Gault: What Now for the Juvenile Court?», editado por Virginia Davis, Ann Arbor, 1968, pág. 28.

(26) PLATT, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago-Londres, 1969, pág. 37.

tado prácticamente por unanimidad, ya que sólo tuvo un voto en contra. Entró en vigor el primero de julio de 1899 (27).

Esta ley (*Act to regulate the treatment and control of dependent, neglected and delinquent children*) preveía un conjunto de medidas en favor de los muchachos sin amparo, abandonados o delincuentes, y prescribía la designación en las grandes aglomeraciones urbanas de un juez especial. Las audiencias debían celebrarse sin formalidades y en sala distinta de las destinadas a los adultos. El tribunal podía nombrar para que auxiliaran al menor una o más personas «discretas y de buen carácter» (*probation officers*), cuyos deberes la ley enumeraba, al mismo tiempo que definía las medidas aplicables por el juez de menores.

El movimiento, sin embargo, no se limitó a Chicago, sino que, como ha expuesto agudamente Platt, tuvo un carácter más general.

De 1880 a 1890 numerosas personas dedicadas a las profesiones liberales e intelectuales de clase media descubrieron los «sótanos húmedos y los oscuros áticos de los barrios pobres de las ciudades populosas», refugio último de los desheredados de la fortuna y de los criminales. La percepción de los problemas que en este medio planteaban los jóvenes delincuentes fue empero obra precipua de los reformadores femeninos del *child-saving movement*. Movimiento que no significó, en contra de lo que ha solido creerse, un rompimiento con el pasado, sino más bien una afirmación de fe en las instituciones tradicionales: autoridad parental, educación familiar, virtudes de la vida rural, etc. Hasta el extremo de que la actuación conforme a los valores de la clase media y sus respetables instituciones constituía la «normality», y la conducta que no se acomodaba a ellos era tachada de «unsocialized», «maladjusted» y «pathological». Las mujeres estadounidenses participaron en el movimiento de salvación del niño como en una «symbolic crusade» en defensa de las esencias tradicionales de la familia y de la posición de la mujer dentro de ella, con la finalidad última de extender sus papeles domésticos en el ámbito de los servicios públicos. El movimiento se utilizó como medio para conseguir la emancipación femenina. Su culminación ha sido la «matriarchal dominance of American society» (28).

Los *Child savers* consideraron su causa de tipo preferentemente moral, como lo muestra su interés por «purity», «salvation», «innocence», «corruption», «protection», etc. Esto les hizo olvidar, sin embargo, los derechos individuales, por lo que su actuación ha podido calificarse de antilegal. Por otra parte, sus remedios muchas

(27) ROBINSON, ob. cit., págs. 229 y sigs. VEILLARD-CYBULSKI, *De la répression au traitement des délinquants mineurs*, en «Rev. pen. suisse», 1962, páginas 56 y sigs.

(28) GORER, *The American People: A Study in National Character*, páginas 54-56, citado por PLATT, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago-Londres, 1969, pág. 75 (nota). Véase también, PLATT, *The Rise of the Child-Saving Movement: A Study in Social Policy and Correctional Reform*, en «Crisis in American Institutions», editado por Skolnick y Currie, Boston, 1970, págs. 447 y sigs.

veces produjeron un efecto contrario el que pretendían: la protección del menor de los peligros físicos y morales derivados de una sociedad urbana altamente industrializada (29). Sus obras cardinales fueron los tribunales de menores y los reformatorios, en los que imperaba una disciplina casi militar, aunque teóricamente se basasen en la carencia de toda coacción (30).

Hoy no cabe ya la menor duda de que el movimiento de salvación del niño tuvo poco de liberal y mucho de conservador y regresivo. A la constatación de que sus impulsores pertenecían a las clases más reaccionarias, Platt añade para probarlo las siguientes consideraciones: 1) que no tuvieron inconveniente en recomendar el uso creciente de la privación de libertad para apartar al menor de los influjos corruptores; 2) que, a pesar de que afirmasen el valor del hogar y de la familia como instituciones básicas de la sociedad americana, carecieron de reparos para separar a un niño «de un hogar que había dejado de cumplir sus funciones». Por supuesto, sobre la base de que el hogar perteneciese a una familia de las clases desheredadas, ya que jamás se investigó al respecto en las clases superiores; 3) que prescindieron de las garantías procesales con el sofisma de equiparar «menor delincuente» y «menor que pretendía evadirse de una situación de dependencia», naturalmente después de declarar que «every child is dependent» (31).

El segundo tribunal juvenil se creó en Denver el mismo año que el primero, es decir, en 1899, gracias a los esfuerzos del juez Ben Lindsay. Se ha podido afirmar incluso que el de Denver es anterior, ya que el Compulsory School Act, Colorado Laws 1899, se promulgó dos meses antes que el Estatuto de Illinois (32). La nueva institución se extendió rápidamente por la casi totalidad de los Estados de Norteamérica. Cinco años más tarde la habían acogido ocho, y cinco grandes ciudades (33). Diez años después, 22 Estados. En 1945, la totalidad de los Estados de la Unión habían legislado sobre tribunales juveniles (34).

La idea cruzó al Atlántico enseguida. En 1905 se crea en Birmingham una jurisdicción especializada para menores y varias ciudades inglesas no tardaron en seguir su ejemplo. Una ley de 21 de agosto de 1907 organizó la «probation». El «Children Act» de 21 de diciembre de 1908 creó los tribunales de menores y la «Prevention Act» de

(29) PLATT, *The Child Savers*, cit., págs. 3 y sigs., 75 y sigs. y 141 y siguientes.

(30) PLATT, ob. ult. cit., págs. 67 y sigs.

(31) PLATT, ob. ult. cit., págs. 134 a 136.

(32) CLARK, H. H., Jr., *Why Gault: Juvenile Court Theory and Impact in Historical Perspective*, en «Gault: What now for the Juvenile Court?», editado por Virginia Davis, Ann Arbor, 1968, pág. 3.

(33) BARROWS, S., *Introduction a «Children's courts in the United States»*, relación preparada por «The international prison Commission», Washington, 1904, pág. IX. Según este autor, «never perhaps has any judicial reform made such rapid progress».

(34) KAHN, *A Court for Children*, Nueva York, 1953, pág. 21.

la misma fecha instauró un régimen especial para los jóvenes delincuentes de 16 a 21 años.

En Egipto se crean en 1905 los primeros tribunales juveniles, en Australia, en 1907, en Hungría, en 1908, y en Portugal, en 1911. A la cabeza del movimiento europeo se ha de colocar, no obstante, a Bélgica (35), como reconocen los mismos portugueses. Si a Portugal cabe el honor de haber sido el primer país en el continente europeo que promulgó un nuevo derecho penal de menores, escribe Eliana Gersão, a Bélgica pertenece el de haber sido el primero que lo aplicó en todo el territorio (36). Poco tiempo después la mayoría de los países poseían la nueva institución. En Alemania, por ejemplo, antes de la primera guerra mundial funcionaban ya más de doscientos tribunales especiales para jóvenes (37).

En España, del primer proyecto de tribunal tutelar fue autor, en 1909, Enrique de Benito. El primero de carácter oficial se redactó en 1912 y fue firmado por Arias Miranda. Otros se deben a Valdés y a Montero Ríos. En 1915 y 1917 suscriben proyectos ministeriales Burgos y Mazo y Alvarado, respectivamente. El 2 de agosto de 1918 se publica, debida a la iniciativa de Montero Ríos, la Ley de Bases, cuyo articulado desarrolló el R. D. de 25 de noviembre de 1918 y completó el Reglamento provisional de 10 de julio de 1919 y después el definitivo de 6 de abril de 1922. El primer tribunal tutelar se estableció en Bilbao el 26 de abril de 1920 (38).

Se creó así un derecho tutelar que —con palabras de Dorado Montero repetidas por la generalidad de los penalistas españoles—, ya no es penal propiamente dicho, sino obra benéfica y humanitaria, un capítulo, si se quiere, de la pedagogía, psiquiatría y arte de buen gobierno (39). Derecho tutelar que no pretende ya punir un delito pasado —que muchas veces ni siquiera se exige que se haya cometido, puesto que basta para quedar sometido a él la comisión de faltas administrativas o de otro tipo, o que el menor se halle en peligro de corrupción moral o sea indisciplinado, etc. (40)—, sino conocer la personalidad del sujeto y sus circunstancias individuales y ambientales con el fin de readaptarlo a las exigencias de la vida social. Para conseguir este fin es dable utilizar muy diversos medios. Se admi-

(35) VEILLARD-CYBULSKI, art. cit., pág. 57.

(36) GERSÃO, *Tratamento criminal de jovens delinquentes*, Coimbra, 1968, pág. 75.

(37) WOLF, Erik, *Líneas fundamentales del nuevo Derecho penal juvenil de Alemania*, en «Revista de Estudios Penales» (trad. castellana de Del Rosal), 1945, II, pág. 11.

(38) Cfr. CADALSO, *Instituciones penitenciarias*, Madrid, 1922, pág. 711. GUALLART, *El Derecho penal de los menores*, Zaragoza, 1925, pág. 152. ROCA, *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*, Madrid, 1968, passim.

(39) DORADO MONTERO, *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1905, págs. 211-212.

(40) Según MACDONALD (*Psychiatry and the Criminal*, Illinois, 1958, página 152), «in several States children may be hailed before a juvenile court for smoking or for wandering about railroad yards or tracks».

te, además, la indeterminación de la naturaleza y duración de las medidas a imponer, que no conocen otro límite en el tiempo, si acaso, que el del cumplimiento de la mayoría de edad. El menor puede perder o ver restringida su libertad durante largos años. A pesar de ello no se necesita observar las exigencias del procedimiento ordinario para imponer estas medidas, que pueden ser decretadas, incluso, por personal no perteneciente a la carrera judicial.

No resulta extraño, por lo expuesto, que al promulgarse las primeras leyes sobre tribunales de menores se impugnase —principalmente en los países anglosajones— su constitucionalidad, sobre la base de que privaban al joven, entre otros derechos básicos, de los de ser aconsejado por letrado, de ser juzgado por un jurado y de permanecer en silencio frente a la acusación de haber cometido el delito, etc. Pero la protesta no tuvo éxito, porque se estimó que estas exigencias no tenían cabida en una jurisdicción que no pretendía castigar, sino proteger al menor. Característica en este sentido es una sentencia del Tribunal Supremo de Pensilvania de 1905: «El padre natural —puede leerse en ella— no necesita de ningún procedimiento para privar a un hijo de su libertad..., para salvarle y protegerle de las consecuencias de que persista en una carrera de desvaríos, de la misma forma el Estado, cuando es compelido, como *parens patriae*, a ocupar el lugar del padre con idéntica finalidad, no tiene por qué adoptar ningún tipo de procedimiento para poner las manos sobre él y someterlo a los tribunales (41).

Debe subrayarse, no obstante, para que nos podamos explicar el que esto pudiera suceder, que no todas las garantías procesales, ni siquiera en relación a los adultos, habían sido aún reconocidas de forma solemne. En Estados Unidos, por ejemplo, el Tribunal Supremo reconoció por vez primera el derecho del acusado a aconsejarse de letrado el año 1932 (42).

Acalladas pues estas objeciones de tipo constitucional —que en países no anglosajones se formularon incluso con menor énfasis, aunque no faltaran eminentes juristas (Garçon, Stooss, etc.) (43) que las hicieran—, con el argumento del carácter protector y no represivo del derecho penal juvenil, este fue acogido por la generalidad de los países.

En la actualidad este derecho regula no sólo lo relativo a la juris-

(41) Cfr. *National Institute of Mental Health: The Juvenile Court. A Status Report*, Rockville, 1971, pág. 1.

(42) Powell V. Alabama, 287 U. S. 45 (1932).

(43) «Nach dem schweizerischen Entwurf. —escribía, por ejemplo, STOOSS— wird zwar nicht wie nach dem deutschen und osterreichischen Jugendgerichtsgesetz über Schuld und Strafe des Jugendlichen geurteilt, aber es muss doch der *strafrechtliche Sachverhalt untersucht und festgestellt werden*, und das ist eine eminent *richterliche* Aufgabe, für die sich eine Verwaltungsbehörde nicht eignet. Die Gerechtigkeit und das Interesse des Beschuldigten forden, dass ein *Richter* untersucht und feststellt, was geschehen ist» (*Die Beurteilung von Jugendlichen*, en «Rev. pen. suisse», 1929 (42), página 325.

dicción competente para juzgar al menor delincuente, sino también las exigencias para llevar a cabo su detención y lo relativo a la observación del mismo y a las medidas que se le pueden imponer. Manifestaciones que pasamos a analizar.

En la mayor parte de los países europeos compete a la policía ordinaria la detención y arresto de los menores (44). En algunos existe una policía especial. La detención está sujeta a un par de principios: 1) efectuarla en un local distinto del destinado a los adultos; 2) máxima brevedad posible de la detención. La realidad es, no obstante, que estas exigencias no siempre se cumplen. En los Estados Unidos, por ejemplo, unos cien mil jóvenes son detenidos anualmente en los calabozos policiales o en las cárceles del condado (45). Que en nuestro país, lastimosamente, la situación no es muy distinta lo prueba el que entre las principales conclusiones adoptadas en los Cursos-coloquios sobre delincuencia juvenil celebrados en 1970, 1971 y 1972 en el Instituto de Estudios de Policía, se halle la siguiente: «En los centros policiales se habilitará un local para retención y exploración de los menores de dieciséis años, lugar donde permanecerán el tiempo estrictamente indispensable para el esclarecimiento de los hechos en que figuren implicados. Les acompañará un familiar o conocido» (46).

En lo que a la observación se refiere es posible distinguir dos clases: observación durante el período anterior a la resolución del caso por la jurisdicción competente y observación después de tal resolución. El primer sistema está bastante generalizado en Europa y sirve tanto a la finalidad de seleccionar cuidadosamente a los delincuentes para que puedan adaptarse mejor a las diversas formas de tratamiento, como para detectar las posibles alteraciones mentales, ya que es opinión generalizada entre los psiquiatras que la proporción de delincuentes con trastornos mentales de carácter grave va en aumento (47). Hoy se critica, sin embargo, en cuanto se opone a la presunción de inocencia del imputado y, sobre todo, porque los procedimientos utilizados pueden atentar a derechos humanos fundamentales (48).

(44) También le compete una labor preventiva, la cual, de acuerdo con una de las conclusiones del Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Londres en 1960, «debe estar subordinada a la salvaguardia de los derechos humanos».

(45) WINSLOW, R. W., *Juvenile Delinquency in a free society*, Belmont, 1968, pág. 158.

(46) Cfr. *Delincuencia juvenil. Estudio de su problemática en España*, Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1972 (14), pág. 310.

(47) *Nuevas formas de la delincuencia de menores. Su origen, prevención y tratamiento*. Informe de la Organización Mundial de la Salud al Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, Londres, 1960, pág. 55.

(48) LEVASSEUR, *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, rapport de synthèse présenté au VIII^o Congrès international de défense sociale (Paris, 18-22 de novembre 1971), en «Rev. sc. crim. et dr. pen. comp.», 1972, página 347.

Hace unos años Mannheim reunía en cuatro grupos los diversos sistemas imperantes respecto al enjuiciamiento de la actuación de los menores: inglés, continental europeo (exceptuados los países nórdicos), estadounidense y escandinavo. Podemos partir de esta exposición una vez que indicaremos a continuación las más importantes variaciones que se han producido con posterioridad en los mismos.

La principal característica del sistema inglés consistía entonces en la meticulosa consideración del delito y de la culpabilidad del autor, unida a la estricta observancia de las formalidades procesales, por parte de un tribunal al que se ha podido calificar de «modified criminal court», sobre la base de una edad de responsabilidad penal excesivamente baja: ocho años. El más opuesto al sistema inglés era el escandinavo, constituido por unos cuerpos administrativos desvinculados de las formalidades procesales. Mientras los Estados Unidos y los restantes países europeos seguían un sistema intermedio. El de los primeros, caracterizado por no considerar en general el delito como una ofensa a imputar a los menores, sino como la condición para un determinado tratamiento, sin diferenciar apenas entre menores delincuentes o abandonados; mientras en Europa se seguía un sistema dual según se tratase de jóvenes adultos o de muchachos más jóvenes (49).

El sistema judicial se prefiere en el continente europeo y en los países anglosajones porque asegura de forma más perfecta la protección de las libertades individuales y de los derechos fundamentales tanto del menor como de su familia, sobre la base de una auténtica especialización del juzgador. Las autoridades administrativas sólo pueden imponer en ellos una medida coercitiva con carácter provisorio y excepcional (50).

En el procedimiento se observa una gran flexibilidad, reducidos a un mínimo los formalismos. Igualmente se manifiesta la exigencia de una investigación sociológica y personal que se añade a la puramente policial del caso. El tribunal no suele celebrar audiencias públicas, permitiéndose únicamente la presencia de especialistas o peritos y de los familiares del menor.

Los países donde cuerpos administrativos especiales ocupan —con independencia, en principio, de la estructura judicial— el lugar de los tribunales de menores son: Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia (51). Cuando un menor comete un hecho que sería delictivo si cometido por mayores, o en otros supuestos previstos por la ley, la policía o la autoridad encargada de las diligencias puede elegir —aun-

(49) MANNHEIM, *Group problems in crime punishment*, Londres, 1955, página 211.

(50) Véase, respecto a Francia, *Les enfants et les adolescents socialement inadaptés. Problèmes juridiques et medico-psychologiques*, Publications du Centre d'études de défense sociale de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, París, 1958, págs. 82 y sigs.

(51) Cfr. *Le Droit pénal des pays scandinaves*, obra publicada bajo la dirección de Ancel y Strahl, con la colaboración de Andenaes y Waaben, por el Institut de Droit comparé de Paris, 1969, págs. 48 y sigs.

que no en todos ellos— entre el camino judicial o administrativo para la ulterior resolución. Estos cuerpos administrativos especiales de menores existen en la generalidad de los municipios. Suelen carecer de especialidad técnica, pero están muy al corriente de las condiciones locales. Su composición varía en cada uno de los países antes mencionados.

Mencionaremos como muestra la composición de los de Suecia tal y como se regula por la ley de 29 de abril de 1960, en vigor desde el primero de enero de 1961, en sus artículos 7 a 13.

Todos los miembros del Comité para la protección de los menores, que deben ser un mínimo de cinco, son elegidos por el consejo municipal de la localidad por un período de cuatro años. El único requisito que se exige es el de formar parte de las listas electorales. La ley recomienda, no obstante, la presencia en el seno del Comité de un jurista. Si esto no fuese posible, el Comité deberá aconsejarse en su actuación por un letrado (52).

En lo que se refiere a las características generales de las medidas a imponer a menores o jóvenes se acentúa el aspecto de rehabilitación o educación sobre el punitivo, lo que lleva a un tratamiento individualizado (53). No se les aplican, por tanto, la pena de muerte, penas privativas de libertad de larga duración, azotes, etc. (54). Prevalece en la elección de la medida la personalidad del menor sobre la gravedad del hecho cometido. En el supuesto de imposición de *probation* o de condena condicional con régimen de prueba se pretende que los encargados de supervisarla no solucionen los problemas del menor, sino que simplemente les ayuden a resolverlos por sí mismos. Con idéntica finalidad de adecuar el tratamiento a las condiciones del sujeto se ofrece hoy una amplia gama de establecimientos del más vario carácter. Esencial para conseguir el mejor logro

(52) Cfr. ROMANDER. *Introduction* a «Loi suédoise sur la protection de l'enfance», trad. francesa de Hójer, Ministerio de Justicia, Estocolmo, 1965, páginas 7, 13 y sigs.

(53) Es importante hacer constar, no obstante, que en nuestros días comienza a ponerse en entredicho, y no sin razón, la legitimidad de la individualización. En un doble sentido: 1) en cuanto los medios que se utilizan para verificarla pueden atentar a derechos humanos fundamentales; 2) por la pretensión de conseguir a través de ella la resocialización del sujeto. Respecto a este último punto se afirma actualmente que frente a las estructuras sociales y políticas de tantos Estados más bien hay que proclamar, por el contrario, un derecho sagrado del individuo a «no ser socializado». En este sentido se pronunciaron, nada menos, gran parte de los participantes en el reciente Congreso Internacional de Defensa Social celebrado en París en 1971. Cfr. LEVASSEUR, *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, cit., págs. 327 y sigs.

(54) Algunos Códigos prohíben expresamente imponer la pena capital, por ejemplo, el de la República Democrática Alemana en su párrafo 78 (Gegen Jugendliche wird die Todesstrafe nicht ausgesprochen); el francés, en su artículo 66, etc. Sobre los castigos corporales remitimos al interesante informe: *Corporal Punishment*. Report of the Advisory Council on the treatment of offenders, Londres, 1960.

del tratamiento institucional se estima la observación y clasificación preliminar.

Son dos, por consiguiente, los procedimientos a emplear con el menor, que no se excluyen, sino que deben armonizarse, el tratamiento en libertad, cuya eficacia hoy ya no se discute, y el tratamiento en instituciones, el cual por estimarse una medida grave se suele imponer únicamente cuando parecen insatisfactorias otras más leves.

La modalidad más importante de tratamiento en libertad es, sin duda, la *probation*, empleada en los países anglosajones, y el *sursis*, que prevalece en el continente europeo. Hoy apenas se diferencian en su aplicación, ya que los países continentales prácticamente han acogido el primer sistema (55).

Otras medidas importantes en libertad son las de remisión o entrega a la propia familia o a otra distinta, o a la persona que tiene a su cargo al menor. No constituye una simple dejación sino, por las precauciones de que se acompaña, una auténtica actuación reeducativa.

Ha de mencionarse también los externados psicopedagógicos —o mejor, el tratamiento ambulante de este carácter—, institución moderna de tratamiento en libertad de la que se hace aún escaso uso.

El tratamiento institucional es la medida más antigua que se aplica a los menores. Sigue jugando, no obstante, un importante papel en nuestros días entre los esfuerzos empleados para rehabilitar al menor. Tendencia general es la de emplear personal especializado para las diferentes formas de tratamiento institucional: de educación correctiva, de formación profesional, médico, psiquiátrico, de terapéutica de grupo, omni-comprensivo, etc. (56). La institución debe satisfacer también las necesidades de tipo afectivo del menor, que procede muchas veces de familias deshechas (*broken homes*). Sin olvidar tampoco la eficacia de los valores éticos. Gran importancia tiene la creación de relaciones de confianza por originar sentimientos de autovaloración en menores con graves complejos de inferioridad.

En la actualidad suelen aplicarse tres tipos de tratamiento institucional: 1) un procedimiento uniforme adecuado a la mayoría de los delincuentes de carácter más grave; 2) un tratamiento especializado a largo plazo para los jóvenes que padecen un trastorno grave y a los que no se puede aplicar con éxito los métodos ordinarios; tratamiento que, en el aspecto psiquiátrico, se orienta principalmente

(55) Véase NÚÑEZ BARBERO, *Suspensión condicional de la pena y «probation» (problemática acerca de su naturaleza jurídica)*, Universidad de Salamanca, 1970. LASSER, *La libertad vigilada y la tutela educativa*, Caracas, 1959.

(56) WENDT, *Die Möglichkeiten und Grenzen psychotherapeutischer Behandlung von erwachsenen und jugendlichen Rechtsbrecher*, en «Mschr. Krim.», 1957 (40), pág. 193. MUNKWITZ, *Behandlung besonders schwieriger junger Rechtsbrecher in psychiatrisch geleiteten Sonderstrafanstalten*, en «Mschr. Krim.», 1959, pág. 149. SESSAR, *Beispiel einer Totalstrategie in der Behandlung jugendlicher Straftäter: Die Anstalt Boscoville in Quebec/Kanada*, en «ZStW», 1972 (84), pág. 779.

hacia la psicoterapia de grupo; y 3) un tratamiento institucional a corto plazo para los que no pueden ser tratados en libertad, aun cuando sus delitos no exijan prolongados períodos de detención (57).

Como institución intermedia entre el tratamiento en libertad y el realizado dentro de establecimientos se encuentran los denominados hogares en semi-libertad. Los menores que trabajan o estudian en el exterior durante el día, pasan en ellos las noches y los días festivos.

En el Derecho penal de menores moderno se tiende a evitar la imposición de propias penas. Algunas legislaciones admiten, empero, que puedan imponerse penas a los jóvenes, aunque naturalmente en ellas suele prevalecer la finalidad reeducadora sobre la represiva (58).

Esta misma finalidad impera en el tratamiento a dar a los denominados jóvenes adultos delincuentes (59). Vamos a pasar a exponer las características de la legislación inglesa al respecto, porque Inglaterra es, con expresión de Jescheck la patria de origen de la idea de instaurar un especial tratamiento para esta clase de delincuentes (60).

El primer reconocimiento oficial de que los jóvenes adultos necesitan un tratamiento especializado se debe al *Gladstone Committee* y se produjo en 1895. Se observó que la mayor parte de los reincidentes comenzaban sus carreras criminales antes de ser plenamente adultos y que las tendencias criminales de los chicos y chicas sentenciados a prisión se acrecentaban con toda probabilidad después de esta experiencia. Como consecuencia de la recomendación del *Committee Gladstone* se inició en un ala de una prisión la experiencia de dar mayor importancia a lo educativo que a lo represivo. En 1902 la totalidad de la *Rochester Prison*, que se encontraba en las afueras de la ciudad de Borstal, se transformó en una institución de este carácter destinada a muchachos. Como consecuencia de la promulgación de la *Prevention on Crimes Act* de 1908 el tratamiento *borstal*

(57) *Nuevas formas de la delincuencia juvenil*. Informe de la Organización Mundial de la Salud al Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, cit., pág. 57. WINSLOW, R. W., ob. cit., págs. 222 y sigs. LAULICHT, J., *Selection policies in training schools as related to types of rehabilitation programmes*, en «British Journal of Criminology», 1963, pág. 108.

(58) El Derecho penal juvenil, escribe MAURACH, es primariamente un derecho de educación juvenil. Allerdings —añade— ist damit nicht gesagt, dass die Strafe als bezwecktes Übel im Jugendrecht keinen Platz habe. Jedes der jugendgemässen Reaktionsmittel hat primär erziehrische Aufgaben; verschieden sind nur die praktischen Wege (*Deutsches Strafrecht*, Allg. T., Karlsruhe, 1971, 4.ª ed., págs. 913 y 914).

(59) La expresión semi-adultos, que emplea parte de la doctrina española, ha de estimarse altamente desafortunada para designar a sujetos que pretenden precisamente el reconocimiento de su propia personalidad de *adultos jóvenes*.

(60) JESCHECK, *Vorwort* a MANNHEIN-JOSEPH-SIEVERTS: *Die kriminalrechtliche Behandlung von jungen Rechtsbrechern (über 18 Jahren) in England, in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt/M.-Berlín, 1958, pág. 4.

se convirtió en una parte reconocida legalmente del sistema penal inglés (61).

Los primeros *borstal* eran establecimientos cerrados. Lo cual era natural dada la época en que fueron creados. El primer *borstal* abierto se erigió en 1930. En 1960 existían 11 abiertos y ocho cerrados. Hoy su número ha aumentado.

La característica esencial de la instrucción *borstal* es un día muy lleno de ocupaciones y el duro trabajo. Ocho horas diarias se dedican al aprendizaje agrícola o industrial; a las que hay que añadir las dedicadas a clases vespertinas de artesanía, educación física, etc. Seis horas a la semana, aparte de la jornada laboral, se dedican a actividades educativas, que se organizan, como acaece en las prisiones, por las autoridades locales de educación. Para completar la formación en el más amplio sentido se estimulan, en la medida posible, contactos con el mundo exterior. Lo que caracteriza empero a estas instituciones es la variedad de sus programas de resocialización. El de Pollington, por ejemplo, se basa en una «comunidad terapéutica», el de Hewel Grange se estructura sobre un *case-work* individual, etc. (62).

No se limita a Inglaterra el sistema *borstal*, ya que también otros países han acogido instituciones inspiradas en él, v. gr., la denominada prisión-escuela de los países nórdicos (63).

La asistencia post-institucional o *after-care* se considera asimismo actualmente parte integrante del total proceso de rehabilitación del menor. En conexión con el principio básico de la naturaleza progresiva del tratamiento, la asistencia post-institucional constituye su último estadio, e incluye medidas de transición entre cierta vinculación institucional y la total separación. Significa la supervisión, o mejor, la asistencia al menor en su actuar por parte de un funcionario de prueba o persona análoga. En algunos países se han creado incluso establecimientos de *probation*, es decir, no penitenciarios, para el supuesto de que el menor carezca de un medio familiar apto para ayudarle, presente anomalías mentales, etc., v. gr., los *hotels y homes* de *probation* y las *approved lodgings* inglesas (64).

(61) ELKIN, *The English Penal System*, Edimburgo, 1957, pág. 243.

(62) WILLIAMS, J. E. H., *The English Penal System in Transition*, Londres, 1970, pág. 312.

(63) Véase *Le Droit pénal des pays scandinaves*, 1969, cit., pág. 149.

(64) JAMES, Ph. S., *Introduction to english law*, Londres, 1962, pág. 210. DAUTRICOURT, *Le role de la probation dans le traitement des delinquants en Belgique*, en «Rev. de Dr. pén. et crim.», 1969, págs. 561 y sigs. FOSTER, *L'aide postpénitentiaire Borstal en Angleterre et au pays de Gales*, en «Rev. intern. de pol. criminelle», 1952 (2), pág. 31. En España tienen este carácter los «hogares para liberados», instituidos por decreto de 2 de octubre de 1953. De los dos creados, tan sólo el Destacamento de Mirasierra, sin embargo, ha tenido —según BUENO ARÚS— la debida consolidación. Pero del escaso dinamismo de la experiencia es prueba que el número de acogidos en el Destacamento, de acuerdo con el mismo autor, no ha excedido normalmente de una docena (*El sistema penitenciario español*, separata de la «Revista de Estudios Penitenciarios», Madrid, 1966, pág. 24).

III

Es muy posible que gran parte de lo acabado de describir comience, a no tardar, a pertenecer al pretérito. Que la fase tutelar o protectora en el tratamiento de la delincuencia juvenil ceda el paso a otro estadio, en el que la finalidad particularmente reeducativa del tratamiento o pena no obstaculice el pleno reconocimiento de las garantías individuales. Cada vez se tiene mayor conciencia de que las medidas que se imponen a los menores, aunque pretendan un fin correccional o protector, se concretan, en último término, en un grave ataque a bienes jurídicos fundamentales (65), que sólo es admisible si quien lo decreta es la autoridad judicial, y la imposición se realiza sin quebrantar las garantías procesales reconocidas para los adultos en la jurisdicción penal ordinaria (66).

Ha sido en la misma Norteamérica, país al que se debe, como hemos expuesto, el sistema de Tribunales tutelares hoy generalmente acogido, donde la institución ha sido sometida a una revisión tan profunda que es muy posible que determine —y no sólo allí, puesto que corresponde a las convicciones de nuestra época—, su suerte ulterior.

A partir de los años cuarenta el Tribunal Supremo de los Estados Unidos empezó a hacer amplio uso de la enmienda 14 a la Constitución que, aunque aprobada en julio de 1868, había sufrido larga hibernación. Este es su tenor: ningún Estado dictará ni aplicará ley alguna que suprima privilegios o inmunidades de los ciudadanos estadounidenses, ni privará a nadie de su vida, libertad o bienes sin las debidas garantías procesales (*without due process of law*). Citaremos algunas de sus más importantes aplicaciones: en 1948 se estableció que, de acuerdo con la enmienda 14, al acusado se le debía dar con tiempo suficiente plena información sobre el hecho que se le imputaba; en 1961 se determinó que esta enmienda imponía limitaciones a los Estados en la fase de investigación del hecho; en 1962 se prohibió, sobre la misma base, infligir castigos crueles o no usuales; en 1963 se reafirmó con mayor vigor el derecho del acusado a aconsejarse de letrado; en 1964 el privilegio de no acusarse a sí mismo; en 1965, el derecho de confrontar a los testigos (*cross examination*), etc.

(65) SUTHERLAND-CRESSEY han llegado incluso a afirmar que ciertas instituciones destinadas a menores tienen un carácter más represivo que algunas destinadas a adultos (*Principles of criminology*, 1960, cit., pág. 453). Véase también, FOX, S. J., *The law of Juvenile Courts in a nutsell*, St. Paul, Minnesota, 1971, Preface.

(66) Como ha expuesto COHEN, «notwithstanding the lenguaje of the statutes and the official rhetoric, the restrictions and deprivations imposed by the juvenile courts are *in effect* punitive». Y añade: los jóvenes sufren tales privaciones de derechos, acompañadas no pocas veces de abusos por parte del juzgador, sin las garantías procesales contra el error, la indiferencia, la arbitrariedad o la malicia judiciales previstas por la Constitución respecto a los adultos (*A evaluation of Gault by a sociologist*, en «The juvenile offender and the law. A symposium», Nueva York, 1971, pág. 93).

Era normal que esta consagración en el proceso de los derechos individuales de los adultos, lograrse eco también en la jurisdicción de menores. Un joven necesita una protección no inferior a la de un adulto —se afirmaba— frente a una intervención en su existencia decretada por un tribunal tutelar (67). El fin que teóricamente éstos persiguen, la rehabilitación del menor, apenas se alcanza en la práctica (68). Falta muchas veces a los tribunales, o a las instituciones que de ellos dependen, personal especializado en psiquiatría, psicología, sociología, asistentes sociales bien entrenados, etc. No siempre se dispone de oportunos servicios clínicos o de centros adecuados para impartir enseñanza profesional o descubrir la vocación del menor. Y lo que es no menos grave, que los miembros de estos tribunales carecen con frecuencia de todo tipo de preparación adecuada, incluida la jurídica.

Se daban pues los presupuestos para que los partidarios del respeto de las garantías individuales también en la jurisdicción tutelar pudieran esta vez vencer. El reconocimiento de sus pretensiones se ha verificado de dos formas: legislativa y jurisprudencial.

De 1961 a 1965 los tres Estados más extensos de Estados Unidos: California, Nueva York e Illinois han cambiado sustancialmente su legislación sobre tribunales tutelares, en el sentido de asegurar al menor una protección jurídica más perfecta.

El reconocimiento jurisprudencial, que se produjo el 15 de mayo de 1967, ha tenido un mayor eco. Quizá él inicie la nueva época a que hemos hecho alusión. Ese día el Tribunal Supremo de Estados Unidos dictó sentencia en el caso Gault (69), haciendo uso, con palabras del profesor Hopson, del bisturí del cirujano (70). Parece pues oportuno exponer, aunque sea brevemente, sus aspectos más importantes.

El 8 de junio de 1964, sobre las diez de la mañana, Gerald Francis Gault, de quince años, y su amigo Lewis, fueron conducidos por la policía ante el sheriff del Condado de Gila. La detención se basaba en la denuncia verbal de una vecina de que ambos la habían dicho

(67) Parece obligado subrayar que un comportamiento determinado tiene muchas veces consecuencias más graves si lo realiza un menor que si lo comete un adulto. Por ejemplo, en el caso Gault, que analizaremos enseguida, si el hecho imputado hubiese sido cometido por un adulto se habría impuesto a éste, como máximo, 50 dólares de multa o dos meses de arresto; al menor, en cambio se le privaba de su libertad durante varios años. Cfr. PAUSEL, *Children's Court: Gateway or Last Resort?*, en «Gault: What Now for the Juvenile Court?», ed. por Virginia Davis, Ann Arbor, 1968, pág. 39.

(68) Entre la amplia bibliografía, remitimos a DEIMLING, *Theorie und Praxis des Jugendstrafvollzug in pädagogischer Sicht*, Neuwied am Rhein-Berlin, 1969, passim. CLARK, H. H., Jr., *Why Gault: Juvenile Court Theorie and Impact in Historical Perspective*, cit., pág. 11.

(69) La sentencia se ha reproducido como apéndice del excelente volumen *The juvenile offender and the law. A symposium* (Nueva York, 1971), ya citado, y al que remitiremos más de una vez a continuación.

(70) HOPSON, D., Jr., *Introduction* a «The juvenile offender and the law. A symposium», cit., pág. 1.

por teléfono frases indecentes. Gault estaba sometido entonces a libertad vigilada, por haber sido visto junto a un niño que extrajo un monedero del bolso de una señora.

Ni la madre ni el padre de Gerald se encontraban en casa, sino en su lugar de trabajo, en el momento de la detención, acerca de la cual no se les dejó notificación alguna. Cuando a las seis de la tarde llegó la madre a casa, al no ver a Gerald, envió al hermano mayor a buscarlo. Este retornó manifestando que creía que le habían detenido. Ambos se encaminaron entonces al local de detención para jóvenes, donde el superintendente, y al mismo tiempo funcionario de prueba, Flagg, comunicó a la madre «por qué el hijo estaba allí»; añadiendo que al día siguiente, a las tres de la tarde, sería llevado ante el tribunal juvenil.

En la petición que el superintendente presentó al tribunal juvenil para que se ocupara del caso, de cuyo contenido no se informó tampoco a la familia Gault, únicamente se alegaba que Gerald era un delincuente, pero no se hacía la menor referencia a los hechos base de la actuación judicial.

El 9 de junio Gerald, su madre y su hermano mayor, así como el superintendente Flagg y otro funcionario de prueba, se personaron en el tribunal juvenil. El padre no lo hizo por estar trabajando fuera de la ciudad. Tampoco lo realizó la denunciante. El juez no solicitó que los que declaraban jurasen decir verdad; ni se preocupó porque quedara constancia escrita de la audiencia. Así Gerald manifestó ese día, según testimonio de su madre, que únicamente había facilitado a su amigo el número de teléfono de la vecina; mientras el juez aseguró, por el contrario, que Gerald había admitido haber dicho algunas expresiones de carácter indecente.

La tarde del 12 de junio, la madre de Gerald recibió, firmada por Flagg, la siguiente nota: «Sra. Gault, el Juez Mc Ghee ha señalado el lunes 15 de junio de 1964, a las once de la mañana, como día y hora para una ulterior audiencia del caso Gerald». El día y hora fijados se presentaron en la sede del tribunal Gerald y sus padres, su amigo Lewis con el suyo, Flagg y otro funcionario de prueba. Según manifestaron los padres, Gerald confesó tan sólo haber marcado el número del teléfono; mientras, de acuerdo con el juez, admitió haber dicho algunas de las expresiones que se le imputaban, pero no las más graves. Tampoco la denunciante se personó esta vez, ni el juez se puso en relación con ella, a pesar de que los señores Gault se lo pidieron. Como resultado de la audiencia, el juez ordenó internar a Gerald Gault hasta que cumpliera la edad de veintiún años, en la Escuela Industrial del Estado, por estimar que se trataba de un delincuente juvenil.

Pocas semanas después, concretamente el 3 de agosto, se presentaba ante el Tribunal de Apelación de Arizona el escrito de «habeas corpus» que iba a terminar tres años más tarde con la ya famosa sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos —al que se había pedido que declarase la inconstitucionalidad del Código juvenil

de este Estado por oponerse a la Enmienda 14 a la Constitución— de 15 de mayo de 1967.

Estos son sus extremos más importantes: las garantías procesales, lo que se denomina *due process*, son también aplicables a los menores. Ellas exigen: que se comuniquen al joven y a sus padres o guardadores, cumplidamente y con tiempo suficiente, los cargos que se le imputan, para que puedan preparar la defensa (71); el derecho, también para el menor, de aconsejarse, y de ser defendido, por letrado (72); el privilegio de no acusarse a sí mismo, y de que, si el sujeto lo hace, la confesión no valga, salvo que el hecho haya sido probado por otros medios (73); el derecho de confrontar a los testigos y de que estos presten testimonio mediante juramento (74).

La generalidad de los numerosos artículos y libros que desde 1967 se han escrito sobre el tema reconocen que, en los Estados Unidos, la fase puramente tutelar en el tratamiento de la delincuencia juvenil empieza a pertenecer al pasado (75). Posteriores o coetáneas decisiones judiciales (76) y cambios legislativos (77) han venido a corroborar este criterio. La nueva situación podría caracterizarse con las conocidas palabras de Battaglini: la especialidad del régimen de los menores «non vuol dire che esso debba distaccarsi del tutto dal grande tronco del diritto penale» (78). Ciertamente la sentencia Gault no suprime los tribunales juveniles, tan sólo cambia su base: el derecho pasa a ocupar el lugar que deja libre el paternalismo (79).

(71) PAULSEN, *Juvenile Courts and the legacy of*, 67, en «The juvenile offender and the law. A symposium», cit., págs. 5 y sigs. FOSTER, H. H., Jr., *Notice and «Fair Procedure»: Revolution or Simple Revision?*, en «Gault: What Now for the Juvenile Court?», ed. por Virginia Davis, Ann Arbor, 1968, pág. 51. GEORGE, J., Jr., *Gault: Notice and Fair Hearing*, ibidem, página 71.

(72) SKOLER, *The right to counsel and the role of counsel in juvenile courts proceeding*, en «The juvenile offender and the law», Nueva York, 1971, páginas 36 y sigs. PLATT-SCHECHTER-TIFFANY, *In defense of youth: a case of the public defender in Juvenile Court*, ibidem, pág. 97. DRINAN, *The Right to Counsel: Who Can and Must Represent the Juvenile*, en «Gault: What Now for the Juvenile Court?», 1968, cit., pág. 105.

(73) SCHORNHORST, *The waiver of juvenile court jurisdiction: Kent revisited*, en «The juvenile offender and the law», Nueva York, 1971, págs. 61 y sigs.

(74) FOSTER, H. H., Jr., *Notice and «Fair Procedure»: Revolution or Simple Revision?*, cit., pág. 65.

(75) «The battle for procedural reform of the juvenile court», se ha podido afirmar, «has basically been won» (*The Juvenile Court. A Status Report*, National Institute for Mental Health, Rockville, 1971, pág. 17).

(76) A *In re Gault* 387 US 1, 1967, hay que añadir otra serie de sentencias de análogo tenor, por ejemplo, *Miranda v. Arizona* 384 US 436, 1966, *In re William L.* 287 N. Y. S. 2d 218, 1968, etc.

(77) Por ejemplo el *Uniforme Juvenile Court Act*, de 1968, la *Children's Bureau's Legislative Guide for Drafting Family and Juvenile Courts Acts*, de 1969, etc. Cfr. FOX, S. J., *The law of juvenile courts in a nutshell*, St. Paul, 1971, pág. 257.

(78) BATTAGLINI, *Il diritto penale dei minori e la sua specialità*, Boloña, 1939, pág. 10.

(79) ALPER, B. S., *L'affaire Gault: une mise à l'épreuve du tribunal de*

La preocupación por la garantía de los derechos individuales en el tratamiento de los menores no se circunscribe, sin embargo, a Estados Unidos. De que en otros países también existe es prueba, entre otras manifestaciones que podrían citarse, los siguientes ejemplos.

En Inglaterra se pretendió a comienzo de la década de los sesenta sustituir los magistrados de los tribunales juveniles por asistentes sociales, y estos tribunales por otros denominados tribunales familiares. El proyecto se expuso en el libro blanco *The Child, the Family and the Young Offender*, publicado en agosto de 1965. La reacción no se hizo esperar, y fue tan violenta, en particular sobre el hecho de que significase la abrogación del viejo principio de que no se puede privar de libertad y derechos a un súbdito de la Corona —aunque sea un joven— por un tribunal no constituido «properly», que el proyecto fue retirado. Según Watson, la magistratura, la abogacía, los asistentes sociales y hombres y mujeres de toda condición e ideología política se unieron para oponerse a él (80). Tanto el segundo libro blanco, *Children in Trouble*, presentado al parlamento en abril de 1968 (81), como el texto legal vigente, siguen por consecuencia una línea más respetuosa hacia las garantías individuales (82).

En Italia, el reciente proyecto de 28 de octubre de 1968, pretende sobre todo —de acuerdo con lo que manifiesta su preámbulo—, la *protezione giudiziale* de los menores y la prevención de su delincuencia.

La precipua revisión parcial del Código penal suizo, que ha entrado en vigor el primero de julio de 1971, ha afectado también al Derecho penal de menores. Su característica más notable es, sin duda, la de que la delincuencia de este carácter sigue regulada por el Código penal; mientras la protección de los menores en peligro moral, descuidados, maltratados, abandonados, vagabundos, etc., continúa correspondiendo al Derecho civil (arts. 283 a 285 de este Código) y, en parte, al administrativo. El juez interviene si el muchacho, autor del hecho delictivo, ha cumplido siete años. Si los menores tienen de siete a quince años, gozan de la particular consideración *la jeunesse*, en «Rev. dr. pén. et crim.», 1972, págs. 770 y 795 principalmente.

(80) WATSON, J. A. I, *The juvenile court 1970 onward. A guide to the Children and Young Persons Act 1969 for magistrates*, etc., Londres, 1970, Introducción.

(81) Pueden mostrarlo las siguientes expresiones: «Proceedings will remain possible where they are necessary for the protection of society or for the sake of the child. The procedure for those aged 14 and under 17 will provide machinery and criteria for deciding whether the interest of society or of the young person require a prosecution or whether these interest can best be served in other ways. These proposals mean the retention of the juvenile courts» (*Children in Trouble*, Londres, 1968, HMSO, págs. 5 y 6).

(82) Cfr. WATSON, ob. cit., passim. MUMFORD, *A Guide to Juvenile Court Law*, Londres, 1970, HOME OFFICE: *Part I of the Children and Young Persons Act 1969. A guide for courts and practitioners*, Londres, 1970. HARRIS, B., *The criminal jurisdiction of magistrates*, Londres, 1972 (2.^a ed.), páginas 102 y sigs., 119 y sigs. BOTTOMS-MACLEAN-PATCHETT, *Children of the New Law*, en «The Criminal Law Review», 1970, pág. 368.

de *enfants*; si de quince a dieciocho, de *adolescents*, y de dieciocho a veinticinco de *jeunes adultes*. La ampliación hasta los veinticinco años del régimen de los jóvenes adultos (antes sólo alcanzaba hasta los veinte), constituye una de sus más importantes innovaciones. El sistema de sanciones es binario: se prevén tanto medidas de educación o tratamiento, de muy diverso tipo, y a las que se otorga carácter preferente, como penas —*sui generis*, por supuesto—, aplicables a los menores que no necesiten aquélla o éste (83).

Asimismo, la citada ley sueca de 1960 ha pretendido reforzar la seguridad de los ciudadanos frente a las actividades de los órganos de protección de menores: supedita su proceder a formalidades y reglas determinadas y exige que un jurista forme parte o aconseje al Comité (84). Toda persona implicada en un caso de delincuencia de menores posee el derecho de ser oída, hacer proceder a un interrogatorio, aportar pruebas, solicitar una investigación complementaria y hacerse defender por un letrado. El Comité tiene obligación de comunicar el contenido del expediente, motivar sus decisiones e indicar los posibles recursos (85). Se ha podido afirmar por ello que «the new Act reflects an increasing concern with the legal protection of those affected by the activities of the child welfare services» (86).

De que algo no muy distinto ocurre en los países socialistas, quizá lo muestre el hecho de que el reciente Código penal de 1968 de la República Democrática Alemana se ocupe de la regulación jurídica de la delincuencia juvenil (87). Es evidente —y los ejemplos del mismo tenor podrían multiplicarse—, que al exigir el parágrafo 66 que se determine expresamente en el proceso la culpabilidad del sujeto, se está muy lejos de los intentos de la postguerra de sustituir en aquel país el Derecho penal juvenil por un Derecho de educación juvenil (88).

Ex profeso hemos eludido ocuparnos de la legislación positiva española sobre menores, por ser este precisamente el tema que desarrollará en su conferencia de mañana el Dr. Rodríguez Devesa. Por el mismo motivo, vamos a limitarnos ahora a señalar tan solo —a la luz de lo expuesto y como conclusión—, algún extremo en que la legislación española parece más necesitada de urgente reforma.

Los jueces de menores han de ser funcionarios de la carrera ju-

(83) Cfr. CLERC, *Les récentes transformations du Code pénal suisse*, en «Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.», 1972, págs. 316 y sigs. VEILLARD-CYBULSKI, *La révision du Droit pénal des mineurs et des jeunes adultes en Suisse*, ibídem, pág. 474.

(84) LINDSTRÖM, Ulla, *Preface* a «Loi suédoise sur la protection sociale de l'enfance», cit., pág. 3.

(85) ROMANDER, *Introduction* a la obra citada en la nota anterior, página 8.

(86) HOWELL, R. C., *Treatment of the young offender in Sweden*, Chichester, 1967, pág. 7.

(87) En un particular capítulo, intitulado «Particularidades de la responsabilidad penal juvenil», que contiene quince artículos.

(88) Cfr. SCHMIDT, H. Theodor, *Entwicklung und Gestaltung des Jugendstrafrechts in der DDR*, en «ZStW», 1972 (84), pág. 353.

dicial con conocimientos especializados (89). A ellos corresponderá conocer de todo tipo de delincuencia juvenil, incluida la motivada por la infracción de leyes de carácter militar, que hoy, anómalamente, queda fuera de su competencia (90). Ha de desaparecer asimismo el anacronismo de la falta de previsión de una edad de irresponsabilidad penal y de hacer depender la irresponsabilidad de los menores de dieciséis años del superado criterio de la falta de discernimiento (91), como establece todavía ahora el Código de justicia militar (art. 185, 2.º y Exposición de Motivos).

Se han de ampliar —y reestructurar (92)— los tímidos ensayos españoles de un tratamiento penal específico de los jóvenes adultos delincuentes (93), otorgando a los comprendidos entre los dieciocho y veintiuno (o veintitrés) años, un particular *status* y creando una amplia gama de medidas de muy diverso carácter y de penas *sui generis*, supervisadas ambas, tanto en su duración como en su cumplimiento, por el juez que las impuso o por el de ejecución (94),

(89) En el mismo sentido, entre tantos otros autores, SERRANO GÓMEZ, *Sistema para recuperar al delincuente menor de veintiún años*, en «Policía española», 1969, pág. 1 de la separata. Del mismo: *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, Madrid, 1970, pág. 37. El enjuiciamiento de menores —escribe Bouzat—, por ser más importante que el de adultos, debe ser confiado a los mejores jueces (BOUZAT-PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, París, 1963, III, pág. 1206).

(90) IÑIGUEZ DE LA TORRE, *El menor de dieciséis años en la jurisdicción militar*, en «Rev. esp. de Der. militar», 1958 (5), pág. 65. PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO (*Edad, Derecho penal y Derecho tutelar*, Madrid, 1969, pág. 55), escribe lo siguiente: «¿Qué razones de especialidad, qué altos intereses, se encuentran en juego para que un rapaz de quince años, autor de la sustracción de un reloj de pulsera en un cuartel, deba ser juzgado y condenado por un Consejo de Guerra?». Asimismo se pregunta respecto de los delitos de rebelión, sedición, etc., «si resulta de verdad «ejemplar» imponer a un menor de dieciséis años una pena de muerte o de treinta años de reclusión, ¿sería ejemplar o inhumano?».

(91) QUINTANO, *Compendio de Derecho penal*, Madrid, 1958, pág. 278. El discernimiento ha desaparecido incluso del Derecho francés —por cuyo influjo se acogió en la generalidad de las legislaciones—, a partir de la ordenanza de 2 de febrero de 1945, modificada por ley de 24 de marzo de 1951 (BARBERO SANTOS, *Problemática de las nuevas formas del actuar delictivo de menores*, Salamanca y Jalapa, 1963, recogido en «Estudios de criminología y Derecho penal», Valladolid, 1972, pág. 105. DECOCQ, *Droit pénal général*, París, 1971, págs. 271 y sigs.)

(92) No satisface, por ejemplo, el «compromiso de honor» y sus características para ascender a la fase de adaptación, o el que a los internos se les permita participar en la vida institucional prácticamente sólo en lo que afecta a deportes o alimentación, como ocurre en Liria.

(93) Hasta el momento solamente existen dos establecimientos: uno en Liria (Valencia), cuyas características ha expuesto DE TOCA BECERRIL (*Una nueva experiencia en España en orden al tratamiento de jóvenes delincuentes*, en «Rev. de Est. Penitenciarios», 1971 (192), págs. 43 y sigs.), y otro en Teruel.

(94) Sobre la disparatada situación actual, véase LUZÓN DOMINGO, *Tratamiento penal de la delincuencia juvenil*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1966, págs. 397 y sigs.

y llevadas a cabo, unas y otras, con el concurso de personal especializado.

Únicamente podrá dar lugar a la intervención del juez de menores la comisión de hechos delictivos; sin que quepa en supuestos de indisciplina o vida licenciosa del menor (95), aunque se trate de mujer (96). En el proceso, sin perjuicio de que se evite todo lo que pueda perturbar la rehabilitación que se pretende, deben tener aplicación las garantías procesales. En la pena, sin olvido de la preponderante finalidad reeducadora, ha de tener también acogida el fin retributivo, que impone una proporción o límite exigido por la justicia. Penas o medidas indeterminadas —hasta conseguir la corrección del menor (como admite nuestro texto punitivo fundamental en el artículo 65) (97)— deben, en consecuencia, desaparecer; a razones de justicia se unen exigencias de tipo psicológico, ya que la indeterminación dificulta precisamente la corrección del menor (98).

En cuanto la legislación española no autoriza a las autoridades

(95) BARBERO SANTOS, *Nuove forme della delinquenza minorile*, en «La Scuola Positiva», 1961, pág. 633. Del mismo: *Problemática de las nuevas formas del actuar delictivo de menores*, en «Estudios de criminología y Derecho penal», 1972, cit., pág. 103. En nuestro país acogen esta concepción restringida, entre otros autores, SERRANO GÓMEZ y BAU.

(96) De cómo la legislación española «protectora» de la mujer joven vulnera las garantías penales, lo muestra las expresiones que, a guisa de ejemplo, transcribimos a continuación de quien es quizá su más autorizado comentarista, JIMÉNEZ ASENJO (*Instituciones protectoras de la mujer joven*, separata de la «Rev. Gen. de Leg. y Jur.», 1961, págs. 8 y 16): el nuevo Derecho penal asistencial ha superado las objeciones y defendido las leyes rehabilitadoras y educadoras de la juventud predelincente sin escrúpulos jurídicos ni morales, conquistando para el tradicional derecho punitivo un campo de actividad de límites insospechados. Y añade, ejemplificando: si una muchacha menor de veintitrés años frecuenta un género de vida en el que explota el trato de algún o algunos amigos, sin el propósito definido o probable de casarse; si mantiene relaciones de licencia amorosa por su frecuencia a los medios aptos para ello, como son los salones de recreo, los *danzings*, *boites*, *nights clubs*, etc., en donde se dan cita lo más libre de la plaza, nos enfrentamos con clara indicación social de «situación peligrosa» para su pureza u honestidad que justifica la aplicación de su internamiento preventivo o reparador.

(97) Sobre el artículo 65 del Código penal, véase COBO, *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español*, en «Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho», Buenos Aires, 1970, págs. 433 y sigs. En el Instituto Penitenciario para jóvenes de Liria, según manifestó su director en el estudio citado (DE TOCA, *Una nueva experiencia*, pág. 58), se habían descontado hasta el momento cuarenta y dos sentencias indeterminadas.

(98) Cfr. SELGE, *Die Jugendstrafe von unbestimmter Dauer in der Praxis der Rechtsprechung der Jugendgerichte und des Jugendstravollzuges*, en «Msch. Krim.», 1962, págs. 129 y sigs. RACINE, *L'indetermination de la sentence dans les juridictions pour mineurs*, en «Rev. droit pén. et crim.», 1961, pág. 52. También Egon MÜLLER reconoce, como resultado de su investigación sobre penas de duración indeterminada, que el porcentaje de reincidencia se eleva al 65 por 100 (*Zur Erziehungserfolg der Jugendstrafe von unbestimmter Dauer*, Colonia-Berlín-Munich, 1969, pág. 147).

gubernativas a imponer medidas de seguridad en el supuesto de muchachos mayores de dieciséis años, que hayan cometido un hecho delictivo antes de esa edad, en el caso de que los tribunales tutelares declinasen al respecto su competencia —se opondría, por otra parte, esta facultad a los postulados del Estado de Derecho (99)—, ha de abolirse la correspondiente mención de esta posibilidad en el artículo 20 de la ley de tribunales de menores de 1948 y en el artículo 8.º, número 2.º, del Código penal (100). A mayor abundamiento, aboga asimismo por la supresión el no desdeñable argumento de que un delito no fundamenta la imposición de una medida de seguridad, sino de una pena, constituyendo el presupuesto de las medidas de seguridad la constatación de un estado peligroso (101).

(99) DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1972, pág. 29.

(100) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, P. G., Madrid, 1971, página 803. PALACIO, *Edad, Derecho penal y Derecho tutelar*, Madrid, 1969, páginas 52 y 53.

(101) BARBERO SANTOS, *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los Derechos italiano y alemán*, en «Estudios de criminología y Derecho penal», Valladolid, 1972, páginas 38 y sigs.

Enjuiciamiento de sujetos peligrosos no delincuentes

MANUEL MORON

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de La Laguna

SUMARIO: 1. Delimitación del tema.—2. Referencia histórica.—3. Naturaleza del proceso de declaración de peligrosidad social.—4. Sujetos del proceso: A) Órgano jurisdiccional. a) Jurisdicción. b) Competencia. c) Titular del órgano jurisdiccional: elemento decisor y sujetos cooperadores.—B) Partes: a) Ministerio Fiscal. b) Presunto peligroso.—5. Objeto del proceso.—6. Procedimiento en primera instancia: A) Idea general.—B) La etapa de preparación: a) Posible actividad previa. b) Iniciación. c) Contenido. d) Conclusión de la etapa.—C) La etapa contradictoria: a) Contenido. b) Conclusión mediante sentencia.—7. El recurso de apelación.—8. Cosa juzgada.—9. Observaciones finales.

1. *Delimitación del tema.*

El ordenamiento jurídico español, fiel al sistema dualista para el tratamiento de la delincuencia, independientemente de las penas o en lugar de ellas, para ciertos supuestos no delictivos pero considerados de riesgo social, arbitra una serie de medidas de prevención, cuyo carácter sancionador se discute por la doctrina y que, en terminología comúnmente aceptada, reciben el nombre de medidas de seguridad.

Tales medidas aparecen incluidas en diversos textos de Derecho positivo; así, en el Código penal vigente —texto refundido de 28 de marzo de 1963—, en la ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948, y, bajo una regulación específica tanto en el aspecto material como en el procesal, en la llamada ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, normativa actual aunque aplazada su entrada en vigor (1), que deroga y sustituye a la denominada de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933.

Constituyen medidas de seguridad del Código penal, por ejemplo,

(1) Ponencia presentada al V Congreso Internacional de Derecho procesal Cuando fue escrita la Ponencia, la ley se encontraba en período de *vacatio* a virtud del Decreto-ley de 4 de febrero de 1971, que prorrogó por cuatro meses el plazo de seis establecido en la disposición adicional primera, con lo cual la entrada en vigor debía producirse el 4 de junio de 1971.

el internamiento del enajenado y del sordomudo de nacimiento o desde la infancia pero carente de instrucción, previsto en los artículos 8 y 9, y el sustitutivo de la pena pero de carácter correctivo que el Tribunal, en uso de la facultad que le concede el artículo 65, puede imponer al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho. De estas medidas de seguridad no vamos a ocuparnos, porque al exigirse como presupuesto de su imposición la comisión de un hecho tipificado como delito, que determinaría la imposición de la pena de no concurrir la inimputabilidad del agente o, en su caso, la minoría de edad de éste y consiguiente ejercicio del arbitrio judicial (2), la temática que suscitan se aparta del enjuiciamiento sobre peligrosidad sin delincuencia, materia concreta de este estudio. Y, por igual razón, tampoco nos detendremos en el examen del Derecho de protección de menores, cuya aplicación incumbe a órganos no jurisdiccionales, dado el desig-nio básicamente tutelar que le caracteriza.

Será, en cambio, contenido del presente estudio la ley española de peligrosidad y rehabilitación social, no en su totalidad, naturalmente, sino en la faceta procesal que el texto ofrece, única que al Congreso puede interesar y que, a su vez, obliga a ciertas delimitaciones. Porque la ley de 4 de agosto de 1970, aunque regula el enjuiciamiento de sujetos peligrosos no delinquentes en diversos cauces procedimentales, diversidad aludida en la propia exposición de motivos al hacerse expresa referencia a *los procedimientos regidos por esta ley*, en rigor, esta pluralidad no se corresponde con otra estrictamente procesal. La ley ofrece un proceso básico: el dirigido a la decisión de un conflicto sobre la concurrencia o no en determinado sujeto de la condición de peligroso social para, caso afirmativo, someterle a la medida de seguridad adecuada. Es el indicado proceso, de conocimiento, de claro matiz inquisitivo, con una etapa contradictoria imperfectamente regulada y de doble instancia, el marco en el que tiene lugar el fundamental enjuiciamiento del presunto peligroso no delincente, y por ello, en torno a él, desarrollaremos nuestra exposición. Las medidas cautelares arbitradas en el artículo 19, por su propia naturaleza, carecen de la autonomía necesaria a la presencia de un proceso independiente y, por tanto, no implican enjuiciamiento en sentido estricto. La ejecución de las medidas de seguridad, materia contemplada en los artículos 24 a 26, trasciende también del enjuiciamiento. El llamado recurso de revisión sí tiene autonomía pero descansa en el de conocimiento precedente, por lo cual, tras el examen de éste, haremos la obligada aunque breve referencia. Por último, el impropriamente denominado recurso de abuso, autorizado por el artículo 33, no es sino un remedio concedido al sujeto declarado peligroso, utilizable por éste frente a posibles excesos cometidos en la ejecución de la medida de seguridad; por tanto, instancia eventual de la vía ejecutiva

(2) Cfr. el penetrante estudio de Manuel COBO, *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida de seguridad en el artículo 65 del Código penal español*, en «Revista de Derecho Judicial», enero-marzo, 1970, págs. 78-106.

cuyo estudio, en consecuencia, puede ser omitido, y aun debe serlo, de igual suerte que el de las otras materias marginadas, dada la extensión obligadamente limitada de la ponencia.

2. Referencia histórica.

El Derecho histórico español ofrece no pocos antecedentes de procesos, y a veces de sanciones penales sin proceso, en orden a conductas que, en el sistema actual, se configuran simplemente como peligrosas. La vagancia, que en la ley de 4 de agosto de 1970 constituye el primero de los diecisiete supuestos tipificados como estado peligroso en los artículos 2, 3 y 4, fue contemplada en tiempos preteritos como verdadero delito que, en consecuencia, determinaba una actividad de signo represivo. A esta orientación responden: La Ordenanza de levas de Carlos III de 7 de mayo de 1775 (ley VII, título XXXI, libro XII de la Novísima Recopilación), la Pragmática-sanción de 19 de septiembre de 1783, del propio monarca (Ley XII, título XVI, libro XII de la Novísima Recopilación), el Decreto de las Cortes de 11 de septiembre de 1820 «en el que se prescribe la conducta de los Jefes políticos y Ayuntamientos con las personas que no tienen modo conocido de vivir, y con los antes llamados gitanos, vagos y mal entretenidos», e incluso la ley de Vagos de 9 de mayo de 1845, cuya parte procesal presenta una regulación que dejará sentir su influjo en el moderno enjuiciamiento español del peligroso no delincuente, pero cuya parte sustantiva sigue considerando a la vagancia bajo el esquema del delito específico; como también ocurrirá en el Código de 1848 y en el reformado de 1850 (3).

El verdadero precedente de la normativa actual lo constituye la ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, mediante la cual, por primera vez en España, se introduce el concepto de peligrosidad sin delito y se arbitra el injuiciamiento necesario para su declaración (4). Ciertamente que sus redactores, los profesores Ruiz Funes y Jiménez de Asúa, tomaron de las fuentes históricas aludidas, singularmente de la ley de 1845, no pocas orientaciones para la regulación de la materia procesal; pero dichas fuentes ofrecían el esquema del proceso represivo, más que preventivo, y por ello, sólo con ciertas reservas puede aludirse a ellas a título de antecedentes verdaderos del texto actual.

(3) Para la exposición histórica de esta materia es fundamental el trabajo de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *El sistema procesal de la ley de Vagos y Maleantes*, en «Ensayos de Derecho Procesal» (Buenos Aires, 1949), páginas 178-199, del cual hemos tomado las referencias a precedentes históricos, con respecto a los cuales, puede verse también ALVAREZ JUSUE, *Ley de Vagos y Maleantes* (Madrid, 1933), págs. 9-33.

(4) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo de peligrosidad sin delito*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1933, tomo 163, págs. 591-613 y 627-635, donde se examinan los inmediatos antecedentes de la ley, así como su proceso formativo.

La exposición detallada de la ley de 1933 desbordaría los límites de este trabajo; por ello, las referencias a su texto se harán por vía de confrontación y sólo en la medida necesaria al examen del Derecho actual.

La ley de Vagos y Maleantes, complementada por el Reglamento para su aplicación de 3 de mayo de 1935, experimentó ciertas modificaciones mediante las de 23 de noviembre de 1935, 4 de mayo de 1948, 15 de junio de 1954 y 24 de abril de 1958; pero las reformas introducidas atendieron a los aspectos sustantivos de la peligrosidad con olvido de los procesales. Sin embargo, en los últimos años se acentuó la necesidad de adaptar sin restricciones el Derecho positivo a una serie de exigencias sociales y técnicas que, como es lógico, no podían ser contempladas en 1933. A esta tendencia responde el Anteproyecto de la ley de Defensa y Protección, presentado por el profesor Federico Castejón al XVII Congreso de la Asociación Española para el Progreso de las Ciencias, congreso celebrado en Bilbao durante los días 20 al 24 de julio de 1964 (5).

La orientación reformista dio su fruto, y de ahí que, en 13 de enero de 1970, el Gobierno remitiera a la Comisión de Justicia de las Cortes un proyecto de ley de Peligrosidad Social (6), que, con alteraciones muchas de ellas plausibles, se convirtió en la ley de 4 de agosto de 1970.

3. *Naturaleza del proceso de declaración de peligrosidad social.*

La ley de 4 de agosto de 1970, en su título II, arbitra un proceso en sentido propio, de matiz ciertamente inquisitivo, pero que sustrae el enjuiciamiento de los sujetos peligrosos no delincuentes a la actividad simplemente procedimental. Así resulta, pese a que el legislador omite la locución «proceso» y utiliza en su lugar la de «expediente» (arts. 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 21), de la existencia de una etapa contradictoria previa a la decisión sobre peligrosidad, lo cual permite reconocer como objeto de la actividad la presencia de una controversia, rasgo de todo proceso, aun en materia penal (7); y de la declaración contenida en el artículo 34, que remite, como fuente supletoria.

(5) Este anteproyecto, de nula repercusión en la ley de 4 de agosto de 1970, puede verse en «Estudios Penales, Homenaje al R. P. Julián Pereda, S. J. (Bilbao, 1965), págs. 146-151.

(6) El texto ha sido publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Españolas» de 14 de enero de 1970, núm. 1.086, y del mismo se ocupado Víctor FAIREN, *Prevención y represión desde el punto de vista procesal*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1971. Este trabajo, inédito como otro del mismo autor sobre la ley: *Algunos aspectos procesales de la ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970* (Salamanca, 1971), lo conocemos por haber tenido el profesor FAIREN la gentileza de remitir ambos originales al autor de esta ponencia.

(7) Cfr. Manuel MORÓN, *Sobre el concepto de Derecho procesal*, en «Revista de Derecho Procesal», segunda época, 1962, págs. 65-67.

en lo concerniente a procedimiento y ejecución de medidas de seguridad, salvo en materia de recursos, a Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, a la normativa del proceso penal represivo.

El proceso que nos ocupa tiene por objeto una controversia acerca del estado de peligrosidad social de una persona, para, en su caso, imponerle la medida de seguridad que resulte procedente; proceso dominado por los rasgos del sistema inquisitivo, como se advierte por el riguroso secreto de la etapa llamada de averiguación, por la imperfecta y desequilibrada regulación del contradictorio, por el régimen de doble instancia, por la confusión de las funciones de instrucción y decisión en un solo órgano, etc.

4. *Sujetos del proceso.*

A) *Organo jurisdiccional.*

a) *Jurisdicción.*

El conocimiento del proceso está encomendado a la jurisdicción ordinaria. En efecto, el artículo 1.º de la ley, establece que la facultad de declarar el estado peligroso e imponer las respectivas medidas de seguridad, corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria.

Con esta declaración, contenida en la primera de las normas del título II de la ley, que es el referido a la jurisdicción y al procedimiento, el sistema español de enjuiciamiento de sujetos peligrosos no delincuentes, adopta el criterio jurisdiccionalista, superior sin duda al de actuación administrativa, ya que, aunque se admite que las medidas de seguridad no son sanciones por no estar fundadas en el previo incumplimiento de un deber (8), no puede desconocerse que su aplicación, en un plano esencial, no difiere de la de una pena, por cuanto afecta a la privación de un bien jurídico tan estimable como es la libertad (9); privación o posible privación de la libertad que, en todo caso, o sea, abstracción hecha del designio represivo o preventivo que la motiva, exige la garantía del proceso jurisdiccional en homenaje obligado al respeto que a la persona hay que dispensar al menos, en un marco jurídico y político que simplemente quiera aproximarse a los postulados del Estado de Derecho (10).

También resulta acertado que el legislador recalque que el conocimiento del proceso se encomienda no ya a la jurisdicción sino a la jurisdicción ordinaria, con lo cual, se disipa el riesgo de atribución

(8) En este sentido Sebastián SOLER, *Las medidas de seguridad no son sanciones*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1964, pág. 221.

(9) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, vol. I (Madrid, 1963), pág. 570.

(10) Con razón ha señalado BETTIOL, *Il problemi di fondo delle misure di sicurezza*, en «Stato di diritto e misure di sicurezza» (Padova, 1962), pág. 15, que el Estado de Derecho es típico Estado de garantía para la libertad del ciudadano amenazada gravemente por la medida de seguridad. Cfr. también CARACCIOLI, *Il problemi delle misure di sicurezza* (Milano, 1970), págs. 155-232.

a Tribunales especiales, con todos los peligros que su actuación comporta, sobre todo, en la esfera penal. En este extremo, la fórmula del artículo 8 es superior a la del artículo 10 de la ley de Vagos y Maleantes, que atribuía la competencia para declarar el estado peligroso y para la aplicación de las respectivas medidas de seguridad, a los Jueces de Instrucción actuales *o a los que especialmente sean designados para estas funciones*; opción que brindaba la posibilidad de una atribución jurisdiccional no especializada en cuanto a los titulares sino especial por la designación, y que, con acierto, fue impedida en el artículo 81 del Reglamento, que atribuyó el conocimiento de la materia *a los actuales Juzgados de Instrucción de la Jurisdicción ordinaria*.

b) Competencia.

La competencia objetiva radica en los Juzgados de Instrucción. Al respecto, hay que advertir que la fórmula del artículo 8 no es del todo acertada, porque, contra lo que el texto indica literalmente, la facultad de declarar el estado peligroso y de imponer las respectivas medidas de seguridad no corresponde únicamente a los Jueces de Instrucción, sino a éstos y a las Salas de las Audiencias a las que se encomienda el recurso de apelación (art. 23).

En cuanto a competencia territorial, el artículo 8, 3, previene, que se determinará por el lugar en que de modo principal se haya manifestado la presunta peligrosidad; criterio que sin duda resulta mucho más correcto que el mantenido en el artículo 11 de la ley de Vagos y Maleantes, donde se atribuía la competencia territorial al Juez del lugar de la presentación de la denuncia, si ésta provenía de autoridades, con lo cual, como oportunamente fue observado (11), se brindaba un arma de persecución política, que hacía posible a las autoridades y sus agentes obligar a los ciudadanos a desplazamientos enojosos e innecesarios. Por otra parte, el artículo 8, 3, de la ley actual está más en consonancia con el criterio que rige para el enjuiciamiento represivo, a saber, el del *forum commissi*, recogido en el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; sin que en el enjuiciamiento que nos ocupa se presente el problema de la determinación de tal foro, ya que, con claridad, de la norma resulta conectado al lugar de la actividad —«lugar en que de modo principal se hayan manifestado las presuntas *actividades peligrosas*»— y no al del resultado.

Cuestión no regulada expresamente en la ley de Peligrosidad, como tampoco lo fue en la anterior de Vagos y Maleantes, es la relativa a conflictos competenciales. Sobre el tema se precisan algunas reflexiones.

La fijación de una norma de competencia territorial, la inderogabilidad de la misma por aplicación del principio conforme al cual la jurisdicción criminal es siempre inprorrogable (12) y su posible vul-

(11) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *El sistema procesal*, cit., pág. 204.

(12) Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 8.º

neración, obliga a estimar como existente una vía de enmienda concreta, la cual, al no resultar expresamente contemplada en la ley, por fuerza deberá ser la llamada cuestión de competencia del ordenamiento procesal penal común; aplicación posibilitada por la norma de remisión del artículo 34.

Según este precepto, es Derecho supletorio, en primer lugar, el contenido en las disposiciones del título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, en su defecto, el de los restantes preceptos de la misma; sistema de escalonamiento de fuentes supletorias perfectamente lógico; si se tiene en cuenta que las disposiciones que ocupan el primer plano o grado de la remisión son las que rigen el procedimiento de urgencia para determinados delitos, entre los que figura el atribuido, para el conocimiento y el fallo, a los Juzgados de Instrucción, en tipo procedimental afín con el de peligrosidad, desde el punto de vista de la competencia. De la indicada remisión se sigue la aplicación al proceso de peligrosidad del artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluso en el capítulo I, sobre «disposiciones generales», a los procedimientos del mencionado título III.

Pues bien, según el artículo 782, en las causas comprendidas en dicho título, las competencias que se promuevan entre Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, se sustanciarán según las reglas que seguidamente enumera, la primera de las cuales, en rigor, la única que aquí sería aplicable, determina que cuando un Juzgado de Instrucción rehusare el conocimiento de una causa o reclamare el conocimiento de la que otro tuviere y haya duda de cuál de ellos es competente, si no resulta acuerdo, a la primera comunicación que con tal motivo se dirijan, pondrán el hecho en conocimiento del superior jerárquico determinado en el artículo 20, por medio de exposición razonada, para que dicho superior, oyendo *in voce* al Fiscal, decida en el acto lo que estime procedente, sin ulterior recurso.

En el proceso sobre peligrosidad, superior jerárquico será la Sala especial de la Audiencia a la que corresponda la competencia funcional para la apelación (art. 9, 1), y, en el supuesto de que el superior jerárquico lo sea con respecto a uno solo de los Juzgados contendientes, o sea, caso de no haber superior inmediato común, por la propia aplicación del artículo 20, 6, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, decidirá la competencia el Tribunal Supremo.

El párrafo 2.º del número 1.º del artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que cuando la cuestión de competencia surja en la fase de instrucción, cada uno de los Juzgados continuará practicando las diligencias urgentes y absolutamente indispensables para la comprobación del delito e identificación de los posibles culpables. Esta norma, con las obligadas salvedades y adecuaciones, puede y aun debe aplicarse en el proceso sobre peligrosidad, en el cual, como veremos, no hay sumario pero sí una etapa que puede considerarse análoga, a saber, la llamada de averiguación. Quiere decirse que la cuestión de competencia que se suscita no impide al Juez, o a los Jueces en conflicto, continuar la práctica de las

diligencias propias de la etapa de averiguación, en cuanto se ordenan a la comprobación de un estado de presunta peligrosidad, presupuesto para el tránsito a la posterior etapa contradictoria.

Por aplicación también de las normas del proceso represivo, la cuestión de competencia podrá ser suscitada no sólo de oficio, sino a instancia del Fiscal o del sujeto interesado; y, a virtud del propio criterio de remisión, tal como previene el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dirimido el conflicto por el superior a quien corresponda, el Juez de Instrucción que deje de actuar remitirá las diligencias al declarado competente, dentro del segundo día, a contar desde aquel en que reciba la orden para que deje de conocer.

Por lo que se refiere a la competencia funcional, ordenado el proceso de peligrosidad bajo la traza del doble grado, el primero se atribuye al Juzgado de Instrucción y, a tenor del artículo 9, 1, para el conocimiento de los recursos de apelación que se interpongan, existirán Salas especiales de las Audiencias que al efecto se designen, integradas por tres magistrados, con o sin revelación de otras funciones, cuya sede y competencia territorial se establecerá por el Gobierno.

El artículo 9 del Proyecto ofrecía para el conocimiento de la apelación el sistema de un órgano único para toda la nación, a saber, una Sala especial con sede en Madrid, integrada por un magistrado de la Sala segunda del Tribunal Supremo, como presidente, y otros dos magistrados, con o sin relevación de otras funciones; estando prevista además, si la necesidad del servicio lo exigiere, la constitución de una segunda Sala de igual composición que la anterior. Tal vez hubiera sido preferible mantener el sistema del Proyecto, ya que, al no autorizarse recurso de casación en la materia, la aplicación de la ley de Peligrosidad no contará con la unidad de interpretación que, por razón de seguridad jurídica, siempre resulta aconsejable.

Todavía en punto a competencia hay que destacar que la ley consagra un acertado criterio de atracción, en el sentido de que en ningún caso la medida de seguridad pueda ser impuesta si no es por el Juez idóneo, es decir, el competente ya examinado, y, por supuesto, previo el proceso de peligrosidad. Así resulta del artículo 13 de la ley, según el cual, cuando un Tribunal o Juzgado que entienda de un proceso penal conozca, por razón del mismo, de alguna conducta que pueda ser incurso en alguno de los estados de peligrosidad que definen los artículos 2, 3 y 4, remitirá testimonio de los antecedentes necesarios al Juzgado a quien compete la tramitación del expediente de peligrosidad. Sin duda, el sistema representa un notable avance con respecto al que regía bajo la ley de Vagos y Maleantes, en el cual, para la declaración de peligrosidad y consiguiente imposición de medida de seguridad, no se requería necesariamente el conocimiento del Juez de Vagos, ni siquiera, y esto era más grave, el previo proceso en que tal cuestión se debatiera. En efecto, el artículo 3 de aquella ley sometía a sus preceptos a los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que fuera presumible la habitualidad criminal, así

como a los criminalmente responsables de un delito, cuando el Tribunal sentenciador hiciera declaración expresa sobre la peligrosidad del agente; estableciendo el artículo 9, 1, que el Tribunal, al dictar en uno u otro caso la sentencia condenatoria, aplicaría de *oficio* la medida o medidas de seguridad correspondientes, haciéndolas constar en fallo separado. Quedaban a salvo, eso sí, los principios de legalidad y de jurisdiccionalidad en la aplicación de la medida de seguridad, pero no los derivados de ellos, esto es, el de contradicción y el de defensa del interesado, que la doctrina actual considera insoslayables (13).

- c) Titular del órgano jurisdiccional: elemento decisor y sujetos cooperadores.

La tendencia favorable a una justicia penal especializada hace acto de presencia con harta frecuencia tanto en la literatura jurídica como en los Congresos (14), y a la misma responde, aunque con timidez, la ley española sobre peligrosidad, cuyo artículo 8, 4, previene que el nombramiento de los jueces con cometido único se realizará según las normas que rigen el de los restantes jueces, y será título preferente para su designación la *especialización* que se acredite en la forma que reglamentariamente se determine. Y, en lo que respecta al nombramiento de magistrados integrantes de las Salas de apelación, el criterio se reitera, al establecerse, en el artículo 9, 2, que para la designación de tales magistrados será título preferente el mencionado en el párrafo cuarto del artículo anterior, es decir, el de la especialización.

La orientación de la ley, a la que por cierto no respondía el Proyecto, debe merecer nuestra alabanza. Si la figura del juez penal especializado se considera aconsejable para el proceso represivo, su implantación en el preventivo resulta necesaria, ya que, quien debe decidir un enjuiciamiento de peligrosidad sólo podrá cumplir su cometido eficazmente si posee los adecuados conocimientos criminológicos (15); en otro caso, la decisión en materia tan compleja humanamente como es la de peligrosidad, puede, de hecho, resultar remitida al dictamen pericial que el propio legislador impone (16), quedando limitado el menester jurisdiccional a la comprobación de la concurrencia de los supuestos típicos objetivos pero no a los subjetivos, es decir, los referidos a la personalidad del sujeto.

(13) Cfr. NUVOLONE, *La misure di prevenzione nel sistema della garanzie sostanziali e processuali delle libertà del cittadino*, en «Stato di diritto», cit., pág. 167; y AMATO, *Diritto di difesa e processo di sicurezza*, en «Rivista italiana di Diritto di procedura penale», 1968, págs. 500-513.

(14) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El juez penal y sus funciones*, «El Criminalista», vol. III (Buenos Aires, 1949), págs. 104-107; y RANIERI, *Formazione e nomina del magistrati*, en «La Scuola Positiva», 1970, pág. 5.

(15) En este sentido, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *El sistema procesal*, cit., pág. 222.

(16) La cuestión ha sido destacada recientemente por STARACE, *Il giudizio di pericolosità nel codice penale italiano*, en «Il Foro Penale», 1967, página 671.

En orden a sujetos cooperadores del órgano jurisdiccional, señala el artículo 11 de la ley que, con arreglo a las normas orgánicas de los cuerpos respectivos, se efectuarán los nombramientos de secretarios de los Juzgados y Salas de apelación, así como del restante personal facultativo, auxiliar y subalterno.

B) *Partes.*

Todo proceso penal moderno, y por tanto el preventivo es, o deber ser, un proceso entre partes. Esta exigencia aparece cumplida en la ley de Peligrosidad, aunque muy imperfectamente, dado el matiz inquisitivo que predomina en ella. Está prevista la presencia del Ministerio Fiscal, con amplias atribuciones, y la de la persona interesada, con un campo de actuación más reducido. Ningún otro sujeto tiene acceso al enjuiciamiento, ya que, aunque la ley actual no reitera la prohibición contenida en el artículo 14 de la ley de Vagos y Maleantes, según la cual, nadie podía ser parte en esta clase de procedimiento, ni siquiera el mismo denunciante, el amplio régimen de intervenciones que a tal respecto contiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal, normativa supletoria, no puede tener acoplamiento al actual proceso sobre peligrosidad; porque la acción popular, la querrela del ofendido y la actuación de actores y responsables civiles descansan en un presupuesto delictivo concreto y, por tanto, ajeno al esquema bien diverso de la simple peligrosidad.

a) Ministerio Fiscal.

Como es sabido, la teoría general del proceso penal ofrece como tema de discusión el concerniente a si el Ministerio Fiscal es o no verdadera parte. No es del caso detenerse aquí en el examen de este problema cuyo desarrollo nos llevaría muy lejos; basta indicar por ahora que, desde un punto de vista orgánico, la ley de peligrosidad prevé la presencia del Ministerio Fiscal en el enjuiciamiento y, a tal propósito, establece el artículo 10 que los Juzgados cuyo único cometido sea la aplicación de esta ley tendrán adscritos permanentemente los funcionarios de dicho Ministerio que se precisen. En lo demás —añade el precepto— el servicio se atenderá por los funcionarios de la plantilla de la Fiscalía de la Audiencia correspondiente; adscribiéndose a las Salas de apelación los funcionarios del Ministerio Fiscal que se juzgue conveniente, todos cuyos nombramientos se realizarán de acuerdo con las normas orgánicas de este instituto.

Desde el punto de vista de la actividad, la presencia del Ministerio Fiscal resulta prevista con el carácter de constante en el enjuiciamiento; con las atribuciones y facultades que tendremos ocasión de examinar al ocuparnos del procedimiento.

b) Presunto peligroso.

En cuanto al sujeto frente al que se dirige el proceso de peligrosidad, hay que destacar, en primer lugar, las diversas locuciones que utiliza el legislador para referirse a él. Se emplean las siguientes:

denunciado (arts. 12 y 21), persona afectada sobre los extremos que motiven el expediente (art. 16, 1), sujeto a expediente (arts. 16, 2; 21; 23, 5), presunto peligroso (arts. 17, 19 y 21), peligroso (art. 25), declarado peligroso (art. 29), sujeto a medida de seguridad (art. 33) y parte (arts. 22 y 23).

Esta diversidad terminológica se explica si se pone en relación con las distintas situaciones por las que, en el curso del enjuiciamiento, el sujeto sometido al mismo puede atravesar. Así, para la etapa llamada de averiguación, en rigor preparatoria de la propiamente procesal, se utilizan las expresiones denunciado, persona afectada, sujeto a expediente; cuando, al abrirse la etapa contradictoria gravita ya sobre el sujeto la sospecha de estar incurso en alguno de los supuestos de los artículos 2, 3 y 4 de la ley, la expresión utilizada es la de presunto peligroso y, a veces, con referencia al recurso de apelación, la más correcta de parte; y una vez dictada la sentencia firme que declara la peligrosidad, tanto para lo atinente a su ejecución como en orden al eventual juicio de revisión de la medida, se emplean las adecuadas locuciones de peligroso, peligroso social, declarado peligroso y sujeto a la medida de seguridad.

En cuanto a si es parte el sujeto, la respuesta se condiciona a la etapa procedimental de que se trate. En la de averiguación no lo es, sino objeto de la misma; sí, en cambio, ostenta él tal cualidad de parte, una vez iniciada la etapa contradictoria, en la cual, el presunto peligroso puede pedir, en nombre propio, que a su favor se decida la controversia jurídica suscitada acerca de la declaración de peligrosidad.

Con respecto a este sujeto, tres cuestiones deben ser examinadas: su capacidad para soportar el enjuiciamiento, la necesidad de su presencia real en el proceso y su facultad de postulación.

En punto a capacidad, para que alguien pueda ser sometido al enjuiciamiento que nos ocupa, se exige que cuente con dieciséis años. Así resulta tanto del artículo 1.º de la ley de Peligrosidad, que expresamente somete a sus prescripciones a los mayores de esa edad, como del artículo 58 de la ley de 2 de junio de 1948, que remite a la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores a los que no la alcanzan.

Con la fijación del indicado tope de los dieciséis años queda salvada la laguna provocada por la ley de Vagos y Maleantes, cuyo artículo 1.º extendía su aplicación sólo a los mayores de dieciocho años, con lo cual, los comprendidos entre los dieciséis y dieciocho años quedaban excluidos tanto del proceso preventivo como de la actuación de los Tribunales de menores.

El verdadero problema que sobre capacidad suscita la ley que examinamos aparece en torno al artículo 3.º, cuya norma, sin precedente en la ley de Vagos y Maleantes, contempla como posible la declaración de peligrosidad de los enfermos y *deficientes mentales* que, por su abandono, o por la carencia de tratamiento adecuado, signifiquen un riesgo para la comunidad. ¿Permite este precepto la

actuación válida en el proceso de peligrosidad de un sujeto que, en el proceso penal represivo, no podría figurar como parte por falta de la adecuada aptitud mental?

En el proceso penal represivo el enajenado no tiene capacidad procesal porque su falta de discernimiento le impide la debida conciencia del alcance de los actos que como parte pueda realizar. Por eso, a tenor de los artículos 381 al 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acreditada la enajenación mental del imputado, y concluso que sea el sumario, debe archivar la causa hasta que aquél recobre la salud. Y aunque la ley no señala qué actitud debe seguirse cuando la enajenación mental sea advertida después de la apertura del juicio oral, el Tribunal Supremo, con indudable acierto, consideró aplicable a dicha etapa el criterio establecido para el sumario, es decir, proclamó la procedencia de la suspensión del proceso (17).

En el proceso preventivo, la tesis favorable a la capacidad procesal del enajenado podría apoyarse en el referido artículo 3.º, el cual, al contemplar la declaración de peligrosidad de un deficiente mental, sin puntualizar el grado de la deficiencia, puede hacer pensar que, alcanzando ésta incluso a la falta de discernimiento, quien por tal situación atraviesa puede ser sometido a la medida de seguridad y, en su consecuencia, parte en el enjuiciamiento que precede a su imposición. Mas tal solución no nos parece admisible.

Como la ciencia médica señala (18), cabe distinguir una enajenación mental completa y otra incompleta. La primera se da cuando resultan perturbadas total y absolutamente las facultades psíquicas del sujeto, de suerte que éste aparece en un estado de verdadera y manifiesta inconsciencia; la segunda, cuando la disminución de tales facultades, aunque patente, no es total. Pues bien, en nuestro sentir, sólo al enajenado mental del segundo caso cabe reconocer la capacidad procesal, necesaria al ejercicio de los derechos que el ordenamiento concede al presunto peligroso a fin de que éste pueda defenderse frente a la aplicación de la medida de seguridad, en este caso, la tipificada en el artículo 3.º de la ley.

A favor de este criterio militan argumentos que pueden obtenerse de la propia ley de peligrosidad. Téngase en cuenta, en primer lugar, que el artículo 3.º alude a los *deficientes* mentales pero no a los enajenados mentales, y ello autoriza a pensar que el legislador está aludiendo a un grado de enajenación no completa sino relativa. Por otra parte, no debe olvidarse la norma contenida en el artículo 17 de la ley, que ordena *instruir* de sus derechos al sometido a expediente desde que se le da vista al mismo o desde que, con respecto a él, se adopta alguna medida cautelar (19); trámite que presupone la apti-

(17) Sentencia de 18 de mayo de 1927.

(18) Cfr. LÓPEZ SÁIZ Y CODÓN, *Psiquiatría jurídica, penal y civil*, vol. I (Burgos, 1968), págs. 131-133.

(19) Previene el artículo 19 de la ley que el Juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares con relación al presunto peligroso:

tud mental y el discernimiento del sujeto, ya que, en otro caso, mal podría éste ser instruido de los derechos que el ordenamiento le confiere.

Si se advierte la enajenación mental absoluta del sujeto —tal estado, de existir, quedará puesto de relieve tras el examen médico que preceptivamente hay que practicar en la etapa de averiguación—, en vez de entrarse en la fase contradictoria, procederá el archivo de las actuaciones hasta que el interesado recobre la salud; es decir, se aplicará analógicamente la normativa del proceso represivo.

Otra cuestión relacionada con el sujeto, que debe ser examinada, es la atinente a su presencia en el enjuiciamiento.

Como es sabido, en el proceso penal represivo se enfrentan dos sistemas para el tratamiento jurídico de esta materia: uno, que garantiza plenamente el principio de audiencia bilateral, exige la presencia real del inculpado de suerte que su rebeldía impide el enjuiciamiento; otro, más atento a la defensa social, permite la continuación del proceso si el inculpado, mediante adecuada citación, tuvo la oportunidad de ser oído. En el proceso represivo rige el primer sistema para el enjuiciamiento común por delito (arts. 840 y 841), y el segundo, para el llamado juicio de faltas (art. 9.º del Decreto de 21 de noviembre de 1952) y para el procedimiento de urgencia cuyo fallo en primer grado compete a los Juzgados de Instrucción, en el cual, la ausencia injustificada del acusado no suspende la celebración del juicio, siempre que conste habersele citado personalmente y el Juez considere que existen motivos suficientes para juzgar (art. 791, regla 8.ª, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la redacción dada por la ley de 8 de abril de 1967).

La ley de peligrosidad nada dice al respecto; pero, del examen de su normativa cabe extraer el criterio orientador.

Por lo que se refiere a la etapa de averiguación, la presencia real del sujeto interesado resulta inexcusable, ya que, en otro caso, no sería posible realizar en ella determinadas diligencias que imperativamente exige el artículo 16: oír a la persona afectada sobre los extremos que motiven el expediente y someterla a examen antropológico, psíquico y patológico. Precisamente con la finalidad de alcanzar a ultranza estos objetivos, irrealizables sin la presencia real del sometido a expediente, se ordena la medida cautelar del artículo 19, que

Primera.—La detención, si no pudiese ser citado o careciere de domicilio conocido.

Segunda.—Declararle rebelde, si dejare de comparecer sin justa causa al llamamiento judicial, acordando su internamiento preventivo.

Tercera.—El internamiento preventivo, en caso de estado de evidente indicio de peligrosidad y si las circunstancias lo hicieren necesario.

El internamiento se realizará, en cuanto sea posible, en los establecimientos que correspondan al supuesto de peligrosidad por el que se siga el expediente.

El auto de internamiento no necesitará ser ratificado y contra él procederá el recurso de reforma.

permite al Juez declarar rebelde al sujeto que dejare de comparecer sin justa causa así como acordar su internamiento preventivo.

Por lo que se refiere a la etapa contradictoria, no se exige la presencia real del presunto peligroso y, por tanto, su enjuiciamiento es compatible con la ausencia del proceso. Apoya este criterio la falta de norma que imponga en esta etapa la intermediación entre justiciable y juzgador, la prevención del artículo 17 de la ley, según el cual, instruido aquél de su derechos, *podrá* —no se dice *deberá*— intervenir, y, sobre todo, la aplicación supletoria de las normas del proceso represivo de urgencia, en el cual, como se expuso antes, no rige el principio de la contradicción real, sino su contrario, más en armonía con los postulados de la defensa social que, como es obvio, son los que imperan en el proceso de peligrosidad.

En orden a postulación, corrigiendo el criterio de la ley de Vagos y Maleantes, que no establecía como necesaria la intervención de abogado y procurador (art. 13, 2), la actual sobre peligrosidad impone con carácter necesario la presencia en el proceso de estos profesionales. En efecto, establece el artículo 17 que una vez que al sujeto a expediente se le dé vista del mismo, lo que supone una puesta en acusación, o desde que el Juez adopte alguna medida cautelar, lo que supone limitación efectiva de sus derechos, *podrá* intervenir designando procurador que le represente y letrado que le defienda, los cuales, en otro caso, *se le nombrarán* en la forma prevenida en el artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o lo que es igual, de oficio.

Cierta duda puede ofrecer la exigencia de la asistencia técnica en la segunda instancia. La Sala —reza el artículo 23—, designará, *cuan-do sea preciso*, abogado y procurador al presunto peligroso en la forma prevenida por esta ley. Ahora bien: ¿Cuándo será preciso acudir a esta designación? Si se entiende que en el supuesto de resultar así considerado por el Tribunal en atención a la dificultad o complejidad del asunto o por razones análogas, se implanta un criterio de discrecionalidad y se descarta el de postulación técnica de carácter necesario. Si consideramos que la designación de oficio resulta precisa en el supuesto de falta de nombramiento directo por el interesado, la presencia de abogado y procurador descansará en el principio de la necesidad. Y a esta segunda solución nos inclinamos por las siguientes razones: primera, por la que deriva de aplicar el principio general que impone, en materia procesal penal, postulación a cargo necesariamente de abogado y procurador (arts. 118 y 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los arts. 855 y 856 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); segunda, por la que se obtiene de tener presente que si el artículo 23, 5, de la ley de peligrosidad prevé como trámite normal de la segunda instancia la celebración de vista oral sin la presencia del sujeto interesado, ello arguye la necesaria presencia de procurador representante y abogado defensor, ya que, en otro caso, quedaría remitida a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional no

ya la presencia de estos profesionales, sino incluso, el mismo trámite de vista, sin el cual el fallo de segundo grado carecería del necesario presupuesto dialéctico y argumental; y tercera, por la razón que evidencia el propio contenido de la segunda instancia, en la que es posible, como veremos, la práctica de pruebas, cuya eficaz ordenación exige la garantía de la asistencia técnica.

5. Objeto del proceso.

El enjuiciamiento de conductas peligrosas no delictuales, como en diversas ocasiones hemos señalado, presenta una etapa de preparación y otra de contradicción con naturaleza de verdadero proceso, cuyo objeto viene constituido, como el de todo proceso, por una controversia.

Importa en el presente apartado de nuestro estudio determinar el ámbito en el que esta controversia puede desenvolverse, pues ello afecta tanto al contenido de la decisión, como al marco dialéctico de las alegaciones —el artículo 16 de la ley hace referencia a las alegaciones *procedentes*— y a la materia de prueba, tan estrechamente vinculada siempre a la trascendencia para el fallo del hecho a demostrar.

La controversia resulta referida, ante todo, a si el sujeto aparece incluido en alguno de los tipos de peligrosidad contemplados en los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la ley; es decir, a la confrontación de una conducta humana con los esquemas objetivos que el legislador, obediente al principio de legalidad en materia de prevención especial (20), ha establecido.

Mas para la imposición de la medida de seguridad se precisa no sólo la adecuación de la conducta al tipo, sino que tal conducta, desde el ángulo subjetivo, o sea, el de la personalidad del agente, pueda reputarse peligrosa. En efecto, el artículo 2.º de la ley establece que serán declarados en estado de peligroso y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación quienes: *a)* resulten probadamente incluidos en alguno de los supuestos de este artículo, y *b)* se aprecie en ellos una *peligrosidad social*; y el artículo 4.º, referido a la habitualidad criminal, declara que serán sometidos a los preceptos de la ley los condenados por tres o más delitos en quienes sea presumible, pero no en todo caso, sino previa declaración de su *peligrosidad social*. Por tanto, sobre tal extremo de la peligrosidad se extenderá igualmente el objeto del proceso que nos ocupa; peligrosidad cuyo concepto, debatido en la doctrina, el legislador no concreta pero que, siguiendo el parecer dominante, podemos entender en el sentido de probabilidad de futura delincuencia (21), salvo el caso,

(20) Cfr. ZUCALÁ, *Sulla natura giurisdizionale del processo di prevenzione criminale*, en «Stato di diritto», cit., pág. 134.

(21) Sobre el concepto de peligrosidad cfr. OLESA MUÑIDO, *Las medidas de seguridad* (Barcelona, 1951), págs. 63-81; BORIO PORCIO, *Precisazioni in tema di rapporti fra pericolosità presunta e misure di sicurezza*, en «Rivista

claro está, del enfermo o deficiente mental contemplado en el ya examinado artículo 3.º de la ley, en el cual, la peligrosidad habrá de conectarse simplemente con el riesgo para la comunidad, al que expresamente el precepto hace referencia; riesgo que no ha de ser forzosamente de matiz delictual.

La controversia también se extiende, como es lógico, al tipo de medida de seguridad aplicable, materia no discrecional sino reglada en atención al supuesto objetivo en que descansa la declaración de peligrosidad y que, al ser contenido de la sentencia, también podrá serlo de la contradicción.

6. *Procedimiento en primera instancia.*

A) *Idea general.*

La ley de peligrosidad encomienda el procedimiento de la primera instancia, con prohibición de acumular en él varios procesos (22), y tanto en su etapa de preparación como de contradicción y fallo a un único órgano unipersonal: el Juzgado de Instrucción competente objetiva y territorialmente. El sistema, que pugna con el molde clásico del proceso acusatorio común español, cuya fase de instrucción se atribuye al Juzgado y la estrictamente procesal y decisoria a la Audiencia Provincial, tiene su primer precedente en la anterior ley de Vagos y Maleantes. La hoy derogada ley de 24 de abril de 1962, sobre uso y circulación de vehículos de motor, también acogió el criterio de Juez único instructor y sentenciador, como acontece con la ley de 8 de abril de 1967, que, al reformar, entre otros preceptos, el artículo 14, 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, encomienda a los Jueces la instrucción y el conocimiento y fallo de las causas por delitos perseguibles de oficio castigados con pena no superior a arresto mayor, privación del permiso de conducir y multa que no exceda de 50.000 pesetas o cualquiera de éstas, conjuntamente con las demás o con una de ellas.

En general, puede afirmarse que el procesalismo español es opuesto a que el propio órgano que decide sea el que conozca de la instrucción precedente. Así, en las III Jornadas de Profesores de Derecho Procesal (23), si bien se estimó «acertada la instauración de un

italiana di Diritto e Procedura Penale», 1956, págs. 1173-1178; y Juan DEL ROSAL, *Introducción sociológica al problema del estado de peligrosidad*, en «Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa» (Buenos Aires, 1964), págs. 224-226.

(22) El artículo 12, 2, dispone que se seguirá expediente individual para cada denunciado o presunto peligroso, sin posibilidad de acumulación a otros.

(23) Pueden verse en «Revista de Derecho Procesal», primera época (continuación), octubre-diciembre 1967, págs. 9-11. Sobre la confusión de funciones de instrucción y decisión como rasgo del sistema inquisitivo, cfr. FAIREN, *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio*

proceso penal con órgano decisor unipersonal», fue puesto de relieve que «el establecido —nos referíamos entonces al de la ley de 8 de abril de 1967—, no deja a salvo la exigencia de que los materiales de la causa sean aportados por órganos distintos del juzgador»; y más recientemente no falta quien, en la doctrina española, vuelva a combatir la solución de conferir a un mismo órgano la instrucción y la función de juzgar (24).

Este parecer adverso, válido para el proceso represivo, ¿puede extenderse al preventivo? En relación con la ley de Vagos y Maleantes fue disculpada la confusión de papeles en razón a que la rapidez del procedimiento y el carácter preventivo de éste, son circunstancias que no llevan al grado de tensión entre juzgador y justiciable, normalmente alcanzada en los sumarios que se prolongan en el tiempo y en que la responsabilidad del inculpado es grave y de difícil averiguación (25).

De acuerdo con esta observación, creemos que puede admitirse al sistema, pero a condición de dejar a salvo dos fundamentales garantías: una, ya acogida en la ley, consistente en la posibilidad de que un órgano de apelación, con suficiente amplitud incluso en orden a práctica de nuevas pruebas, revise lo resuelto por el Juzgado; y otra, cuya falta en la actual regulación hay que lamentar, consistente en que se exija como presupuesto necesario a la apertura de la fase contradictoria una petición en tal sentido del Ministerio Fiscal, o sea, el ejercicio de una verdadera pretensión. Y la razón es clara. Si el Juez que conoce de la etapa preparatoria es quien decide de oficio la procedencia del enjuiciamiento, psicológicamente al menos puede estar prejuzgando el resultado de éste.

B) *La etapa de preparación.*

El artículo 15, 2, de la ley de peligrosidad dispone que las actuaciones comenzarán con una *fase de averiguación*. La denominación no es certera, pues en la etapa siguiente de contradicción también se averigua, y de ahí que se conceda al presunto peligroso el derecho a la práctica de prueba tendente a conjurar el riesgo de una declaración de peligrosidad. Mejor hubiera sido hablar de etapa o fase de preparación.

Con independencia de este reparo, de poca monta, hay que decir que la etapa está regida por el principio de la escritura y del secreto aun para el sujeto interesado, al cual, según el artículo 17 de la ley, sólo se le dará vista cuando se pase a la siguiente contradictoria; y que su fin consiste en alcanzar los elementos de juicio necesarios

español, «Temas del ordenamiento procesal», vol. II (Madrid, 1969), pág. 207 y bibliografía citada en nota 22 de este trabajo.

(24) Cfr. Vicente HERCE, *Las últimas reformas parciales en el orden procesal, civil y penal*, en «Revista de Derecho Procesal», primera época (continuación), julio-septiembre 1968, pág. 14.

(25) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *El sistema procesal*, cit., pág. 205.

para que el Juez decida si el simple denunciado debe adquirir la cualidad de presunto peligroso. Por ello, cabe advertir aquí la analogía con la instrucción sumarial del proceso represivo.

a) Posible actividad previa.

El artículo 14 de la ley establece que los Fiscales promoverán y la policía judicial practicará las diligencias de investigación de conducta que puedan determinar la incoación de expedientes de peligrosidad social, o constituir elementos de juicio que deban ser tenidos en cuenta en los mismos.

Como precedente de esta regla cabe señalar el de la ley de 24 de abril de 1958, sobre creación de Juzgados especiales de Vagos y Maleantes en Madrid y Barcelona, cuyo artículo 2.º previno, para cada uno de dichos Juzgados, la actuación permanente de un funcionario del Ministerio Fiscal, subordinado al Fiscal de la Audiencia respectiva, y al cual fue atribuido, además de la intervención en los procedimientos de la ley de Vagos y Maleantes, «la función de promover por propia iniciativa las diligencias de investigación de hechos y conductas que puedan motivar la incoación de expediente o constituir elementos de juicio que deban aportarse a los mismos».

Con respecto a esta posible actividad previa hay que resaltar el riesgo que puede, en la práctica, representar para la libertad de los particulares, dada la relación del Ministerio Fiscal y de la policía con el poder político. La doctrina, al ocuparse de la Base 16 del Anteproyecto para el Código Procesal Penal, donde se atribuye al Fiscal, de cara al proceso represivo, misión análoga, así lo ha puesto de relieve (26).

b) Iniciación.

Dispone el artículo 12, 1, de la ley, que el procedimiento para la declaración del estado de peligrosidad y aplicación de las medidas de seguridad, podrá promoverse a petición del Ministerio Fiscal o de oficio; en este caso, bien por ciencia propia o por denuncia de la policía judicial o de particulares.

En el precepto transcrito, la legitimación para denunciar se autoriza expresamente con más amplitud que en el sistema anterior, pues el artículo 79 del Reglamento para la aplicación de la ley de Vagos y Maleantes si bien permitía la denuncia de particulares, la circunscribía a la familia del denunciado y a los ciudadanos perjudicados por su conducta; limitación de hecho inoperante, porque nada podía impedir que la noticia de la conducta peligrosa llegara al Juez por vía distinta y que el Juez entonces, de oficio, promoviera el expediente.

Desde un punto de vista de precisión técnica, la fórmula del artículo 12 resulta vulnerable. En efecto, si se entiende por iniciación

(26) Cfr. Víctor FAIRÉN, *Presente y futuro del proceso penal español*, (Valencia, 1967), pág. 35.

de oficio aquella en que la *notitia criminis* es adquirida por el Juez de ciencia propia, no cabe concebir la denuncia de la policía judicial o de particulares como modalidades de aquella. Si, por el contrario, se sigue el criterio de considerar que sólo es verdadera iniciativa a instancia de parte la que tiene lugar en los casos en que la actividad jurisdiccional se condiciona a la denuncia del agraviado o de persona determinada, de suerte que, en los demás supuestos, siempre se está ante la iniciación de oficio con independencia del cauce por el que llegue al Juez la noticia del delito, o, en nuestro caso, de la conducta peligrosa (27), orientación a la que parece responder el artículo 12, entonces huelga contraponer la iniciación de oficio a la promovida a petición del Ministerio Fiscal; salvo que se entienda que ésta provoca obligatoriamente la incoación del expediente, hipótesis que carece de apoyo legal en la actual regulación.

Con independencia de cuál sea el motor que ponga en marcha el procedimiento, su iniciación exige, en todo caso, una resolución en que así se acuerde. De tal resolución nada dice la ley de peligrosidad, como tampoco indicaba nada la de Vagos y Maleantes; pero que la misma es necesaria no debe discutirse, ya que sólo en virtud de un mandato concreto del órgano jurisdiccional puede nacer la etapa que examinamos. Y es esta resolución la que deberá comunicarse al Presidente y el Fiscal de la Sala de apelación en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 15, 1, de la ley, según el cual, el Juez, iniciado el expediente, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades señaladas.

La decisión deberá adoptar forma de auto. Así resulta del artículo 16 de la ley que, al prevenir como diligencia a practicar en la etapa preparatoria la audiencia de la persona afectada «sobre los extremos que *motiven* el expediente», está significando que la iniciación de éste exige una motivación, la cual, lógicamente, no puede cobijarse en la escueta fórmula de la providencia, sin otro contenido que el atinente a la resolución, fecha, rúbrica del Juez y firma del secretario (art. 141, 7, Ley de Enjuiciamiento Criminal).

c) Contenido.

En el artículo 16 de la ley de peligrosidad se detallan las diligencias a practicar en esta etapa. Unas son de carácter preceptivo, otras en cambio, simplemente facultativas en cuanto aparecen remitidas a la discrecionalidad del Juez.

Con carácter preceptivo, como resulta del tiempo imperativo de los verbos utilizados, el Juez oír a la persona afectada sobre los extremos que motiven el expediente, su identidad personal, estado, si tiene hijos menores o sometidos a tutela y sus edades, profesión u oficio, domicilio o residencia, y manera de vivir durante los cinco años anteriores, consignándose circunstancialmente las respuestas que diere. También reclamará informes de conducta y antecedentes pena-

(27) En este sentido y rectificando anterior posición doctrinal, GÓMEZ ORBANEJA-HERCE, *Derecho procesal penal* (Madrid, 1968), pág. 126.

les y policiales de la persona afectada, así como cuanto sea preciso para corroborar sus edad e identidad personal, reseñando o uniendo los documentos que aquella pueda presentar al propio fin. Asimismo acordará el Juez la investigación antropológica de sujeto a expediente, mediante dictamen pericial médico; dictamen que si incluso en el proceso represivo resulta aconsejable para verificar la personalidad del inculpado (28), en el preventivo no puede omitirse, pues, de otra suerte, mal podrá clarificarse algo tan sumamente complejo como es la peligrosidad de una persona.

Con carácter facultativo, el artículo 16 previene el informe sobre factores familiares y sociales del sujeto a expediente, diligencia que el Juez acordará no en todo caso, sino cuando estuviese especialmente indicada; así como las restantes diligencias de comprobación que el propio órgano estime necesarias.

La iniciativa para la práctica de las diligencias que integran el contenido de esta etapa corresponde, ante todo, al Juez; pero también al Fiscal, al cual, expresamente se le reconoce el artículo 17 de la ley.

La presencia del Ministerio Fiscal en esta etapa, por así disponerlo el artículo 15, 2, de la ley, es obligada; sin que deba considerársele como parte, ya que el trámite que nos ocupa no es procesal, y sin proceso no hay parte en sentido estricto. De ahí que la expresión del artículo 15, 2 —«*intervendrá* el Ministerio Fiscal»—, resulta más adecuada que la de su precedente del artículo 12, 5, de la ley de Vagos y Maleantes, donde se empleaba la palabra *parte* para indicar la presencia de este órgano en la etapa preparatoria.

El sujeto afectado carece prácticamente de iniciativa en el período de preparación; es mero objeto de interrogatorio, de informe y de examen médico. Sin embargo, un atisbo de derecho de aportación documental puede percibirse en el propio artículo 16, cuando, tras disponer que el Juez reclamará informes de conducta y antecedentes penales y policiales del sujeto a expediente, así como cuanto sea preciso para corroborar su edad e identidad personal, añade: «reseñando o uniendo *los documentos* que aquella pueda presentar al propio fin», esto es, al fin de acreditar lo que el interesado convenga acerca de su conducta y antecedentes.

Las diligencias de esta etapa deberán practicarse —señala el artículo 17 de la ley—, en el improrrogable plazo de quince días, con lo cual, se amplía el de diez del artículo 12 de la ley de Vagos y Maleantes. El plazo resulta demasiado breve todavía si se tiene en cuenta el cúmulo y la naturaleza de las diligencias a realizar, y tan esto es así que en la propia norma está prevista una ampliación circunstancial al indicarse que transcurrido aquél (el plazo de quince días) «o una vez recibidos los informes reclamados y realizadas las

(28) Cfr. GUARNERI, *Il trattamento personalistico differenziale del delinquente nella legislazioni europee sotto il profilo criminologico*, en «Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale», 1968, págs. 370-392; y BOUZAT-PINATEL, *Traité de Droit Pénal et Criminologie*, vol. III (Paris, 1970), páginas 487-498.

demás comprobaciones que el Juez haya acordado de oficio o a instancia del Fiscal... acordará el archivo del expediente o dará vista de lo actuado al presunto peligroso». Cabe, pues, si no acordar, al menos realizar diligencias una vez transcurrido el plazo llamado *improrrogable*.

d) Conclusiones de la etapa.

Agotado el período de preparación por el transcurso del plazo o, en su caso, por la práctica de las diligencias acordadas y recepción de informes, el Juez debe decidir si el sometido a expediente resulta presunto peligroso; tarea sumamente delicada, porque si la peligrosidad significa probabilidad delictual, el enjuiciamiento que este trámite impone ha de recaer sobre la presunción de una probabilidad.

La decisión adoptará forma de auto, que ahora sí exige la ley expresamente en su artículo 18. Este auto, a tenor del artículo 17, podrá acordar el archivo del expediente o dar vista de lo actuado al presunto peligroso, caso este segundo en el que, aunque la ley no lo diga, deberá proclamarse la presunción de peligrosidad tras la motivación adecuada seguida de notificación, es decir, con expresión y comunicación de los cargos conducentes a semejante calificación. De otra suerte, no tendría sentido que el artículo 17, 2, hiciera alusión a las pruebas de *descargo* que al sujeto convengan.

El archivo del expediente será consecuencia de la falta de presunción de peligrosidad. Esta posibilidad no fue prevista en la ley de Vagos y Maleantes (29); omisión corregida en la normativa actual, aunque no con el rigor técnico que hubiera sido deseable, a saber, mediante una expresa regulación del sobreseimiento.

En cuanto a impugnación del auto, dispone el artículo 18 de la ley que contra el que acuerde el archivo de las actuaciones podrá recurrir en apelación el Fiscal, siendo observable, en la interposición y sustanciación del recurso, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de los artículos 22 y 23; o sea, las del recurso de apelación contra sentencia.

En este punto, la ley consagra un sistema de injustificada desigualdad, pues al presunto peligroso no se le permite el derecho de impugnación que al Fiscal se le concede; no puede, en efecto, el interesado, impugnar ante la Audiencia el auto que le declare presunto peligroso, pues aunque nada indica a tal respecto el artículo 18, el 34 sólo autoriza los medios de impugnación expresamente contemplados en la ley de peligrosidad. Por otra parte, al no permitirse tampoco, y por tanto al impedirse, el recurso a interponer por el Fiscal en caso de auto que no acuerde el archivo, se desconoce el carácter imparcial de este Ministerio y su interés, por tanto, en promover la enmienda de una resolución que puede no ser justa, tanto si declara como si no declara la presunción de peligrosidad.

(29) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *El sistema procesal*, cit., pág. 224.

C) *La etapa contradictoria.*

a) Contenido.

Declarada la presunción de peligrosidad se pasa a la etapa contradictoria, la verdaderamente procesal, concebida en la ley para la proposición y práctica de prueba sólo a instancia del presunto peligroso, y para las alegaciones de éste y del Ministerio Fiscal, que ya actúan como verdaderas partes.

Según el artículo 17, 2, de la ley, una vez que se dé vista del expediente al interesado, éste dispone de cinco días para proponer los medios de prueba, admisibles en Derecho, que a su descargo convengan. El plazo resulta sumamente corto, máxime si se le compara con el de la etapa anterior dominada plenamente, como se ha visto, por la iniciativa del Juez y del Fiscal.

El artículo 20 preceptúa que el Juez resolverá sobre admisión de pruebas con arreglo a Derecho, y que las admitidas se practicarán contradictoriamente en plazo de doce días, si han de tener lugar en la sede del Juzgado, y de veinte, si hubieran de practicarse fuera de la misma.

Con respecto a trámite alegatorio dispone el artículo 21 que el Juez, practicadas las pruebas, oirá al Fiscal y al Abogado del presunto peligroso en un plazo sucesivo de cinco días, durante el cual producirán por escrito las alegaciones procedentes que se unirán al expediente.

De la comparación de estas normas con las correspondientes de la ley de Vagos y Maleantes, resultan coincidencias y discordancias que vamos a destacar.

Ambos sistemas coinciden en lo atinente al orden procedimental y a la escritura de las alegaciones. En efecto, tanto en la ley de peligrosidad como en la de Vagos y Maleantes, la prueba no resulta precedida de la alegación sino a la inversa; pese a que más lógico hubiera sido arbitrar un trámite de acusación necesaria a cargo del Fiscal, o sea, el ejercicio de una auténtica pretensión, como antes ha sido señalado, la oportunidad de un ulterior descargo del presunto peligroso, a continuación la prueba y por fin las alegaciones. En cuanto a éstas, en una y otra ley se impone el régimen de la escritura; pese a las ventajas de la oralidad, con su secuela de publicidad y de garantía para el justiciable (30).

Como primera divergencia destaca la concerniente a sujetos legitimados para instar la prueba. El artículo 13 de la ley de Vagos permitía su proposición tanto al Fiscal como al presunto peligroso; en la actual ley de peligrosidad sólo al segundo se concede esta posibilidad. Y, aunque parece paradójico, hay que afirmar que el nuevo sistema perjudica al justiciable. Se elimina, ciertamente, la posibilidad de que el Fiscal inste la práctica de prueba en la etapa que nos

(30) Cfr. Víctor FAIRÉN. *Ideas y textos sobre el principio de publicidad en el proceso*, «Temas», cit., vol. II (Madrid, 1969), pág. 575.

ocupa; más no hay que olvidar que toda la tendente a demostrar la presunción de peligrosidad fue practicada, a su instancia y aun de oficio, en la etapa de preparación. Por ello, aunque en la fase procesal que examinamos se ordena que la prueba se practique *contradictoriamente*, como en la anterior tal contradicción no existe, resulta la siguiente desigualdad: en la prueba instalada por el Fiscal no interviene el interesado porque su práctica corresponde a una etapa no contradictoria; en cambio, en la instalada por el presunto peligroso sí ejerce su control el Fiscal, porque se realiza en el marco de la contradicción procesal; una contradicción, pues, concebida de manera que lejos de favorecer sitúa al justiciable en posición de notoria inferioridad.

Otra discrepancia se advierte a propósito de medios de prueba. Según el artículo 13 de la ley de Vagos y Maleantes, sólo podían tener por objeto: 1) la demostración de que el denunciado había vivido, durante los cinco años anteriores, de un trabajo o medio de subsistencia legítimo; 2) la inexactitud de los hechos que constasen en el expediente y la tacha de los testigos que los hayan aducido. En el sistema actual desaparece la limitación; pueden ser propuestas cuantas pruebas, admisibles en Derecho, convengan al descargo del presunto peligroso.

Sin duda, el nuevo sistema supone un elogiado avance, si bien obliga a determinar cuáles sean las pruebas que, por admisibles en Derecho, deben ser admisibles para el Juez.

Prueba admisible, en el sentido de contraria e impertinente, es aquella que guarda conexión con los hechos cuya demostración interesa a la parte en cuanto trascendente para la decisión (31). Ahora bien, como en el proceso de peligrosidad al trámite probatorio no precede el de alegación de hechos, la conexión deberá ir referida a la materia que como objeto procesal delimita la contradicción, es decir, a la concurrencia de los supuestos típicos de los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la ley en los que se apoye el auto que declare la presunción de peligrosidad, y a la peligrosidad misma, condicionante subjetivo de aplicación de la medida de seguridad.

El régimen de alegaciones presenta un problema que no debemos pasar por alto. Es el siguiente: El párrafo segundo del artículo 21 de la ley previene que si *la parte* dejare de utilizar este trámite (se refiere al de alegaciones), se le tendrá por decaída en su derecho y el expediente seguirá el curso debido; o lo que es igual, se pasará al momento decisorio. Pero, ¿a qué parte se refiere el precepto? ¿Al Fiscal y al presunto peligroso? Ciertamente que uno y otro tienen condición de parte en la etapa contradictoria del enjuiciamiento; sin embargo, esta verdad doctrinal no conduce, en el punto concreto que examinamos, a una respuesta afirmativa; porque la parte a que alude el artículo 21 es —creemos—, sólo el presunto peligroso; no el Fiscal.

Nuestra opinión se apoya en un doble argumento.

El primero resulta de comparar el citado artículo 21 con su pre-

(31) Cfr. Miguel FENECH, *El proceso penal* (Barcelona, 1956), pág. 102.

cedente, el artículo 14, 2, de la ley de Vagos y Maleantes, donde se establecía que si *ambas partes*, o cualquiera de ellas —siempre en plural—, dejare de utilizar el trámite, se le tendrá por decaída en su derecho y el expediente seguirá su curso. En cambio, en la ley de Peligrosidad se habla, en singular, de *la parte*; rectificación que pone al descubierto la *mens legislatoris* actual.

El segundo argumento descansa en la referencia a diversos preceptos de la propia ley, en los cuales, cuando se emplea la palabra parte, claramente se alude al presunto peligroso como figura distinta y en contraposición a la del Fiscal. Estos preceptos son el 22, donde se ordena al Juez que emplace el *Ministerio Fiscal y a la parte*, el 23, 3, según el cual las diligencias de prueba en segunda instancia se practicarán con intervención *del Ministerio Fiscal y de la parte*; el 31, 3, sobre juicio de revisión, donde se dice que el auto que ponga fin a este juicio deberá notificarse *al Fiscal y a la parte*; y el 32, 2, también en materia de revisión, según el cual, interpuesto recurso de apelación el Juez acordará emplazar *al Fiscal y a la parte*.

El resultado restrictivo de la interpretación del artículo 21 autoriza a pensar que el legislador contempla la alegación del Fiscal como un derecho-deber y, por ello, la inactividad de este trámite la refiere, expresa y únicamente, al presunto peligroso; orientación que desde el punto de vista del futuro desarrollo reglamentario brinda la oportunidad de que se configure la petición del Fiscal como presupuesto de la aplicación de la medida, con lo cual, resultaría paliada la falta de vigencia del principio acusatorio en el proceso de peligrosidad.

b) Conclusión de la etapa.

Previene el artículo 21, 3, de la ley, que transcurrido el plazo de alegaciones, el Juez, dentro de los tres días siguientes, dictará resolución *en forma de sentencia*; como se decía en el artículo 14, 3, de la ley de Vagos y Maleantes, con lo que vuelve a proclamarse la necesidad de motivar la decisión del proceso de peligrosidad, si bien, al no determinarse la fórmula idónea para la indicada decisión, sigue en pie la dificultad que ya presentaba la anterior ley, oportunamente señalada por la doctrina (32), de no resultar adecuadas a las características del proceso de peligrosidad las exigencias formales que para la sentencia del proceso represivo impone el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Al contenido de la sentencia hace referencia el propio artículo 21, 3, según el cual, dicha resolución habrá de contener alguno de estos pronunciamientos: declarar probada la peligrosidad social del sujeto a expediente y su inclusión en alguno de los supuestos de los artículos 2.º, 3.º y 4.º, consignando los hechos que lo acreditan y señalando las medidas de seguridad aplicables, o, por el contrario, declarar que no ha lugar a la adopción de medidas de seguridad por

(32) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *El sistema procesal*, cit., pág. 213.

no darse las condiciones de estado peligroso o por ser infundada la denuncia.

En cuanto a comunicación, dispone el artículo 21, 6, que la sentencia se notificará al Fiscal y al sujeto a expediente al día siguiente.

7. *El recurso de apelación.*

El enjuiciamiento de primera instancia puede ser revisado. El artículo 22 de la ley dispone a este respecto que el Fiscal y el interesado podrán interponer recurso de apelación contra la sentencia del Juez en el plazo de tres días, a contar desde la notificación. El Juez —se añade—, acordará emplazar al Ministerio Fiscal y a la parte para que comparezcan ante la Sala especial que corresponda dentro del plazo de décimo día.

El recurso ha de admitirse en el doble efecto, o sea, en el devolutivo y suspensivo, pues, aunque falte una declaración expresa en tal sentido, así resulta de aplicar el artículo 792, 5, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, norma supletoria, según la cual, contra la sentencia que termina en primera instancia el proceso cuya instrucción y fallo se encomienda a los Jueces de Instrucción, procede la apelación en ambos efectos.

El artículo 23 de la ley, luego de referirse a la designación de abogado y procurador, materia ya examinada, concede a las partes, en los párrafos 2.º y 3.º, amplia posibilidad de nuevas pruebas en segunda instancia, con lo cual, el régimen de apelación del proceso de peligrosidad se sitúa en la corriente favorable a la llamada apelación plena, que, incluso en materia civil, se abre paso modernamente tanto en la doctrina como en los ordenamientos positivos (33). Se dispone, en efecto, en los señalados párrafos del artículo 23 que el Fiscal y el sujeto a expediente podrán proponer a la Sala, al personarse, y ésta acordar, si lo estima pertinente, que se reitere ante la misma el examen de los testigos y la ampliación de las diligencias practicadas por el Juez, así como la práctica de las pruebas que, propuestas ante el Juzgado, fueran indebidamente denegadas y de las que, admitidas, no se llevaran a cabo por causas no imputables a las partes; y que el Tribunal, además, podrá acordar de oficio las diligencias que estime oportunas y nueva audiencia del interesado. El sistema, en esencia, coincide con el que ofrecía la ley de Vagos y Maleantes salvo en lo referente a pruebas indebidamente negadas en primera instancia o no practicadas por causa ajenas a la voluntad del interesado, supuesto que aquella ley no contemplaba y que acoge la actual de peligrosidad, con indudable acierto, pues se posibilita el acopio de datos para la mejor justicia del fallo de apelación y, a mayor abundamiento, se coordina el sistema con el que implanta el artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el proceso represivo cuya instrucción y fallo se atribuye a los Juzgados de Instrucción.

(33) Cfr. PRIETO CASTRO, *Limitaciones de la apelación*, en «Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal» (Madrid, 1964), págs. 351-366.

Los párrafos cuarto y quinto del artículo 23 contienen las normas procedimentales de la apelación: las pruebas se practicarán, con intervención del Fiscal y del interesado, en plazo de doce días y a ello sigue la instrucción sucesiva de las partes, con entrega de las actuaciones a cada una de ellas por tres días, verificado lo cual, se previene la celebración de una vista oral dentro de los diez días siguientes; con la particularidad de que tal vista tiene lugar sin la presencia del sujeto interesado, salvo que éste lo solicite y la Sala lo estime conveniente, o sea, normalmente, sin publicidad para una de las partes, aunque sí para terceros, ya que en la ley de Peligrosidad, imperfecta en este punto, por fortuna no se reitera el criterio de la de Vagos y Maleantes, cuyo artículo 16, 5, imponía la vista a puerta cerrada, con o sin la presencia del interesado si éste renunciare a ello por cualquier causa o dejare de asistir. Por último, la sentencia deberá dictarse dentro del tercer día.

8. Cosa juzgada.

La sentencia pronunciada por la Audiencia es firme *ab initio* ya que, contra ella, por disposición del artículo 23, 5, de la ley, no procede recurso alguno. Por supuesto, también será firme inmediatamente, con el consiguiente efecto de cosa juzgada formal, la sentencia de primera instancia contra la que no se hubiera interpuesto recurso de apelación.

En cuanto a cosa juzgada material, ¿también se da? La ley actual omite una declaración al respecto, como también la omitía la de Vagos y Maleantes; pero el problema surge al estar previsto un juicio llamado de revisión (se regula en los arts. 27 al 32), en el que puede modificarse y aún dejarse sin efecto el régimen de aplicación de la de la medida de seguridad acordada en el proceso de conocimiento.

De acuerdo con un importante sector de la doctrina, entendemos que la característica esencial de la cosa juzgada material consiste en impedir un nuevo proceso sobre el mismo objeto de otro anterior (34). Si se admite esta premisa hay que aceptar igualmente que la sentencia del proceso de peligrosidad, una vez firme, despliega el efecto de cosa juzgada material sea cual fuere su contenido; sin que a ello obste la existencia del juicio de revisión, porque en éste no se suscita el mismo enjuiciamiento ya resuelto sino sólo la posibilidad, como señala el artículo 27, de cancelar, confirmar, sustituir, reducir o prolongar las medidas de seguridad que se hubieren acordado en una resolución sobre cuya justicia no va a polemizarse, y que, mejor que negarle la eficacia de cosa juzgada material, tal vez pudiera situarse en la categoría de la sentencia relativamente indeterminada, de la que hace años se ocupó un ilustre penalista español (35).

(34) Cfr. Miguel FENECH, *Derecho procesal penal*, vol. II (Barcelona, 1959), pág. 174, y GÓMEZ ORBANEJA-HERCE, *Derecho procesal*, cit., pág. 351.

(35) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada* (Madrid, 1913), página 85.

9. Observaciones finales.

El enjuiciamiento de los sujetos peligrosos no delincuentes ha sido examinado en el marco que ofrece la ley española de Peligrosidad y Rehabilitación Social, al hilo de cuya exposición, en el aspecto procesal que a la ponencia importa, hemos tenido ocasión de precisar algunas observaciones críticas sugeridas por el texto.

Por vía de resumen cabe afirmar que el actual sistema, si se le compara con el de la ley de Vagos y Maleantes, presenta avances innegables, entre otros, el criterio favorable a la especialización de los jueces, la doble etapa del procedimiento de primera instancia, el régimen de la prueba cuyo objeto no se limita y la necesidad del proceso específico para que pueda imponerse a una persona la medida o medidas de seguridad, con lo que se descarta su aplicación *inaudita parte*.

Ahora bien, desde el punto de vista de una posible reforma son aconsejables algunas correcciones que, sin duda, resultarían compatibles con las líneas básicas de la actual ordenación. Como más importantes estimamos las siguientes: Una prudente intervención del sujeto en la etapa de preparación; condicionamiento de la apertura de la etapa contradictoria del enjuiciamiento a la petición del Fiscal en tal sentido, es decir, al ejercicio de una pretensión de peligrosidad; el Juez, mediante resolución motivada, se pronunciaría acerca de dicha petición, decretando el paso a la etapa contradictoria de estimarse la concurrencia del indicio de peligrosidad sin el cual ésta no puede presumirse, o el sobreseimiento en otro caso; posibilidad de recurso de apelación frente al auto que declare la presunción de peligrosidad de una persona, a interponer por ésta y a decidir por la Sala de la Audiencia, con efecto suspensivo y trámite acelerado; régimen de igualdad para las partes tanto en materia de alegación como de prueba; por último, oralidad de las alegaciones y publicidad de las mismas tanto para terceros como para el presunto peligroso.

Con todo ello se reforzarían las posibilidades defensivas del presunto peligroso sin menoscabo de la eficacia de su enjuiciamiento y, sobre todo, resultaría más ampliamente respetada la dignidad del justiciable, sin riesgo para el fin de prevención que caracteriza y justifica el proceso de peligrosidad.

La libertad religiosa y la reforma de 1971 del Código penal español

GERARDO LANDROVE DIAZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal
de la Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: *Dedicatoria*.—I. Determinaciones previas.—II. La protección de los sentimientos religiosos en el Derecho penal español codificado.—III. El Concilio Vaticano II. La declaración sobre la libertad religiosa.—IV. La *Dignitatis Humanae* y el ordenamiento jurídico español: 1. *La Ley Orgánica del Estado y la reforma del artículo 6.º del Fuero de los Españoles*.—2. *La Ley de libertad religiosa de 28 de junio de 1967*.—3. *La Ley de reforma del Código penal de 15 de noviembre de 1971*.—V. Alcance de la reforma de 1971 del Código penal.—VI. Conclusión.

DEDICATORIA:

Al tomar la pluma para ocuparnos de la libertad religiosa y la reciente reforma del Código penal español, vuela nuestro pensamiento hacia un amigo y compañero trágicamente desaparecido. Nos referimos a don TARSICIO HERRERO DEL COLLADO, que fue Profesor Adjunto de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. En las oposiciones que juntos realizamos en la primavera de 1970 y en las que antes que rivales fuimos entrañables compañeros, le oí exponer en uno de los ejercicios el tema de los delitos contra la religión, a los que hoy en un aspecto muy concreto me refiero. Por ello, ruego al que me leyere sepa comprender este recuerdo sincero y respetuoso para un amigo ya desaparecido. Descanse en paz.

I. DETERMINACIONES PREVIAS

Una de las reformas más llamativas introducida en el Código penal español por la *Ley de 15 de noviembre de 1971* es la que atañe a la Sección 3.ª, Capítulo II, Título II de su Libro II. Al margen de

los retoques operados en los artículos 205 y siguientes, la simple sustitución del epígrafe *Delitos contra la Religión Católica* por el de *Delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado y las demás confesiones* resulta ya profundamente sugestiva. En la modesta medida de nuestras fuerzas, nos proponemos desentrañar cuál es el proceso liberalizador en la materia que ha cristalizado en la sustancial mutación de la sección de referencia.

Como veremos en su momento, la *Declaración sobre la libertad religiosa* aprobada en el *Concilio Vaticano II* el 7 de diciembre de 1965 es el primer hito a ser tenido en cuenta. Posteriormente, el ordenamiento jurídico español se sensibilizó con aquella hasta el punto de que la *Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967* otorgó una nueva redacción al artículo 6.º del *Fuero de los Españoles* en un intento de adecuar nuestros textos fundamentales a la declaración conciliar mencionada. Además, el mismo año se promulga la *Ley de libertad religiosa*, en que se reconoce y regula este derecho civil. Tal es, a muy grandes trazos que en su momento se llenarán de contenido, la evolución que desembocaría en la lógica reforma de la sección de nuestro Código penal que hasta 1971 sancionaba en exclusiva los delitos contra la religión católica.

Antes de acometer la empresa de examinar cuáles han sido las modificaciones operadas en nuestra Ley penal en virtud de aquella declaración conciliar, y su trasplante a nuestros textos fundamentales, expresaremos nuestra más firme convicción sobre algunos puntos muy concretos:

a) Todo ser humano tiene un derecho inatacable a profesar cualquier religión, católica o no. Creemos que en nuestra indagación presenta particular interés lo que podría denominarse *vertiente positiva* de aquella libertad, esto es, la libertad de profesar cualquier fe religiosa. Sin embargo, no cabe ignorar que en su más amplia dimensión abarca la misma tanto la profesión positiva de una fe como la abstención de toma de posición respecto a las creencias religiosas. En este sentido se ha pronunciado en términos inequívocos la *ley italiana de 13 de mayo de 1871* al concebir en su artículo 2.º esta libertad religiosa como facultad y garantía otorgada al ciudadano, frente al Estado y frente a los particulares, de afirmar o negar una creencia religiosa, de creer o de no creer. En conclusión, bien pudiera caracterizarse la libertad religiosa como la posibilidad del ciudadano de libre expresión, en su sentido más amplio, del propio convencimiento en materia religiosa. Con las lógicas limitaciones que el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental encuentra en el ordenamiento jurídico.

b) El ordenamiento jurídico de cada país, en sus cartas constitucionales, debe *reconocer* (que no conceder) este derecho civil inherente a la dignidad y libertad personales.

c) Los códigos penales deben proteger, y en congruente desarrollo de los principios constitucionales, los sentimientos religiosos de todos los ciudadanos sea cual fuere su religión. Creemos que nos:

encontramos ante un bien jurídico fundamental del ciudadano, a cuya correcta salvaguardia deben arbitrarse los específicos medios de reacción que el Derecho penal tiene atribuidos.

Tales afirmaciones deben ser entendidas en el sentido de que no solamente es un derecho fundamental del hombre la libertad de conciencia (de tan problemática fiscalización por los poderes públicos), sino también la exigencia de respeto a las manifestaciones externas de la misma. Terreno en el que, con toda lógica, las justas limitaciones no nacen ya de valoraciones religiosas, sino de elementales normas de convivencia y respeto mutuo.

Por otro lado, justo es reconocer que la solución del *silencio legal*, tanto a nivel de texto político como punitivo, puede ser calificada de *correcta* en tanto en cuanto utilizando otro vehículo consagra el principio de la indiscriminación. Sin embargo, y ya con relación a España que tradicionalmente se ha distinguido por su intolerancia respecto de la religión no católica y por su confesionalismo, creemos que la expresa consagración del principio de igualdad, proclamando inequívocamente por la propia Iglesia Católica, es deseable por lo que representa de conquista político-social y de acatamiento de una de las más luminosas declaraciones conciliares.

Como ha puesto de relieve VITALI (1), por la doctrina liberal se considera la religión como un problema exclusivamente del individuo, de lo que se deriva la indiferencia jurídica en materia religiosa. En exclusiva referencia a Italia, destaca cómo el *Código Zanardelli*, expresión de la ideología liberal, protegía exclusivamente el derecho público subjetivo de libertad religiosa. Muy distinta fue la posición del legislador fascista italiano: el sentimiento religioso adquiere una positiva valoración entre los *valores nacionales*. El catolicismo llegó a ser considerado un elemento de cohesión de la comunidad. Los valores morales y religiosos del catolicismo pasaron a ser parte integrante de los valores de la nación italiana. Valores que representaban —según el legislador fascista— un bien para la nación y, en consecuencia, para el Estado. Se tutelaba, pues, un interés jurídico colectivo. El Estado había abandonado el punto de vista individual para adoptar el de la colectividad, se protegía ya un sentimiento colectivo, un factor de cohesión social. Para aquella ley penal, la integridad de la religión católica coincidía con la propia seguridad del Estado. Se exalta la religión en un intento de reforzar la conciencia nacional y aún la unidad espiritual de la nación italiana encuadrada en el Estado fascista. Consideración no demasiado lejana —como ha señalado VITALI— del principio de la *religio instrumentum regni*. En la perspectiva mencionada, de exaltación de los valores nacionales y de consideración de los factores aptos para contribuir a su reforzamiento, se establecía la tutela penal del sentimiento religioso *in genere* y de la religión católica en especial, ya que se entendía que la misma no

(1) Vid. E. G. VITALI, *Vilipendio della religione dello stato*, Cedam, Padova, 1964, fundamentalmente págs. 84 y sigs.

era solamente un fenómeno de la conciencia individual, sino un fenómeno social de la más alta importancia, también para el logro de los fines éticos del Estado.

II. LA PROTECCION DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL CODIFICADO :

En nuestra patria, resulta profundamente indicadora la puesta en contacto de nuestros textos constitucionales, y sus pronunciamientos en materia religiosa, con los distintos códigos penales y los delitos contra la religión en ellos contenidos. Si cada Constitución exige un nuevo Código penal, esta exigencia se hace más imperiosa en la materia que examinamos por la general radicalidad que nuestros textos constitucionales han esgrimido al respecto.

Es evidente, como veremos, el escaso parentesco, incluso salvando las lógicas distancias históricas, que presentan las soluciones arbitradas por las distintas constituciones españolas y sus cristalizaciones jurídico-penales.

Siguiendo un criterio ya utilizado por nuestra doctrina (2), esbozaremos sobre estas bases la evolución de nuestro Derecho penal codificado para una más acabada comprensión de lo que ha significado la declaración referida del *Concilio Vaticano II*, su recepción en los textos fundamentales españoles y su traducción jurídico-penal operada en 1971.

Voluntariamente prescindimos de alusiones anteriores en el tiempo. Huimos así de una serie de referencias que forzosamente habrían de ser tópicos y que por responder a la ya superada identificación entre *delito* y *pecado* poca luz arrojarían a nuestro trabajo. Epocas en las que la dureza en la punición no era, evidentemente, patrimonio exclusivo de la Inquisición española y en las que no se había alcanzado la distinción entre *delitos de religión* y *delitos contra la religión*, es decir, atentados contra la Divinidad o contra un derecho subjetivo protegido por el Estado. Distinción inalcanzable en lo que se denomina *antiguo régimen punitivo*.

Nos planteamos, con exclusividad, el examen de la cuestión en España desde el momento en que, en mayor o menor grado, se alcanza una secularización de los delitos religiosos (3). Si bien, como

(2) Al respecto, vid. D. TERUEL CARRALERO, *Los delitos contra la Religión entre los delitos contra el Estado*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1960, fundamentalmente págs. 215 y sigs.

(3) En el ámbito del Derecho comparado, y una vez alcanzada la secularización de los delitos religiosos a que nos referimos, se han seguido diversos sistemas de tipificación de los mismos. Criterios legales que esquemáticamente expone E. CUELLO CALÓN (*Derecho penal*, adaptado y puesto al día por C. CAMARGO HERNÁNDEZ, Tomo II (Parte especial), volumen I, duodécima edición, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1967, página 93 y sigs.), en los siguientes términos: a) protección de una sola religión sin tolerancia de otros cultos; b) protección especial y privilegiada

veremos, nuestros primeros textos penales son escasamente sensibles a la misma.

La *Constitución política de la Monarquía española*, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, se ocupa de la materia objeto de nuestra atención en el Capítulo II («De la religión») de su Título I. Se proclama en el artículo 12, único del capítulo de referencia, que «la Religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra».

Sin embargo, y en este momento decisivo para la codificación penal española, las leyes «sabias y justas» de dimensión punitiva habrían de tardar aún una década en ser dictadas en forma de Código para la geografía jurídica nacional.

Entre los debates que precedieron a la promulgación del Código de 1822, llama poderosamente la atención la especial meticulosidad que se prestó a los delitos religiosos y en los que queda de manifiesto «el respeto por la tradición de aquellos legisladores» (4).

En nuestro primer Código penal se dedica el Capítulo III, del Título I, de los incluidos entre los delitos contra la sociedad a describir y sancionar aquellos *contra la religión del Estado* (arts. 227 a 241). La tipificación que allí se acomete está claramente informada por principios vigentes en el Medioevo. Arcaísmo que, sin embargo, no es triste privilegio de nuestro Código de 1822, ya que esta materia, y su tratamiento jurídico-penal, se ha visto muy frecuentemente lastrada por el peso de una negativa tradición histórica.

El capítulo a que nos referimos agrupa un conjunto heterogéneo de tipos, muchos de los cuales en virtud de la lógica evolución científica y legislativa se han integrado posteriormente en lugares más adecuados de nuestra Ley punitiva.

Se abre el capítulo con la severísima intimidación de que todo el que conspira directamente y de hecho a establecer otra religión en las Españas o a que la nación española deje de profesar la religión católica, apostólica romana, «es traidor», y sufrirá la pena de muerte (art. 227). Se relacionan a continuación una serie de figuras delictivas: que no discriminan entre delitos *contra la religión* en sentido estricto, delitos de religión, delitos contra el culto, blasfemia o hurtos sacrílegos (5). Conviene tener muy presente, sin embargo, que para una justa

de la religión del Estado y menos intensa de los cultos tolerados; c) idéntica protección de todos los cultos reconocidos por el Estado; d) legislaciones de tipo antirreligioso; e) legislaciones que no regulan específicamente estos delitos con aplicación, en consecuencia, a los delitos religiosos de los preceptos generales.

(4) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Historia del Código penal de 1822*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1965, pág. 273.

(5) Bajo el epígrafe *De los delitos contra la religión del Estado* se sancionan en el Código penal español de 1822, entre otras, las siguientes conductas: propagación de palabra o por escrito de máximas o doctrinas que tengan tendencia directa a destruir la religión del Estado (art. 228); publicación en España sin licencia del ordinario eclesiástico respectivo, o sin ob-

y objetiva valoración de aquel código en esta materia no debe perderse de vista el momento histórico en que nace. No se puede desligar del contexto social que lo rodea, so pena de incurrir en críticas demasiado «fáciles», pero en gran parte debidas a la óptica especial que nos otorga el siglo y medio transcurrido.

El exagerado casuismo y minuciosidad en la regulación de que hizo gala el Código de 1822 se reproduce, e incluso se incrementa, en el *Proyecto Sáinz de Andino de Código criminal*, de 1831. En el mismo se dedicaba al respecto el Título I del Libro II, «De los delitos contra la profesión, ejercicio y culto de la Religión Católica, o el respeto debido a la misma», artículos 225 a 256 (6).

Una vez superada la muy dudosa vigencia del Código de 1822 y antes de la promulgación del de 1848, escribía PACHECO unos párrafos en la materia profundamente juiciosos, que debieron suscitar, al menos, la sorpresa de sus coetáneos acostumbrados a una visión monolítica del problema: «El Estado no puede nunca considerar a los delitos religiosos de la misma suerte que los considera la Iglesia; porque el Estado es una institución terrena y temporal, cuyo objeto son las cosas de este mundo, y que si puede ocuparse alguna vez de las religiosas, es sólo en cuanto dicen relación a la pública quietud, y al mismo aspecto terreno y temporal. La autoridad religiosa se ocupará de ellos con justicia desde que sean pecados; la civil no los podrá someter a su acción sino cuando sean verdaderos delitos» (7).

De cualquier modo —afirma PACHECO (8)— y en un plano estrictamente jurídico, donde hay una religión del Estado, garantizada por las leyes como la única que se consiente en el país, deben estimarse delictivos los ataques directos que por la prensa, la predicación o la seducción se hicieren contra sus dogmas; obrar de otro modo es dejar sin sanción la intolerancia, es contradecirse con lo que se adop-

servar en su caso lo dispuesto por la ley, de algún escrito que verse sobre la sagrada escritura y sobre los dogmas de la religión (art. 230); apostatar de la religión católica (art. 233); blasfemar públicamente contra Dios, la Virgen o los Santos (art. 234); derribar, romper, mutilar o destruir alguno de los objetos destinados al culto público (art. 236); herir, ultrajar o injuriar a un ministro de la religión en el ejercicio de sus funciones (art. 237); robar o hurtar vaso, vestidura u otro efecto sagrado, o alguna de las cosas destinadas al culto público o al adorno en un templo (art. 239); se sanciona también al eclesiástico secular o regular que en el ejercicio de su ministerio calificare de antirreligiosa, herética o sospechosa a alguna persona o doctrina no declarada tal todavía por la autoridad competente (art. 240) o predicare o enseñare doctrinas repugnantes a las máximas evangélicas, prácticas supersticiosas, supuestos milagros o profecías u otras cosas semejantes con perjuicio de la religión y del pueblo (art. 241).

(6) Poco conocido *Proyecto de Código criminal* de P. SÁINZ DE ANDINO, de fecha 24 de mayo de 1831, del que se conserva un ejemplar manuscrito en el Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.

(7) Cfr. J. F. PACHECO, *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, I, Boix Editor, Madrid, 1842, pág. 248.

(8) Vid. PACHECO, *Estudios de Derecho penal*, cit., I, págs. 251 y sigs.

ta como principio y se consigna solemnemente en la Constitución del Estado. Por el contrario —concluye— otra solución exigen los denominados crímenes de pura conciencia, la proscripción de tales errores no compete a la ley civil, sino a la ley eclesiástica; su castigo natural y justo es la excomunión, y de ningún modo la hoguera.

El sistema que encarna en las Constituciones de 1837 y 1845 es el que habría de ser tomado en consideración por el Código penal español de 1848 y la reforma, mínima en este terreno, de 1850.

La declaración que se contiene en el artículo 11 de la Constitución de 1845 es menos radical que la consagrada en el texto político de 1812 (9); sin embargo, el desarrollo de la misma que se contiene en el Código «parece más inspirado, no ya en ésta del 45, sino en la del 12, porque toma de modelo el Código penal del 22, aunque no lo confiese» (10).

En nuestra opinión, son dos las notas que informan la regulación penal en materia religiosa en el Código de 1848: de un lado, el mantenimiento de la dureza en la punición y, de otro, la ya aludida indiscriminación en la redacción de los tipos. Se agrupan así una serie de delitos que muy difícilmente son susceptibles de una contemplación unitaria. Secuela, en definitiva, de los criterios vigentes en el código anterior.

Como más llamativas *novedades* surgidas en el texto a que nos referimos cabe mencionar la integración en el título de la exhumación, mutilación o profanación de cadáveres (art. 138), que anteriormente habían tenido otra colocación sistemática, y la creación en el artículo 129 de un tipo inédito en la legalidad anterior: «el que celebre actos públicos de un culto que no sea el de la religión católica, apostólica, romana, será castigado con la pena de extrañamiento temporal» (11).

En resumen, se sigue una línea al respecto que sólo habría de quebrarse con el Código de 1870 y que enraiza en el Derecho histórico español. La intolerancia y la dureza en la punición se construían sobre la inteligencia de que la religión católica se encontraba indisolublemente ligada al Estado. De aquí que los delitos contra la misma lo eran, en realidad, contra el propio Estado.

El ya tradicional criterio de una muy rigurosa punición de los

(9) Artículo 11 de la *Constitución de 1845*: «La religión de la nación española es la católica, apostólica romana. El Estado se obliga a mantener el culto y sus ministros».

(10) TERUEL CARRALERO, *Los delitos contra la Religión entre los delitos contra el Estado*, cit., pág. 218.

(11) Como ha destacado PACHECO (*El Código penal concordado y comentado*, segunda edición, Madrid, 1856, II, pág. 16), se consagra aquí el principio de la libertad de conciencia, y aún de la libertad de culto *secreto* y *privado*. Nadie quita al fabricante inglés que en un salón de su casa lea devotamente la Biblia y la explique a sus hijos en el sentido de su confesión; nadie impide al comerciante israelita que cierre el sábado su establecimiento para cumplir con sus convicciones religiosas. Libres son uno y otro para hacerlo. Lo que castiga la ley —concluye— son *actos públicos* de un culto que no sea el de la religión católica.

atentados contra la religión católica, que se manifiesta en los textos legales españoles anteriores al de 1870, se quiebra con la promulgación del mismo. Es en esta materia el Código de 1870 fiel consecuencia de los principios de la Constitución de 1869 y representa la abolición de todos los preceptos que pudieran significar una mayor tutela de la religión católica, restando ésta en absoluto plano de igualdad con las demás religiones.

En éste, como en tantos otros puntos concretos, vino el Código de 1870 a respaldar el régimen político de la Constitución de 1869 (12). En el artículo 21 de la misma se establecía que «la nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesasen otra religión que no sea la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior».

Con aquella base constitucional, el Texto de 1870 se separa abismalmente de los que le habían precedido en el tiempo. Más aún, como ha puesto de relieve TERUEL CARRALERO (13), en la formulación de los tipos «va más allá de la propia Constitución que respaldaba», ya que en ésta la libertad de cultos se consagraba como excepción y con las limitaciones que en el Código penal desaparecen.

Con el Código de 1870 se borró el título de los delitos contra la religión, que fue sustituido por una sección integrada en el capítulo referente a los derechos individuales, dentro del título de los delitos contra la Constitución y bajo el epígrafe *Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos* (arts. 236 y ss.), sin privilegio ni específica mención de la religión católica que a todos los efectos penales se equipara a las demás. Muy esquemáticamente, nos referiremos a los tipos que allí se incluían: amenazas, violencias u otros apremios ilegítimos para forzar a un ciudadano a ejercer actos religiosos o asistir a funciones de un culto que no fuere el suyo; utilización de los medios antes expresados para impedir a un ciudadano practicar los actos del culto que profesare o asistir a sus funciones, para forzarle a practicar los actos religiosos o asistir a las funciones del culto que éste profesare, para impedirle observar las fiestas religiosas de su culto o abrir su tienda, almacén u otro establecimiento o le forzarle a abstenerse de trabajos de cualquier especie en determinadas fiestas religiosas; impedir tumultuariamente, perturbar o hacer retardar la celebración de los actos de cualquier culto en el edificio destinado habitualmente para ello, o en cualquier otro sitio donde se celebraren; ultrajar con hechos, palabras, gestos o amenazas al ministro de cualquier culto en el desempeño de sus funciones; interrup-

(12) Al respecto, vid. la monografía de R. NÚÑEZ BARBERO, *La reforma penal de 1870* (Universidad de Salamanca, 1969), fundamentalmente págs. 37 y sigs.

(13) Cfr. TERUEL CARRALERO, *Los delitos contra la Religión entre los delitos contra el Estado*, cit., pág. 221.

ción por aquellos medios de la celebración de funciones religiosas; escarnecer públicamente alguno de los dogmas o ceremonias de cualquier religión que tenga prosélitos en España; profanación pública de imágenes, vasos sagrados o cualesquiera otros objetos destinados al culto; finalmente, ejecutar con escándalo en un lugar religioso actos que, sin estar comprendidos en ninguno de los tipos mencionados, ofendieren el sentimiento religioso de los concurrentes.

La Constitución española de 1876 declaraba en su artículo 11 que la religión católica, apostólica, romana era la del Estado, no permitiendo otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de esta religión, pero declarando, a la vez, que nadie sería molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. Así, pues, se substituyó el criterio de la Constitución de 1869 (art. 21) en la que se establecía no la tolerancia, sino la libertad de cultos y que había tenido adecuado reflejo en el Código penal de 1870.

La declaración contenida en el artículo 11 de la Constitución de 1876, y por lo que significaba de cambio de orientación en tan fundamental extremo, tenía forzosamente que incidir en el nuevo texto punitivo (14). La falta de adecuación entre el Código de 1870 y la ley fundamental del Estado desapareció con la promulgación, el 8 de septiembre de 1928, del que se ha denominado Código penal de la dictadura del General Primo de Rivera. En él se protegía de modo especial y privilegiado la religión católica (15) y con mucho menos rigor los cultos no católicos tolerados. Se tipificaban así (arts. 278 y 279) los *Delitos contra la tolerancia religiosa*, con terminología que fue preferida a la de «delitos contra el respeto debido a las opiniones religiosas» que figuraba en el *Proyecto* (16).

La técnica de tipificación del Código de 1928 supone, pues, una seria discriminación entre la protección de la religión católica, estatal, y las demás confesiones que son protegidas con mucha menos intensidad. Además, se afianza el destaque sistemático de los delitos contra la religión del Estado.

Proclamada la República española el 14 de abril de 1931 y *anulado* al día siguiente el Código penal de 1928 por Decreto del Gobierno provisional republicano, volvió a regir en nuestra patria el Código de 1870. El sustancial cambio político acaecido hizo imperiosa la necesidad de *republicanización* de aquél. Nace así a la vida jurídica nacional el Código de 1932 que fue fundamentalmente una refundición

(14) En este sentido, es profundamente expresivo A. GROIZARD (*El Código penal de 1870 concordado y comentado*, III, pág. 367), cuando afirma que después de publicada la Constitución de 1876, lo primero que debe ser borrado del Código es el epígrafe de los delitos relativos al libre ejercicio de los cultos. Al respecto, vid. también P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, decimocuarta edición, Madrid, 1886, III, págs. 237 y sigs.

(15) Arts. 270 y sigs. del Código de 1928 agrupados, precisamente, bajo el epígrafe *Delitos contra la Religión del Estado*, Sección 3.^a del Capítulo II, Título II del Libro II.

del texto de 1870. En específica referencia a los tipos objeto de nuestra atención, no supuso la refundición republicana ninguna innovación trascendental respecto de la legalidad en que se inspiró.

La Constitución de 9 de diciembre de 1931, de la misma forma que la de 1869 en que se basó el Código penal de 1870, considera la «libertad de conciencia» como un derecho individual más. En su artículo 27 se proclama solemnemente la libertad de conciencia y el derecho de profesar libremente cualquier religión sin más limitaciones que el respeto debido a las exigencias de la moral pública. Consecuentemente, el nuevo código contiene una sección epigrafiada *Delitos relativos a la libertad de conciencia y al libre ejercicio de los cultos* (arts. 228 a 236), que se ubica en el Capítulo II, del Título II de su Libro II, es decir, entre los delitos contra la Constitución cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales.

Al margen de una atenuación, muchas veces sensible, en el rigor de las penas que en los preceptos paralelos había determinado el Código de 1870, la reforma puede ser calificada de mínima. Quizá la novedad más llamativa venga determinada por la inclusión de tres preceptos (arts. 228, 229 y 230) por los que se creaban cuatro delitos nuevos que tenían como exigencia común la calidad de funcionario público en el sujeto activo: coartar la libertad de conciencia de un ciudadano u obligarle a practicar actos de cualquier religión; impedir a un ciudadano la libre práctica de cualquier religión; impedir a una confesión religiosa el libre ejercicio de su culto; obligar a un ciudadano a declarar oficialmente sus creencias religiosas.

Con ello, se trataba de implantar un régimen de libertad religiosa absoluta en un país radicalmente intolerante. Se cancela con el Código de 1932 toda discriminación entre las distintas religiones, no aludiéndose siquiera a la católica que se parifica a las demás.

La *Ley de 19 de julio de 1944*, por la que se autorizó la publicación de un texto refundido del entonces vigente Código penal de 1932 y en la que se fijó el alcance de las reformas, estableció en su artículo 2.º, B, 5.º que los delitos «contra la religión del Estado» vendrían configurados teniendo en cuenta la vigencia del artículo 1 del *Concordato de 1851* (17), según el *Convenio de 7 de junio de 1941* entre la Santa Sede y el Gobierno español, y lo prevenido en el artículo 10 del mismo convenio (18). Refundición del Código penal que se pro-

(16) Al respecto, vid. L. SAN MARTÍN LOSADA, *El Código penal de 1928, su estudio y comparación con el de 1870*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1928, págs. 128 y sigs.

(17) *Concordato de 1851*, artículo 1: «La Religión católica, apostólica, romana, que con exclusión de cualquier otro culto continúa siendo la única de la Nación española, se conservará siempre en los dominios de S. M. católica, con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones».

(18) Art. 10 del *Convenio de 7 de junio de 1941* en el que se establece que entretanto no se llegase a la conclusión de un nuevo *Concordato* «el Gobierno español se compromete a no legislar sobre materias mixtas o sobre

mulgó el 23 de diciembre de 1944 y que en la sección que destina a la descripción y sanción de los *Delitos contra la Religión Católica* «se limita a copiar los artículos 270 a 277 del Código de 1928, insertando las frases y conceptos que este Código contenía y que recurden leyes españolas muy antiguas» (19). Se restaura, en consecuencia y en perfecta congruencia con el momento histórico en que surge la nueva legalidad, el criterio de protección exclusiva jurdico-penal de la religión declarada oficial por el nuevo régimen.

La fórmula arbitrada al respecto por el Código de 1944 se construye sobre una radical discriminación religiosa, de la que es traducción jurídico-penal. Al proteger el Código *exclusivamente* la religión oficial no tutelaba un derecho individual, sino la sensibilidad de la masa católica del país ante los hechos que en la mencionada sección se sancionaban. Se protegían, en definitiva, los sentimientos religiosos de los católicos españoles. Habían desaparecido de nuestra ley penal los atentados contra la libertad de ejercicio de otros cultos que habían encontrado tipificación en el ya mencionado Código de 1928 y de los que no es difícil rastrear antecedentes en nuestro Derecho histórico. Redacción de 1944 que no resultó alterada por las reformas de 1963 y 1967, salvo en la elevación de la cuantía de las penas de multa que se acometió en la primera de las fechas últimamente citadas.

Sin embargo, ya en su momento puso de relieve QUINTANO RIPOLLÉS (20) que los atentados contra el ejercicio de los cultos no católicos, y a pesar del silencio del texto de 1944 mantenido hasta la *Ley de reforma del Código penal de 15 de noviembre de 1971*, no podían en modo alguno quedar impunes, si bien la sanción habría de articularse sobre los preceptos genéricos de coacciones o desórdenes públicos, que es —afirma— el sistema seguido para todos los cultos en general por aquellas legislaciones que no se ocupan especialmente del asunto.

Se llega así a la decisiva década de los años sesenta, en la que soplarían aires renovadores de alcance ecuménico y en la que la propia Iglesia Católica sentaría un régimen de *libertad plena* que marca la pauta de las legislaciones nacionales en la materia. Liberal reconocimiento de la libertad religiosa, en cuanto derecho civil del ciudadano, que habría de suponer un nuevo planteamiento de la cuestión en el ordenamiento jurídico español, que en base de su férreo confesionalismo anterior tendría que andar un largo camino renovador del que es última consecuencia la reforma del Código penal de 1971, objeto fundamental de nuestra atención.

aquellas que pueden interesar de algún modo a la Iglesia, sin previo acuerdo con la Santa Sede».

(19) Cfr. F. CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, Separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, pág. 62.

(20) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, segunda edición puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pág. 543.

III. EL CONCILIO VATICANO II. LA DECLARACION SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA :

El *Concilio Vaticano II* aprobó en la sesión pública de 7 de diciembre de 1965 la *Declaración sobre la libertad religiosa (Dignitatis humanae)*. En la misma se reconoce la acuciante necesidad de que el poder público sea jurídicamente delimitado, a fin de que no se restrinjan en demasía los límites de la justa libertad tanto de la persona como de las asociaciones. Esta exigencia de libertad en la sociedad humana incide, sobre todo, en los bienes del espíritu humano y principalmente en aquellos que se refieren al libre ejercicio de la religión en la sociedad.

En el número 2 de tan luminosa declaración se establece inequívocamente el derecho de la persona humana a la libertad religiosa (*Haec Vaticana Synodus declarat personam humanam ius habere ad libertatem religiosam*). Esta libertad consiste «en que todos los hombres deben estar inmunes de coacción, tanto por parte de personas particulares como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y ello de tal manera, que en materia religiosa ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos» (21). Consecuentemente, se requiere que en todas partes la libertad religiosa sea protegida por una eficaz tutela jurídica y que se respeten los deberes y derechos supremos del hombre a desarrollar libremente su vida religiosa dentro de la sociedad (número 15 de la *Declaración*).

IV. LA DIGNITATIS HUMANAÆ Y EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL :

Como inquiere DE LA HERA (22), ¿hasta qué punto se ha demostrado sensible el Estado español a estas hondas transformaciones de la actitud, frente a las demás confesiones, de la religión que oficialmente confiesa? Para abordar una razonable y razonada contestación es necesario tener muy presente que la doctrina de la libertad religiosa ha nacido lógicamente en aquellos países en que la Iglesia ha tenido que convivir con otras confesiones religiosas y con una historia y una cultura cuyas bases eran no católicas. Por ello, resulta perfectamente lógico que la incidencia de esta doctrina resultase revolucionaria en España, donde el calificativo de «no católico» está cargado de matices peyorativos y donde se ha pretendido que la historia encuentra

(21) «Se injuria, pues, a la persona humana y al mismo orden que Dios ha establecido para el hombre si se niega a éste el libre ejercicio de la religión en la sociedad, siempre que se respete el justo orden público» (Número 3 de la *Declaración sobre la libertad religiosa*, cit.).

(22) Vid. A. DE LA HERA, *Pluralismo y libertad religiosa*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1971, págs. 76 y sigs.

su razón de ser en la lucha violenta contra los enemigos de la fe católica.

Resulta indudable que en el momento de la iniciación del Concilio Vaticano II era España el país *más confesional* dentro de los católicos. En consecuencia, la transformación de su ordenamiento jurídico habría de ser también la *más radical*. Por otro lado, y ello entraña una muy especial significación, la aceptación por parte del Estado español de la doctrina conciliar suponía un problema de política interna que desbordaba los naturales cauces de una cuestión estrictamente religiosa.

¿Cuál es la respuesta del Estado español al *estímulo* que en materia de libertad religiosa supone la declaración *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano II? Promulgada la nueva doctrina conciliar, el Estado español se dispuso a revisar su propia legislación para adecuarla, si bien en forma *sui generis*, a las enseñanzas de la Iglesia de Roma.

Siguiendo nuestros propios pasos de examinar la cristalización jurídico-penal de los principios constitucionales en materia religiosa, para señalar la congruencia o desarmonía al respecto, el siguiente momento ha de ser con toda lógica la observación de la vigente Constitución española.

Como muy esquemáticamente ha señalado FERNÁNDEZ CARVAJAL (23), en cuanto a su *forma exterior*, nuestras Leyes fundamentales son una «Constitución legal», como la sueca actual o la francesa de la III República, y no codificada en un instrumento único, como la mayoría de las vigentes en la actualidad. Además, y en su opinión, el legislador no secundó acertadamente las sugerencias emitidas en los meses anteriores a la promulgación de la *Ley Orgánica del Estado* por los que deseaban la reducción de todas ellas a un solo documento, lo que no hubiera supuesto otra ventaja que un cierto orden lógico, a cambio de borrar la huella del proceso histórico que condujo a su sucesiva promulgación entre 1938 y 1967 y de hacer, por consiguiente, más difícil su interpretación, y quizá también su posible reforma.

1. En la Exposición de motivos de la *Ley Orgánica del Estado*, de 10 de enero de 1967, se señala como la declaración conciliar sobre la libertad religiosa de 1965 exige el «reconocimiento explícito de este derecho» y la consiguiente modificación del artículo 6.º del *Fuero de los Españoles*, en consonancia con el segundo de los Principios Fundamentales del Movimiento, según el cual la doctrina de la Iglesia habrá de inspirar nuestra legislación. Consecuentemente, y por la disposición adicional 2.ª de la *Ley Orgánica del Estado*, se otorga la siguiente redacción al artículo 6.º del *Fuero de los Españoles*: «La profesión y práctica de la Religión Católica que es la del Estado español, gozará de la protección oficial. El Estado asumirá la

(23) Vid. R. FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *La Constitución española*, Editora Nacional, Madrid, 1969, págs. 3 y sigs.

protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público» (24).

Así reformado el *Fuero de los Españoles*, se abrió camino para que en el ordenamiento jurídico español se insertase el derecho civil de libertad religiosa, garantizado por una eficaz tutela jurídica que a la vez salvaguarde la moral, el orden público y el reconocimiento especial que en aquel texto fundamental se atribuye a la religión católica.

2. Como resultado de este proceso liberalizador, que apuntamos simplemente en sus cristalizaciones legislativas, nace a la vida jurídica nacional la *Ley de libertad religiosa de 28 de junio de 1967*, por la que se reconoce y regula el ejercicio de este derecho civil. Se señala en su artículo 1.º que el Estado español reconoce el derecho a la libertad religiosa fundado en la dignidad de la persona humana y asegura a ésta, con la protección necesaria, la inmunidad de toda coacción en el ejercicio legítimo de tal derecho; la profesión y práctica privada y pública de cualquier religión será garantizada por el Estado sin otras limitaciones que las establecidas en el artículo 2.º de la propia ley (25). Este ejercicio del derecho a la libertad religiosa, «concebido según la doctrina católica», habrá de ser compatible en todo caso con la confesionalidad del Estado español, proclamada en sus leyes fundamentales.

El espíritu que parece animar a la mencionada ley de 28 de junio de 1967 encuentra sintética formulación en las precisiones de su artículo 3.º: «las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad de los españoles ante la Ley».

Sin embargo, conviene tener muy presente a la hora de desentrañar el significado de esta legalidad, y como ha señalado MARTÍN RETORTILLO (26), que las leyes que regulan los derechos civiles de la

(24) Art. 6 del *Fuero de los Españoles* que con anterioridad se encontraba redactado en los siguientes términos: «La profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado Español, gozará de la protección oficial. Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión Católica».

(25) Art. 2 de *Ley de 28 de junio de 1967*: «1. El derecho a la libertad religiosa no tendrá más limitaciones que las derivadas del acatamiento a las Leyes; del respeto a la Religión católica, que es la de la Nación española, y a las otras confesiones religiosas; a la moral, a la paz y a la convivencia públicas y a los legítimos derechos ajenos, como exigencias del orden público. 2. Se consideran actos especialmente lesivos de los derechos reconocidos en esta Ley aquellos que, de algún modo, supongan coacción física o moral, amenaza, dádiva o promesa, captación engañosa, perturbación de la intimidad personal o familiar y cualquier otra forma ilegítima de persuasión con el fin de ganar adeptos para una determinada creencia o confesión o desviarlos de otra».

(26) Vid. L. MARTÍN RETORTILLO, *Libertad religiosa y orden público (Un estudio de Jurisprudencia)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, págs. 13

persona son de esas leyes que no pueden ser leídas fragmentariamente; no puede uno fiarse de la apariencia de un determinado artículo, porque quizá en el contexto de la ley «no es más que una simple afirmación, que aparece después negada o modulada por posteriores preceptos de la misma ley». En gran medida, es este el caso de los artículos 1.º y 2.º de la ley que regula el ejercicio del derecho civil a la libertad religiosa. Las limitaciones que en el segundo de los preceptos mencionados se contienen están construidas sobre conceptos de muy vago significado y con términos difuminados: la moral, la paz y convivencia públicas, legítimos derechos ajenos o exigencias de orden público, lo que otorga al Poder público un amplio margen de acción a la hora de llenarlos de contenido (27).

3. La declaración conciliar de 1965 sobre la libertad religiosa determinó, como ya hemos destacado, una sustancial modificación al respecto de nuestros textos fundamentales y provocó la aparición de la ley de junio de 1967 sobre libertad religiosa en España. El nuevo tratamiento que este derecho civil adquiere en nuestro ordenamiento jurídico ha impuesto una pormenorizada revisión de la Sección 3.ª, Capítulo II, Título II, del Libro II del Código penal que venía protegiendo con *exclusividad* la religión católica. Tal revisión se acomete por la *Ley de reforma del Código penal de 15 de noviembre de 1971* («B. O. E.» del 16).

La mencionada Sección 3.ª (arts. 205 a 212) acometía, bajo el epígrafe *Delitos contra la Religión Católica*, una pormenorizada protección de la misma. Con la modificación de 1971, y con base en el proceso legislativo antes apuntado, se tipifican una serie de *Delitos contra la libertad religiosa, la Religión del Estado y las demás confesiones*. El cambio de epígrafe de la sección es, con toda evidencia, profundamente expresivo.

Con la reforma de 1971 se cumple el último momento de un proceso evolutivo iniciado en 1822 y que, en líneas generales, responde a una paulatina *laicización de los delitos religiosos*, que ya expresamente había exigido GROIZARD al señalar que «la misión de la ley no es vengar a Dios de las injurias de los hombres» (28) y que moderadamente ha puntualizado RODRÍGUEZ DEVESA (29).

Por otro lado, las oscilaciones de los criterios de tipificación es-

y sigs. Trabajo en el que se examina exclusivamente la jurisprudencia *contencioso-administrativa*.

(27) En este sentido, vid. también M. BATLLE, *Consideraciones sobre la nueva Ley de Libertad Religiosa y el Derecho privado civil*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1967, pág. 656.

(28) Cfr. GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, cit., III, pág. 386. En donde recordaba que la religión, la moral y el derecho tienen su círculo propio de actuación. Cuando del delito —afirma— se hace solamente un pecado, la sociedad padece en sus derechos; cuando el simple pecado es elevado a delito, la justicia de los hombres deja de ser tal para convertirse en dura y cruel arbitrariedad.

(29) Cfr. J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, cuarta edición, Madrid, 1971, pág. 760.

grimidos por los distintos códigos venían determinadas por las precisiones constitucionales vigentes en cada momento histórico, como en páginas anteriores hemos tenido ocasión de poner de manifiesto.

Según se afirma en la Exposición de motivos de la ley de reforma de 15 de noviembre de 1971, el nuevo texto que se otorga a los preceptos de referencia protege penalmente muy diversas vertientes de este derecho civil de los ciudadanos españoles:

a) En primer lugar, *el derecho mismo a la libertad en materia religiosa* que la ley establece; protección, en suma, de todo ataque por medios violentos o engañosos lo mismo respecto de la captación o desviación de adeptos que con referencia a un acto aislado de culto, cuya práctica sólo puede reconocerse determinada por la propia conciencia de modo rigurosamente libre.

b) En segundo término, se conserva la *especial protección* que a la religión católica apostólica romana corresponde como religión oficial del Estado.

c) Finalmente, abarca la protección penal de que antes sólo gozaba la religión católica, en sus actos, ceremonias, manifestaciones, ministros, etc., *a las demás confesiones reconocidas por la ley* y en la medida que tal reconocimiento determina.

V. ALCANCE DE LA REFORMA DE 1971 DEL CODIGO PENAL

Después de la reforma de noviembre de 1971, los *delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado y las demás confesiones* presentan en nuestro Código penal la siguiente fisonomía:

1. El *proselitismo ilegal*, figura inédita en el texto de 1963, constituye una de las más llamativas novedades de la reforma. Se sanciona en el artículo 205 a: «1.º Los que, por medio de amenaza, violencia o cualquier apremio ilegítimo, obligaren a otro a asistir o practicar un acto religioso o le constriñeren al cumplimiento de un deber del mismo carácter y los que, por los mismos medios, se lo impidieren, coartando la libertad reconocida por las leyes. 2.º Los que emplearen amenazas, violencia, dádiva o engaño, con el fin de ganar adeptos para determinada creencia o confesión o para desviarlos de ella. Si el culpable de los hechos mencionados fuera autoridad o funcionario público, será sancionado además con la pena de inhabilitación especial».

Constituye, pues, este artículo 205 una protección penal del derecho mismo a la libertad religiosa. Protección que se arbitra contra los ataques violentos o engañosos, y tanto en los supuestos de captación o desviación de adeptos (30).

2. La *tentativa de abolición o menoscabo de la religión del Estado* presenta en el actual artículo 206 prácticamente la misma redacción que en el anterior 205. La única alteración viene determinada

por una modificación estilística que se introduce en el párrafo 2.º, para contemplar el supuesto de que el culpable estuviere constituido en autoridad «y con abuso de ella» cometiere el hecho.

Se establece hoy en el párrafo 1.º que «los que ejecutaren cualquier clase de actos encaminados a abolir o menoscabar por la fuerza, como religión del Estado, la Católica Apostólica Romana, serán castigados con la pena de prisión menor». Tipo de rancio abolengo en nuestro Derecho penal codificado. Procede del Texto de 1822 en el que, como ya hemos dicho, la pena *única* que se establecía era la de muerte, en base de la consideración de «traidor» que se atribuía al sujeto.

Con relación a esta figura, y antes de la reforma de 1971, ya había expresado RODRÍGUEZ DEVESA (31) su carencia de sentido, desde el momento en que al ser objeto de ataque un precepto de rango constitucional y habiendo de conseguirse el propósito de abolición «por la fuerza», no es posible imaginar un supuesto en que no se diere vida al delito de rebelión contra el Gobierno, que consumiría a aquél por su mayor gravedad. Argumentaciones del Catedrático de Madrid que, sin embargo, ha desoído nuestro legislador.

En el precepto de referencia late con especial intensidad el criterio que animó la reforma de otorgar una *especial protección* a la religión católica, oficial del Estado español.

3. En extensión de la protección penal de que solamente gozaba antes la religión católica, *se tutelan también los actos, ceremonias, manifestaciones, ministros, etc., de las demás confesiones reconocidas por la ley* en los siguientes términos:

a) En el artículo 207 se sanciona la interrupción o perturbación de ceremonias religiosas, católicas o de las autorizadas a las demás confesiones reconocidas (32), en términos semejantes a los contenidos en el artículo 206 de la anterior legalidad. La reforma, al margen de la fundamental de amparar el normal desarrollo de las ceremonias del culto reconocido legalmente, no supone más que ligeros retoques, intrascendentes, en el estilo.

(30) El paralelismo del precepto reproducido con el artículo 2 de la *Ley de libertad religiosa de 28 de junio de 1967* es evidente; en éste, y en su número 2, se consideran actos *especialmente lesivos* de los derechos reconocidos en la ley aquéllos que supongan coacción física o moral, amenaza, dádiva o promesa, captación engañosa... con el fin de *ganar adeptos* para una determinada creencia o confesión o *desviarlos* de otra.

(31) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, cit., página 765.

(32) Redacción que al *artículo 207* otorga la ley de 1971: «El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de la religión católica, o los autorizados de las demás confesiones legalmente reconocidas, será castigado con la pena de prisión menor, si el hecho se hubiere cometido en lugar destinado al culto, y con la de arresto mayor, si se realizare en cualquier otro lugar».

b) Las modalidades de *profanación* tienen ahora asiento en el artículo 208: «El que ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados, será castigado con la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas. Se impondrá esta pena en su grado máximo si los hechos previstos en el párrafo anterior fuesen realizados en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias del mismo, oficialmente autorizadas, siempre que este requisito fuese necesario. Cuando el hecho revistiere suma gravedad o relevante trascendencia, se aplicará la pena superior en grado».

La redacción de 1971 supone una sensible economía legislativa respecto de la anterior. Con anterioridad, y al lado de la profanación de los objetos sagrados o destinados al culto, se sancionaba al que hollare, arrojarle al suelo o de otra manera profanare las Sagradas Formas de la Eucaristía. Modalidad de sacrilegio que hoy encuentra ubicación en los amplios términos en que se redacta el artículo 208, que es el delito de la sección «de índole más típicamente religiosa» (33).

Como ha destacado RODRÍGUEZ DEVESA (34) al examinar la ampliación del ámbito de protección que supone la reforma con relación al tipo que examinamos, la exclusión de los sentimientos religiosos no tutelados legalmente no significa la impunidad de actos de aquella naturaleza realizados en ofensa de religiones no protegidas legalmente. Ello podrá constituir —afirma— un delito de injurias.

c) En el artículo 209 modificado, de la misma forma que en el de idéntica numeración anterior, se sanciona el delito de *escarnio*, configurado ahora en los siguientes términos: «El que de palabra o por escrito hiciere escarnio de la religión católica o de confesión reconocida legalmente, o ultrajare públicamente sus dogmas, ritos o ceremonias, será castigado con la pena de prisión menor si realizare el hecho en actos de culto, o en lugar destinado a celebrarlos, y con arresto mayor en los demás casos».

d) Respecto a la específica protección que se concede a los ministros de la religión católica o de otro culto que esté inscrito en el registro establecido al efecto, cuando se hallare en el ejercicio de su ministerio o con ocasión del mismo, se sancionan en el actual artículo 210 (35) los malos tratos de obra y las ofensas ejecutadas por medio de palabras o ademanes.

Es éste otro de los preceptos de nueva redacción que ha resultado más alcanzado por la reforma. Se amplía sensiblemente el ámbito del

(33) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, II, pág. 527. Aspecto que ya había puesto de relieve A. FERRER SAMA en sus *Comentarios al Código penal* (Murcia, 1948, III, pág. 167).

(34) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Suplemento a la cuarta edición del Derecho penal español*, Parte especial, Madrid, 1972, pág. 87.

(35) Art. 210 reformado: «Al que maltratase de obra a un Ministro de la religión católica o de otro culto que esté inscrito en el registro establecido

tipo al utilizarse la fórmula de que el ministro de la religión se hallare cumpliendo los oficios de su ministerio «o con ocasión del mismo». La fórmula anterior se refería, exclusivamente, a la primera de estas posibilidades.

e) El artículo 212, de general aplicación a las modalidades delictivas a que nos hemos venido refiriendo, prevé que «los que cometieren los delitos de que se trata en los artículos anteriores, incurrirán, además de las penas en ellos señaladas, en la de inhabilitación especial para el ejercicio de la enseñanza pública o privada». La redacción anterior aludía a la inhabilitación para todo cargo de enseñanza «costeada por el Estado, la Provincia o el Municipio».

Ha denunciado nuestra mejor doctrina (36) la inalteración experimentada por el artículo 211 de nuestro Código penal en la reciente reforma. En él se previene que «el que en lugar religioso ejecutare actos que, sin estar comprendidos en ninguno de los artículos anteriores, ofendieren el sentimiento religioso de los concurrentes, incurrirá en la pena de arresto mayor». Se reproduce, en consecuencia, la legalidad anterior. La ley de 15 de noviembre de 1971 lo incluye entre los «reformados» cuando es, precisamente, el único artículo de la sección que por la amplitud de los términos en que se halla concebido no ha necesitado retoque *postconciliar* alguno.

Al construirse el artículo 211 para la protección del «sentimiento religioso» de los concurrentes a un lugar religioso se llenaba de contenido antes de 1971 en forzosa referencia a la religión católica, única que en la sección se tutelaba; hoy también abarca necesariamente, y a través de la misma fórmula, las demás confesiones legalmente reconocidas.

Finalmente, y en tema de *disposiciones comunes* a los delitos examinados, cabe destacar que los artículos 213 y 250 del Código no han resultado afectados por la reforma, manteniendo intacta su redacción. Preceptos en los que se contemplan los supuestos de que los delitos a que antes nos referíamos fueren cometidos por medio de la imprenta o que el agente se hallare constituido en autoridad.

VI. CONCLUSION

La reforma a que en páginas anteriores nos hemos referido ha significado algo más que un retoque legislativo a los delitos contra los sentimientos religiosos que en nuestro Código penal encuentran descripción y sanción. En efecto, supone el trasplante al Derecho penal español de los principios que informan hoy esta materia en

al efecto cuando se hallare cumpliendo los oficios de su ministerio o con ocasión del mismo, se le impondrá la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas. El que (le ?) ofendiere en iguales circunstancias con palabras o ademanes, será castigado con la pena de arresto mayor».

(36) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Suplemento*, cit., pág. 85.

nuestro ordenamiento jurídico, y más concretamente la ley de libertad religiosa de 1967. Consecuentemente, aquellos preceptos de nuestra Ley punitiva en los que se haga expresa mención de actos religiosos, objetos o ministros de culto deben ser interpretados no con el criterio restrictivo que imponía con anterioridad la exclusiva protección de la religión católica, sino bajo una perspectiva de extensión a los demás cultos legalmente reconocidos.

En esta inteligencia, ejemplifica RODRÍGUEZ DEVESA la nueva óptica que se impone con relación a algunos preceptos de nuestro Código. Así, hace expresa referencia a la usurpación de carácter que habilite para el ejercicio de actos propios de ministro de un culto y al que ejerciere dichos actos (art. 320-2.º), al robo cualificado del artículo 506, circunstancia 2.ª, y a los hurtos cualificados del artículo 516, número 1.º (37). Lo expuesto no es aplicable —afirma— al allanamiento de morada sancionado en el artículo 492 bis, «porque ha de concurrir una declaración de inviolabilidad, que para el culto católico se establece en el Concordato».

Sin embargo, estimamos que con relación a la agravación específica local del último de los preceptos mencionados (introducido en el Código por ley de 24 de abril de 1958) debe arbitrarse la solución extensiva a que antes nos referíamos. Creemos que en este sentido es suficientemente expresivo el artículo 23 de la ley de 28 de junio de 1967 que regula el ejercicio de la libertad religiosa: «Todos los lugares de culto debidamente autorizados tienen garantizada su inviolabilidad con arreglo a las Leyes». Declaración de inviolabilidad para los cultos no católicos que impone la parificación a que antes nos referíamos y que es perfectamente congruente con el criterio aperturista que desde hace algunos años informa en la materia el ordenamiento jurídico nacional.

En esta línea de pensamiento, y para una más acabada valoración de lo que la reforma de 1971 ha significado en este punto concreto para el Código penal, forzoso es referirse a la circunstancia agravante de responsabilidad criminal que en el artículo 10-17 se configura en los siguientes términos: «ejecutar el hecho en lugar sagrado». Esta circunstancia ¿resulta alcanzada por la reciente reforma? Trataremos de obtener una razonable y razonada respuesta para esta cuestión, que nos parece una de las más significadas de las que pueden plantearse en esta temática.

Tiene esta circunstancia una larga trayectoria en nuestro Derecho penal codificado. Con innegables antecedentes en el Texto de 1822 y en los de 1848 y 1850, comprendía en el Código de 1870 (art. 10, circunstancia 19) tanto el lugar sagrado, como los palacios de las Cortes, del Jefe del Estado, la presencia de éste y el lugar donde la autoridad se hallare en ejercicio de sus funciones. También en términos de gran amplitud se concebía por el Código de 1928 (art. 66,

(37) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Suplemento*, cit., págs. 83 y sigs.

número 12), para desaparecer del texto republicano de 1932. En 1944 reaparece en el Código penal con la sintética formulación que hoy conserva.

A pesar de su sintomática desaparición de la Ley penal de 1932, afirma FERRER SAMA que esta circunstancia agravante es compatible con cualquier sistema político-social y se basa «en la irreverencia que supone cometer el delito precisamente en los lugares destinados al culto» (38). Señala, además, que su reincorporación al artículo 10 obedece al sentido de protección penal de la religión católica que late en muchos de los preceptos del Código español.

Al margen de las dificultades existentes en nuestra doctrina, y en nuestra jurisprudencia, para llegar a una pacífica solución acerca del verdadero carácter de esta circunstancia, se ha destacado que lo complejo del término «sagrado» hace aconsejable su sustitución por la expresión más amplia y objetiva de «lugar destinado a culto» (39).

Sin embargo, tanto con una como con otra fórmula, creemos que permanecería el problema que ahora tratamos de resolver. Habida cuenta que la circunstancia procede de un código en cuyo articulado se protegía, única y exclusivamente, la religión católica y que su originaria redacción se mantiene después de la reforma de 1971 ¿deben entenderse igualmente protegidos por la misma los lugares sagrados de las religiones no católicas? Siempre que se trate, naturalmente, de las reconocidas por la ley. Creemos que la única solución viable es la que expone RODRÍGUEZ DEVESA de la siguiente forma: «el respeto a otras creencias religiosas distintas de la católica ha de conducir a considerar igualmente sagrados aquellos lugares que lo sean para otras religiones diferentes de la oficial del Estado, puesto que concurren las mismas razones y gramaticalmente no hay motivo para establecer distinciones» (40).

Abonan tal solución, además, las precisiones de la ley de libertad religiosa de 1967, fundamentalmente las contenidas en su Sección 2.^a, reguladora del culto público de las religiones no católicas en España. Al margen del ya mencionado principio de inviolabilidad consagrado en su artículo 23, se establece que aquéllas podrán practicar libremente el culto público y privado en los templos o lugares de culto debidamente autorizados (art. 21-1) y que las Asociaciones confesionales no católicas tienen el derecho de establecer los lugares de culto que sean necesarios para el servicio religioso de los miembros de la confesión respectiva (art. 22).

En conclusión de todo lo mencionado, técnica y humanamente, por lo que representa de reconocimiento de un fundamental derecho del ser humano, la regulación que de estos delitos se acomete por

(38) Cfr. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, cit. (Murcia, 1946, I, pág. 437).

(39) En este sentido, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 248.

(40) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, segunda edición, Madrid, 1971, pág. 603.

la ley de reforma de 15 de noviembre de 1971 supone un sensible avance respecto de la redacción de 1944, inalterada en 1963.

De *lógica* cabe calificar la especial protección que en los artículos 205 y siguientes se otorga a la religión católica, habida cuenta que es ésta la oficial del Estado español. Otra cuestión, que no cabe desvincular absolutamente de la que examinamos, es la de preguntarse si un Estado debe ser o no confesional. Pero a la vista de nuestros textos fundamentales, y más concretamente del *Fuero de los Españoles* (art. 6.º), la solución que hoy se acomete en los artículos de referencia puede ser calificada de *correcta*.

Todo ello al margen de que la postura, ya expuesta, del *Concilio Vaticano II* nos parece abarcar un plano de absoluta igualdad y que en España no sólo se *diversifica* penalmente al proteger «en más» este Código a la religión católica, sino que al nacer en 1967 una ley de libertad religiosa se había operado ya una clara *discriminación*.

Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código penal (**)

Texto sometido a exámen por la Sección
Segunda de la Comisión

I. EXPOSICION.—II. ESQUEMA.—III. BASES PARA UN CODIGO PENAL.—Base Primera.—La Ley penal y su validez.—Base Segunda.—El delito.—Base Tercera.—El delincuente.—Base Cuarta.—La responsabilidad. I. Responsabilidad en general y personas responsables.—Base Quinta.—II. Causas de exclusión de la responsabilidad criminal.—Base Sexta.—III. Modificación de la responsabilidad criminal.—Base Séptima.—IV. Consecuencias de la responsabilidad. 1. Principios generales y catálogo de penas y medidas de seguridad.—Base Octava.—2. Individualización de penas y medidas de seguridad.—Base Novena.—3. Responsabilidad civil ex delicto.—Base Décima.—V. Efectividad de la responsabilidad criminal.—1. Cumplimiento de las penas y medidas de seguridad.—2. Condena condicional.—3. Redención de penas por el trabajo.—Base Undécima.—VI. Extinción de la responsabilidad criminal.

EXPOSICION

CONSIDERACIONES GENERALES

1. La Sección Segunda de la Comisión General de Codificación se viene ocupando desde hace algún tiempo, partiendo de un estudio elaborado en su seno, por un grupo de trabajo, de la confección de un anteproyecto de bases para un nuevo Código penal. Este estudio, como tal, nada definitivo, se da ahora a la publicidad con el doble objeto de que los distintos ámbitos sociales a que se dirige, tomen conciencia, por una parte, de la entidad de los múltiples problemas que ello plantea, y aporten, por otra, su particular punto de vista a través de una crítica constructiva.

(*) Pedro-Luis YAÑEZ ROMÁN.

(**) El texto del Anteproyecto de Bases ha aparecido en *Cuadernos Informativos*, núm. 11, diciembre 1972. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Gabinete de Estudios.

2. El trabajo, pues, que se publica, no tiene, en modo alguno, el carácter de un texto de bases elaborado y aprobado por la Comisión General de Codificación, se trata tan sólo de un estudio preliminar, un texto de trabajo que la Sección Segunda de la Comisión está examinando y se circunscribe a la materia del Libro Primero, esto es, la Parte General. Su valor, por consiguiente, se reduce a brindar a la consideración general un ensayo de sistemática para el Libro I del nuevo Código y una enumeración de cuestiones respecto de las cuales será muy útil conocer la opinión de cuantas personas y entidades tienen alguna relación con la justicia penal.

Queda dicho con esto, que se somete a una consideración crítica tanto la oportunidad de elaborar un Código penal nuevo, como la sistemática que deba ordenarlo, los principios que hayan de orientarlo y la específica regulación de las diversas instituciones que haya de contener aquél. El Gabinete de Estudios de la Comisión General de Codificación agradece desde ahora las observaciones que se le envíen, en relación con el estudio que se publica, por cuantos compartan la preocupación por perfeccionar nuestro sistema penal.

3. Pero la cuestión que probablemente llame la atención de modo más inmediato y directo, a pesar de que han sido frecuentes y cualificadas las manifestaciones de profesionales y estudiosos en pro de un Código penal nuevo, sea la oportunidad de llevarlo a cabo en este momento.

La evolución histórica de nuestro Derecho penal pone de manifiesto que la promulgación de nuevos Códigos —al menos en su denominación, aunque el contenido permaneciera en buena parte—, ha venido, muy frecuentemente, determinada por motivos de orden político. En el caso presente, por el contrario, debe señalarse que tal necesidad se deja sentir, sobre todo, por otros motivos especialmente de naturaleza técnico-científica, aunque quizá aquéllos deben también tenerse presentes en una cierta proporción.

Parece fuera de toda duda que cualquier Código y especialmente el Código penal que es salvaguarda y garantía de los derechos individuales de más elevada estimación, a la vez que medida en que tales derechos pueden ser limitados por razón de un bien superior, debe reunir unas condiciones mínimas de idoneidad que, al menos en cierta medida, ha perdido el texto vigente.

Un Código, ante todo, debe ser un sistema orgánico lo mismo en su fundamento ideológico que en lo puramente formal, una trama de principios inspiradores de las soluciones legislativas que se adopten y, a la vez, un sistema de normas caracterizadas por su unidad. Nuestro Código vigente ha perdido en buena parte su organicidad: formado, en su versión actual, a través de un largo proceso de estratificación que, en cierto aspecto, se debe a la preocupación constante de tenerlo dispuesto para subvenir a necesidades de nuevo signo nacidas con posterioridad a su entrada en vigor en 1945, es un mosaico de preceptos de muy diversas procedencias y muy distinta filiación. Ya en su origen, el texto refundido de 1944, estaba integrado por preceptos de los Códigos de 1848, 1870, 1932, Ley de Seguridad del Estado de 1941, etc., pero desde 1946 el año siguiente al de su entrada en vigor— hasta 1972 han sido un total de 19 las leyes que han introducido modificaciones, algunas extensas y profundas, en su articulado. En tales circunstancias y sin que ello quiera decir que este afán modificador sea censurable, no es extraño que el Código, como sistema, haya quedado mal parado.

Desde otro punto de vista, también parece indiscutible que el Código debe adaptarse de modo preciso a la realidad social que ha de regir. Y es esta adecuación un peligroso enemigo de la permanencia de los cuerpos legales conservando sus características de organicidad y unidad: si las leyes no se modifican, se desactualizan, si, por el contrario, se adaptan periódicamente a sus condicionamientos sociales, con frecuencia se perturba su sistema. En nuestro país es evidente la preocupación constante por tener acordado el Código penal, al menos en lo indispensable, a esa realidad social y buena prueba de ello son las numerosas leyes modificadoras a que se ha hecho referencia, pero este buen deseo no parece haber sido suficiente. Desde 1945 a 1972 las transformaciones experimentadas por nuestra sociedad, en una clara línea de progreso, han sido demasiado profundas para no resentir al Código penal. La estructura institucional del Estado, las relaciones Estado individuo, el status religioso, la extensión del círculo de libertad del individuo, la realidad económica y tantos otros ejemplos que podrían citarse, confirman este hecho que demanda, no ya una nueva revisión del Código para restablecer la ecuación, sino un planteamiento nuevo y riguroso para lograrla plenamente.

Por último, con igual evidencia se manifiesta el hecho de que un Código, en su dimensión instrumental, esto es, como medio para lograr la realización de la justicia, debe ofrecer un grado de perfección técnica suficiente. No quiere ello decir que las últimas novedades técnicas, cualesquiera que sean su procedencia y su valor objetivo, deben aceptarse sin más por el hecho de ser novedades, pero sí que las soluciones a determinados problemas, más idóneas que las vigentes en nuestro sistema, ya proceden de leyes extranjeras o de la doctrina, si efectivamente pueden resultar eficaces, deben ser tomadas en consideración. Ciertamente el Código de 1944 saneó nuestro Derecho penal de algunas deficiencias de este tipo.—piénsese, por ejemplo, en el capítulo de los robos en relación con el texto de 1932— otras han sido corregidas, al menos en parte, por leyes posteriores —en este sentido la Ley de 9 de mayo de 1950 que reguló la receptación como delito autónomo—, pero quedan aún, en esta línea, importantes cuestiones sin resolver de modo enteramente satisfactorio. Podrían quizá citarse, el sistema para la punibilidad de los delitos culposos, la separación entre penas y medidas de seguridad y la coordinación entre ambas, el sistema mismo de penas, especialmente en lo que se refiere a las privativas de libertad, los criterios a seguir para la individualización de las penas, la atención que deba prestarse a la personalidad del delincuente y tantos otros.

Las razones expuestas aconsejan, al menos, plantearse objetivamente la oportunidad de redactar un nuevo Código penal.

4. Ha preocupado especialmente al grupo de trabajo que ha redactado el estudio que se somete a información pública, la sistemática con atorgo a la cual habían de ordenarse las materias. En tal extremo, naturalmente, pueden adoptarse muy diversos criterios, desde una mera yuxtaposición de materias sin más ligazón entre sí que un cierto rigor lógico, hasta una ordenación estrictamente científica según una filiación doctrinal determinada. El que se ha seguido —puede examinarse en el esquema que se inserta a continuación de esta exposición— sin grandes pretensiones de orden técnico, se orienta a la claridad y sencillez, y parece suficiente para ordenar toda la materia propia del Libro I.

Siguiendo la idea habitualmente ordenadora del contenido de la parte general, ha parecido conveniente separar lo concerniente a la ley penal que suele integrar, con otras cuestiones doctrinales, la introducción a los tratados de Derecho penal, de lo relativo al delito y a las sanciones penales, los dos grandes capítulos de la parte general. Sin embargo, entre el delito y las sanciones, se ha intercalado un título relativo al delincuente, a cuya consideración se quiere otorgar especial atención, en el que se incluye cuanto hace referencia a la imputabilidad, la culpabilidad y a la peligrosidad. Tiene, pues, el sistema un cierto parecido con el del Código italiano de 1930, si bien entre ambos hay diferencias importantes.

Los tres primeros títulos —ley penal, delito y delincuente— no ofrecen dificultades de sistematización en razón de su contenido, muy concreto y no excesivamente dilatado. Sí las presenta, en cambio, el título cuarto destinado a las sanciones que se ha preferido titular «La responsabilidad» con objeto de comprender, bajo esta amplia denominación, sin matización alguna, cuanto concierne a las penas, las medidas de seguridad y la llamada, con cierta impropiedad, «responsabilidad civil dimanante de delito». La ordenación de su contenido se ha hecho según un criterio lógico, separando en capítulos independientes la responsabilidad en general y personas responsables, la exclusión, la modificación, las consecuencias, la efectividad y la extinción, sin perjuicio de subdividir en secciones la materia cuando su naturaleza, diversa, lo ha impuesto.

En este punto conviene precisar que la rúbrica del capítulo IV quizá fuera más acertada si se empleara la expresión «contenido» en lugar de «consecuencias» de la responsabilidad que, en sí misma, es ya una consecuencia. Por otra parte es muy dudoso que la responsabilidad civil «ex delicto», consecuencia también del hecho delictivo, pero no necesaria y desde el orden jurídico civil, no penal, deba integrarse con la responsabilidad criminal, en un mismo capítulo, siendo así que sus regímenes respectivos son esencialmente diversos. Quizá fuera más correcto estudiar de modo paralelo y separado ambos aspectos de la responsabilidad, en capítulos independientes, pormenorizando su régimen en la medida de lo conveniente.

BASE PRIMERA

El objeto de la primera base es la problemática general de la Ley Penal. Dividida en nueve apartados, se ocupa de los principios de legalidad e igualdad ante la Ley Penal, concepto de Ley Penal, lagunas de la ley, conflictos de leyes, validez de la Ley Penal en el tiempo y el espacio, extradición y carácter supletorio del Código respecto de las leyes penales especiales.

1. Comienza la base por hacer una formulación expresa de dos principios que por su importancia se colocan en el frontispicio del texto legal: el principio de legalidad y el de igualdad ante la Ley penal. Con valor programático, ambos están consagrados en los artículos 19 y 3.º del Fuero de los Españoles. El principio de legalidad ha inspirado igualmente los Códigos anteriores, siquiera no haya tenido en ellos una tan solemne formulación como la que ahora se pretende, que ha parecido justificada por las siguientes razones:

a) Su transcendencia excepcional en el campo del Derecho penal.

b) Su significación como elemento caracterizado dentro del actual contexto político de los distintos países. La consagración del principio de estricta legalidad, con la consecuencia obligada de la prohibición de la extensión analógica de los tipos penales y, sobre todo, de la condena por acciones no especialmente descritas en la ley, puede considerarse como la tarjeta de presentación de un Código penal, que contribuirá muy notablemente a insertarlo dentro de las exigencias del pensamiento democrático europeo occidental.

c) Su posibilidad de eficacia inmediata. Para comprenderla basta considerar los destinatarios de tal norma. Si no perdemos de vista la formulación constitucional del principio, concluiremos que el primer destinatario del tal norma es el propio Estado y se encontrará vinculado por ella en su doble género de actividades o funciones: en su función normativa, en cuanto la formulación del principio impide al legislador el empleo de fórmulas analógicas en la configuración de los tipos penales; en su función aplicadora del Derecho, en cuanto veda a los Tribunales de Justicia la interpretación y aplicación extensiva de los tipos penales.

Pero también el ciudadano puede ser considerado como destinatario de esta norma en cuanto le ofrece la garantía de que sólo se le puede condenar cuando su conducta realice estrictamente el tipo penal, facilitándole con ello el conocimiento de los actos que debe omitir o que debe realizar.

Razones muy semejantes han aconsejado la formulación, también en forma solemne, del principio de igualdad ante la Ley Penal cuyas limitadas excepciones han de estar legalmente determinadas.

2. Contiene también la base el mandato de formular un concepto de Ley Penal y se determina el elemento caracterizador del concepto.

La primera cuestión que debe examinarse es la necesidad o siquiera la conveniencia de la formulación del concepto. Si en esta primera base se sientan las normas generales de aplicación de la Ley Penal; si estas normas de aplicación no limitan su campo al Código penal, sino que han de extenderse a todo precepto de naturaleza penal, parece al menos muy conveniente delimitar su esfera, de modo que en cualquier caso pueda determinarse con certeza la sumisión de un precepto a las normas de aplicación que en este lugar se establecen.

Sentada en principio la conveniencia de la implantación en el Código de un concepto de Ley Penal, surge de modo inmediato la cuestión de determinar el elemento caracterizador, que sirva a una fácil e inequívoca identificación del precepto como norma penal. Son muy variados los caracteres que la doctrina ha atribuido a la norma penal: recordemos sumariamente entre otros, su imperatividad, su naturaleza valorativa, su origen necesariamente estatal. Pero todos estos caracteres tienen un escaso valor diferencial, de modo que son compartidos frecuentemente por normas no penales.

También la doctrina ha hallado una diferencia entre dos elementos estructurales de la norma penal: el precepto y la sanción; la prohibición o imposición de una conducta y las consecuencias que derivan de su inobservancia. El elemento preceptivo está como embebido en la norma y lo que se formula expresamente es la sanción. Todo Código penal no es otra cosa que el catálogo de las sanciones que se aplican cuando no se observa el precepto. Si ésta es la

técnica normal de toda Ley Penal, el elemento caracterizador deberá situarse necesariamente en la sanción. Por ello se ha elegido el carácter penal de tal sanción como elemento identificador de la norma penal.

3. Los problemas de ausencia de normas o de colisión de ellas, ha parecido conveniente resolverlos conforme a los criterios vigentes, por lo que la base remite a los preceptos oportunos que se estiman satisfactorios.

4. La cuestión de los límites a la eficacia de la Ley penal en el tiempo, se ha resuelto con arreglo a los siguientes criterios:

a) Se establece el principio general de la irretroactividad.

b) Se admite la excepción de la «ley más favorable».

c) Se señala una contraexcepción para el caso de los sujetos peligrosos por habitualidad o profesionalidad, a no ser que la nueva ley elimine la entidad delictiva de los actos o la peligrosidad de los estados.

Únicamente el apartado c) constituye una novedad. La contraexcepción significa que, en tales supuestos, la Ley penal es absolutamente irretroactiva. Y hemos de llamar la atención sobre el hecho de que en esta materia se sigue en el estudio un cerrado criterio de irretroactividad que está en disconformidad con un importante sector de la doctrina y del Derecho comparado. Baste recordar el artículo 200 del Código penal italiano que establece como criterio general que «las medidas de seguridad se rigen por la ley en vigor al tiempo de su aplicación», constituyendo una importante excepción al principio de irretroactividad de la Ley penal. La razón de la divergencia, que se limita a específicos estados peligrosos, hay que buscarla en la especial naturaleza de éstos, caracterizados por su estabilidad y gravedad que no aconsejan la aplicación de beneficio alguno por razones de Derecho intertemporal.

5. El apartado 7.º de esta primera base resuelve el problema de los límites de la Ley penal en el espacio, conjugando los principios de territorialidad, personalidad, real o de defensa y de justicia penal universal. Se regula así la materia recogiendo preceptos situados en otros sectores del ordenamiento, como el artículo 8 del Código civil, artículo 336 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y otros, referidos a delitos específicos, en el propio Código vigente.

6. Finalmente, hace esta base una genérica referencia a la extradición pasiva, en sus condicionamientos estrictamente materiales para terminar estableciendo el carácter de «ius commune» de las normas del Código respecto de las leyes penales especiales, con lo que puede obtenerse la posibilidad de resolver, con su aplicación, las dudas que en ocasiones plantean las leyes especiales, necesariamente fragmentarias, en el momento de su aplicación.

BASE SEGUNDA

1. Dos novedades importantes se ofrecen en el concepto de la infracción penal: la supresión del término «voluntarias» del actual artículo 1.º del Código

penal y la expresa inclusión, en un concepto unitario, del delito culposo al lado del doloso. Ambas novedades tienen una íntima relación y una fundamentación común. Con la supresión del término «voluntarias» se cierra una vieja controversia sobre su interpretación en orden a considerar no incluido dentro de la definición del actual artículo 1.º del Código penal el delito culposo. Con la expresa inclusión en el concepto, del delito culposo al lado del doloso, se toma partido en otra notable controversia: la de si el delito por imprudencia constituye un tipo penal específico (crimen culpae) o un título general de imputación (crimina culposa) en función de una forma de la culpabilidad. Con ello se ha querido atender reiteradas críticas de la doctrina al sistema empleado por nuestros Códigos a partir del de 1848 que, separándose del de 1822, instauró el sistema actual, quizá útil, desde un punto de vista práctico, pero de muy dudosa corrección científica.

2. Otra novedad de esta base es la expresa regulación del error. Ni el Código de 1848, ni el de 1870, ni el vigente regulaban esta importante materia. Podía, sin embargo, pensarse que al considerar el Código vigente como delitos o faltas las «acciones u omisiones voluntarias...» este requisito de la «voluntariedad» con una necesaria carga de conocimiento previo («nihil volitur quid precognitum») excluía del concepto de infracción penal toda acción asumida con una errónea apreciación de elementos esenciales de la conducta delictiva, simplemente porque en tal supuesto desaparecía la voluntariedad. Pero en la redacción actual ha desaparecido el término «voluntarias», fraccionándose en los términos «maliciosa o culposa» que cualifican la acción, y esta circunstancia hace aún más perentoria la necesidad de llenar la vieja laguna de nuestros Códigos.

Sin embargo, si bien puede mantenerse que la conveniencia de la expresa regulación del error en toda su transcendencia parece conveniente, si puede, en cambio, ser discutible el concreto lugar que su regulación debe ocupar dentro del esquema de un nuevo Código penal. Se ha estimado en este caso que la sede material debía ser la base destinada al delito, pero también, siendo el error una causa de exclusión de la culpabilidad, podía haberse incluido en el capítulo II, del título IV (exclusión de la responsabilidad).

Hay motivos, sin embargo, que justifican la inclusión de esta materia en la base segunda:

a) La circunstancia de que el error esencial e invencible de los elementos del hecho supone la ausencia de uno de los pilares básicos de la estructura de la conducta delictiva. Su valoración en este sentido debe reflejarse también en la sistemática del Código.

b) La distinta valoración del error según se pueda considerar vencible o invencible, dando lugar en el primer caso a una imputación a título de culpa que no encajaría cómodamente en las causas de exclusión de la responsabilidad.

c) La transcendencia de la doctrina sobre el error a las circunstancias eximentes, así como a las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

En materia de error se ha recogido también un caso de «error juris» con transcendencia jurídico penal, limitando así en el campo penal los amplios términos del artículo 2 del Código civil. La necesidad de acoger la ignorancia de una ley no penal, como motivo de exclusión de la culpabilidad cuenta con una

larga tradición en la doctrina patria desde Dorado Montero a Cuello Calón y al fin es recogida en este estudio.

3. En el número 6 de esta base constituye una innovación el tratamiento sistemático del «*iter criminis*», con criterios en cuanto a la punición, discrepantes de nuestro sistema actual.

Las novedades introducidas son estas:

a) Formulación expresa del principio «*cogitationis poenam nemo patitur*». La novedad está exclusivamente en su formulación, ya que el principio inspira también actualmente nuestro sistema.

b) La conminación de los actos preparatorios con medidas de seguridad cuando revelen peligrosidad en el sujeto.

c) La impunidad, en general, de los actos preparatorios, sólo punibles cuando la ley los pene especialmente, punto éste, como es sabido, en el que mayores alternativas se advierten a lo largo de la historia de nuestros Códigos.

4. En cuanto a las formas de aparición del delito, se sugieren también algunas novedades:

a) El concurso real de delitos se rige por el criterio de la llamada «*acumulación jurídica*» consistente, como es sabido, en una de sus modalidades, en castigar el delito más grave añadiendo una cantidad o cuota de pena por los demás delitos («*exasperación*»).

b) Se admite y define el delito continuado, antes desconocido en el Código, si bien aplicado por la Jurisprudencia con una construcción restringida, pues se consideraba como una ficción jurídica justificada exclusivamente por las necesidades prácticas para resolver las dificultades que se presentaban en el caso de falta de datos para la individualización de un conjunto de acciones.

Ahora, en cambio, se acomete una concepción más amplia del delito continuado, determinando su concepto y caracteres en la Parte General, que posibilitará su aplicación generalizada.

5. Merece señalarse, por último, también como novedad importante la referencia que se hace al delito-masa, siquiera su regulación específica se relegue a la parte especial, con relación a delitos determinados.

Es éste un tema necesitado de honda meditación. Unas pocas sentencias del Tribunal Supremo y algunos estudios dogmáticos, es todo lo que se ofrece como antecedente a esta construcción. Y la realidad social de un sistema defraudatorio muy característico de nuestros tiempos, que generalmente tiene como víctimas a sectores deprimidos de la sociedad, en razón de la perentoriedad de unas necesidades fundamentales que hacen posible el delito.

El intenso reproche que tales comportamientos merecen, obligan a la técnica a construir esta figura en pro de un mayor rigor en la represión. Su formulación con carácter genérico, situándola en la parte general, quizá no permita asegurar en todo caso el logro de este objetivo. Tal es la razón por la que la base se remite a los delitos en particular en donde, a través de agravaciones específicas de determinadas figuras, tal vez encuentre el problema la solución adecuada.

BASE TERCERA

1. Se ha considerado conveniente dedicar una base, título III del libro I, al sujeto activo del delito. Es una posición definitivamente implantada en la doctrina penal y consagrada en el momentos actual por numerosos cuerpos legales, la de la específica consideración del delincuente. Lo que empezó siendo una novedad de la Escuela positiva, purificado ya de sus evidentes excesos, termina por quedar como pieza clásica, no ya sólo de los manuales de Derecho penal, sino también de los códigos penales.

El contenido de la base no es, sin embargo, excesivamente avanzado. En buena medida se limita a traer preceptos que encuentran en ella su adecuada «sedes materiae»; pero tampoco puede decirse que sea conservador a ultranza, porque, además de su novedad sistemática, contiene también algunas posiciones un tanto divergentes de nuestros códigos penales anteriores.

Desde un punto de vista general, conviene llamar la atención sobre cuatro novedades que se introducen y parecen importantes:

a) La proclamación, con categoría de principio, de que la culpabilidad es fundamento de la responsabilidad criminal, previa la imputación del sujeto, con las consecuencias que ello comporta en orden a la eliminación de todo resto de responsabilidad sin culpa.

b) La separación entre imputabilidad y culpabilidad, ambas referidas al delincuente, pero manteniendo una yuxtaposición entre ambas, sin discernir la cuestión de si la primera es presupuesto o elemento integrante de la segunda, problema éste que no parece debe resolver el Código.

c) La bifurcación, en función de la culpabilidad, del concepto unitario del delito que se da en la base segunda, distinguiendo ahora el delito doloso del culposo y señalando el criterio para la punibilidad de éste: el de los «crimina culposa» con específica previsión de las figuras por el Código.

d) La yuxtaposición de la peligrosidad a la culpabilidad como fundamento y medida de la responsabilidad criminal.

2. El límite para la mayoría de edad penal se ha fijado en los 15 años. La determinación de un límite preciso de edad que suponga una barrera que sitúa de un lado a personas maduras, con conciencia y voluntad suficientemente desarrolladas para gobernar su conducta y de otro, a personas inmaduras, lleva consigo necesariamente una buena dosis de arbitrariedad. Pero aquí como en tantos otros casos, la seguridad, certeza y simplicidad de la norma predominan sobre las estrictas consideraciones de equidad que requerirían la determinación de la capacidad psíquica caso por caso. La innovación no es de sistema, pues, sino de límite. Se ha pensado que, por regla general, ahora se adquiere la madurez psíquica más pronto que en tiempos pasados, en base a una serie de razones, bien conocidas, que no es preciso exponer.

3. Más importantes son las innovaciones introducidas en materia de anormalidad mental:

a) Se pasa del sistema biológico o psiquiátrico que inspira el número 1 del artículo 8 del Código penal vigente, al sistema mixto psiquiátrico-psicológico,

que parece más perfecto o, al menos más completo. Ello llevará consigo en la aplicación de la eximente, que no bastará la prueba de la enfermedad mental, sino que será necesario probar también la limitación de las facultades intelectivas y volitivas que, como condicionamiento psicológico, la define. Con ello se sigue el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, a través de una certera interpretación de la enajenación mental y el trastorno transitorio, ha convertido en mixta la fórmula legal.

b) En lugar de enajenación o trastorno mental transitorio se habla de «anormalidad mental permanente o transitoria». Ni siquiera se ha acogido el término amplio ya de por sí, de «enfermedad mental», con lo que se amplían las posibilidades de aplicación de la eximente a casos no incluidos en los cuadros nosológicos de la Psiquiatría, como ocurre con las «personalidades psicopáticas» en que hay simplemente anormalidad y no propiamente enfermedad.

c) Se comprende expresamente dentro de la eximente la embriaguez plena y fortuita y la intoxicación por drogas con los mismos caracteres, para desvanecer problemas de interpretación que hoy plantea el texto vigente.

4. No constituye, en cambio, novedad alguna el tratamiento de la imputabilidad disminuida a la que se concede en general un valor atenuatorio que ya tenía en nuestro Código penal vigente al ser susceptible de estimación como eximente incompleta. Las medidas de seguridad «sustitutivas» previstas para los inimputables y sujetos con imputabilidad disminuida, se hallan incluidas en la base décima que suple deficiencias del sistema actual.

5. Por fin, contiene la base, como ya se ha señalado, una importante novedad: la valoración de la total personalidad del reo en orden a determinar su peligrosidad y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad que correspondan.

De la enumeración de estados peligrosos «propter delictum» que se comprenden en esta base, también por su novedad nos referimos al último «tendencia al delito» que supone un juicio de probabilidad sobre la reincidencia, que habrá de realizarse en el proceso penal.

Con ello tendrá entrada en nuestro derecho la problemática del pronóstico social con su extensa gama de posibilidades de aplicación a otras instituciones penales, como la condena condicional, que hasta el momento funciona en nuestra Patria con sujeción a criterios meramente empíricos.

BASE CUARTA

Dedicada esta base a la responsabilidad en general y a la determinación de las personas responsables, sugiere alguna novedad que conviene señalar.

1. Ante todo, el principio que se enuncia en el punto 2, coherente con la rúbrica del título IV, a cuyo alcance ya se hizo referencia al comentar la sistemática de este trabajo, comprende la pena, la medida de seguridad y las llamadas «sanciones reparadoras» como formas o manifestaciones de la responsabilidad sin

otra matización. Debe insistirse aquí, en consecuencia, en que tal vez fuera más acertado separar desde esta base la responsabilidad criminal y la civil como consecuencias de dos valoraciones distintas del hecho punible, en cuyo caso, el principio habría de quedar también modificado o mejor, escindido, al referirlo, en los lugares correspondientes, a cada una de aquéllas.

2. Especial importancia tiene, en cuanto a las personas responsables —criminalmente—, la sustitución de las tres modalidades tradicionales, autoría, complicidad y encubrimiento, por sólo las dos primeras, para hacer de la última los delitos autónomos que proceden, en la línea de la Ley de 9 de mayo de 1950 y de tantos códigos extranjeros.

Con esta idea, la receptación seguiría constituyendo un delito contra la propiedad y el favorecimiento, ya sea real o personal, habrá de integrarse entre los delitos contra la Administración de Justicia, pero queda el problema del auxilio al autor para que se aproveche de los efectos de la infracción que hoy contempla el número 1.º del artículo 17, respecto del cual no es fácil hallar solución: no es, propiamente, delito contra la propiedad ni contra la Administración de Justicia, no es correcto incluirlo en la complicidad porque equivaldría a agravarlo arbitrariamente y porque se trata, como es sabido, de una «participación impropia», posterior a la consumación y no parece que esté justificado dejarlo impune. Quizá esto último sea lo procedente contra nuestra tradición y conforme a lo que ocurre en los ordenamientos extranjeros.

3. En cuanto al concepto de autor, no se ha querido modificar sustancialmente el contenido del artículo 14 vigente, si bien, teniendo en cuenta la vieja discusión doctrinal sobre si nuestro Código adopta un concepto estricto o amplio de aquél, se ha pretendido emplear una terminología clara y precisa que, sin perjuicio de atribuir la consideración de autores a los inductores, los autores mediatos y los cooperadores necesarios, los distinga, de modo terminante, de los que lo son en sentido propio. Se adopta, por consiguiente, un concepto estricto y propio de autor limitado a «quien realiza directamente el hecho delictivo», si bien, a los efectos penales, se atribuye esta misma consideración, aunque no sean autores en sentido propio, a los mediatos, instigadores y auxiliares necesarios.

4. Con relación a los llamados «delitos publicitarios» cuya naturaleza, por razones bien conocidas, exige una especial regulación de la autoría, ha parecido oportuno mantener el sistema de «responsabilidad sucesiva» que hoy establece el artículo 15 y tiene larga tradición en nuestro derecho. Sin embargo, se ha querido introducir en él una matización de indudable importancia, que el precepto establezca de modo expreso, como la responsabilidad de autores, directores, editores o impresores se fundamenta, en cada caso, en la culpabilidad, de suerte que la falta de ésta en cualquiera de ellos, determine su exclusión y el funcionamiento de la «sucesión». Realmente a esta meta llega con el texto actual un cualificado sector de la doctrina, a través de una ingeniosa y acertada interpretación del artículo 15, apoyándose en la referencia que el precepto hace al artículo 8.º, cuyo número 8.º, el caso fortuito, declara exento de responsabilidad criminal al que «causa un mal... sin culpa ni intención de causarlo», pero con mayor rigor se observará el principio de culpabilidad si el nuevo precepto hace esta matización de modo explícito.

5. El ámbito de la complicidad, por último, ha experimentado un cierto aumento a través de la inclusión, junto al auxilio no necesario, de comportamientos que tienen entidad y trascendencia semejantes y respecto de los cuales no hay retorcimiento alguno si se les considera como formas no necesarias de auxilio: «reforzando la resolución del autor principal» o «prometiendo ayuda para después de» cometido el delito. Quizá se vea un inconveniente a tal inclusión en el hecho de que los «actos» de auxilio son morales pero el reproche que a todas luces merecen lo ha aconsejado así.

Por lo demás, no ofrecerá dificultad señalar la frontera entre el refuerzo de la resolución de delinquir y la inducción que no refuerza tal resolución, sino que la determina, ni resolver el conflicto entre la promesa de ayuda y el encubrimiento, cuando ésta sea efectiva, con arreglo a los principios de consunción o alternatividad.

BASE QUINTA

1. Desde un punto de vista general, la base quinta, destinada a las causas que excluyen la responsabilidad criminal, ofrece tres particularidades: por una parte, elude la ordenación de las eximentes en función de su naturaleza, porque es muy controvertida en la doctrina y no sería conveniente que el futuro Código pretendiera zanjar las discusiones, objetivo que, por supuesto, no conseguiría; por otro lado, no comprende todas las eximentes, toda vez que las que excluyen la imputabilidad y el error en buena parte, tienen otros lugares sistemáticos y, por último, respetando la esencia de las instituciones, se propone perfilarlas conceptualmente evitando casuismos innecesarios y términos que perturben su recto entendimiento.

2. La legítima defensa se entiende, como está regulada en el Código vigente, sobre un planteamiento objetivo; como causa de justificación en consecuencia, sin otra novedad que la de unificar sus modalidades actuales en una fórmula única que no perturbe las naturales dimensiones de la institución. Son efectivamente conocidas las dudas que los términos legales han producido, merced a su empeño pormenorizador, en torno a los bienes y derechos defendibles, resueltas por una jurisprudencia restrictiva que ha mermado la eficacia de la eximente. Se pretende por ello volverla a sus naturales confines, de manera que dé cobijo a toda acción necesaria para impedir o repeler una agresión arbitraria a bienes o derechos propios o ajenos. Con este fin, ha parecido procedente mantener los requisitos actuales que, si alguna duda interpretativa han planteado, cuentan con abundante jurisprudencia para su solución.

3. En cuanto al estado de necesidad no se ha juzgado oportuna modificación alguna en la fórmula vigente. Subsiste, pues, con su ambivalencia característica y con los condicionamientos que hoy establece el Código y parecen inquestionables. Si de la institución se ha hecho una aplicación restrictiva, no parece que haya sido impuesta por los términos legales cuya amplitud es evidente.

4. La fuerza irresistible y el miedo insuperable, en cambio, hoy poco más que meramente enunciados en el Código, parece que demandan fórmulas más

descriptivas que permitan señalar sus requisitos y los límites respectivos. Las que se proponen pretenden ofrecer este fundamento: por lo que a la fuerza se refiere se señala el mecanismo de su funcionamiento, los comportamientos objetivos que pueden ampararse en ella, su contenido específico y el requisito de la ineludibilidad; en cuanto al miedo, las expresiones «impulsado» y «violencia moral» matizan que se trata de un estado emocional de mayor amplitud que la eximente actual y la «gravedad» de la violencia, la «proporcionalidad» del mal y su «proximidad» limitan la institución a lo que parece su ámbito natural.

5. También ha parecido conveniente dar nueva redacción a la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, por razones muy semejantes a las expuestas en los casos anteriores: su formulación actual, muy lacónica, ha obligado a la doctrina y la Jurisprudencia a señalar sus elementos y límites a través de una laboriosa interpretación. Para evitar estos inconvenientes se adopta ahora una definición descriptiva que pretende ser más completa.

Conviene, sin embargo, hacer notar, ante todo, que el texto propuesto conserva la triple manifestación de la eximente, deber, derecho y profesión que tantas críticas ha determinado por entenderse innecesario el tercer término implícitamente comprendido en los otros dos. Aunque en este punto, como en tantos otros, las opiniones, en el seno del grupo de trabajo no han sido uniformes, no ha parecido conveniente adoptar el criterio del artículo 51 del Código italiano y sí mantener los tres aspectos aludidos a fin de que no pueda pensarse que se pretende limitar el contenido de la institución.

Por lo demás, la redacción que contiene el número 6 de la base matiza el cumplimiento del deber exigiendo que sea «adecuado» y califica expresamente el deber de legal —«impuesto o reconocido por la Ley»— eludiendo así cuestiones que ahora se plantean; en cuanto al ejercicio de un derecho, la exigencia de la legitimidad que ya emplea el Código, ha hecho innecesario todo retoque y, por lo que respecta al «oficio o cargo», ha parecido conveniente emplear los términos «profesión o actividad» que parecen más actuales y de contenido semejante y establecer dos importantes limitaciones: que tales profesión o actividad estén reconocidos por el Estado y que, en todo caso, se actúe con observancia de las reglas que las rijan.

6. La obediencia debida, como es sobradamente conocido, es eximente que, en su regulación actual, ofrece graves problemas que alcanzan desde la determinación de su naturaleza hasta su alcance. La fórmula descriptiva que se contiene en el número 7 de la base, trata de dar solución a algunos. No a su naturaleza que, sin duda, seguirá controvertida, pero sí a su extensión que el texto se concreta con las exigencias de la regularidad de la orden, su ineludibilidad y la emanación del superior legítimo y con la expresa exclusión de los casos de «atrocitatem facinoris». Por otra parte, aunque no se diga expresamente, el texto indica con claridad que el ámbito de la eximente se circunscribe a la obediencia jerárquica.

7. Debe señalarse, en fin, con relación a esta base, que no incluye ni el consentimiento, ni la no exigibilidad, ni el caso fortuito, lo que en modo alguno significa que las opiniones en torno a la inclusión o exclusión de tales instituciones en el futuro nuevo Código, no sean bien recibidas.

Del caso fortuito se ha prescindido por innecesario cualquiera que sea el criterio que se adopte para determinar su alcance y naturaleza en la construcción actual. En cuanto al consentimiento se ha pensado que tal vez sea más acertado su funcionamiento como «eximente suprallegal» eludiendo así problemas de extensión que cualquier fórmula determinaría. Por lo que hace a la no exigibilidad de otra conducta, parece que, en el sistema que este trabajo entraña, como en el del Código vigente, la institución se canaliza a través de otras —causas de exclusión de la culpabilidad— cumpliéndose su finalidad sin necesidad de una formulación específica.

BASE SEXTA

1. La materia relativa a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de que se ocupa la base sexta, ha sido dividida en dos partes: unas disposiciones generales relativas a su apreciación y la numeración de las circunstancias distinguiendo las atenuantes, las agravantes y la mixta con muy limitadas modificaciones sobre el sistema vigente. La base es eminentemente conservadora.

2. Las reglas generales sobre la estimación de las circunstancias pretenden sistematizar una serie de normas de distinta procedencia, si bien ninguna de ellas es rigurosamente innovadora: unas proceden del Código vigente, otras han sido creadas por la jurisprudencia o impuestas por el buen sentido.

En principio, parece acertado reunir en un solo lugar del Código todas las normas relativas a los elementos circunstanciales del delito y ésta es la idea que ha determinado la redacción de las disposiciones a que se hace referencia, si bien una elemental exigencia sistemática ha hecho quebrar el empeño ante la necesidad de reservar para otro lugar —normas relativas a la individualización de las sanciones— las reglas que determinan los efectos de las circunstancias en el quantum de la pena.

3. En cuanto a la enumeración de las circunstancias se mantienen las que el Código vigente enumera con el mismo carácter que las otorga, sencillamente porque parecen suficientes para valorar el entorno no esencial del delito en todas sus manifestaciones trascendentes. Ciertamente que los términos legales han planteado problemas de interpretación numerosos, pero no lo es menos que la jurisprudencia y la doctrina los han superado con tal acierto que no parece recomendable otra cosa que una revisión que suprima expresiones impropias o problemáticas, o salve omisiones o incorrecciones generalmente admitidas.

Con este objeto se proyecta una definición suficiente de la agravante de «premeditación» que determine sus requisitos esenciales y una adecuada sistematización del «veneno» más identificado con la «alevosía» que emparentado con los «estragos», salvo en casos excepcionales.

4. La única modificación sustancial afecta a los agravantes de «reincidencia», genérica y específica que experimentan una ampliación y una restricción enteramente justificadas. Dando un paso más en la línea de la llamada justicia penal

universal, se pretende reconocer, con carácter general, a estos efectos, la eficacia de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, criterio éste que ya sigue nuestro Código, a la zaga de convenciones internacionales, respecto de algún delito. Atendiendo a la esencia de la institución, se proyecta limitar la efectividad de la reincidencia a la llamada «propia», esto es, a los casos en que la pena impuesta por sentencia anterior, ha sido cumplida de modo efectivo, línea ésta en que ya se orienta alguna sentencia reciente del Tribunal Supremo. Ambas reformas tienen su razón de ser en el fundamento mismo de la agravante: ya se tiende que revela una mayor peligrosidad, una más intensa culpabilidad o una insuficiencia de la pena impuesta por el delito anterior, para hacer tales valoraciones no debe bastar el pronunciamiento del Tribunal, sino el efectivo cumplimiento de la pena y, cuando, cumplida ésta, se vuelve a delinquir, la mayor peligrosidad o culpabilidad o la insuficiencia de aquélla son evidentes, tanto si la impuso un Tribunal nacional como un Juez extranjero.

BASE SEPTIMA

1. Tras las consideraciones sistemáticas convenientes, se inicia la base séptima con la formulación de tres principios relativos a la sanción penal: el de legalidad, el de necesidad del proceso y el de legalidad en la ejecución.

Es ésta una natural consecuencia de lo que la base primera declara en su apartado 1. Allí se proclama la estricta legalidad, con carácter general, respecto a las infracciones penales y estados peligrosos, de un lado, y respecto de las penas y medidas de seguridad, de otro, aquí se insiste en la legalidad de las sanciones con objeto de complementarla con los otros dos principios que no son otra cosa que sus consecuencias necesarias. Efectivamente, de poco serviría proclamar la legalidad de la pena si luego no se concretare que, prevista en la Ley, sólo puede ser impuesta por los órganos de la Jurisdicción a través del proceso que es síntesis de garantías para el justiciable y, de igual modo, limitada sería la eficacia de la legalidad en la predeterminación de la duración y contenido de penas y medidas, si su régimen de ejecución y cumplimiento no fuera regulado con la misma legalidad.

Por lo demás, tales principios no suponen, como es sabido, innovación alguna. La referencia que el punto 3 de la base hace, en sus apartados, a los artículos 23, 30 y 81 del Código vigente, lo ponen de manifiesto.

Quizá se piense que no es necesaria la repetición del principio de legalidad con referencia a la sanción y que la necesidad del proceso es cuestión más propia de un Código procesal o una ley orgánica de la Justicia, que de un Código penal, sin embargo, se ha pensado en la conveniencia de incluirlos como están, por semejantes razones a las que, con referencia al principio de legalidad en general, han quedado expuestas al examinar la base primera.

2. Pero donde la base es realmente innovadora, es en la enumeración de las penas y medidas de seguridad. En los catálogos que comprenden los puntos 5 y 8 se advierte una clara ruptura con nuestro sistema tradicional y en ellos hay extremos diversos a los que llamar la atención.

a) Ante todo, conviene advertir —ya se hizo al principio con respecto a la totalidad de este trabajo— que al sistema de sanciones que se expone no debe atribuirse otro valor que el de un puro ensayo que ni siquiera representa la convicción firme de quienes lo han compuesto. Su objeto no es convencer, sino sugerir ideas que permitan llegar a un esquema de penas y medidas de seguridad realmente efectivo y con un sólido fundamento doctrinal.

b) El criterio que se ha utilizado para separar las penas de las medidas de seguridad, partiendo de la posición «dualista», ha sido este: la pena, en su contenido, es aflicción y, mediante ella, se orienta, principalmente, a la prevención general; la medida, por el contrario, es de defensa y se dirige, ante todo, a la prevención especial del sujeto. Según prime en cada una de las sanciones uno u otro contenido y uno u otro objetivo, debe discernirse si se trata de pena o de medida. Y de acuerdo con tal índice han resultado penas, la de muerte, las privativas de libertad y las de multa y medidas, no sólo los internamientos en establecimientos especiales de corrección o inocuización, sino también las que hoy se denominan penas restrictivas de libertad, privativas de derechos, pecuniarias —a excepción de la multa— y otras de naturaleza afin. En las primeras es claro que tiene un valor decisivo su poder aflictivo, en tanto que, en las segundas ocupa un primer plano la corrección y la inocuización.

c) Atraerá probablemente la atención, el hecho de que, entre las penas graves y en primer término, figure la de muerte, contra la corriente abolicionista que se advierte en tantos países. Pero su presencia no tiene otro objeto que el de sugerir la crítica en uno u otro sentido. Su mantenimiento o su supresión en un Código moderno es un grave problema con múltiples proyecciones, política, social, jurídica, moral, en el que los argumentos han sido agotados y, sin embargo, las opiniones y aún las soluciones legislativas no son uniformes. Todo ello hace muy conveniente conocer las opiniones de los expertos en este momento y de cara al futuro.

d) El esquema de penas graves privativas de libertad, ha quedado reducido a tres términos, reclusión, prisión y arresto frente a los siete que hoy enumera el artículo 27 del Código, manteniéndose, sin embargo, los límites mínimo y máximo de duración de estas penas en general, esto es, un mes y un día (mínimo del arresto) y treinta años (máximo de la reclusión), lo que ha obligado a concretar la duración de las que se proponen del modo que se señala en el punto 6 de la base.

Esta modificación que, en este lugar, no tiene mayor trascendencia, obedece a la idea de simplificar nuestro tradicional y característico sistema vigente, integrado por ocho penas privativas de libertad, con nombres distintos, entre las que no hay más diferencia que su duración, porque, salvo las cortas, el régimen de cumplimiento es idéntico para todas. Sin embargo, como se señalará al examinar la cuestión, la reforma tiene una importante repercusión en las normas para la individualización de las penas tan estrechamente vinculadas al principio de legalidad.

e) Por el contrario, el catálogo de medidas de seguridad ha resultado muy numeroso, pero obsérvese que en todas ellas está presente, como elemento caracterizador, la defensa en general o, si se prefiere, la corrección o la inocuización, y en su inmensa mayoría tienen el precedente de la naturaleza que se les otorga en el Código de 1928.

f) Las medidas de seguridad previstas, son siempre postdelictuales como se señala en el punto 10, lo que presupone que las predelictuales se regulen en ley especial como lo están hoy, separación que ha parecido conveniente para mantener el Código futuro en su exacta posición de Código penal, esto es, Código de delitos y penas, sin perjuicio de valorar el estado peligroso que la comisión del delito puede revelar y disponer las medidas adecuadas a la peligrosidad manifestada. Tales medidas, adoptándose una posición que ha parecido prudente, ante la diversidad doctrinal, pueden operar de modo sustitutivo o complementarios de la pena y acumulado entre sí, siempre en función de su naturaleza y de las características subjetivas del agente.

BASE OCTAVA

1. Como consecuencia de las modificaciones que la base anterior introduce en el sistema de penas y especialmente en el de penas privativas de libertad, se impone modificar también el mecanismo de individualización porque el actual no resulta aplicable a entidades penales de tan larga duración como la que señala el punto 6 de la base séptima.

El sistema que se sugiere pretende hallarse a la mitad de camino entre el legalismo y el arbitrio judicial, evitando, por un lado, rigideces inoportunas que encubren una desconfianza infundada hacia el juzgador y, de otro, excesos de arbitrio que pondrían en peligro un riguroso cumplimiento del principio de legalidad y originarían desigualdades inconvenientes.

Con este fin, los dos índices que utiliza el Código actual —ordenación de las penas en escalas graduales y división de aquéllas en tres grados—, han sido sustituidos por otros dos : conminación de los delitos, no con penas en toda su extensión, sino con porciones de penas que se prevé sean largas, entre un máximo y un mínimo, y división de tales porciones en sólo dos grados, por mitad.

Los factores que han de influir en la selección de la pena, si hay lugar a ello porque la infracción se comine con sanciones alternativas, y en su cuantificación, serán: el grado de perfección del delito, el rango de la participación del culpable, las circunstancias modificativas y la personalidad del agente, de suerte que, unas pocas reglas, poco numerosas y más simples que las actuales, si bien inspiradas en las mismas ideas, determinen la imposición de la pena en el grado máximo para la autoría —real o asimilada— la consumación, la concurrencia de alguna agravante o el resultado negativo de la investigación de la personalidad del culpable y en el grado mínimo para la complicidad, el delito imperfecto, la concurrencia de atenuantes o el resultado positivo en la investigación de la personalidad. Estas reglas establecerán un procedimiento compensatorio cuando se den elementos de signo contrario y, ya dentro del grado máximo o mínimo —cuya duración será larga— ya en toda la extensión de la porción penal, funcionará el arbitrio judicial.

De este modo se pretende otorgar un ancho margen de actuación a la discrecionalidad del Juez, impidiendo, sin embargo, que, en caso alguno, pueda rebasar los límites máximo o mínimo, con lo que se asegura un efectivo rigor en la legalidad de las penas.

2. Novedad digna de mención, es la previsión de medidas de seguridad respecto de los actos preparatorios, sean o no punibles, el delito imperfecto y la tentativa imposible en razón de la peligrosidad que ponen de manifiesto en el agente.

3. También debe señalarse el amplio juego del arbitrio judicial en la individualización de las medidas, siempre en función de la personalidad del sujeto peligroso y dentro de los límites legales. Aquí, naturalmente el punto de equilibrio entre la legalidad y la discrecionalidad, se halla más cerca de ésta que de aquélla, como impone la naturaleza y fin de las medidas de seguridad.

BASE NOVENA

1. Ya se ha aludido en otros lugares de esta exposición, al problema que entraña la determinación exacta de la «sedes materiae» de la llamada responsabilidad civil «ex delicto». Sin insistir más en la cuestión que ya queda sobradamente planteada, la base novena debe calificarse de eminentemente conservadora toda vez que se mantiene el régimen actual, sin más que alguna leve modificación en su contenido, y la reunión de todas las normas que a ella se refieren, en un solo lugar.

2. Quizá llame la atención este respeto al régimen vigente que ha sido objeto de críticas muy fundadas porque, habida cuenta de los términos tajantes que emplea el artículo 1.092 del Código civil y del carácter especial de las normas del Código penal en esta materia, no tiene sentido —como argumenta un prestigioso autor patrio— recurrir moralmente a aquel cuerpo legal, cuando las normas de éste resultan insuficientes. Sin embargo, obsérvese que lo incorrecto es la fórmula terminante del Código civil, porque lo que no puede pretenderse es que, el penal contenga una regulación exhaustiva de la responsabilidad civil «ex delicto» en la que está implicada, por lo menos, toda la ordenación de las obligaciones. Ello conduce a la lógica consecuencia de que el Código penal sólo debe regular las especialidades de las obligaciones nacidas del delito, debiendo aplicarse, en lo no regulado, el ordenamiento civil como derecho supletorio que es, justamente, lo que propone el punto 1 de la base. Una adecuada modificación del artículo 1.092 establecería una perfecta coordinación de ambos ordenamientos en este punto.

3. El principio que se enuncia en el punto 2 pone de manifiesto que la responsabilidad civil «dimanante de delito» se ha entendido, como parece lo correcto, no como una consecuencia más que éste produce, con independencia de la responsabilidad criminal, sino como una consecuencia aparte nacida de su ilicitud desde el ordenamiento civil. Por ello, como esta ilicitud puede faltar aunque se de la pena, el principio no se formula en la forma absoluta —e inexacta— que hoy lo hace el artículo 19.

4. En cuanto a las personas civilmente responsables, ha parecido correcta y bastante la regulación vigente sin otras alteraciones que sanear los preceptos de las expresiones inactuales que hoy emplean y ampliar de modo expreso y en la línea de una reiterada jurisprudencia, la responsabilidad civil subsidiaria a supuestos de «servicios o uso de la cosa», incluso gratuitos, que con tanta frecuencia se dan en los delitos de imprudencia cometidos con vehículos automóviles y hoy encajan sólo muy forzosamente en los artículos 20 al 22. Evidentes razones de eficacia en la protección de la víctima del delito, en el aspecto civil, han inspirado esta novedad.

5. Porque también se ha considerado suficiente, se mantiene el contenido de la responsabilidad civil en la forma y con la extensión que hoy establece el Código.

BASE DECIMA

1. No obstante su larga extensión, la base décima no se caracteriza porque introduzca, por sí, grandes novedades en el sistema. Es esencialmente conservadora en el régimen de cumplimiento de las penas y en el mantenimiento de instituciones de resultado marcadamente positivo en nuestro derecho, como la condena condicional y la redención de penas por el trabajo y por lo que a las medidas de seguridad se refiere, la novedad está, más que en su forma y ámbito de aplicación, en su catalogación como tales medidas, extremo al que ya se ha hecho cumplida referencia en el lugar oportuno.

2. El régimen de cumplimiento de las penas no se ha alterado porque, desde el Código, no parece preciso. Las líneas maestras que marca y a que debe limitarse son suficientes. Otra cosa es que debe acentuarse la intervención del juez en la ejecución de la sentencia y que, en materia de penas privativas de libertad, debe perfeccionarse de hecho el sistema en la línea en que ahora se esfuerza la Administración penitenciaria, aplicando métodos criminológicos, perfeccionando establecimientos, especializando al personal que los sirve, etc., pero lo uno es materia propia del Código penal y lo otro compete a la Administración.

Por ello se ha mantenido el sistema progresivo para la ejecución de las penas privativas de libertad, siquiera el Código deba señalar de modo más pormenorizado o como ahora lo hace el artículo 84, las directrices fundamentales que luego hayan de desarrollar reglamentariamente. Debe señalarse, sin embargo, en cuanto a las penas cortas, que el deseo latente en el punto 5, de dar adecuada aplicación a los medios sustitutivos tan objetivamente justificados, quizá se haya quedado corto; junto al arresto domiciliario y la remisión condicional, quizá debieran figurar otras sanciones morales, pecuniarias, etc.

En cuanto a la ejecución de la pena de muerte, es este un problema naturalmente accesorio al criterio que se sustenta sobre su permanencia en el catálogo de penas, pero si se mantuviera, el procedimiento que establecen nuestras leyes no parece merecer, en sí mismo, mayores censuras aunque, como cualquier otro, tampoco se caracterice por sus excelencias.

El cumplimiento de la pena de multa tampoco se ha alterado en razón a la dificultad de hallar un modo que sea efectivo y pueda sustituir a la actual prisión subsidiaria. Debe anotarse, no obstante, que quizá un sistema de detención obligada de una porción de los ingresos económicos del condenado, cuando éste no sea solvente —sistema ya ensayado en el Código de 1928, si bien con resultados negativos, como es sabido— quizá diera resultado en la época actual.

3. En materia de medidas de seguridad, según se ha indicado, adopta este estudio una postura que pretende ser discreta. Ante la no resuelta cuestión doctrinal y la diversidad de soluciones legales, se ha optado por atribuir a unas una función sustitutiva de la pena y a otras un fin complementario, siendo la sustitución, en las primeras, preceptiva o facultativa para el juzgador, según las características subjetivas del peligroso. Equivale todo ello a fijar un punto de equilibrio en la compatibilidad entre pena y medida. Elementales razones de eficacia explican que la sustitución sea preceptiva respecto del inimputable y facultativa con relación al semiimputable y al delincuente joven.

A diferencia de los casos anteriores en que la pena se entiende absolutamente ineficaz y por ello se sustituye por la medida, las medidas de seguridad complementarias tienden a conseguir fines de corrección o de inocuización que la pena, cuya eficacia no se desconoce, no puede alcanzar, por ello tienen un amplio campo de aplicación si bien con las limitaciones connaturales a su contenido respectivo.

BASE UNDECIMA

1. En la extinción de la responsabilidad criminal y la rehabilitación del penado no se estima necesario introducir alteraciones de entidad, aunque sí algunas precisiones que de modo expreso consiguen extremos que más o menos indirectamente ya resultan hoy de nuestro ordenamiento penal.

En cuanto a las causas de extinción en sí, ya estimó la doctrina que la enumeración del artículo 112 no es rigurosamente exhaustiva, en cuanto que omite la remisión definitiva de la pena por el transcurso de los plazos, sin delinquir, en caso de condena condicional. Y aunque tal causa de extinción ya resulta de la propia regulación de la institución, ha sido adicionada como indudablemente procede.

Por otra parte, se señala de modo expreso, en relación con la muerte del reo, que tal hecho jurídico, aunque determine la extinción de la responsabilidad criminal, no comporta lo propio respecto de la civil, extremo que ya resulta hoy, si bien por vía indirecta, de la remisión que el artículo 117 hace a las normas del Código civil. Tampoco indica de modo expreso el Código vigente que el cumplimiento de la pena impuesta tanto tiene lugar por la realización efectiva de su contenido íntegro, como por la aplicación de instituciones, como la redención de penas por el trabajo o el indulto parcial, que disminuyan o transformen tal contenido. Y del mismo modo se ha juzgado conveniente incluir en el Código algunos extremos relativos a los efectos del indulto y posibilidad de proponerlo al Tribunal sentenciador, procedentes de la Ley de 1870.

2. Por último, ha parecido conveniente también salir al paso de una práctica de muy dudoso fundamento en materia de prescripción, como es tomar en consideración el tiempo que el culpable permanece en rebeldía, a efectos del cómputo de los plazos. Tal situación no supone realmente más que una paralización material del procedimiento, pero no un olvido del delito ni del proceso por el órgano jurisdiccional que tiene ordenada la busca y captura del culpable y ninguna actuación puede llevar a cabo en tanto no sea habido. Admitir la rebeldía a los efectos apuntados, equivaldría a premiar con el perdón a quien por su comportamiento contumaz de elusión del juicio o de la pena, no se ha hecho acreedor a él.

BASES PARA UN CODIGO PENAL

ESQUEMA

Libro I. Parte general: *Disposiciones generales relativas a la Ley penal, al delito, al delincuente y a la responsabilidad.*

Título I: *La Ley penal.*

- Principio de legalidad.
- Concreción de la Ley penal.
- Aplicación de la Ley penal.

Título II: *El delito.*

- Definición del delito.
- Formas imperfectas.
- Pluralidad delictiva.

Título III: *El delincuente.*

- Capacidad para delinquir: imputabilidad.
- Culpabilidad: valoración de la personalidad.
- Peligrosidad.

Título IV: *La responsabilidad.*

Capítulo I: Responsabilidad en general y personas responsables.

- Autoría.
- Responsabilidad por lesión y por riesgo.
- Disposiciones especiales para los delitos de imprenta.
- Complicidad.

Capítulo II: Exclusión de la responsabilidad.

- Legítima defensa. (Exceso.)
- Estado de necesidad. (Exceso.)
- Fuerza irresistible.
- Miedo insuperable.
- Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.
- Obediencia debida.

Capítulo III: Modificación de la responsabilidad.

- Reglas generales.
- Circunstancias atenuantes.
- Circunstancias agravantes.
- Circunstancia mixta.

Capítulo IV: Consecuencias de la responsabilidad.

- Sección 1.^a Principios generales y catálogo de penas y medidas de seguridad.
- Sección 2.^a Individualización penal en función del grado de perfección, circunstancias, rango de participación y personalidad del agente.
- Sección 3.^a Responsabilidad civil «ex delicto».

Capítulo V: La efectividad de la responsabilidad.

- Sección 1.^a Cumplimiento de penas y medidas de seguridad.
- Sección 2.^a Condena condicional.
- Sección 3.^a Redención de penas por el trabajo.

Capítulo VI: Extinción de la responsabilidad.

- Causas de extinción de la responsabilidad criminal.
- Rehabilitación.

BASES PARA EL LIBRO I DEL CODIGO PENAL

BASE PRIMERA

La ley penal y su validez

1. Se establecerá, ante todo, en el Libro I del Código, el principio de estricta legalidad, así de los delitos y las penas, como de los estados peligrosos y medidas de seguridad. En consecuencia:

Primero: Nadie podrá ser declarado responsable de delito o falta, ni incurso en estado de peligrosidad, si tales delito, falta o estado peligroso, no se hacen previstos en la Ley.

Segundo: A nadie le podrá ser impuesta pena ni medida de seguridad que no se hallen preestablecidos en la Ley. Tampoco podrá imponerse pena o medida de seguridad distinta de la legalmente establecida.

2. Igualmente se declarará el principio de absoluta igualdad de las personas ante la ley penal, salvo los particulares casos de excepción que regulan las leyes.

3. Se determinará el concepto de ley penal, con referencia a un requisito esencial: que prevea sanciones de carácter penal —penas o medidas de seguridad— que serán impuestas, en todo caso, por los Tribunales de justicia, mediante el correspondiente proceso.

4. Las posibles lagunas de la ley se resolverán conforme al criterio que hoy consagra el artículo 2 del Código penal.

5. Se inclinará también en este lugar, la regulación de la llamada «colisión aparente de leyes penales», que se resolverá con arreglo al principio de especialidad y, en su defecto a la fórmula del vigente artículo 68.

6. La validez de la ley penal en el tiempo, se regirá por el principio general de la irretroactividad, con la excepción tradicional de la «ley más favorable» que será retroactiva, resolviéndose los casos de duda con audiencia del encausado. Se exceptuará, sin embargo, de este beneficio, a los declarados en estado peligroso por habitualidad o profesionalidad en el delito o manifiesta tendencia a delinquir, salvo cuando la ley nueva elimine la entidad delictiva de los actos o la peligrosidad de los estados.

7. La validez en el espacio se regirá por un principio general y tres complementarios, según viene siendo tradicional:

Primero: Principio general será el de territorialidad, extendiéndose el ámbito de territorio a la llamada «plataforma continental».

Segundo: Serán principios complementarios: el de la personalidad, aplicable a los españoles que delincan o incidan en estado peligroso en el extranjero, en determinados casos; el real o de la defensa, respecto de determinados delitos que comprometan los intereses del Estado o la colectividad; y el de la «Justicia penal universal», para los llamados delitos internacionales: piratería, trata de blancas, tráfico de estupefacientes, genocidio, «extorsión de aeronaves» y otros que requieran igual tratamiento.

8. El Código establecerá también el principio general de la extradición pasiva de delincuentes, así como sus condicionamientos de carácter material, excluyéndose de ella los delitos políticos —con respecto a la cláusula belga del atentado—, militares, fiscales, de prensa, privados y de escasa entidad.

9. Se dispondrá, por último, en este primer Título del Código, su valor supletorio respecto de las leyes penales especiales.

BASE SEGUNDA

El delito

1. El Capítulo II, del Libro Primero se dedicará al delito.

2. En la línea de nuestra tradición histórica, comenzará el Capítulo por dar un concepto de la infracción penal que abarque el delito doloso y el culposo en una idea unitaria.

En tal sentido, se entenderá por infracción penal «la acción u omisión maliciosa o culposa penada por la ley».

3. A continuación se sentará el principio de presunción de voluntariedad en el comportamiento señalándose que las acciones u omisiones se entenderán siempre realizadas voluntariamente a no ser que conste lo contrario.

4. Se establecerá como causa de exclusión de la culpabilidad, el error esencial e invencible sobre los elementos de hecho. Cuando el error sea vencible existirá la responsabilidad por culpa.

Con análogo criterio, los efectos del error esencial e invencible sobre las eximentes, que degradará las causas de justificación o de inculpabilidad a causas de inculpabilidad en todo caso, se establecerán al regular aquéllas.

El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad, producirá la consecuencia de la apreciación de éstas en la forma que resulte más favorable y se regulará donde se numeren las circunstancias del delito. Se exceptuará de esta regla la menor edad de dieciocho años que se apreciará objetivamente con arreglo a los límites legales.

Se señalará, en fin, que el error de una norma no penal eximirá de pena cuando determine, a su vez, un error sobre los elementos que constituyan la figura descrita en la ley.

5. Para dar adecuada solución a los casos de discordancia entre lo querido por el agente y los efectivamente realizado, se dispondrá que, en tales casos, el Tribunal podrá imponer la pena que corresponde al delito más grave o bien rebajarla, en uno o dos grados, según las particularidades que concurran en el hecho y el culpable.

6. El Código regulará en este lugar todo el proceso del actuar delictivo, desde la ideación criminal hasta la consumación, señalando expresamente dónde empieza la punibilidad de los actos, según las directrices siguientes:

Primero: Respecto de la ideación criminal, regirá el principio de que nadie será castigado por el mero pensamiento delictivo no exteriorizado por actos propios de la infracción.

Segundo: Los actos preparatorios cuando revelen peligrosidad en el sujeto darán lugar a la imposición de una medida de seguridad. Por esta norma se regirán la proposición, provocación y conspiración para delinquir, excepto cuando la ley los pene especialmente.

Tercero: Igualmente será punible la tentativa o delito imperfecto, que, no obstante, se entenderá excluida por el desistimiento o arrepentimiento eficaz del agente.

Cuarto: La «tentativa imposible» que comprenderá los casos de inidoneidad absoluta del medio empleado y de inexistencia del objeto, se sancionará con medida de seguridad.

Quinto: Se definirá el delito consumado señalando que se producirá cuando «la acción u omisión penada alcancen la objetividad señalada en la norma».

7. Se regularán, por fin, en este lugar del Código, las formas de aparición del delito, según los criterios siguientes:

Primero: Para la pluralidad delictiva —pluralidad de acciones que den lugar a pluralidad de delitos— regirá el principio de la acumulación jurídica de penas con arbitrio en el Tribunal para fijar el máximo cumplimiento extensivo a la imposición de una medida de seguridad. Este principio se aplicará solamente a los casos en que, entre los diversos delitos cometidos exista relación o analogía.

Segundo: Para la pluralidad de acciones esencialmente idénticas, que violen una misma norma y respondan a un designio único, se construirá con estos elementos, el concepto legal de «delito continuado», que será considerado como un solo delito, favorezca o no al culpable.

Tercero: Para los casos en que un sólo acto constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo a no ser que resulte menos perjudicial para el agente el castigo separado de los delitos.

Cuarto: Para los casos en que una sola acción viole varias veces una misma norma, se construirán en el Libro II y para los determinados casos en que proceda, las figuras correspondientes de «delito masa».

BASE TERCERA

El delincuente

1. En la dirección de un Derecho penal de orientación subjetiva, que no se limite a la valoración del delito, sino que se extienda a la estimación de la personalidad del delincuente, el Código dedicará el título III específicamente a éste. En él se regularán debidamente la imputabilidad, las causas de falta o exclusión de ésta, las formas de culpabilidad y la peligrosidad.

2. Como principio general se sentará que nadie podrá ser penado por un hecho previsto en la ley como delito, si no es declarado imputable y culpable.

3. Se entenderá plenamente imputable, esto es, capaz de actuar culpablemente, a todo sujeto dotado de inteligencia y voluntad normales.

4. En consecuencia, serán considerados inimputables:

Primero: El menor de quince años, en todo caso: Cuando el menor ejecute un hecho castigado por la ley como infracción penal, será sometido a los Tribunales Tutelares de Menores conforme establece el artículo 8.º, núm. 2.º del Código vigente. Si excepcionalmente estos Tribunales declinaran su competencia en los casos previstos en el precepto citado, será sometido el menor, ya mayor de edad penal, a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, para la imposición, en su caso, de la medida de seguridad que proceda.

Segundo: El que, en el momento de perpetrar el hecho, sufra una anormalidad mental permanente o transitoria que le impida conocer la ilicitud del acto realizado o bien, regular debidamente su conducta. Se entenderá comprendido en el caso anterior al que obrare bajo los efectos de una embriaguez fortuita en su origen y plena en sus efectos. Las intoxicaciones por drogas producirán análogo efecto, si se cumplen los condicionamientos señalados en el párrafo primero.

Sin embargo, no podrá ser declarado inimputable quien, con el fin de cometer un delito o falta o procurarse una exención o excusa, se sitúe en un estado de inimputabilidad para perpetrar el hecho.

Tercero: El sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca de instrucción.

5. La imputabilidad disminuida, compatible con la responsabilidad criminal, si bien igualmente disminuida, se regulará a través de las circunstancias atenuantes

6. En cuanto a las formas de culpabilidad se establecerá que el imputable podrá responder a título de dolo o de culpa, por el hecho cometido.

Será doloso el delito cuando el resultado de lesión o de peligro haya sido querido o previsto y aceptado por el sujeto.

Será culposo cuando el resultado antijurídico, aunque haya sido previsto, no haya sido querido por el agente y se produzca a causa de imprudencia, negligencia o impericia. Los delitos culposos se establecerán específicamente en el texto del Código, como tales.

7. En cuanto a la peligrosidad, se establecerá finalmente, que, en la valoración de la conducta punible, deberá tenerse en cuenta, además del hecho cometido y la culpabilidad del sujeto, su propia personalidad deducida del carácter, educación y cultura, su conducta anterior y simultánea al delito, los móviles de su acción, sus antecedentes y modo de vivir y otros análogos.

Tal valoración podrá dar lugar a la imposición de una medida de seguridad complementaria.

El Código preverá, con esta finalidad los siguientes estados de peligrosidad:

Primero: Por tendencia al delito, que se aplicará respecto de quienes, cometida una infracción, se estime como probable que cometerán otras.

Segundo: Por hábito delictivo, que se apreciará en quien, habiendo sido condenado dos o más veces por delitos intencionales, cometiese otro también de esta naturaleza.

Tercero: Por profesión delictiva, respecto de quienes realicen infracciones penales, juzgadas o no, haciendo de ellas modo de vivir.

BASE CUARTA

La responsabilidad

I. Responsabilidad en general y personas responsables

1. Dedicará el Código a la regulación de la responsabilidad en sus diversos aspectos, el Título IV que, bajo esta rúbrica estará integrado por seis Capítulos referidos, respectivamente, a la responsabilidad en general y personas responsables, el primero; a la exclusión de aquella, el segundo; a sus modificaciones, el tercero; a las consecuencias, el cuarto; a la efectividad, el quinto y a la extinción, el sexto, concluyéndose así el contenido del Libro I.

2. El Capítulo I, del Título IV, en consecuencia, estará destinado a «La responsabilidad en general y personas responsables», y se iniciará, estableciendo el principio de que «toda persona culpable de una infracción criminal, responderá de ella mediante la pena o penas legalmente establecidas, sin perjuicio de las medidas de seguridad que procedan, en su caso, por razón de la peligrosidad del sujeto y de las consecuencias civiles a que pueda dar lugar el hecho por su ilicitud civil».

3. Tal responsabilidad en lo que a la pena se refiere, vendrá determinada, en su extensión e intensidad y siempre dentro de las prescripciones legales, por dos índices: la culpabilidad del agente, por un lado, y la lesión o peligro de un bien jurídico, causado por su conducta, por otro.

4. Se responderá de las infracciones penales a título de autor o de cómplice, disciplinándose al encubrimiento como delito autónomo, en el Libro II, destinado a los delitos y sus penas.

5. Depurando la técnica del vigente artículo 14, se señalará:

Primero: Que será autor quien realiza directamente el hecho delictivo descrito por la Ley penal.

Segundo: Que se considerará también autor:

a) Al que fuerza o induce directamente a otro a ejecutarlo.

b) Al que coopera a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera perpetrado.

6. No obstante tales conceptos generales, se establecerán disposiciones especiales para los denominados «delitos de imprenta», respecto de los cuales serán válidas las reglas que hoy establece el artículo 15, si bien con expresa referencia a la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad, aunque ésta sea «sucesiva».

7. Tendrá la consideración de cómplice quien coopere a la ejecución del delito, ya reforzando la resolución del autor principal, ya prestando auxilio o asistencia no necesaria, ya prometiendo ayuda para después de la realización de aquél.

BASE QUINTA

II. Causas de exclusión de la responsabilidad criminal

1. El Capítulo II del Título IV, se destinará a regular las causas de exclusión de la responsabilidad criminal, sin perjuicio de concretar sus efectos en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, en el lugar correspondiente.

Para eludir problemas doctrinales no resueltos de modo incuestionable, las causas de exclusión de la responsabilidad criminal, se enumerarán fijando sus condicionamientos, sin determinar su respectiva naturaleza.

Tendrán tal carácter las que se señalan en los números siguientes:

2. La legítima defensa se regulará según un criterio objetivo en su fundamento y simple en lo formal, sustituyéndose el casuismo actual por una fórmula única que comprende la «defensa de la persona o derechos propios o de otro».

Sus condicionamientos serán los que actualmente establece el artículo 8.º, número 4 del Código penal, suprimiéndose toda referencia a la defensa de los bienes y la morada que quedará sujeta a la norma general.

El exceso en la legítima defensa si se halla determinado por un error esencial e invencible, excluirá la culpabilidad del agente.

3. El estado de necesidad, comprensivo, como hasta ahora, del conflicto entre intereses iguales y desiguales, se mantendrá en los términos en que se halla regulado en el número 7 del artículo 8.º del Código vigente.

Como en la legítima defensa, el exceso en el estado de necesidad, determinado por un error esencial e invencible, excluirá la culpabilidad.

4. La fuerza irresistible se configurará según una fórmula más descriptiva y más técnica que la actual, estableciéndose que ampara a «quien perpetra la acción o incurre en la omisión, constreñido por la fuerza física empleada por otro, a la que no puede sustraerse o resistir».

5. También se redactará en términos más descriptivos, la exigente de miedo insuperable, señalándose que eximirá de responsabilidad criminal a «quien actúe impulsado por violencia moral grave en razón a un mal proporcionado y próximo».

6. El cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, se mantendrá, actualizando sus términos, en el sentido de entender integrada la exigente por «el cumplimiento adecuado de un deber impuesto o reconocido por la Ley, por el ejercicio legítimo de un derecho y por la práctica de una profesión o actividad, reconocida por el Estado, conforme a las reglas que la rijan».

7. La obediencia debida, con análogo criterio al utilizado en el acotamiento conceptual de las instituciones anteriores, se describirá como la exigente que ampara quien obra en virtud de una orden regular de su superior legítimo, si el mandato es ineludible y el acto a realizar no reviste, de modo manifiesto, el carácter de infracción punible.

BASE SEXTA

III. Modificación de la responsabilidad criminal

1. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, serán reguladas en el Capítulo III del Título IV.

2. Ante todo, el Código establecerá más reglas generales para la apreciación de las circunstancias que se inspirarán en las directrices siguientes:

a) Sólo podrán ser apreciadas como circunstancias modificativas, aquéllas que no hayan sido previstas por el legislador en la definición del delito.

b) No podrán apreciarse como circunstancias diversas, aquellas de tal modo ligadas entre sí, que la existencia de una suponga la de otra.

c) De un mismo hecho no podrán derivarse dos o más circunstancias de atenuación o de agravación.

d) Las acciones que procedan de actos ilícitos o inmorales, no podrán nunca ser motivo de atenuación.

e) En los casos de participación pluripersonal en el delito, las circunstancias típicamente subjetivas se considerarán personales y las objetivas afectarán a cuantos las conozcan.

f) Las causas de exclusión que no reúnan todas las condiciones exigidas por la ley, deberán ser estimadas como circunstancias atenuantes siempre que no les falte los requisitos esenciales para su estimación.

g) La edad juvenil será considerada como circunstancia atenuante, excepto en el caso de que el culpable haya puesto de manifiesto una evidente perversidad.

h) Ninguna circunstancia podrá elevar la pena a la superior ni degradarla a la inferior.

3. Tendrán la consideración de circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, las que actualmente enumera el artículo 9 del Código vigente, si bien su formulación se revisará al objeto de suprimir o modificar términos impropios o que den lugar a problemas de interpretación.

Se mantendrá asimismo el número 10 del artículo mencionado, conservándose las atenuantes por analogía.

4. Siguiendo el mismo criterio, se conservarán las circunstancias agravantes que hoy comprende el artículo 10 del Código, sin otras modificaciones que las siguientes:

Primero: En su enumeración se colocarán en primer término aquellas que, en determinadas figuras de delito, constituyan elementos del tipo.

Segundo: Se definirá, expresando sus requisitos esenciales, la premeditación.

Tercero: Se excluirá el empleo de veneno, de la circunstancia 3.^a del artículo 10, para considerarlo incluido en la alevosía, como modalidad característica de ella.

Cuarto: Se dará nueva redacción a los números 14 y 15 del artículo citado, a fin de comprender, para la apreciación de la reincidencia, las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, limitado, en cambio, su ámbito, a la llamada «reincidencia propia».

Quinto: Se revisará, por fin la redacción del artículo 10, a fin de eliminar los términos impropios y expresiones que determinen problemas de interpretación.

5. Las circunstancias mixtas de parentesco, se mantendrá con el alcance ambivalente y la extensión que hoy le otorga el artículo 11.

BASE SEPTIMA

IV. Consecuencias de la responsabilidad

1. Principios generales y catálogo de penas y medidas de seguridad

1. El Capítulo IV dedicado a las «Consecuencias de la responsabilidad», estará integrado por tres secciones referidas respectivamente a los principios generales y catálogo de penas y medidas de seguridad, la primera, a la individualización penal, la segunda y la responsabilidad civil «ex delicto», la tercera.

2. En consecuencia, la Sección Primera del Capítulo IV, bajo la rúbrica «De las penas y medidas de seguridad» establecerá, ante todo, los principios fundamentales rectores de éstas y luego la enumeración de las penas y las medidas de seguridad con la determinación de su contenido y extensión.

3. Serán principios rectores de la sanción penal:

Primero: El de legalidad, que se formulará conforme a lo que establece el vigente artículo 23, sin más modificación que hacer extensiva la fórmula a las medidas de seguridad.

Segundo: El de necesidad de proceso, que hoy establece el artículo 30, en cuya virtud no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad alguna, sino en virtud de sentencia firme.

Tercero: El de legalidad en la ejecución a que hoy alude el artículo 81, merced al cual la ejecución de las penas y medidas de seguridad, se hará con estricta observancia de lo prescrito en las leyes y reglamentos.

4. A continuación enumerará el Código, en la forma que hoy lo hace el artículo 26, las medidas cautelares, sanciones restrictivas de derechos, etc., establecidos por las leyes que, no obstante, no tienen la consideración de penas ni medidas de seguridad.

5. El catálogo de penas, distinguiendo las graves —que corresponden a los delitos— de las leves —que corresponden a las faltas— quedará reducido a las siguientes:

a) Penas graves:

Muerte.

Reclusión.

Prisión.

Arresto.

Multa, de 5.000 pesetas en adelante.

b) Penas leves:

Arresto menor.

Multa, de hasta 5.000 pesetas.

6. La duración de la reclusión, será de doce años y un día a treinta años; la de la prisión, de un año y un día a doce años y la del arresto, de un mes y un día a un año.

Estas penas, al margen de su duración, se diferenciarán también en el régimen de cumplimiento, más severo en las largas que en las de corta duración.

La multa, cuando corresponde a delito, se entenderá de 5.000 a 500.000 pesetas, salvo cuando sea proporcional.

7. La duración del arresto menor, será de un día a un mes.

La extensión de la multa, cuando corresponda a infracción leve, constitutiva de falta, será de 500 a 5.000, sin llegar a esta suma.

8. Tendrán la consideración de medidas de seguridad:

La pérdida de la nacionalidad española.

La expulsión del territorio nacional.

El destierro de algún lugar o zona determinados.

El internamiento en clínicas criminológicas.

El internamiento en instituciones de reforma.

El internamiento en casas de trabajo o establecimientos agrícolas.

- La inhabilitación para cargos públicos.
- La inhabilitación para el ejercicio de una profesión u oficio.
- La interdicción civil.
- La caución.
- El cierre de establecimientos.
- La suspensión o disolución de personas jurídicas.
- El comiso de los instrumentos o efectos del delito.
- La privación del permiso para conducir.
- El contenido y extensión de las medidas de seguridad se determinará específicamente en el Código.

10. Las medidas de seguridad exigirán en todo caso, la previa imposición de una pena, pudiendo operar de modo sustitutivo o complementario de ella. A su vez, las medidas podrán imponerse conjuntamente entre sí.

Las medidas de seguridad que consisten en internamiento o sumisión a vigilancia, serán revisables en períodos de un año.

BASE OCTAVA

2. Individualización de las penas y las medidas de seguridad

1. Constituirán el objeto de la Sección 2.^a del Capítulo IV, las normas relativas a la individualización de penas y medidas de seguridad.

2. Como elementos operativos para la individualización, se establecerá en el Código:

Primero: Que cada infracción se conminará con una cantidad específica de pena o penas comprendidas entre dos límites, máximo y mínimo, y perteneciente a una de las clases previstas en el núm. 5, apartado a) de la Base Séptima.

Segundo: Que las porciones de penas privativas de libertad y pecuniarias con que, específicamente se conmine cada delito, se dividirán en dos grados, máximo y mínimo, por mitad.

Tercero: A las medidas de seguridad, establecidas en función de la personalidad del culpable, no alcanzarán las reglas anteriores.

3.—Para la selección de las penas y las medidas de seguridad —si fuesen varias y alternativas las establecidas por el Código— y para la determinación de su extensión, se atenderá a cuatro índices: el grado de perfección del delito, el grado de participación del culpable, las circunstancias modificativas de la responsabilidad y la personalidad del agente, concediendo especial importancia a esta última en lo que a las medidas se refiere.

4. Para la individualización de las penas en función del grado de perfección del delito, grado de participación del culpable y circunstancias modificativas de la responsabilidad que concurran, se inspirará el Código en los principios que hoy informan los artículos 49 a 67 con las modificaciones derivadas de las novedades introducidas en el sistema y, además, las siguientes:

Primera: Los actos preparatorios y, entre ellos, la proposición, provocación y conspiración para delinquir, cuando revelan peligrosidad en el sujeto darán lugar a la imposición de una medida de seguridad, sin perjuicio de castigar con pena estas últimas, en los casos en que el Código lo establezca expresamente.

Segunda: La tentativa o delito imperfecto se castigará, teniendo en cuenta la personalidad del agente, la proximidad de los actos ejecutados a la consumación y las causas que hayan determinado la imperfección del delito, con el grado mínimo de la pena establecida para éste, pudiendo complementarse con una medida de seguridad.

Tercera: La «tentativa imposible» se sancionará con medida de seguridad.

Cuarta: A los cómplices se les impondrá, habida cuenta de la entidad del auxilio prestado y sus móviles, la pena correspondiente a los autores en el grado mínimo.

5. El grado de la pena, cuando ésta puede reconocerse en toda su extensión por el Tribunal, y el quantum dentro de los límites de cada grado, se determinarán atendiendo muy especialmente a la personalidad del culpable.

6. La extensión de las medidas de seguridad cuando sean susceptibles de esta apreciación se determinará en función de la personalidad del peligroso, sin perjuicio de la revisión periódica de las mismas.

BASE NOVENA

3. Responsabilidad civil «ex delicto»

1. Siguiendo la norma establecida en el artículo 1.092 del Código civil, el Código penal regulará la responsabilidad civil «ex delicto» sin perjuicio de que, en lo no regulado, rija aquél como derecho supletorio. Al régimen de la responsabilidad civil derivada del delito, dedicará el Código la Sección 3.^a del Capítulo IV.

2. Comenzará la Sección proclamando el principio de que «la declaración de responsabilidad criminal, comportará la responsabilidad civil salvo que por el grado de imperfección del delito o por la naturaleza de éste, no se produzca efecto alguno en el orden civil».

3. En cuanto a las personas civilmente responsables, las señalará el Código, de acuerdo con los criterios hoy vigentes, distinguiendo:

Primero: La responsabilidad civil directa de autores y partícipes.

Segundo: La responsabilidad civil subsidiaria.

Tercero: La responsabilidad civil de otras personas no responsables criminalmente.

En los tres casos se observarán los principios que hoy informan al Código vigente, si bien, para la responsabilidad civil subsidiaria, se adoptará, en pro de una mayor eficacia, una fórmula más amplia fundada «en razones de dependencia o servicio o de uso de la cosa, ya sean permanentes o transitorios, gratuitos o retribuidos, siempre que el autor o autores del delito no hayan obrado contra las instrucciones del principal o dueño y sí dentro de las facultades conferidas».

4. El contenido de la responsabilidad civil, será el que hoy establece el título IV del Libro Primero del Código y su régimen se basará en los mismos principios, todo ello sin perjuicio de las modalidades especiales que para determinados delitos se establezcan al regular éstos.

5. La extinción de la responsabilidad civil «ex delicto», así como su régimen en lo no regulado específicamente por el Código penal, se regirán por las normas del Derecho civil.

BASE DECIMA

V. Efectividad de la responsabilidad criminal

1. Cumplimiento de las penas y medidas de seguridad.
2. Condena condicional.
3. Redención de penas por el trabajo.

1. El Capítulo V, dedicado a la efectividad de la responsabilidad criminal, estará dividido en tres Secciones, respectivamente destinadas al cumplimiento de las penas y medidas de seguridad, a la condena condicional y a la redención de penas por el trabajo.

2. En consecuencia, la Sección primera contendrá las normas relativas a la ejecución y cumplimiento de cuantas penas y medidas de seguridad establezca el nuevo Código.

3. En cuanto a la ejecución de la pena de muerte, establecerá el Código la remisión y los condicionamientos que hoy señala el artículo 83.

4. Las penas de reclusión y prisión se cumplirán en establecimientos penitenciarios, bajo el sistema progresivo, previa la observación y clasificación del penado y cuidando muy especialmente su reeducación y readaptación social, con tratamiento dirigido en un clima de confianza y prelibertad.

El Código señalará, de modo concreto, las directrices fundamentales del sistema, sin perjuicio del desarrollo reglamentario posterior a los preceptos.

La última fase del sistema, estará integrada por el período de libertad condicional, cuyos requisitos, duración, régimen y revocación se determinarán con criterios análogos a los que establecen los artículos 98 y 99 del Código vigente.

5. Las penas de arresto se cumplirán en establecimientos penitenciarios de trabajo, si bien la posibilidad de cumplimiento en el propio domicilio que hoy dispone, para el arresto menor, el artículo 85, podrá hacerse extensiva al arresto condicionando este beneficio a la naturaleza del hecho delictivo y la personalidad del condenado.

6. El cumplimiento de las penas de multa se regirá por normas análogas a las que se establecen en los artículos 90 y 91 del Código vigente.

7. En cuanto a las medidas de seguridad «sustitutivas» de las penas, establecerá el Código:

Primero: La sustitución preceptiva de la pena por la medida de internamiento en establecimiento asistencial adecuado, para los enajenados, antes o después de la condena, y para los sordomudos de nacimiento o desde la infancia que carezcan de instrucción.

Segundo: La sustitución facultativa, por internamiento en establecimiento adecuado en función de las características subjetivas del agente, respecto de quienes sufren trastorno mental transitorio, alcoholismo o toxicomanía o enajenación apreciada por el Tribunal como circunstancia atenuante.

Tercero: La sustitución, igualmente facultativa, por internamiento en instituto de reforma, con análogos condicionamientos, respecto de los mayores de quince años y menos de veintiuno que hayan ejecutado un hecho constitutivo de delito.

El contenido de estas medidas se fijará reglamentariamente, según las directrices fundamentales que señale el Código. Su duración, bajo el sistema de revisión periódica, estará en función del cumplimiento del fin a que se orientan.

8. En cuanto a la aplicación de las medidas de seguridad «complementarias» de la pena, el Código dispondrá:

a) La pérdida de la nacionalidad española, se establecerá sólo respecto de los extranjeros naturalizados, que cometieren algún delito contra la Seguridad del Estado.

b) La expulsión del territorio nacional, podrá acordarse respecto de los extranjeros sancionados con pena de prisión.

c) La prohibición de residir en algún lugar o zona determinada, por un tiempo no superior a tres años, podrá aplicarse respecto a los que cometieren delitos contra las personas o intentaren poner en práctica amenazas o frases intimidatorias, proferidas contra las mismas.

d) El internamiento en casas de trabajo o colonias agrícolas, se establecerá, respecto de los delincuentes habituales, profesionales del delito o de los que el Tribunal haga en la sentencia la declaración de peligrosidad por su predisposición persistente al delito. Cada dos años el Tribunal examinará el expediente y acordará su libertad, cuando adquiera el convencimiento de que no son peligrosos para la sociedad.

e) La inhabilitación para cargos públicos durante el tiempo de la condena, podrá imponerse a los condenados a penas de reclusión y a los funcionarios que delinquen con motivo u ocasión del cargo que desempeñan.

f) La inhabilitación para el ejercicio de una profesión u oficio durante el tiempo de la condena, podrá imponerse cuando el delito se ha cometido con abuso de oficio o profesión o con la violación de alguno de los deberes que le sean inherentes.

g) La interdicción civil durante el tiempo de la condena, limitada a la pérdida de la patria potestad y de las facultades civiles que los Tribunales determinen en cada caso, podrá imponerse a los condenados a reclusión y a los que hayan cometido el delito valiéndose de aquellas facultades, o pongan en peligro los derechos de las personas de ellos dependientes.

b) La caución consistente en la prestación de la fianza de la clase, cuantía y por el tiempo que el Tribunal designe, podrá ser aplicada en los casos de delitos anunciados, intentados, que se traten de precaver, debiendo sustituirse por destierro si no se prestara, y aplicarse a las reparaciones civiles, si se prestara, y el delito temido se ejecutase.

i) La privación del permiso de conducir, por el tiempo que el Tribunal determine según la gravedad del hecho, consistirá en la retirada del carnet para conducir vehículos de motor y podrá aplicarse a los reos de conducción temeraria o imprudencia con resultado de muerte o lesiones graves, y a los que por sus condiciones físicas o psicológicas y morales supongan un peligro en tal aspecto, para los ciudadanos.

j) El cierre de establecimientos por el plazo que el Tribunal designe, según las circunstancias del caso, podrá acordarse cuando aquéllos hubieran sido el medio o la ocasión buscada para la comisión del delito que se castiga.

k) La disolución o suspensión de empresas o personas jurídicas, durante el tiempo que el Tribunal designe, podrá acordarse cuando el delito se hubiera cometido al amparo o bajo el nombre o representación social de aquéllas.

l) El comiso de los efectos e instrumentos del delito, podrá siempre acordarse en la fórmula del actual artículo 48 del Código.

9. La Sección Segunda del Capítulo V, dedicada a la «Condena condicional», regulará esta institución con análogos alcance y condicionamientos a los que establecen los artículos 92 a 97 del Código.

10. La Sección Tercera del mismo Capítulo, bajo la rúbrica de «Redención de penas por el trabajo» regulará la institución en sus rasgos fundamentales, con análogos criterios a los que hoy inspiran el artículo 100 del Código, si bien limitando el ámbito de aplicación a las penas de reclusión y prisión.

BASE UNDECIMA

VI. Extinción de la responsabilidad criminal

1. El Capítulo VI del Título IV, regulará la extinción de la responsabilidad criminal y la rehabilitación del condenado.

2. Las causas que determinen la extinción de la responsabilidad criminal serán las que actualmente enumera el artículo 112 del Código penal, si bien añadiendo «la remisión de la pena en caso de condena condicional». Respecto de ellas señalará el nuevo Código:

Primero: Respecto de la muerte del culpable, que dejará subsistente las acciones civiles si procedieren que, deberán ejercitarse, por la vía civil y contra los herederos de aquél.

Segundo: Respecto del cumplimiento de la condena, que por ésta se entenderá tanto la que imponga penas como la que señale medidas de seguridad, deviniendo el cumplimiento, ya por la realización efectiva del contenido de la pena o medida,

ya por el juego de instituciones que, por ministerio de la ley, aminoren o transformen tal contenido.

Tercero: Respecto del indulto, que podrá consistir en la condonación del total o parte de la pena impuesta o bien en la sustitución por otra más benigna, señalándose que el indulto parcial podrá ser recomendado por el Tribunal sentenciador o bien pedido por el condenado, previo informe de aquél, el cual podrá, en todo caso, prohibir al culpable que vuelva al lugar donde cometió el delito o viva el ofendido o sus herederos.

3. La prescripción del delito y de la pena, se regulará en forma análoga a como lo está en los artículos 113 a 116 del Código vigente, acomodando los plazos al sistema de penas que el nuevo Código establezca. No obstante, se dispondrá expresamente que el tiempo que el culpable permanezca en situación de rebeldía no se computará a efectos prescriptivos.

4. La rehabilitación del condenado se regulará en términos análogos a los que gobiernan la institución del Código vigente.

TEXTO REFUNDIDO DEL CODIGO PENAL (*)

En el *B. O. de las Cortes Españolas*, (núm. 1254, de 9 de febrero de 1973, p. 30475) aparece un ruego del Procurador en Cortes por representación familiar por Zamora solicitando el cumplimiento de la normativa de la disposición final de la Ley de reforma del Código penal de 15 de noviembre de 1971; disposición final que fue el resultado de una enmienda suscitada y propuesta por idéntico procurador y cuyo contenido es el siguiente: «*El Gobierno, en el plazo de un año contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley, publicará un texto refundido del Código penal.*»

Transcurrido, sin embargo, un año desde la entrada en vigor de la referida reforma, estima el interpelante que todavía no ha sido publicado el texto refundido a que alude la disposición final y que, en consecuencia, debe procederse a cumplirla publicándolo en fecha inmediata.

El Ministerio de Justicia, contestando al ruego en cuestión, aclara que «en cumplimiento de lo ordenado por la Disposición Final de la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código penal, el M. de Justicia elaboró un texto refundido del Código penal en el que, sin alteración alguna del contenido, se hicieron las rectificaciones de la numeración de los artículos y de las referencias contenidas en los mismos, eliminando los números de los que habían quedado sin contenido y sustituyendo los que figuraban con repetición bis), de forma tal que el texto quedó numerado correlativamente en su totalidad, así como los capítulos y secciones en que se agrupa el articulado».

Sin embargo, opone los inconvenientes que implicaría la publicación de un texto refundido y reordenado en su totalidad, pues «los cambios numéricos operados harían de difícil y entorpecido manejo, no ya los índices de jurisprudencia,

(*) Cfr. *B. O. de las Cortes Españolas*, núm. 1262, de 10 de marzo de 1973, págs. 30675-30677.

sino las obras científicas editadas desde 1945, y aun el propio Código, dificultades éstas que afectarían a los Tribunales, a la Cátedra y a los profesionales del Derecho, a cambio de una corrección externa de muy escaso valor, cuya duración habría de ser necesariamente corta, porque, de un lado, en plazo no dilatado el Código penal habrá de ser sustituido por otro de nueva traza, acoradado a las demandas sociales y técnicas actuales, en cuya preparación se hallan ocupados los órganos competentes, y, de otro, porque si el nuevo Código no fuese realidad en breve plazo, el que ahora se ordena habrá de ser nuevamente modificado por igual procedimiento que lo fuera el de 1944, en razón de las mismas demandas de orden técnico y social».

Pero, además, la Disposición Final contenida en la Ley de reforma no es nada explícita, pues autoriza a «publicar» un nuevo texto, no a «promulgarlo», ofreciéndose la duda de si cabe establecer una identidad absoluta entre ambos términos, pues «el objetivo principal de un texto refundido del Código penal, tantas veces reformado, parece que ha de ser la sustitución de esas múltiples Leyes reformadoras por un texto único, lo que implica la derogación de aquellas e incluso la del texto anterior, pero tales facultades no están otorgadas al Gobierno en la Disposición Final de la Ley citada».

«En vista de estas posibles interpretaciones —prosigue la contestación del Gobierno—, al someterse, en 8 de noviembre de 1972, a dictamen del Consejo de Estado, como es preceptivo, el proyecto de Decreto por el que se publicaba como Ley el texto numéricamente reordenado del Código penal en la forma indicada, y para solventar las dificultades que tal texto ofrecía, se estimó que también debía ser objeto de consulta la posible solución de considerar que el referido mandato de la Ley 44/1971 sólo obliga a publicar un Código penal en el que se incluyan, sistemáticamente colocadas, las reformas introducidas por la Ley 44/1971, pero manteniendo la numeración del articulado que resulta de la incorporación al texto de las modificaciones producidas, tal como hasta el presente se ha venido haciendo en anteriores ediciones del Código penal y se ha hecho en la última edición oficial, después de la reforma de la Ley 44/1971, publicada en 1972 por la Colección de Textos Legales que conjuntamente editan el Ministerio de Justicia y el «Boletín Oficial del Estado».

La Comisión Permanente del Consejo de Estado emitió su dictamen en 18 de enero pasado, estimando que la solución de que el texto con numeración correlativa de los artículos comprendiese algunos de ellos con numeración bis y otros sin contenido sería perfectamente compatible con lo establecido en la Disposición Final de la Ley reformadora del Código, puesto que el concepto de «texto refundido» no obliga a identificarlo con un cuerpo legal de rígida numeración correlativa y sin soluciones de continuidad, por lo que estimaba procedente elaborar para su ulterior aprobación un texto refundido del Código penal, manteniendo la numeración actual del articulado.

En la actualidad, concluye, se está procediendo a elaborar el texto refundido en la forma indicada, que se reduce a una mera operación mecánica de copia, pero que necesita una meticulosa y cuidada revisión de cotejo para subsanar posibles errores, tarea repetitiva de la ya realizada al publicar la edición oficial de que se ha hecho mención y cuyo texto habrá de ser dictaminado por el Consejo de Estado.»

LEY 4/1973, DE 17 DE MARZO, DE MODIFICACION DEL ARTICULO 255 Y LA CIRCUNSTANCIA SEGUNDA DEL APARTADO TERCERO DEL ARTICULO 199 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR (*)

(«B. O. E.», núm. 69, miércoles,, 21 de marzo de 1973, pág. 5499)

El artículo doscientos cincuenta y cinco del Código de Justicia Militar, relativo a la rehabilitación, viene a ser un trasunto a la Jurisdicción Castrense del artículo ciento dieciocho del Código penal común. En consecuencia, modificando este último por Ley cuarenta y cuatro/mil novecientos setenta y uno, de quince de noviembre, resulta ineludible proceder a la reforma del artículo doscientos cincuenta y cinco del Código de Justicia Militar, para atemperarlo a los nuevos criterios sentados en la citada Ley, de plena aplicación también en la esfera castrense.

Por otra parte, habiéndose adicionado al Código de Justicia Militar por Ley cuarenta y dos/mil novecientos setenta y uno, un artículo doscientos noventa y cuatro bis, relativo al delito de terrorismo, resulta necesario dar nueva redacción a la circunstancia segunda, del apartado tercero, del artículo ciento noventa y nueve, para concordarla con la nueva figura delictiva incluida dentro del Código Castrense.

En su virtud, y de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, vengo en sancionar:

Artículo primero.—Se modifica el texto del artículo doscientos cincuenta y cinco del Código de Justicia Militar, que se entenderá redactado en los siguientes términos:

«Artículo doscientos cincuenta y cinco. Los condenados que hayan cumplido su pena o alcanzado su remisión condicional, podrán obtener del Ministerio de Justicia, por medio del Departamento Militar correspondiente, y previo informe de la Autoridad Judicial que haya entendido de la causa, la cancelación de la inscripción de su condena en los Registros de antecedentes penales, por delitos que dan lugar a ella con arreglo al artículo ochocientos noventa de este Código, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero.—No haber delinquido durante los plazos de rehabilitación que se señalan en el número tercero.

Segundo.—Tener satisfechas, en lo posible, las responsabilidades civiles provenientes de la infracción.

Tercero.—Haber transcurrido el plazo de seis meses para las penas leves; dos años para las de arresto mayor, condenas por delitos de imprudencia y penas no privativas de libertad; tres años para las de presidio y prisión; cinco años para las de reclusión y diez años en todos los casos de reincidencia o de rehabilitación revocada.

(*) El *Proyecto de ley* data del 24 de octubre de 1972, el *Dictamen* acerca del mismo, del 25 de enero de 1973, siendo aprobado definitivamente en la Sesión Plenaria de las Cortes celebrada el 14 de marzo de 1973 [Cfr. B. O. de las Cortes Españolas, núms. 1233, 1251 y *Diario de las Sesiones del Pleno*, X Legislatura, núm. 8]. De todos estos extremos hemos dado cuenta en el fascículo II del Tomo XXV (1972), pp. 468 ss. del *Anuario*, donde aparecen literalmente transcritos el Proyecto y Dictamen.

Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la condena, si ésta se cumplió efectivamente o en que hubiera quedado extinguida, si el condenado obtuvo los beneficios de remisión condicional. En este último caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de duración de la pena impuesta el día siguiente al del otorgamiento de dicha remisión.

Sin necesidad de declaración especial, quedará sin efecto la cancelación otorgada y recobrará plena eficacia la inscripción cancelada si el rehabilitado cometiera, con posterioridad, nuevo delito.»

Artículo segundo.—Se modifica la circunstancia segunda del apartado tercero del artículo ciento noventa y nueve del Código de Justicia Militar, que quedará redactada en los términos siguientes:

«Segunda.—La de ser el delincuente reo de traición, delito contra el Jefe del Estado y su sucesor, espionaje, contra el derecho de gentes, terrorismo, Jefe o cualquiera de los principales culpables de la rebelión o sedición militar o reo habitual de otro delito.»

Artículo tercero.—La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación.

Dada en el Palacio de El Pardo a diecisiete de marzo de mil novecientos setenta y tres.

FRANCISCO FRANCO

El Presidente de las Cortes Españolas
ALEJANDRO RODRIGUEZ DE VALCARCEL
Y NEBREA

FALSIFICACION DE MONEDAS DE ORO Y PLATA

En el *B. O. de las Cortes Españolas*, núm. 1249, de 15 de enero de 1973, aparece el ruego de un Procurador en Cortes solicitando al Gobierno:

— Una Ley declarando punible la falsificación de monedas antiguas, sean de oro o plata.

— Que se publiquen los nombres de aquellos que falsifiquen estas monedas, así como a los revendedores que las lanzan al mercado.

— Que se publiquen listas negras de los fabricantes o revendedores de moneda falsa que descubra la Policía.

— Y que, cualquier clase de exposiciones públicas de monedas, no se permita exponer monedas falsas o reproducidas, incautándose el Gobierno de aquellas que no sean auténticas.

En su exposición al Ministerio de Hacienda, el Procurador expresa que «no cabe duda de la importancia que la numismática ha tomado en nuestro país, y prueba de ello es la celebración del I Congreso Nacional de Numismática celebrado en este mes en Zaragoza, con gran éxito.

Ello, forzosamente, hace que el Gobierno deba sentirse solidario en sus problemas y en especial aquellos que, derivados de una fabricación de monedas, atentan contra algo que es nuestra propia historia, a través de toda clase de monedas, donde queda plasmado todo nuestro pasado lleno de historia.

La codicia lleva consigo hacer cosas que están fuera de ley, de ahí que en tiempo de la invasión árabe y en los años 1314 a 1390, tiempos en los que los grandes señores y Monasterios fabricaban monedas en igualdad a la Corona, «Corrados», «Novenes», «Cinquenes» o «Blancas de vellón», se castigaba severamente a quien falsificaba las monedas.

Tenemos que recordar que en el Fuero Juzgo (siglo VII) se aplicaba a los falsificadores tormentos e incluso hasta se les cortaba la mano derecha.

Nuestros Reyes Católicos mantuvieron la pena de muerte a los falsificadores, y así lo recordaron al labrar la nueva moneda en la Ordenanza de Medina del Campo de 17 de junio de 1497.

Cuando nuestro Imperio era tan extenso, las Leyes de España e Indias prevenían el peligro del contrabando de moneda falsa procedente de otros países, y Felipe IV dispuso que la muerte fuese impuesta a los falsificadores y lo fuese por fuego. Incluso se condenaba a galeras a quienes, teniendo conocimiento de falsificaciones, no las denunciaban.

Si hacemos historia, recordaremos que en el año 1648 se falsificó moneda de Potosí, y precisamente esto se realizó en la misma Casa de la Moneda; pero la Audiencia de Chacas condenó a muerte a dos de ellos: Rocha y Arellano.

España hoy incrementa constantemente la afición a la numismática, son muchos los españoles a quienes les es un placer coleccionar monedas, pero se ven desengañados al ver cómo los falsificadores campan por doquier sin que se tomen severas medidas contra estos falsificadores.

Las «Onzas de Oro», los «Centenes» y tantas monedas de oro y plata que, aparte su belleza, son, por su antigüedad, verdaderas joyas, de un valor inmenso, y que forman parte de nuestra riqueza patria, pierden su valor al ser reproducidas, multiplicadas incluso, y, por tanto, desmerecidas, así, se confunden y hacen perder su condición de reliquias únicas en que podrían clasificarse.

El Gobierno (*) contesta, señalando que «la cuestión planteada ha sido objeto de estudio por la Comisión General de Codificación, estimando que no sería procedente modificar el Código penal en el sentido que se propone por los siguientes motivos:

1. La fabricación de monedas de valor numismático e histórico no constituye un ataque a un bien jurídico esencial para la convivencia humana, salvo en los casos en que dicha falsificación sea medio para perpetrar una defraudación, supuesto este que ya está comprendido en el Código penal.

2. *La falsificación aludida no guarda semejanza con las falsedades de moneda previstas en el Código penal actualmente*, toda vez que tales monedas no tienen curso legal y por consiguiente no son signo de autenticidad como los restantes objetos que aparecen protegidos en el Título II, Libro II del Código penal.

3. En consecuencia, sólo cuando la creación de una moneda de valor numismático sea medio defraudatorio debe ser protegida penalmente, y este caso ya está previsto en el Código penal.

(*) Cfr. B. O. de las Cortes Españolas, núm. 1267, de 2 de abril de 1973, 30830 y s.

El contenido del ruego formulado se envía a la Comisión General de Codificación, que tiene en estudio el Libro II de un nuevo Código penal que en su momento se someterá a las Cortes Españolas, conforme dispone el artículo 10 de su Ley Constitutiva para su aprobación con arreglo a las Bases que se señalen».

CUESTIONES RELATIVAS A LA LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL DE 4 DE AGOSTO DE 1970 (*)

El Procurador en Cortes en Representación Familiar por la provincia de Zamora, don Venancio Hernández Claumarchirant, pide al Gobierno la modificación del artículo 71 del Reglamento de 13 de mayo de 1971 para aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, en el sentido de que se establezcan varias Salas especiales en las Audiencias que se designen, delimitando la respectiva competencia territorial de las mismas.

La redacción actual del art. 71 del referido Reglamento contradice lo dispuesto en el art. 9 de la Ley de Peligrosidad, al fijar aquél en su número 1.º una *sol.*: Sala especial en la Audiencia Territorial de Madrid con competencia para todo el territorio nacional a fin de conocer los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por los Jueces de Peligrosidad Social, si bien el número 3.º reserva al Gobierno la facultad de establecer otras Salas especiales en las Audiencias en que resulte conveniente.

Sin embargo, esta disposición reglamentaria está en franca contradicción con el art. 9 de la Ley de Peligrosidad, el cual establece que, para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los Jueces que tienen encomendada la aplicación de dicha Ley, existirán *Salas especiales* —no una sola en todo el territorio nacional— en las Audiencias, integradas por tres Magistrados. cuya sede y competencia territorial se establecerá por el Gobierno. Por consiguiente, si el Reglamento —que no puede modificar y restringir lo dispuesto en la Ley para cuya aplicación se dicta— dispone la creación de una sola Sala y no varias, restringe indebidamente el contenido de la Ley.

Por el contrario, el Ministerio de Justicia parece ser de la opinión contraria, pues en la contestación emitida por el Gobierno [Cfr. *B. O. de las Cortes Españolas*, núm. 1196, de 7 de abril de 1972, pp. 29143 y s.] objeta que «el artículo 9.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social dispone que existirán *Salas Especiales en las Audiencias* que al efecto se designen... cuya sede y competencia territorial se establecerá por el Gobierno. Pero, lógicamente, *no fija el número* de las que se hayan de crear, ya que en su determinación influyen las necesidades reales, que sólo la Administración está en mejores condiciones de conocer. *De ahí que relegue a disposiciones emanadas de ésta*, más fácilmente mudables, por tanto, su concreción, como se desprende del inciso «*que al efecto se señalen*».

Por otra parte, el mandato legal exige la creación simultánea de las Salas a que se refiere. Nada impide, por tanto, que su establecimiento se verifique en forma sucesiva a medida que aquellas necesidades aconsejen el constituir las.

(*) Cfr. *B. O. de las Cortes Españolas*, núms. 1189, de 26 de febrero y 1196, de 7 de abril de 1972, pp. 29143 y s.

El artículo 71 del Reglamento de la citada Ley, al aplicar su artículo 9.º, ha creado, ciertamente, tan sólo una Sala Especial en la Audiencia Territorial de Madrid, con competencia para todo el territorio nacional. Pero dicho precepto no contradice la norma superior de la que se deriva, pues lo que se ha pretendido con él es comenzar el cumplimiento del mandato, no consumirlo. Por ello, de momento, ha parecido suficiente el establecimiento de una sola Sala para despachar los recursos procedentes de todo el ámbito nacional, sin perjuicio de que, sucesivamente, y a medida que se vayan conociendo por medio de la información estadística, las circunstancias varias (número de justiciables en apelación, por ejemplo) que puedan influir en el número de Salas a crear, puedan concretarse las Audiencias Territoriales que precisen Salas de dicha naturaleza y la competencia territorial de las mismas.»

Informe sobre el anteproyecto de bases del Libro I del Código penal

JOSE CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Zaragoza

Quisiera manifestar en primer lugar mi agradecimiento por el envío de la Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal. La difusión que se ha dado a este trabajo implica la apertura de un período de información pública y dada la invitación que se formula en la página 2 de la Exposición, me atrevo a dirigir al Gabinete de Estudios de la Comisión General de Codificación algunas observaciones o sugerencias sobre el Anteproyecto. Me limitaré, con este objeto, a formular mi opinión, fruto de numerosas lecturas y reflexiones, que avalaré sólo con las citas indispensables, absteniéndome de polemizar con otras doctrinas o propuestas de política criminal por no parecerme el momento y lugar oportuno.

En relación con la pregunta que se formula acerca de la oportunidad de llevar a cabo en este momento la ansiada y necesaria reforma de nuestro Código penal mi respuesta es negativa. Creo que este momento no es adecuado. Es cierto que desde 1945 a 1972 las transformaciones experimentadas por nuestra sociedad han sido muy grandes, pero pueden ser aún mayores las que se produzcan en los próximos años. Nos hallamos en un momento de transición y el cumplimiento de las previsiones sucesorias podría hacer de nuevo necesaria la reforma del Código penal.

Iniciaré mi estudio con unas consideraciones sobre la sistemática del Anteproyecto, para analizar después diversas cuestiones, siguiendo el orden de las Bases.

A) *Sistemática.*

Uno de los defectos capitales del Anteproyecto es su sistemática, totalmente anticuada.

Se incluye, acertadamente, un Título I dedicado a la Ley penal, pero luego se distribuye la materia restante en tres Títulos: El delito, El delincuente y La responsabilidad.

Este esquema era el dominante en la doctrina a principios de siglo como consecuencia de la polémica de las escuelas. Los positivistas y los representantes de las direcciones intermedias, dividían las materias de la Parte General en dos grandes apartados: el delito y el delincuente. En este esquema se basaba el Código penal ita-

liano de 1930. Existían discrepancias en cuanto a la distribución de determinadas materias (1). En el Anteproyecto todos los problemas de la teoría del delito que no tienen fácil encaje en los Títulos del delito y del delincuente se incluyen en el Título IV, de la responsabilidad, junto a las consecuencias del delito (penas, medidas de seguridad, responsabilidad civil), que viene a ser una especie de cajón de sastre. En el Título IV se comprenden materias tan heterogéneas como la codelincuencia, las causas de justificación, las causas de inculpabilidad, las circunstancias atenuantes y agravantes, todos los problemas relativos a las penas y medidas de seguridad, la responsabilidad civil y la extinción de la responsabilidad criminal.

La distinción de un título destinado al delito y otro al delincuente, donde se incluye la imputabilidad, la culpabilidad y la peligrosidad me parece desacertada, pues la culpabilidad es una nota o elemento del concepto del delito y la imputabilidad no es sino la capacidad de culpabilidad. Al regularse en el Anteproyecto únicamente la peligrosidad manifestada a través de la comisión de un hecho delictivo no hay tampoco inconveniente en tratar de ella en el título del delito.

Creo que sería más correcta una clasificación sistemática que distinguiera tres títulos solamente: La ley penal, El delito y Las consecuencias del delito. En el título del delito deberían incluirse las materias que se agrupan actualmente en los Títulos II y III, más la regulación de la codelincuencia, las causas de justificación, las causas de inculpabilidad y las circunstancias atenuantes o agravantes (es decir, la materia comprendida en los capítulos I, II y III del Título IV). La autoría y la participación son concebidas en la doctrina moderna como cuestiones pertenecientes a un elemento del sistema del delito (generalmente como parte de la teoría de lo injusto; la participación es participación en lo injusto y no en la culpabilidad, pues suele admitirse el principio de la accesoriidad limitada) y no como una mera forma de aparición o manifestación del delito, como sucedía en la doctrina tradicional (2). Al ser la antijuricidad y la culpabilidad elementos del concepto del delito, las causas de justificación y las causas de inculpabilidad deberían estar incluidas también en el título del delito. Lo mismo hay que decir de las circunstancias atenuantes y agravantes, pues atenúan o agravan la pena porque implican una menor o mayor gravedad de lo injusto o la culpabilidad.

En el título de las consecuencias del delito debería incluirse únicamente todo lo referente a las penas, medidas de seguridad y responsabilidad civil, así como a la extinción de la responsabilidad criminal.

B) *Ley penal.*

Me parece un acierto, como decía anteriormente, la inclusión de un título destinado a los problemas de la ley penal (concepto de ley penal, eficacia de la ley penal en el tiempo, en el espacio, extradición, etc.). Es igualmente satisfactorio que se establezcan los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de la igualdad de todos los españoles ante la ley penal.

Una consecuencia del principio de legalidad de los delitos y de las penas es la prohibición de la analogía in malam partem. En el Anteproyecto no se distingue, sin embargo, entre la analogía y la interpretación extensiva. Parece

(1) Véase, ANTON ONECA, *Derecho penal, Parte General*, 1949, pág. 134.

(2) Véase, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed. 1967, págs. 327-8

que quiere prohibirse incluso ésta, lo cual me parece realmente excesivo. En la Exposición del Anteproyecto se dice: «en su función normativa, en cuanto la formulación del principio impide al legislador el empleo de fórmulas análogas en la configuración de los tipos penales; en su función aplicadora del Derecho, en cuanto veda a los tribunales de Justicia la interpretación y aplicación extensiva de los tipos penales» (3). La mera interpretación extensiva, que implica la aplicación de una norma a casos no comprendidos en su letra o tenor literal, pero sí en su espíritu o voluntad, no es contraria al principio de legalidad. Parece que los autores del Anteproyecto se han inspirado aquí en el Código penal de 1928 que prohibía, incluso, la interpretación extensiva.

No se preocupa, en cambio, el Anteproyecto del problema de las leyes penales indeterminadas, cuyos preceptos no están redactados con la debida precisión. No es frecuente su aparición en nuestra legislación aunque puede señalarse algún ejemplo. En la Ley de Extradición de 26 de diciembre de 1958 se declara exentos de la misma (art. 6.º, 1.º) a los autores de delitos políticos, salvo que el hecho constituya delito común o revele *una singular perversidad en el delincuente* (4). Las leyes penales indeterminadas constituyen actualmente el mayor peligro para el principio de legalidad de los delitos y las penas.

Se establece, acertadamente, en el Anteproyecto el principio de la irretroactividad de las leyes penales y el de la retroactividad de la ley penal favorable. Se introduce, sin embargo, una excepción, al principio de la retroactividad de la ley penal favorable. No se aplicará con carácter retroactivo cuando se trate de «sujetos peligrosos por habitualidad o profesionalidad, a no ser que la nueva ley elimine la entidad delictiva de los actos o la peligrosidad de los estados» (5). No me parece justo este criterio en relación con las penas. De introducirse una desviación de la regulación general para las medidas de seguridad o algunas de ellas —lo cual no me parece oportuno— no debería establecerse el principio de la irretroactividad de la ley favorable, sino el de la retroactividad de las leyes favorables y desfavorables, pues la ley posterior es la que está conforme con las exigencias actuales de la política criminal (6).

Sería conveniente una regulación expresa del problema de las leyes penales temporales y las leyes penales intermedias. Respecto a las primeras debería instaurarse el principio de la irretroactividad de la ley más favorable cuando haya cesado la situación excepcional. En relación con las leyes penales intermedias podría establecerse, en cambio, con carácter general, la aplicación con carácter retroactivo de la ley penal más favorable.

Al tratar de la extradición (7) se excluye de ella a los autores de delitos políticos, pero no se hace la salvedad —obligada de acuerdo con un concepto mixto restrictivo del delito político— de que no se trate al mismo tiempo de

(3) Véase, pág. 10. El subrayado ha sido añadido.

(4) El subrayado ha sido añadido.

(5) Exposición, pág. 13, 4, C.

(6) Véase a este respecto, ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte General*, 1949, págs. 110-1.

(7) Bases, pág. 3.

un delito común (8). Se omite, en cambio, acertadamente la referencia a la singular perversidad del delincuente.

C) *El delito.*

En este Título II hay que destacar el acierto de la modificación de la definición del delito («la acción u omisión maliciosa o culposa penada por la ley») de modo que incluya, sin duda, los delitos dolosos y culposos. Se ahorran así las discusiones estériles en torno al sentido de la palabra voluntarias, en la anterior definición y se descarta la tesis del crimen culpae en la interpretación del art. 565, núm. 3.º del art. 586 y art. 600. No hay un, o varios, crimen culpae, en nuestro Código, sino crimina culposa. Es un acierto, asimismo, que los delitos culposos se regulen por medio de tipos concretos, específicos, situados junto a los correspondientes delitos dolosos (9), como sucedía ya en nuestro Código penal de 1822. Sería conveniente también, aunque esto es materia de la regulación de la Parte Especial que se castigaran únicamente los delitos culposos más graves (homicidio, lesiones, incendio, por ejemplo), es decir, que se siguiera el principio consagrado en todos los modernos Códigos penales de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos. El castigo con pena, la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico, de todos los delitos culposos, no es justa, dada la escasa gravedad de muchas de las conductas, ni es oportuno. desde el punto de vista político-criminal, pues da lugar a una inflación penal.

Sería conveniente introducir un precepto de carácter general referente a los delitos de comisión por omisión, similar al art. 13 de la nueva Parte General del Código penal alemán. Un precepto en el que se establezca, que el que no impida la producción de un resultado descrito en una figura de delito, incurrirá únicamente en la pena establecida para dicho delito, si tenía el deber jurídico de evitar el resultado y la omisión es equivalente a la acción desde el punto de vista del contenido de lo injusto.

Sumamente desacertada es la regulación del error. Se parte de la distinción, ya superada, entre error de hecho y de Derecho (10). Al error de hecho se le atribuye eficacia excluyente del dolo. Si es vencible dará lugar a una responsabilidad culposa. En relación con el error de Derecho se establece el principio del error iuris nocet, la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Se hace una única salvedad para el error de Derecho no penal cuando afecte a un elemento del tipo (11) (aflora aquí de repente la distinción moderna entre error sobre un elemento del tipo y error de prohibición) que eximirá de la pena. Si el error sobre el elemento normativo del tipo es vencible no debe eximir de pena sino dar lugar

(8) Es delito político, conforme a la teoría mixta de carácter restrictivo, aquél que atente contra la organización político-constitucional del Estado y ha sido realizado con un móvil político. Quedan excluidos, pues, los delitos contra la organización político-constitucional del Estado con un móvil no político y los delitos comunes realizados con un móvil político. Este es el criterio, en esencia, de Lombroso, Laschi, Florian y Antón Oneca. Véase, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 3.ª ed., págs. 196 y ss. y ANTÓN ONECA, ob. cit., páginas 126-7.

(9) Base Tercera, 6.

(10) Véase, por ejemplo, CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 34 y ss.

(11) Base Segunda, 4, pág. 6.

a una responsabilidad culposa. Se consagra aquí el criterio seguido por la jurisprudencia (12), aunque ésta en alguna ocasión se había desviado de él considerando que la conciencia de la antijuricidad es un elemento del dolo (13). De acuerdo con esta tesis, la llamada teoría del dolo —dominante en la doctrina española (14)—, el error sobre la antijuricidad de la conducta excluye el dolo; si es vencible da lugar a una responsabilidad por culpa (culpa jurídica o de la prohibición) y si es invencible quedarán excluidas la culpabilidad y la pena. El art. 2.º del Código civil, invocado por el Anteproyecto (15), no es obstáculo, según la mayor parte de los penalistas españoles (16), para conceder relevancia al error de Derecho o al error de prohibición en el Derecho penal. Dicho precepto, como señala Antón Oneca, establece la obligatoriedad de las leyes con carácter general y es compatible con los efectos jurídicos del error en algunos casos, como se admite en el mismo Derecho civil. En el Derecho penal se admite por la jurisprudencia y el Anteproyecto la relevancia del error de Derecho no penal. La relevancia del error de Derecho penal viene exigida por el principio de culpabilidad que establece el propio Anteproyecto (17). Al ser la culpabilidad un elemento del delito el error de Derecho no puede ser irrelevante.

Quizá los autores del Anteproyecto no se hayan decidido a considerar la conciencia de la antijuricidad de la conducta como un elemento del dolo por temor a que un error por burdo, craso o fácilmente vencible que sea excluyera el dolo y

(12) El Tribunal Supremo ha seguido, por ejemplo, el principio del error «iuris nocet» en las sentencias de 16 de marzo de 1871, 19 de octubre de 1872, 22 de enero de 1875, 13 de mayo de 1896, 14 de abril de 1900, 7 de octubre de 1916, 23 de enero de 1963, 11 de febrero de 1963, 26 de mayo de 1964, 12 de abril de 1965, 10 de junio de 1967, 26 de septiembre de 1968, y 1.º de febrero de 1969. Ha admitido la eficacia excluyente del dolo del error de Derecho no penal en las sentencias de 7 de diciembre de 1889, 16 de marzo de 1892, 7 de febrero de 1899, 29 de junio de 1936, 7 de marzo de 1944, 6 de diciembre de 1944, 6 de junio de 1945, 28 de febrero de 1946, 5 de marzo de 1946, 24 de febrero de 1962, 26 de mayo de 1964, 12 de abril de 1965 y 1 de febrero de 1969.

(13) Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1962.

(14) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte General*, 1949, págs. 206-7; JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, 2.ª ed. 1963, págs. 448 y ss. y tomo VI, págs. 357 y ss., 438 y ss. y 460 y ss.; DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, vol. II, 1972, págs. 101-2 y 205 y ss.; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, 1946, págs. 23 y ss.; CUELLO CALON-CAMARGO, *Derecho Penal*, tomo I, Parte General; volumen primero, 16 ed. 1971, págs. 419 y ss.; y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed. 1971, págs. 375 y ss., 384 y 515 y ss.

(15) Exposición, pág. 17 c.

(16) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, pág. 216; JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, VI, páginas 442-3 I; ...CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, págs. 101 y ss.; y mis artículos, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 166, julio-agosto 1964, págs. 462 y ss. y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*, «Nuevo Pensamiento Penal», núm. 2.º, mayo-agosto, 1972, págs. 243 y ss. (publicado también en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1972, fasc. 4, págs. 1063 y ss.).

(17) Base Tercera, 2.

diera lugar a una responsabilidad por culpa. Si el delito no era susceptible de comisión culposa o ésta era impune —lo cual sucederá en mayor medida en el futuro Código penal— dicho error daría lugar a la impunidad. Estos temores serían justificados, pero han sido ya tenidos en cuenta en la moderna doctrina alemana donde se ha abandonado la teoría del dolo y se ha impuesto la llamada teoría de la culpabilidad (recogida en el art. 17 de la Nueva Parte General del Código penal alemán, aprobada por la Ley de 4 de julio de 1969; véase también el art. 20 del Código penal suizo). Con arreglo a esta teoría el error de prohibición no excluye el dolo (porque la conciencia de la antijuricidad no es un elemento del dolo, es un elemento, independiente del dolo, de la culpabilidad). Si el error es vencible se mantiene la responsabilidad dolosa, pero se atenúa la pena. Si el error es invencible quedan excluidas la culpabilidad y la pena. De este modo se llega a resultados más justos y oportunos desde el punto de vista político criminal (18).

No me parece conveniente regular de un modo expreso el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación (19). El error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación es, según unos (teoría de la culpabilidad pura, Welzel, Maurach, Armin Kaufmann, etc.) un error de prohibición y según otros (teoría de la culpabilidad restringida, Engisch, Arthur Kaufmann, von Weber, Roxin, etc.) un error sobre los elementos, negativos, del tipo (20). En la nueva Parte General del Código penal alemán no se ha querido prejuzgar la cuestión. Se regula el error sobre un elemento del tipo (art. 16) y el error de prohibición (art. 17) y no se declara si el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación es un error sobre un elemento del tipo o un error de prohibición. Se confía a la doctrina y a la jurisprudencia el esclarecimiento de la cuestión. No se ha acogido siquiera el precepto del Proyecto de 1962 (art. 20), que preveía que en los supuestos de error culpable sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación no se aplicaría la *pena* del delito doloso sino la del delito culposo (21).

(18) Véase, por ejemplo, WELZEL, «El nuevo sistema del Derecho Penal», Barcelona, Ariel, 1964, págs. 103 y ss. y «Das deutsche Strafrecht, 11.^a ed., 1969, págs. 157 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, «Allgemeiner Teil», 2.^a ed. 1972, págs. 336 y ss.; y mis artículos, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, *lug. cit.*, pág. 449 y ss. y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*, «Nuevo Pensamiento Penal», núm. 2.^o, mayo agosto 1972, págs. 243 y ss. (Ztr. W. 1972, fasc. 4.^o, páginas 1063 y ss.).

(19) Base Segunda 4, pág. 5.

(20) Véase, por ejemplo, WELZEL, «El nuevo sistema del Derecho Penal», págs. 112 y ss. y 117 y ss., y «Das deutsch Strafrecht», 11.^a ed. 1969, págs. 168 y ss.; y MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, «Allgemeiner Teil», 4.^a ed. 1971, páginas 454 y ss. Existen también algunos autores que sustentan la teoría de la culpabilidad restringida sin aceptar la teoría de los elementos negativos del tipo. Para ellos, el error vencible sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación no excluye el dolo, pero debe aplicarse en estos casos la pena del delito culposo; véase, en este sentido, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, «Allgemeiner Teil», 2.^a ed., págs. 348 y ss.; y *Stratenwerth, Strafrecht*, «Allgemeiner Teil», Die Straftat, 1971, págs. 66 y ss. y 146 y ss.

(21) Con la excepción del error sobre el estado de necesidad como causa de justificación (art. 39, párrafo 2.^o), en que se adoptaba la teoría de la culpabilidad pura.

No es preciso regular tampoco el error invencible sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de inculpabilidad. Si el sujeto cree erróneamente que concurre una causa de inculpabilidad y este error era invencible, es indudable que su conducta no será culpable. Sería conveniente, en cambio, establecer una regulación para los supuestos de error vencible, en el sentido de que éste error determine una disminución de la culpabilidad y la pena. Esta solución es la prevista en el párrafo 2.º del art. 35 de la nueva Parte General del Código penal alemán (22).

Sumamente lamentable es que se establezca de nuevo en el futuro Código el principio del *versari in re illicita*. En los últimos años se han publicado en España numerosos trabajos en los que se sugieren diversos criterios de interpretación del párrafo 3.º del art. 1.º, art. 50, atenuante 4.ª del art. 9.º y núm. 8 del art. 8.º tendentes a restringir al máximo el ámbito de la responsabilidad objetiva (23). El sentir general, de lege ferenda, era el de erradicar del Código este viejo principio del Derecho canónico medieval. En el Anteproyecto aparece de nuevo, sin embargo, este principio del *versari*, pues si bien ya no se define el caso fortuito (y no se exige, por tanto, el arranque lícito), ni aparece un precepto similar al del párrafo 3.º del art. 1.º, en la Base Segunda, 5 se dice: «Para dar adecuada solución a los casos de discordancia entre lo querido por el agente y lo efectivamente realizado, se dispondrá que, en tales casos el Tribunal, podrá imponer la pena que corresponda al delito más grave o bien rebajarla, en uno o dos grados, según las particularidades que concurran en el hecho y el culpable». En un caso típico, pues, de lesiones dolosas con resultado de muerte, se condenaría por homicidio doloso, aunque luego para paliar tamaña injusticia, pudiera el tribunal aplicar la pena inferior en uno o dos grados. Se establece, pues, el principio del *versari in re illicita* y luego se tratan de paliar sus consecuencias mediante un amplio arbitrio judicial. La solución es errónea, es contraria al principio

(22) Sobre las diversas soluciones propugnadas en la doctrina alemana, véase, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, «Allgemeiner Teil», 2.ª ed., 1972, págs. 382 y ss.

(23) Véase, por ejemplo, P. PEREDA, El «*versari in re illicita*» en la doctrina y en el Código Penal. Solución suareciana, Madrid, Reus, 1948, págs. 173 y ss.; Vestigios actuales de responsabilidad objetiva, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1956, fasc. 2.º, págs. 223-4; RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de MEZGER, II, 1949, págs. 27 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa*, Barcelona, Bosch, 1958, pág. 309; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1963, fasc. 2.º, págs. 294 y ss., *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código penal*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1963, fasc. 3.º, págs. 625-6, *La presunción de voluntariedad*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales» 1965, fasc. 1.º, página 79 y *La atenuante de preterintencionalidad*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1970, fasc. 3.º, págs. 555 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH, II, págs., 85-6; COBO DEL ROSAL, *Praeter intentionem y principio de culpabilidad*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1965, fasc. 1.º, págs. 85 y ss.; y mis artículos, *El «versari in re illicita» en el Código penal español*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1962, fasc. 1.º, págs. 47 y ss., y *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código penal español*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1970, fasc. 2.º, págs. 287 y ss.

de culpabilidad que establece el Anteproyecto (24) y el precepto es, además, innecesario, pues si el resultado de muerte es culposo se debería apreciar un concurso de delitos (lesiones corporales dolosas y homicidio por imprudencia) y si el resultado de muerte era fortuito se debería condenar únicamente por lesiones corporales dolosas.

En la regulación del iter criminis me parece un acierto que la proposición, provocación y conspiración para delinquir no se castiguen de un modo general, sino sólo en ciertos delitos, cuando la ley lo prevea expresamente (25). En otro caso pueden dar lugar únicamente a la aplicación de una medida de seguridad, cuando revelen la peligrosidad del delincuente. Esta posibilidad de aplicar una medida de seguridad a los que realicen actos preparatorios, cuando revelen su peligrosidad, me parece una innovación acertada, correcta, desde el punto de vista doctrinal, pero en la práctica dada, la confusión reinante sobre el concepto de peligrosidad y los conceptos de pena y medida de seguridad (que se aprecia en la misma Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970, donde se habla de peligrosidad social (26), en vez de peligrosidad criminal y algunas de las supuestas medidas —como la multa de 1.000 a 50.000 pesetas (27)— son en realidad penas) puede conducir a una amplia punición de los actos preparatorios. Se tratará, además, en todo caso, de un estado peligroso predelictual, pues la peligrosidad del delincuente no se habrá manifestado a través de la realización de una acción típica y antijurídica y en el Anteproyecto se han querido incluir únicamente las medidas de seguridad para los estados peligrosos postdelictuales (28)

La regulación de la tentativa imposible me parece insatisfactoria. La vieja distinción entre tentativa absolutamente inidónea (por inidoneidad absoluta de los medios o inexistencia del objeto) y relativamente inidónea (por insuficiencia o inidoneidad relativa del medio o mera falta de presencia ocasional del objeto) es insostenible. Se parte de una contemplación *ex post* y se afirma la existencia del peligro del bien jurídico en los supuestos de inidoneidad relativa y se niega, en cambio, en los casos de imposibilidad absoluta. Este juicio se realiza haciendo abstracción de algunas de las circunstancias presentes en el caso concreto. Esta abstracción resulta imprescindible si se parte de una contemplación *ex post*, pues a posteriori, en todo caso de tentativa, la acción realizada ha puesto de manifiesto la inexistencia del peligro. La imposibilidad de ejecución es relativa, de acuerdo con este criterio, cuando la acción, que ha resultado inidónea en el caso concreto, hubiera sido idónea de no haber concurrido alguna de las circunstancias que impidieron la producción del resultado. El medio es relativamente inidóneo, cuando lo ha sido ciertamente en el caso concreto, pero hubiera sido idóneo si las circunstancias del hecho hubieran sido distintas. ¿De qué circunstancias del hecho se ha de hacer abstracción, sin embargo? ¿Cuál ha de ser la medida de la abstracción? Es imposible hallar un criterio que permita contestar a esta

(24) Base Tercera 2.

(25) Como sucedía en los Códigos penales de 1848, 1870 y 1932. Véase, ANTON ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 404 y ss.

(26) Artículo segundo B).

(27) Artículo quinto, Decimoquinta.

(28) Véase, Exposición, pág. 42 (apartado f) y Bases, pág. 26 (Base Séptima, núm. 10).

pregunta (29). El juicio de peligro carecerá, por ello, en este caso de validez general. La validez general del juicio de peligro no puede derivarse sino de la base de conocimiento sobre la que se realiza (saber ontológico y ~~norma~~ ^{norma} lógico de la época, más las circunstancias del caso concreto conocidas por el autor) y de su relación con una situación objetivamente dada (las circunstancias presentes en el caso concreto) (30). La distinción entre la tentativa idónea e inidónea debe realizarse, por ello, con arreglo al criterio del peligro concreto (31). Pero es que, además, me parece un desacierto que se establezca la impunidad de la tentativa (absolutamente) inidónea o imposible. Concorre en ella el desvalor de la acción, aunque falte el desvalor del resultado. La punición de la tentativa (absoluta y relativamente) imposible estaba ya prevista en el Proyecto Silvela de 1884, el Código penal de 1928 (art. 41), la Ley de 24 de enero de 1941 (art. 5.º) y en el Código penal vigente (párrafo 2.º del art. 52, en relación con el art. 3.º) (32); no se castiga en el Código penal italiano de 1930 (arts. 56 y 49), pero sí en el Código penal suizo (art. 23) y en el Código penal alemán (antiguo art. 43 y art. 22 de la nueva Parte General). Creo que la tentativa (absoluta y relativamente) inidónea debería ser punible en nuestro futuro Código, manteniendo, como hace el Anteproyecto, la atenuación obligatoria de la pena de la tentativa en relación con la del delito consumado; pues en la tentativa, si bien se da el desvalor de la acción falta el desvalor del resultado (33) y lo injusto de los delitos dolosos queda sólo constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado (34). Podría establecerse únicamente un precepto previendo la posibilidad de dejar de aplicar la pena en los supuestos de tentativa supersticiosa o irreal, en que el sujeto por pura necesidad o falta de inteligencia no pudo darse cuenta de que su acción, por el medio utilizado o el objeto en que recaía, jamás podía conducir a la producción del resultado. En el Código penal suizo (art. 23, párrafo 2.º) y en el nuevo Código penal alemán (art. 22, párrafo 3.º) se han introducido preceptos en este sentido (35)

Desde un punto de vista terminológico constituye una inexactitud decir que la

(29) Véase, en este sentido, v. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Bonn, 1948, pág. 80.

(30) Sólo una parte de las circunstancias presentes en el caso concreto es cognoscible ex ante. Si fueran todas ellas cognoscibles ex ante no habría lugar para el juicio de peligro.

(31) Véase, por ejemplo, la fina elaboración del concepto del peligro concreto por v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21 y 22 ed., Berlín-Leipzig 1919, págs. 190 y ss.; ROCCO, *L'oggetto del reato*, Roma, 1932, págs. 299-300; y VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milán, 1952, págs. 83-91.

(32) Véase, a este respecto, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible y tentativa de delito*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1971, fasc. 2.º, págs. 382 y ss.

(33) Véase, STRATENWERTH, *Die fakultative Strafmilderung beim Versuch*, separata de «Festgabe zum Schweizerischen Juristentag», Basel 1963, págs. 247 y ss.

(34) Véase, la nota 10, de mi traducción de, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, de WELZEL, pág. 44 y mi artículo, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*, lug. cit., pág. 241 (Z. Str. W. 1972, fasc. 4.º, págs. 1061 y ss.); y STRATENWERTH, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, Schw. Z. f., Strafrecht, tomo 69. 1963, págs. 50 y ss. y *Die fakultative Strafmilderung beim Versuch*, lug. cit., pág. 257.

(35) Véase, sobre la teoría de la impresión, en que se fundan estos preceptos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible y tentativa de delito*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1971, fasc. 2.º, págs. 378-9.

tentativa imposible se sanciona con medidas de seguridad. La medida de seguridad no es una sanción. Es una consecuencia del delito, si se aplica a los estados peligrosos postdelictuales, pero no es una sanción.

Me parece un acierto que se incluya en el Código una definición del delito continuado, figura elaborada por la doctrina y la jurisprudencia y que se elimine el requisito exigido por esta última, de la imposibilidad de individualización de las diversas acciones (36). Me parece también un acierto que se aprecie el delito continuado tanto si favorece como si perjudica al reo. En esta vía de una depuración del concepto de delito continuado se debería haber dado un paso más. sin embargo, eliminando el requisito de la unidad de resolución o designio (37). Se debería exigir únicamente que las diversas acciones sean esencialmente homogéneas, por la ocasión, el motivo, la resolución de voluntad e infrinjan una misma norma, es decir, estén comprendidas en un mismo tipo fundamental. De lo contrario, se llega a resultados injustos. Si una mujer yace repetidas veces con un varón que no sea su marido sólo podrá invocar la figura del delito continuado, de adultorio, si se da la unidad de designio, si falta ésta y cae sucesivamente en la tentación, en una misma ocasión favorable, no podrá apreciarse la continuación. Sólo si concurra la premeditación podrá apreciarse generalmente la figura del delito continuado. En los casos en que concurra la unidad de designio el tribunal debería tener facultades para aumentar la pena (38).

La introducción de la figura del delito masa me parece innecesaria y perturbadora. Dogmáticamente es una construcción insostenible. En la estafa, por ejemplo aunque se dé la unidad de designio, la conducta engañosa no es, en rigor, única. Aunque los diversos actos estén unidos por un mismo fin, las figuras delictivas hacen cortes y cada acto o grupo de actos que realice una figura delictiva de estafa constituye una acción (39). La masa no es un ente independiente de los individuos que la componen y que pueda ser inducido a error y llevar a cabo actos de disposición. Hay tantas conductas engañosas, errores y actos de disposición, como personas engañadas. Los sujetos pasivos son tantos como las personas engañadas o perjudicadas (pues el engañado y el perjudicado pueden no coincidir). La figura del delito masa es una solución de emergencia, pero errónea, de un problema planteado por una falsa regulación del delito continuado, que ahora queda superada en el Anteproyecto. Hacía posible la apreciación de un solo delito cuando no se podía aplicar el delito continuado porque las diversas acciones estaban perfectamente individualizadas o con ello se perjudicaría al reo —aunque el Tribunal Supremo ha aplicado en numerosas ocasiones el delito continuado en perjuicio del reo— porque al sumar las cantidades (falsificaciones de recetas o de participaciones de lotería) se rebasaba el límite de la falta y el delito o uno de los peldaños de las escalas de penas de los artículos 505, 515 ó 528. La apreciación

(36) Véase, ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, separata del tomo VI de la «Nueva Enciclopedia Jurídica», Seix, Barcelona, 1954, pág. 7.

(37) Véase, por ejemplo, en este sentido, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed. 1969, pág. 229; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat*, págs. 317-8; y ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, lug. cit., págs. 9 y ss.

(38) Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, lug. cit., página 11.

(39) Sobre el problema de la unidad de acción véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed. 1969, págs. 224 y ss.

del delito continuado tropezaba también con el requisito, exigido generalmente por la jurisprudencia y ahora no recogido, acertadamente, en el Anteproyecto de la unidad del sujeto pasivo (40).

Si no prosperase, en definitiva, la posibilidad de apreciar el delito continuado cuando perjudique al reo —al ser dominante en nuestra doctrina la teoría de la ficción, tan apegada al origen histórico de la institución (41)— no por ello sería necesaria la figura del delito masa. Bastaría con modificar la regulación de la pena de los delitos contra la propiedad. Es anacrónico que se regule en función del valor de lo hurtado, robado o defraudado. Las tablas de los artículos 505, 515 y 528 son una manifestación más de la excesiva importancia concedida por nuestro Código a los resultados causados. Todo hurto, estafa o apropiación indebida debería ser delito, con un determinado marco penal, con la posibilidad de elevar o disminuir la pena en los casos excepcionalmente graves o leves. Si la cuantía fuese insignificante podría atribuirseles el carácter de delitos privados o semiprivados (perseguibles sólo en virtud de querrela o denuncia).

D) *El delincuente*

Uno de los aciertos más destacados del Anteproyecto es la proclamación del principio de culpabilidad. Su formulación no es, sin embargo, acertada. Dice la Base Tercera, 2: «Como principio general se sentará que nadie podrá ser penado por un hecho previsto en la ley como delito, si no es declarado imputable y culpable». No basta con proclamar que no hay pena sin culpabilidad, sino que es preciso que la medida de la pena no rebase la medida de la culpabilidad. Por esta razón es censurable también la redacción del apartado 3 de la Base Cuarta, al establecer que la medida de la pena vendrá determinada por dos índices: «la culpabilidad del agente por un lado y la lesión o peligro de un bien jurídico, causada por su conducta, por otro» (42).

Por otra parte, el Anteproyecto no es fiel al principio de culpabilidad al negar relevancia al error de Derecho Penal y al establecer el principio del *ver sari*.

Debería introducirse un apartado previendo la desaparición de los delitos calificados por el resultado. Para ello bastaría con exigir, como hace el Código penal alemán (el antiguo artículo 56 y el artículo 18 de la Nueva Parte General) que concurra la culpa o imprudencia respecto al resultado que determina la agravación de la pena. Dado el gran número de delitos calificados por el resultado que hay en nuestro ordenamiento penal, la técnica más correcta para ello consiste en introducir un precepto en la Parte General. La desaparición de los delitos calificados por el resultado es una exigencia insoslayable del principio de culpabilidad que proclama el Anteproyecto como uno de sus pilares fundamentales.

En la regulación de la imputabilidad hay que destacar el acierto de disminuir el límite de la mayoría de edad penal a los 15 años. La investigación criminoló-

(40) Véase, a este respecto, SÁINZ CANTERO, *El delito masa*, separata del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid 1971, págs. 651 y ss.

(41) Véase, ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, *lug. cit.*, págs. 4 y ss. y 6 y ss.

(42) Bases, pág. 15.

gica (43) ha puesto de manifiesto la gran importancia de la delincuencia de los jóvenes de 15 años en nuestro país. También es un acierto que cuando los Tribunales Tutelares de Menores declinen excepcionalmente su competencia en los casos previstos en el número 2.º del artículo 8.º (mayores de 16 —hasta 15 —años que por el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, antes de cumplir esa edad o por otras circunstancias estimen que no era conveniente la aplicación de las medidas que puedan imponerles) intervenga la jurisdicción ordinaria para que aplique la medida de seguridad pertinente. Antes, los Tribunales Tutelares tenían que confiar al menor, en estos casos, a la autoridad gubernativa para que adoptase «las medidas de seguridad que la legislación autorice», pero no existía ley alguna que regulara estas medidas de seguridad de carácter administrativo.

En relación con la causa de imputabilidad de la anormalidad mental, permanente o transitoria, hay que destacar el acierto de la sustitución de la fórmula biológica o psiquiátrica del número 1.º del artículo 8.º del Código penal vigente por una fórmula mixta psiquiátrico-psicológica, al exigir que la enajenación mental o el trastorno mental transitorio hayan producido al sujeto una profunda perturbación de la inteligencia o la voluntad (44).

La utilización del término anormalidad mental ofrece, sin duda, la ventaja, destacada por la Exposición, de permitir «la aplicación de la eximente a casos no incluidos en los cuadros nosológicos de la Psiquiatría, como ocurre con las personalidades psicopáticas, en que hay simplemente anormalidad y no propiamente enfermedad» (45). Pero por otra parte, al exigir que la anormalidad mental permanente o transitoria impida al sujeto conocer la ilicitud del acto realizado o regular debidamente su conducta, evita los riesgos para la seguridad jurídica que pudieran derivarse de la imprecisión del término anormalidad mental (desvinculado de «los cuadros nosológicos de la Psiquiatría») (46).

No es satisfactoria, en cambio, la regulación de la embriaguez. La embriaguez plena, siempre que no fuera preordenada al delito, debería dar lugar a la apreciación de la eximente de anormalidad mental permanente o transitoria. Si la embriaguez es plena el sujeto está privado de la capacidad de culpabilidad. Si la embriaguez es semiplena debería dar lugar a la apreciación de la eximente incompleta (47). Lo mismo hay que decir de la intoxicación por drogas. Las exi

(43) Véase, especialmente, SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil en España*. Estudio Criminológico. Madrid, DONCEL, 1970, págs. 33-4, 179 y ss., 182 y 326.

(44) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1949, págs. 296 y 329-330; QUINTANO RIPOLLÉS, *Estimativa jurisprudencial de las anomalías mentales*, en «Los delincuentes mentalmente anormales», páginas 514-5; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed. Madrid 1971, pág. 494; y entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1970.

(45) Véase, Exposición, págs. 23-4.

(46) Véase, a este respecto, STRATENWERTH, *Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafrecht*, Schw. Z. f. Strafrecht, 1966, págs. 364 y ss.

(47) Véase, ALBERCA, en *Comentarios al Código Penal*, de FERRER SAMA, I, Murcia, 1946, pág. 146; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, págs. 286 y ss.; CUELLO CALON-CAMARGO, «Derecho Penal», tomo I (Parte General), volumen II, 16 ed., 1971, págs. 491 y 505 y ss.; PÉREZ VITORIA, *El «trastorno mental transitorio como causa de inimputabilidad en el Código penal español*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1952, págs. 40-1; CÓRDOBA, *Las eximentes*

gencias de la política criminal quedan ya debidamente atendidas con las medidas de seguridad previstas para los alcohólicos y toxicómanos (48). La atenuante de embriaguez debería ser suprimida o mantenerse para los grados más ligeros de intoxicación etílica (49). En este último caso debería suprimirse el requisito de que la embriaguez no sea habitual, para la apreciación de la atenuante. Si la embriaguez es habitual estaremos ante un estado peligroso (alcoholismo) que dará lugar a la aplicación de medidas de seguridad.

Hay que tener en cuenta también que el consumo habitual y prolongado de alcohol o drogas puede conducir a la enajenación. En estos casos si el sujeto comete un delito no podrá invocar la eximente de anormalidad mental permanente o transitoria porque su embriaguez o intoxicación no será fortuita.

Quizá sería conveniente excluir de la eximente de anormalidad mental permanente o transitoria no sólo los supuestos de actio libera in causa dolosa, con dolo directo (en que el sujeto se colocó en un estado de inimputabilidad con el fin de cometer el delito o procurarse una eximente o atenuante) (50), sino también los de dolo eventual —en el que el sujeto contó con la posibilidad de la comisión del delito— y los de actio libera in causa culposa. En estos últimos el sujeto al situarse en un estado de inimputabilidad previó —aunque confió en no llegar a realizarlo— o pudo prever la comisión del delito.

En el tratamiento de los semiimputables es un acierto del Anteproyecto prever la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a aquellos a quienes se aprecia la eximente incompleta de anormalidad mental permanente o transitoria (semienajenados o personas que padezcan trastorno mental transitorio con un fondo patológico). No me parece adecuada sin embargo, como indicaré más adelante, la regulación de las medidas de seguridad y la relación de éstas con la pena atenuada.

Debería establecerse también un precepto permitiendo al Tribunal aplicar al sordomudo de nacimiento y que carezca de instrucción, al que se aprecia una eximente incompleta, una medida de seguridad de internamiento «en un establecimiento de educación de anormales».

No debería hacerse en el Anteproyecto declaración alguna acerca de la naturaleza jurídica del dolo y la culpa. Si bien la mayor parte de los autores españoles considera que se trata de formas de la culpabilidad, otra corriente doctrinal, de inspiración finalista, pero en la que figuran también autores no finalistas, considera que el dolo es un elemento del tipo de lo injusto en los delitos dolosos y en la culpa distingue un elemento (inobservancia del cuidado objetivamente debido) perteneciente al tipo de lo injusto de los delitos culposos y otro elemento (reprochabilidad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido) perteneciente a la culpabilidad. Esta teoría de lo injusto, dominante en la doctrina alemana, cuenta ya con varios representantes en la doctrina española (51)

incompletas, Oviedo 1966, pág. 61; y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1947, 15 de abril de 1948, 18 de noviembre de 1958, 27 de junio de 1960 y 16 de diciembre de 1965.

(48) Base Décima, 7 Segundo.

(49) Véase, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, pág. 312; CUELLO CALON-CAMARGO, ob. cit., pág. 507; y CÓRDOBA, *Las eximentes incompletas*, págs. 57-8.

(50) Véase, Base Tercera, 4, Segundo.

(51) Véase, por ejemplo, CEREZO, *Lo injusto de los delitos dolosos en el De-*

y en lo que respecta a los delitos culposos ha sido mantenida por el Tribunal Supremo español en innumerables sentencias desde las fundamentales de 11 y 16 de junio de 1964 (52). Es ésta, pues, cuestión litigiosa, dogmática, que no debe tratar de resolver el legislador. Su solución debe confiarse a la doctrina y la jurisprudencia.

En cuanto a la peligrosidad no me parece satisfactoria la definición del delincuente por tendencia. Es poco una sola infracción, que puede ser de una gravedad muy desigual, para apreciar la tendencia al delito. Por otra parte, no existen en nuestro país tablas de pronósticos elaboradas por criminólogos españoles, en función de las peculiaridades de la delincuencia española para prever el comportamiento futuro de los delincuentes. El uso, sin previa adaptación, de tablas extranjeras (Schiedt, Glueck, Frey) (53) conduciría a resultados erróneos. Para apreciar la tendencia al delito sería necesario exigir la condena por varias infracciones dolosas graves y el pronóstico de una probable comisión futura de infracciones dolosas de igual o mayor gravedad.

La figura del delincuente habitual resultaría entonces superflua. Podría mantenerse, en cambio, si se estima oportuno, la figura del delincuente profesional, tal como está definida en el Anteproyecto.

recho penal español, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1961 fasc. 1.º, págs. 64, 65, 66 y ss. y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, «Nuevo pensamiento penal», Buenos Aires, mayo-agosto 1972, págs. 233 y ss. y 239 y ss. (Z. Str. W. 1972, fasc. 4.º, págs. 1052 y ss. y 1060 y ss.); CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 76, 77, 79 y 80, notas a la traducción del Tratado de Derecho penal, de MAURACH, I, págs. 301 y ss. y 370 y ss., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963, págs. 90 y ss., 93 y ss., *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, Z. Str. W. tomo 81, 1969, fasc. 2.º, págs. 432 y ss.; GIMBERNAT, *La causalidad en Derecho Penal*, «Anuario de Derecho Penal», 1962, págs. 567-8 y *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus 1966, págs. 87-8, y *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, separata del «Anuario de Ciencia Jurídica», 1, 1971-2, págs. 276 y ss., especialmente, pág. 278; BERISTAIN (respecto a la teoría de lo injusto de los delitos culposos) *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, separa de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1963, págs. 22, 24 y ss., 27 y ss. y 32 y ss.; y MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, Bosch, 1971, págs. 143 y ss. (respecto a la teoría de lo injusto de los delitos dolosos).

(52) Véase, por ejemplo, además de las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo, las de 13 y 30 de octubre de 1964, 12 y 25 de noviembre de 1964, 23 de septiembre de 1965, 29 de octubre de 1966, 25 de febrero de 1969, 12 de marzo de 1969, 2 de mayo de 1969, 30 de septiembre de 1969, 9 de abril de 1970, 16 de abril de 1970, 4 de mayo de 1970; 16 de octubre de 1970, etc. Siguen, en cambio, la antigua concepción de (toda) la culpa como una forma de la culpabilidad, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 23 de octubre de 1970.

(53) Véase, por ejemplo, WOLF MINDENDORFF, *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, trad. de J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, Espasa Calpe, 1970.

E) *La responsabilidad.*I. *Responsabilidad en general y personas responsables*

En materia de codelinuencia la regulación del Anteproyecto es sumamente insatisfactoria. Se pronuncia en favor de un determinado concepto de autor (el restrictivo) elaborado hace tiempo en la doctrina alemana (actualmente la mayor parte de los penalistas alemanes consideran autor al que tiene el dominio del hecho; la jurisprudencia del Tribunal Federal, aunque ha seguido durante cierto tiempo el concepto subjetivo que mantenía el Reichsgericht, se ha inclinado, posteriormente, con algunas oscilaciones, en favor del concepto del dominio del hecho). Es cierto que en España la mayor parte de los penalistas sustentan aún el concepto restrictivo de autor (54), pero existen representantes del concepto subjetivo (55) y del concepto del dominio del hecho (56). Creo que el Código no debería pronunciarse sobre el concepto de autor. Con ello no se haría sino frenar y entorpecer el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia. Creo que debería introducirse un precepto similar al del art. 25 del nuevo Código penal alemán: «Será castigado como autor el que ejecute el hecho por sí mismo o por medio de otro». Se recogen así los supuestos de la autoría directa y la autoría mediata sin pronunciarse por un determinado concepto de autor (restrictivo, extensivo, subjetivo o finalista). Los diferentes supuestos de autoría mediata serían precisados por la doctrina y la jurisprudencia. Debería suprimirse entonces la mención expresa de los que fuerzan a otros a ejecutar el delito.

Debería desaparecer la figura del cooperador necesario. Su deslinde del cómplice es uno de los problemas que han planteado más quebraderos de cabeza a la doctrina y a la jurisprudencia (teoría concreta, abstracta, de los bienes escasos) (57). Es absurdo, además, como se ha señalado repetidamente, que la calificación de autor de un sujeto, o que a un sujeto se le castigue como autor, no

(54) Véase, por ejemplo, CUELLO CALÓN-CAMARGO, «Derecho Penal», tomo I, Parte General, vol. 2.º, 16 ed., págs. 628 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1949, pág. 433; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid 1963, pág. 245; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, II, Murcia 1947, págs. 43-4; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, Buenos Aires 1959, pág. 501; y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed., Madrid 1971, págs. 641 y ss. GIMBERNAT y RODRÍGUEZ MOURULLO, sustentan también el concepto restrictivo de autor (aunque consideran, apartándose de la opinión dominante, que el núm. 1.º del art. 14 no recoge este concepto, sino que supone ya una extensión de la pena del autor a personas que no lo son, por realizar actos de carácter ejecutivo no típicos, o realizar únicamente algún elemento del tipo); véase, GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid 1966, págs. 218-9 y RODRÍGUEZ MOURULLO, *El autor mediato en Derecho penal español*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1969, fasc. 3.º, pág. 462.

(55) Véase, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación*, Barcelona, Bosch, 1955, pág. 88 (nota 159).

(56) Véase, CÓRDOBA, notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de MAURACH, Barcelona, Ariel, 1962, I, págs. 288-9 (nota 18) y II, págs. 310-1 (nota 3).

(57) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 440 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, págs. 131 y ss. y 151 y ss., *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*. Z. Str. W. 1968, fasc. 4.º, págs. 921 y ss. y 929 y ss.; y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed., Madrid 1971, págs. 658-9.

dependa de su comportamiento sino del de otros (es decir, de que otros pudieran aportar los mismos medios o prestar la misma cooperación) (58). La figura del cooperador necesario tiene su origen en la teoría de la causa necesaria o del cómplice principal (59), defendida por Feuerbach y recogida por el Código Bávaro de 1813, por Rossi (60), Pacheco (61) y el Código penal español de 1848. Es imposible distinguir entre las diversas condiciones que han contribuido a la producción del hecho delictivo aquella que es causa necesaria del mismo, sin la cual el hecho no se hubiera producido. La teoría de la causa necesaria, dominante en Europa a fines del siglo XVIII y principios del XIX, fue abandonada a fines del pasado siglo y en la actualidad no cuenta con ningún representante. Si se estima oportuno castigar algún supuesto de complicidad con la pena de la autoría, podría establecerse para los cómplices una atenuación meramente facultativa de la pena.

No debería establecerse, a mi juicio, una equiparación absoluta de la pena del inductor y del autor. Debería preverse para el inductor, como en el Proyecto Alternativo de Código penal alemán (art. 28 II), una atenuación facultativa de la pena (62). En los casos en que el inducido estaba ya inclinado o en una actitud propicia, aunque no decidido, a la comisión del delito y en general en todos los casos en los que la inducción ha sido sólo un factor, entre otros, que ha determinado la decisión de cometer el delito, la equiparación puede ser injusta (63).

Al no castigarse ya la provocación en todos los delitos se plantea de nuevo, con mayor crudeza, el problema de la impunidad de la inducción no seguida de efecto, o tentativa de inducción (64). Creo que debería preverse expresamente su castigo cuando se trate de la inducción a un delito castigado con la pena de reclusión. Sería impune, en cambio, la inducción no seguida de efecto a un delito castigado con pena de prisión o arresto (65). La tentativa de inducción debería castigarse, en principio, con la pena de la tentativa del delito, pero previendo la posibilidad de disminuirla, es decir, estableciendo también en este caso una atenuación facultativa de la pena. La tentativa de inducción deberá reunir, por supuesto, los requisitos de la tentativa y de la inducción, es decir, el principio de ejecución de una influencia en la voluntad, estar dirigida a la comisión de un delito castigado con la pena de reclusión y estar individualizada con respecto al hecho y el autor.

Es un acierto la inclusión en la complicidad de los supuestos de la llamada

(58) Véase, en este sentido, GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, págs. 138-9.

(59) Véase, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed. Hamburgo, 1967, pág. 38 y ss.

(60) ROSSI, *Tratado de Derecho Penal*, trad. CAYETANO CORTÉS, Madrid 1839, II, págs. 155-6 y 163-4.

(61) PACHECO, *Estudios de Derecho Penal*, 1839-40, 5.^a edic. Madrid 1887, páginas 217-9.

(62) Esta propuesta no fue acogida, sin embargo, por el legislador alemán; véase art. 26 de la Nueva Parte General.

(63) Véase, a este respecto, STRATENWERTH, *Strafrecht*, «Allgemeiner Teil», I, Die Straftat, 1971, pág. 241.

(64) Véase, a este respecto, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 405 y ss. y 438 y ss.; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, tomo I, *Parte General*, volumen II, 16 ed., págs. 623-4 y 639; y QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, *Parte General*, pág. 247.

complicidad psíquica y la promesa de la ayuda posterior a la realización del delito (66).

Muy acertada es, también, la regulación del encubrimiento como delito autónomo (el favorecimiento como delito contra la Administración de Justicia y la receptación como delito contra la propiedad). Se sigue así la línea marcada por el Proyecto Silvela, el Código penal de la Zona española del Protectorado de Marruecos, el Código penal de 1928, la Ley de 9 de mayo de 1950 y por los más modernos códigos penales extranjeros (67). En cuanto a la duda sobre la inclusión del auxilio al autor para que se aproveche de los efectos del delito, creo que en general deberían incluirse estas conductas en el favorecimiento y sólo cuando se prestase la ayuda para obtener alguna ventaja material deberían incluirse en la receptación. Este es el criterio que se sigue en el Código penal alemán (arts. 257 y 259).

Es un acierto, asimismo, que se subraye la vigencia del principio de culpabilidad en la regulación de la codeinfluencia en los delitos publicitarios.

II. Causas de exclusión de la responsabilidad criminal

La regulación del Anteproyecto (68) es bastante satisfactoria: reducción del casuismo en la legítima defensa, supresión de las restricciones a la legítima defensa de los bienes y la morada (69), conservación de la fórmula del estado de necesidad (quizá debiera modificarse únicamente la redacción del requisito 2.º del núm. 7.º del art. 8.º en el sentido de excluir los supuestos de provocación culposa del estado de necesidad; podría rezar así: «Que la situación de necesidad no haya sido provocada *culpablemente* por el sujeto»), previsión expresa del exceso por error invencible en la legítima defensa y el estado de necesidad, regulación de la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y de la obediencia debida.

La regulación del caso fortuito y de la no exigibilidad es realmente innecesaria. En cuanto al consentimiento, como causa de justificación, debería establecerse un precepto en la Parte Especial, en la regulación del delito de lesiones, en el sentido de reconocer eficacia al consentimiento salvo en aquellos casos en que la lesión, a pesar del consentimiento, sea contraria a la moral o las buenas costumbres; es decir un precepto similar al art. 226 a del Código penal alemán o al art. 152 del Proyecto de 1962 de nuevo Código penal alemán.

III. Modificación de la responsabilidad criminal

Pocas son las innovaciones del Anteproyecto en relación con las circunstancias atenuantes o agravantes.

No se precisa el límite máximo de edad para la atenuante de edad juvenil,

(65) En el Código penal alemán (antiguo art. 49 a y art. 30 de la Nueva Parte General) se castiga la tentativa de inducción a un crimen (y no a un delito falta).

(66) Base Cuarta, 7.

(67) Véase, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 448 y ss.; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, tomo I, Parte General volumen II, 16 edic., página 645.

(68) Base Quinta, Bases, págs. 17 y ss.

(69) Véase, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 244-5.

aunque de lo dispuesto en la Base Décima, 7, Tercero, parece deducirse que se extiende hasta los veintiún años. En dicho precepto se prevé, en efecto, la posibilidad de sustituir la pena por la medida de seguridad de internamiento en instituto de reforma, respecto de los mayores de quince años y menores de veintiuno. Creo que debería suprimirse en la atenuante de edad juvenil el inciso, «excepto en el caso de que el culpable haya puesto de manifiesto su evidente perversidad». Este criterio de la perversidad es muy impreciso. Si lo injusto o la culpabilidad del hecho es particularmente grave será posible apreciar, casi siempre, alguna circunstancia agravante y en último término podrá tenerse en cuenta en la medición de la pena, dentro del marco, aún reducido, del arbitrio judicial.

En la definición futura de la premeditación, debería prescindirse, a mi juicio, del requisito del ánimo frío y sereno. Este criterio psicológico, de Carrara, carece realmente de justificación. La premeditación debería ser únicamente circunstancia agravante cuando implicara una mayor reprochabilidad de la conducta (70). No debería establecerse con carácter general, sino que debería circunscribirse su radio de acción a los delitos contra las personas, como en la alevosía.

Es un acierto la previsión de la reincidencia internacional, con carácter general, en la agravante del núm. 15 del art. 10, así como la exigencia de que se trate de la reincidencia propia. Debería abandonarse, sin embargo, el criterio formal, en la reincidencia específica, de la inserción en un mismo título del Código. Debería introducirse un criterio material, similar al del art. 11 de la Ley de Uso y Circulación de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962 (71).

IV. Consecuencias de la responsabilidad

1. Principios generales y catálogo de penas y medidas de seguridad.

Es realmente satisfactorio que se establezcan de nuevo los principios de legalidad, necesidad de proceso y legalidad de la ejecución de las penas y medidas de seguridad.

En el catálogo de penas y medidas de seguridad las innovaciones que introduce el Anteproyecto son muy numerosas y no siempre acertadas.

Sorprende, en primer lugar, el deslinde que se hace de las penas y las medidas de seguridad. Aparecen incluidas en el catálogo de medidas de seguridad las penas restrictivas de libertad, privativas de derechos, las pecuniarias (excepto la multa) y otras afines. Concretamente aparecen como medidas de seguridad: la pérdida de la nacionalidad española, la expulsión del territorio nacional, el destierro, la inhabilitación para cargos públicos, la inhabilitación para el ejercicio de una profesión u oficio, la interdicción civil, la caución, el comiso y la privación del permiso de conducir. El criterio del deslinde o clasificación es el fin prevalente de la consecuencia del delito. Si predomina el fin de la retribución o la prevención general, será una pena, y si prevalece el fin de la prevención especial será una medida de

(70) Véase, ANTON ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 363 y ss.; el artículo 112 del Código penal suizo y el art. 135, párrafo 2.º y 134, párrafo 3.º del Proyecto de 1962 de Nuevo Código penal alemán.

(71) «Se estima que existe reincidencia cuando, al delinquir el autor estuviere ejecutoriamente condenado por otro delito de igual naturaleza previsto en esta Ley.»

seguridad. Para determinar la naturaleza de las consecuencias del delito no sólo hay que atender, sin embargo, a su fin prevalente, sino también a su *fundamento*. Si éste es la medida de lo injusto y de la culpabilidad será una pena. Si lo es la peligrosidad del delincuente será una medida de seguridad. La privación del permiso de conducir, por ejemplo, será una pena si su aplicación y duración está en función de la gravedad del delito (de lo injusto y de la culpabilidad); será, en cambio, una medida si su aplicación o duración está en función de la peligrosidad del delincuente, es decir, de la probabilidad de que cometa o vuelva a cometer un delito contra la seguridad del tráfico (72). La gravedad del delito puede ser escasa, pero la peligrosidad del delincuente elevada y viceversa. Si la duración de la restricción de libertad y de la privación de derechos está en función de la gravedad del delito serán penas y si está en función de la peligrosidad del delincuente serán medidas de seguridad. La caución puede ser concebida, sin duda, como medida de seguridad. El comiso de los efectos provenientes del delito es, a mi juicio, una pena accesoria y el de los instrumentos de ejecución del delito medida de seguridad.

En el plano doctrinal soy partidario de la abolición de la pena de muerte, por la irreparabilidad de los errores judiciales y por razones de humanidad. La pena de muerte, aún aplicada en el recinto de la prisión y sin grandes sufrimientos, como sucede hoy día con la horca, la guillotina, la silla eléctrica, la cámara de gas, el garrote o con los medios que actualmente se postulan de utilizar una inyección intravenosa o intramuscular con un anestésico, resulta incompatible con nuestra sensibilidad, o al menos con la sensibilidad de las capas cultas de los países civilizados. En España existe actualmente una fuerte corriente abolicionista (73), pero la supresión de la pena de muerte, como dice Barbero Santos, no es sólo un problema científico, sino también político. La elección del momento de la abolición de la pena de muerte es, pues, un problema de oportunidad política que sólo el gobernante puede determinar (74). Personalmente

(72) Por esto en el Código penal alemán aparece como pena (Fahrverbot, antiguo art. 37 y art. 44 de la Nueva Parte General) y como medida (Entziehung der Fahrerlaubnis, antiguos arts. 42 m y ss. y arts. 69 y ss. de la Nueva Parte General).

(73) Véase, P. LUIS VECILLA DE LAS HERAS, *Defensa de la vida humana*, Valladolid 1961, págs. 127 y ss.; MARINO BARBERO SANTOS, *La pena de muerte problema actual*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1964; P. CARLOS MARÍA LANDECHO, S. J. *Reflexión criminológica sobre la pena de muerte*, «Razón y Fe», núm. 875, Madrid, diciembre 1970; GIMBERNAT, *Contra la pena de muerte*, en «Triunfo», núm. 451, 23 de enero de 1971, págs. 32 y ss.; DEL ROSAL, *Meditación menor sobre la pena de muerte*, en el mismo número de «Triunfo», pág. 34; JIMÉNEZ DE ASÚA, *¡Abajo la pena de muerte!*, versión publicada en el mismo número de «Triunfo», de una conferencia pronunciada en la Universidad de Potosí el 12 de septiembre de 1952 y aparecida en la «Revista de Criminología y Ciencias Sociales» de Bolivia; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte General*, 2.^a edic., Madrid 1971, págs. 722 y ss. (partidario de su abolición en tiempo de paz) y los acuerdos del 4.º Congreso General de la Abogacía, celebrado en León del 15 al 20 de junio de 1970 (véase, la información publicada por el Dr. Madlener sobre este Congreso en «Neue Juristische Wochenschrift», 23. Jahrgang Heft 36, 3 de septiembre de 1970, págs. 1589-1590).

(74) Véase, MARINO BARBERO SANTOS, *La pena de muerte, problema actual* Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1964, pág. 39.

creo que el momento no es adecuado. Vamos hacia un período de cambio y probablemente de inestabilidad política.

Un acierto indudable del Anteproyecto es la simplificación de las penas privativas de libertad, reduciéndolas a tres: la reclusión, la prisión y el arresto. No me parece correcta, en cambio, la diferenciación del régimen de cumplimiento, que será más severo en las penas largas que en las cortas. En el plano de la ejecución debe atenderse únicamente a las exigencias de la prevención especial.

El Anteproyecto ha pretendido ampliar las posibilidades de individualización de la pena de multa que ofrece el Código vigente en el art. 63, en relación, no sólo con la gravedad de lo injusto y la culpabilidad, sino especialmente con las posibilidades económicas del culpable. Para ello ha dispuesto que la multa, cuando corresponda a delito, se entenderá de 5.000 a 500.000 pesetas. Se amplía con ello considerablemente el arbitrio judicial. Hubiera sido más conveniente, sin embargo, introducir el sistema suco de los días-multa, que goza hoy de general aceptación, y ha sido establecido en la nueva Parte General del Código penal alemán (75). Como es sabido, con arreglo a este sistema, el Tribunal fija un número de días-multa en función de la gravedad del delito y el importe de cada día-multa en función de los ingresos del culpable. Se logra de este modo una mayor individualización de la pena en relación con la capacidad económica del delincuente.

En el catálogo de medidas de seguridad hay una muy imprecisa: internamiento en clínicas criminológicas. Con este nombre, acuñado por Teruel Carralero (76), se designan usualmente los centros de observación y clasificación de los delincuentes (Instituto de Rebibbia, cerca de Roma, Centro Nacional de Observación en Fresnes, Francia, Central de Observación en Carabanchel, Madrid). En estos centros no se lleva a cabo generalmente el tratamiento de los delincuentes, sino sólo su observación y clasificación (en el Instituto de Rebibbia hay únicamente una sección de tratamiento para delincuentes menores de veintinueve años). Creo que sería conveniente mencionar expresamente las diversas clases de establecimientos donde puede ser internado el delincuente peligroso, de acuerdo con las características de su personalidad. Es decir, que las medidas de seguridad consistan en el internamiento en un sanatorio psiquiátrico, en un establecimiento especial para deficientes mentales, en centros de deshabitación para alcohólicos o toxicómanos, o en un centro especial para psicópatas, en régimen de sentencia indeterminada. Debería admitirse también el tratamiento ambulante. En la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 se ha introducido ya la medida de seguridad del tratamiento ambulante para los ebrios habituales y los toxicómanos (77). El tratamiento ambulante ha sido admitido en la última reforma del Código penal suizo por la Ley de 18 de marzo de 1971 (78). El Tribunal

(75) Arts. 40 y ss.

(76) Véase, TERUEL CARRALERO, *Clínicas criminológicas y jueces de ejecución de penas*, separata del «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», Madrid, 1963.

(77) Art. 5.º, 6.ª, art. 6.º quinto. Sobre la necesidad de introducir en el Código el tratamiento ambulante para los enajenados, véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Tratamiento psiquiátrico en la delincuencia*, «Revista de Estudios Penitenciarios», oct.-dic. 1970, núm. 191, págs. 1123 y 1131.

(78) Arts. 43, núm. 2 y 44, núm. 1; véase, GERMANN, *Grundzüge der Par-*

debería tener también facultad para sustituir una medida por otra cuando parezca más conveniente para el tratamiento del delincuente (79).

En lo que respecta a los centros especiales para psicópatas creo sería recomendable la introducción, con las adaptaciones que se crea pertinentes, de los centros de terapéutica social, cuya creación está prevista en el nuevo Código penal alemán (art. 65) (80). Su creación se debe a una sugerencia del Proyecto Alternativo, que tomó como modelo el establecimiento dirigido por el Dr. Stürup, en Herstedvester, en Copenhague. En dicho establecimiento se somete a los delincuentes a un tratamiento con métodos especiales psiquiátrico-sociales (combinando la terapia individual y de grupos) con muy buenos resultados, a juzgar no sólo por las cifras que comunicó el Dr. Stürup a la Gran Comisión de Reforma del Código penal alemán, sino también por la difusión que han encontrado estos centros en Dinamarca, donde se creó un segundo centro en Horsens y en otros países. Se aplican sus métodos, entre otras, en la Maxwell Jones Clinic, de Londres y en Hohenasperg, en Baden-Württemberg (Alemania). Se trata de desarrollar con medios psiquiátricos, psicológicos y pedagógicos la voluntad y la capacidad del delincuente de llevar una vida sin conflictos con la justicia criminal. Se trata de conseguir la cooperación activa de los delincuentes en su proceso de readaptación. Los establecimientos están dirigidos por un psiquiatra, tienen un reducido número de internos (unos doscientos), divididos en grupos de unos quince, la relación del número de internos con el del personal es aproximadamente de 2 a 1 y el personal está constituido por un equipo de psiquiatras, psicólogos, pedagogos y asistentes sociales. No es posible exponer aquí con detalle el tratamiento que se aplica en Herstedvester, que es sumamente interesante (81).

En el Código penal alemán (art. 65) se prevé la posibilidad de aplicación del internamiento en un centro de terapéutica social, durante un tiempo máximo de cinco años, no sólo de los delincuentes a los que se hubiera apreciado la eximente o la atenuante de enajenación mental o perturbación de la conciencia, si parece más conveniente su internamiento en un centro de este tipo que en un sanatorio psiquiátrico, sino también a todos los delincuentes plurireincidentes (cuando se da un cierto número de condenas anteriores por delitos dolosos y un tiempo mínimo de cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad) en quienes se

tialrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuchs durch das Gesetz vom 18. März 1971, Schw. Z. f. Strafrecht, 87, 1971, pág. 356, nota 50.

(79) Véase, a este respecto, la regulación flexible que se ha introducido en el nuevo artículo 67 a del Código penal alemán.

(80) En este sentido también, YÁÑEZ ROMÁN, *Consideraciones en torno a la «imputabilidad disminuida» con especial referencia a los psicópatas. Su tratamiento y los denominados «establecimientos de terapéutica social»*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid 1970, págs. 392-3.

(81) Información al respecto puede encontrarse en la intervención del Dr. Stürup en la Gran Comisión de Reforma del Derecho Penal Alemán, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, tomo 4, «Allgemeiner Teil», Bonn 1958, págs. 180 y ss. y en su artículo, *Heilbehandlung*, en el «Handwörterbuch der Kriminologie», de Sieverts, tomo I, págs. 383 y ss. Véase también YÁÑEZ ROMÁN, ob. cit., págs. 366 y ss.; GERHARD MAUCH y ROHLAND MAUCH, *Sozialtherapie und sozialtherapeutische Anstalt*, «Erfahrungen in der Behandlung Chronisch-Krimineller», Enke Stuttgart, 1971 y HELGA EINSELE, *Die sozialtherapeutische Anstalt*, en «Die Strafvollzugsreform», Eine kritische Bestandsaufnahme, editado por Arthur Kaurmann, C. F. Müller 1971, págs. 145 y ss.

aprecie una grave perturbación de la personalidad y parezca apropiado su tratamiento en estos centros para su reinserción social, o se aprecia el peligro de que puedan convertirse en delincuentes por tendencia (si no habían cumplido aún veintisiete años al cometer el último delito):

Creo que también nuestro legislador debería tener en cuenta el elevado porcentaje de psicópatas que se da entre los delincuentes plurireincidentes a la hora de determinar la medida de seguridad aplicable a los mismos. En lugar del internamiento en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola, que prevé el Anteproyecto (82), cabría intentar un tratamiento en un centro especial para psicópatas, cuando en el sujeto se aprecie una grave perturbación de la personalidad y ésta guardara relación con la comisión del delito.

En relación con los ebrios habituales y toxicómanos el Anteproyecto prevé únicamente el «internamiento en establecimiento adecuado en función de las características subjetivas del agente». No se hace referencia expresa al tipo de establecimiento, pero ha de tratarse, sin duda, de una clínica criminológica (83). Creo que esta regulación implica un retroceso en relación con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, por su imprecisión y por reducir el catálogo de medidas aplicables. Según el núm. 5.º del art. 6.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, a los ebrios habituales o toxicómanos se les puede aplicar no sólo la medida de aislamiento curativo en casas de templanza, sino también el tratamiento ambulatorio, la privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo, obligación de declarar el domicilio o residencia en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados. A los toxicómanos se les puede incautar, además, los efectos ocupados y a los ebrios habituales se les puede prohibir visitar establecimientos de bebidas.

En el Anteproyecto se regulan únicamente las medidas de seguridad para los estados peligrosos postdelictuales (84). El criterio es acertado, pero ello no supone la necesidad de la previa imposición de una pena en la sentencia, como exige la Base Séptima 10 (piénsese en el caso de los inimputables, en que no es posible la imposición de una pena, pues falta un elemento del concepto del delito, la culpabilidad). Basta con que la peligrosidad se haya puesto de manifiesto mediante la realización de una acción típica y antijurídica.

2. Individualización de las penas y las medidas de seguridad.

Es preciso llamar la atención únicamente —pues la regulación prevista en esta Base Octava me parece bastante satisfactoria— sobre un cierto confusiónismo que parece advertirse entre los principios de culpabilidad y peligrosidad, entre las penas y las medidas de seguridad. En la individualización de la pena debe tenerse en cuenta, sin duda, la personalidad del delincuente, pero sólo para determinar la medida de la culpabilidad, es decir de la reprochabilidad de la conducta antijurídica. La peligrosidad del delincuente (es decir, la probabilidad de que cometa nuevas infracciones delictivas en el futuro) no debe jugar ningún papel en la medida de la pena. La peligrosidad del delincuente debe ser tenida en cuenta

(82) Bases, págs. 35-6.

(83) Véase, Bases, págs. 34 y 25 y siguientes.

(84) Exposición, pág. 42.

únicamente para la aplicación de una medida de seguridad. La personalidad del delincuente es, pues, objeto de consideración en la individualización de la pena y las medidas de seguridad en dos aspectos distintos. Creo que esto debería destacarse claramente en esta Base, especialmente en los números 5 y 6.

V. Efectividad de la responsabilidad criminal

1. Cumplimiento de las penas y las medidas de seguridad.

En este punto el Anteproyecto no aporta grandes innovaciones. Las penas de reclusión y prisión se cumplirán según el sistema progresivo. La última fase estara representada, como ahora, por la libertad condicional. Sería conveniente hacer mención de la sumisión de los liberados a la vigilancia de los delegados de organismos de protección o patronato establecida en el artículo 58 del Reglamento de los Servicios de Prisiones, en la redacción que recibió por el Decreto de 25 de enero de 1968 (85). Debería estudiarse, asimismo, la posibilidad de imponer a los liberados condicionales tareas o cargas y reglas de conducta referentes a su actividad profesional, formación, lugar de residencia, compañías y lugares que debe evitar, control médico, etc. (86). Creo que debería extenderse la posibilidad de conceder la libertad condicional a las medidas de seguridad privativas de libertad, como se ha hecho en el Código suizo (art. 45) y en la nueva Parte General del Código penal alemán (arts. 67 d y e).

En el Anteproyecto se prevé la posibilidad de cumplimiento de la pena de arresto (de un mes y un día a un año) en el propio domicilio. Esta posibilidad existía actualmente sólo en relación con el arreso menor (art. 85). Entre los sustitutivos de las penas cortas de privación de libertad éste es, sin duda, el menos adecuado, porque su cumplimiento no será en muchos casos efectivo, pues es muy difícil de controlar, especialmente en las grandes ciudades. El carácter afflictivo de la pena resulta, además, muy desigual, pues desde el punto de vista económico supone un perjuicio para el condenado si trabaja fuera de su domicilio y ha de permanecer ocioso, pero no si trabaja o puede trabajar en su casa. Sería preferible incluir, como modalidades de ejecución de las penas cortas de privación de libertad, la semidetención y el arresto de fin de semana, que existen ya con este carácter en Bélgica, Francia, Dinamarca y Alemania (87). El plazo de un año es excesivo de todos modos, tanto para el arresto domiciliario, como para la semidetención y el arresto de fin de semana. El plazo de la semidetención no debería rebasar los tres meses (como en Bélgica y Francia) y el del arresto de fin de semana un mes.

(85) Véase, BUENO ARÚS, *La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de prisiones*, «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 180-1, enero-junio 1968, págs. 78-9 y *El sistema penitenciario español*, «Publicaciones Españolas», Madrid 1971, pág. 28.

(86) Véase, a este respecto, el art. 45 del Código penal suizo, reformado por la Ley de 18 de marzo de 1971 y los arts. 57 y ss. de la Nueva Parte General del Código penal alemán.

(87) Véase BUENO ARÚS, *Panorama comparativo de los nuevos sistemas penitenciarios*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1969, fasc. 2.º, página 307-8; y SÁINZ CANTERO, *Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente*, «Revista de Estudios Penitenciarios», oct.-dic. 1970, núm. 191, pág. 1064.

En cuanto al cumplimiento de la pena de multa es difícil realmente hallar una solución para evitar la aplicación de la prisión subsidiaria en caso de insolvencia. El sistema de detracción obligada de una parte de los ingresos del condenado que se intentó sin éxito en el Código penal de 1928 es probable que volviera a fracasar. El legislador alemán no se ha decidido a implantar, como complemento del sistema de los días-multa, una modalidad de ejecución muy interesante propuesta en el Proyecto Alternativo (arts. 49 y ss.) (88) y desarrollada en el plano doctrinal por Baumann (89). Se trata del sistema de la ejecución espaciada a lo largo del tiempo o del pago obligatorio a plazos, en los plazos de vencimiento de los ingresos. Se concibe la pena de multa como una pena restrictiva de la libertad de consumo. Se deja al delincuente sólo aquella parte de sus ingresos semanales, quincenales o mensuales, necesaria para atender los gastos más indispensables de su sustento y el de su familia. De este modo la pena de multa resulta más adecuada para sustituir las penas cortas de privación de libertad. El legislador alemán no se ha decidido a llevar a la práctica esta concepción tan sugestiva por las dificultades prácticas de aplicación. La existencia de personas sin ingresos (mujeres casadas, estudiantes, parados, etc.) o sin ingresos fijos y las oscilaciones de los mismos, representan un obstáculo difícil de salvar. Se temía que la adopción de este sistema diera lugar a un incremento enorme de la aplicación del arresto sustitutorio. En el Proyecto Alternativo se preveía la posibilidad de que las personas sin ingresos, o aquellas que no desearan pagar, prestasen voluntariamente un trabajo de utilidad pública. Sólo en caso de que no quisieran o no fuera posible que prestaran este trabajo se aplicaría el arresto sustitutorio. No es fácil, sin embargo, regular el trabajo de estas personas, para el que carecen muchas veces de toda preparación, en las instalaciones sanitarias, docentes, etc. Es posible, además, que en estas instituciones no haya puestos de trabajo, o se nieguen a aceptar a estas personas. Si se trata de personas que desarrollan ya este tipo de actividades no es posible que cumplan la pena de este modo, pues carecería de toda eficacia. Por otra parte, si la prestación de un trabajo de utilidad pública se estableciera con carácter obligatorio (como en el art. 178, regla 7.^a del Código penal de 1928), ello representaría una sustitución de la pena de multa por otra de trabajos forzados. El internamiento en casas o asilos de trabajo (previsto en la misma disposición del Código penal de 1928) supondría una concentración de delincuentes con la creación del mismo ambiente nocivo de los establecimientos penitenciarios y la transformación de la pena de multa en otra privativa de libertad.

En el Anteproyecto se prevé la posibilidad de sustituir la pena atenuada por una medida de seguridad en los supuestos de aplicación de la eximente incompleta de anormalidad mental permanente o transitoria. Se puede sustituir también la pena por una medida de seguridad cuando se trate de delincuentes alcohólicos y toxicómanos. No me parece adecuada esta relación entre la pena y la medida de seguridad. En lugar de la sustitución de la pena por la medida, creo que debería combinarse la aplicación de ambas. Creo que debería aplicarse en primer lugar,

(88) Véase, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, «Allgemeiner Teil», 2.^a edic. Mohr, Tübinga 1969, págs. 98 y ss.

(89) Véase, por ejemplo, BAUMANN, *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Berlín, Luchterhand 1968.

en general, la medida de seguridad. Sólo en casos excepcionales, cuando el tribunal lo considere conveniente desde punto de vista de la prevención especial, podría disponer que se cumpliera en primer lugar la pena. Se tratará de casos en que sólo después de haber sufrido la pena, puede esperarse que el delincuente acepte y coopere al tratamiento de la medida. Cuando se aplicara antes la medida y ésta fuera privativa de libertad, el tiempo de cumplimiento debería descontarse del de la pena. Si el tribunal, asesorado por los peritos, estima que el cumplimiento del resto de la pena (cuando lo haya) puede poner en peligro los resultados obtenidos en el tratamiento deberá conceder al culpable la libertad condicional. Si esto no fuera posible, por falta de los requisitos señalados en el Código, o tuviera que ser revocada su concesión, debería facultarse al tribunal para que disponga la continuación de la aplicación de la medida de seguridad. Sólo debería aplicarse el resto de la pena, después de la medida de seguridad, cuando el tribunal estime que ello no pone en peligro el éxito del tratamiento. Una solución similar es la adoptada en la nueva Parte General del Código penal alemán (art. 67). La simple sustitución de la pena o de la pena atenuada por la medida de seguridad, prevista en la Ley belga de defensa social de 1 de julio de 1964 y en el Anteproyecto, me parece inferior, desde el punto de vista de la prevención especial, a la aplicación de la medida seguida de la concesión de la libertad condicional y deja aún más desatendidas las exigencias de la prevención general y por supuesto, las de la retribución o expiación (que pueden encontrar satisfacción a través de algunas tareas o cargas que se impongan a los liberados condicionales) (90).

Un acierto indudable es la previsión de la posibilidad de sustituir la pena por una medida de seguridad cuando se trate de delincuentes mayores de quince años y menores de veintiuno (91), propuesta ya en nuestra doctrina por Alfonso Serrano Gómez (92) y Luzón Domingo (93). En relación con la índole de la medida, el Anteproyecto se limita a hacer referencia —como el actual art. 65— a los institutos de reforma. Creo que las medidas de seguridad deberían consistir en un arresto de fin de semana o tiempo libre en un centro especial (94), como los «Attendance

(90) Véase, FREY, *El tratamiento de los delincuentes mentalmente anormales bajo el principio de la responsabilidad penal*, en *Los delincuentes mentalmente anormales*, Madrid 1961-2, págs. 345 y ss. y 352-3, que señala como una resolución judicial orientada exclusivamente en los fines de la prevención especial, en relación con los delincuentes mentalmente anormales, impediría al Derecho penal cumplir su función de protección de los bienes jurídicos.

(91) Base Décima, 7 Tercero.

(92) *Delincuencia juvenil en España*, Madrid 1970, pág. 326.

(93) *Legislación penal juvenil*, en «Delincuencia juvenil». Estudio de su problemática en España, Madrid 1972, págs. 49 y 52-3.

(94) Sobre las posibilidades de tratamiento que ofrece el arresto de fin de semana o tiempo libre, véase SÁINZ CANTERO, *Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente*, «Revista de Estudios Penitenciarios», oct.-dic. 1970, número 191, págs. 1069 y siguientes. Creo que estas posibilidades de tratamiento son mayores cuando se concibe como medida de seguridad (con duración relativamente indeterminada en función de la peligrosidad del delincuente) que como pena. Como medida de seguridad está incluida en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970 (art. 5.º, Cuarta: Arresto de cuatro a diez fines de semana), aunque en la mayor parte de las legislaciones se le considera como una pena o un modo especial de ejecución de las penas cortas de privación de libertad. En realidad puede preverse su regulación como medida en unos casos y como pena en otros.

Centres» o «Detention Centres» ingleses, o una sección especial de un establecimiento penitenciario destinado a delincuentes juveniles, o en el internamiento en un centro de educación o corrección, en régimen de sentencia relativamente indeterminada. Sería conveniente establecer un límite máximo de duración de las medidas para evitar los riesgos para la seguridad jurídica inherentes a la indeterminación del concepto de corrección (el actual art. 65 establece el sistema de sentencia absolutamente indeterminada: «hasta conseguir la corrección del culpable») (95).

Como centro de educación o corrección creo que reúne magníficas condiciones el Instituto Penitenciario para Jóvenes, de Liria, pero sería conveniente crear algún otro tipo de centro semiabierto o cerrado para la aplicación de la medida de seguridad a jóvenes cuyo internamiento en un centro abierto no esté dedicado por la índole de su personalidad. Se tratará de centros de carácter o régimen más severo, parecidos a los Borstal ingleses semiabiertos o cerrados o a las prisiones escuelas existentes, por ejemplo, en Suecia, Dinamarca o Portugal (96). En caso de jóvenes delincuentes psicópatas, me parece conveniente su internamiento en centros especiales de terapéutica social.

En cuanto a la aplicación de la atenuante de edad juvenil (correspondiente a la del núm. 3.º del art. 9.º) creo que la disminución de la pena, a tenor del art. 65 (que se quiere mantener, con las debidas adaptaciones) (97), debería limitarse a la aplicación de la pena en el grado mínimo, pues la sanción penal debe reservarse para los condenados varias veces que hubieran cumplido ya la medida en el Instituto Penitenciario para Jóvenes, de Liria, en un centro de régimen más severo o en ambos y se les considere incorregibles. Es posible, también, sobre todo cuando se trate de jóvenes de dieciocho a veintiún años, que en algunos casos especialmente graves haya que aplicar una pena para satisfacer las exigencias de la retribución o expiación y la prevención general.

2. *Condena Condicional.*

Es sumamente insatisfactorio que se mantenga la regulación de la condena condicional tal como está en el Código penal vigente, en los arts. 92 a 97. Deberían introducirse en nuestro sistema de sursis elementos de la probation, tales como la asistencia y protección por delegados de prueba (probation officers o Bewährungshelfer) y la imposición de tareas o cargas (reparar en lo posible el mal del delito, aportar alguna cantidad a una institución pública o prestar algunos servicios de interés público) o reglas de conducta (referentes a su actividad

(95) Han llamado la atención sobre estos riesgos, LUZÓN DOMINGO, *Tratamiento penal de la delincuencia juvenil*, «Anuario de Derecho Penal», 1966, fasc. 3.º, págs. 403-4 y COBO DEL ROSAL, *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el art. 65 del Código penal español*, «Revista de Derecho Judicial», año XI, núm. 41, enero-marzo 1970, págs. 92 y ss.

(96) Véase, sobre estos centros, así como los Attendance Centres y los Detention Centres, CUELLO CALÓN, *El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1944, mayo, págs. 495 y ss. y el *Tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil*, «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales» 1952, fasc. 2.º, págs. 301 y ss.; y BERISTAIN, *Juristas y Psicólogos ante la delincuencia juvenil*, separata de la «Revista de Estudios Penitenciarios», Madrid 1965, págs. 28 y ss.

(97) Véase, Base Octava, 4.

profesional, formación, lugar de residencia, abstención de bebidas alcohólicas, lugares o personas que debe evitar, control o tratamiento médico, etc.), a los condenados a quienes se conceda la suspensión condicional de la pena. El sistema anglosajón de la probation ha experimentado una gran difusión en la Europa Occidental después de la segunda guerra mundial y ha sido introducido a veces de modo alternativo al sistema de sursis (así, por ejemplo, en Francia, donde después de la reforma del Code de procedure penale de 1959, el juez puede aplicar o bien la sursis simple o la sursis avec mise a l'épreuve), o se han insertado en el sistema franco-belga de sursis, al que responde nuestra regulación legal, elementos de la probation. Así, por ejemplo, en Suiza (art. 41 del Código penal, reformado por la Ley de 18 de marzo de 1971) y en la República federal alemana (arts. 23 y ss. del Código penal vigente y arts. 56 y ss. de la nueva Parte General del Código penal). Debería modificarse, además, la orientación fundamental de nuestra regulación legal. En ella la remisión condicional de la pena está concebida como un *beneficio* que se concede en aquellos casos en que el delito es de escasa gravedad (pena inferior a un año), o en que concurre una atenuante muy calificada (en cuyo caso puede aplicarse hasta a las penas inferiores a dos años) o una eximente incompleta (en que se aplica por Ministerio de la Ley, artículo 94, 1.º). La concesión de la condena condicional debe limitarse, naturalmente, en virtud de las exigencias de la retribución y expiación y de la prevención general a los delitos de menor gravedad (penas privativas de libertad inferiores a uno o dos años), pero debe estar sobre todo en función de la prognosis sobre la conducta futura del delincuente, es decir, en función de las exigencias de la prevención especial. Esta orientación fundamental debería deducirse claramente de la regulación legal para huir de todo automatismo en la aplicación de la condena condicional.

La aplicación de la condena condicional debería extenderse a las penas restrictivas de libertad y a la pena de multa (actualmente sólo se puede aplicar al arresto sustitutorio). La introducción de la advertencia con reserva de pena (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*) para las penas de multa de menor gravedad, en lugar de la condena condicional, prevista en los arts. 59 y ss. de la nueva Parte General del Código penal alemán (para las penas de hasta 180 días-multa), no me parece posible de momento en nuestro Código, pues ello obligaría a una reforma paralela de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El tribunal se limita en estos casos a constatar la culpabilidad y a hacer una advertencia al culpable, fija la pena, pero no dicta sentencia condenatoria. Presentaría todos los rasgos de la probation anglosajona (si el sujeto no delinque en un cierto plazo de prueba no se dicta sentencia condenatoria y no tiene antecedentes penales), si se acompañase de la vigilancia de los delegados y de la imposición de cargas y reglas de conducta, lo cual no se hace en el nuevo Código penal alemán (en él puede ir acompañada sólo de la imposición de cargas) (98).

Debería introducirse, asimismo, la suspensión condicional del cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad (internamiento en un sanatorio psiquiátrico, un centro de deshabitación, un centro de terapéutica social, en ca-

(98) Véase, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, «Allgemeiner Teil», 2.ª ed., 1972, pág. 577.

sas de trabajo o establecimientos agrícolas, etc.) cuando el tribunal estime que pueden conseguirse de este modo los fines de la medida. Esta es una importante innovación introducida en la nueva Parte General del Código penal alemán. No se concede, sin embargo, cuando la medida se impone conjuntamente con una pena privativa de libertad respecto a la cual no se conceda la condena condicional (art. 67 b). Se puede suspender también condicionalmente la ejecución de una medida privativa de libertad cuando deba aplicarse después de la pena, si se considera que el fin de la medida no exige ya el internamiento (art. 67 c). La concesión de la condena condicional lleva aparejada la adopción de la medida de seguridad de vigilancia de conducta (párrafo 2.º del art. 67 b y artículos 68 y ss.). Esta está confiada a un organismo de vigilancia y a un delegado de prueba designado por el tribunal de acuerdo con aquel organismo. La vigilancia tiene un carácter tutelar y de ayuda. El tribunal puede dar instrucciones al organismo de vigilancia y al delegado de prueba, así como órdenes al condenado, referentes a su comportamiento y tendentes a evitar su recaída en el delito. Mediante las modificaciones oportunas (posibilidad de dar instrucciones a los delegados y órdenes al condenado) podría aplicarse en nuestro Derecho la medida de sumisión a la vigilancia de la autoridad, de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 (artículo quinto, Decimocuarta).

3. *Redención de penas por el trabajo.*

En la aplicación de la redención de penas por el trabajo se ha incurrido en un excesivo automatismo, dada la obligatoriedad del trabajo en los establecimientos penitenciarios (arts. 2 y 50 del Reglamento de Prisiones) y la rigidez en el módulo de reducción de la pena. En realidad equivale a un acortamiento de las penas privativas de libertad, que en nuestro Código son, sin duda, excesivamente largas (99). ¿No sería preferible disminuir la duración de las penas o condicionar la reducción de las mismas a la prestación de servicios especiales, al celo en el trabajo, los progresos en la formación, la buena conducta, a la cooperación activa en la labor de corrección o enmienda? No es fácil adoptar otro sistema —que sería siempre complejo, pues habría que tener en cuenta multitud de factores— pero creo que debería intentarse. El módulo de reducción debería ser variable, según los progresos observados en la corrección o enmienda del delincuente.

VI. *Extinción de la responsabilidad criminal*

En relación con el indulto, debería insistirse en el requisito establecido en el artículo 2.º (núm. 1.º) de la Ley de 18 de junio de 1870, tantas veces violado, de que no pueda aplicarse si, o mientras, no haya recaído sentencia firme. De lo contrario se desnaturaliza la institución del indulto, que supone la existencia de una responsabilidad criminal que hay que extinguir y no elimina, por otra parte, según opinión unánime de la doctrina, los antecedentes penales.

Me parece sumamente desacertada la innovación en materia de prescripción de que no se compute a efectos de la misma el tiempo en que el culpable permanezca en situación de rebeldía. El fundamento de la prescripción en el Derecho penal se encuentra en el efecto destructor del tiempo y no, como en el Derecho

(99) Véase, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte general*, 1949, págs. 517-518.

civil, en el abandono o negligencia del titular de la acción. En nuestro Código penal vigente y en el futuro, pues la regulación de la prescripción se mantendrá inalterada en todos los demás aspectos (Base Undécima, 3), el fundamento de la prescripción del delito no es la negligencia del Estado en su persecución (100). El plazo de prescripción se cuenta desde el momento de comisión del delito y no, como en el Código penal de 1870, desde que se descubre y comienza el procedimiento. La prescripción del delito se basa en que por el transcurso del tiempo la sociedad ha olvidado su comisión y se extinguen las exigencias de retribución y expiación. La falta de castigo no supone ya tampoco un menoscabo de la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general. Por el transcurso del tiempo resulta, además, más difícil la práctica de la prueba. Cuando el delincuente permanece en rebeldía la sociedad va olvidando u olvida el delito. La Administración de Justicia también, pues sería una ficción estimar que el recuerdo perdura en ella, porque permanezcan un sumario y unas actuaciones archivadas.

Debería introducirse, en cambio, la prescripción de la reincidencia, que se estableció ya por el Real Decreto de 14 de noviembre de 1925. De acuerdo con esta disposición, los efectos de las condenas anteriores cesaban cuando pasara el tiempo preciso para la prescripción del delito. El Código penal de 1928 derogó el Real Decreto de 14 de noviembre de 1925, pero dejó al arbitrio del Tribunal la apreciación de la reiteración y la reincidencia, debiendo tener en cuenta, además de otras circunstancias, el tiempo transcurrido entre la ejecución de los delitos (101). En la nueva Parte General del Código penal alemán, el plazo de prescripción de la reincidencia es de cinco años (art. 48, párrafo 4.º).

VII. Consideraciones finales

Si hubiéramos de formular un juicio de conjunto sobre el Anteproyecto diríamos que contiene indudables aciertos, que refleja una preocupación por mejorar nuestro Derecho penal, pero presenta también grandes deficiencias. En general, no se tienen en cuenta muchos de los avances más recientes de la Ciencia del Derecho penal, no ya de otros países (Alemania, Italia, Suiza, etc.), sino ni siquiera la labor considerable desarrollada por los científicos españoles en los últimos años. Es lamentable que no se haya atendido en absoluto a la nueva Parte General del Código Penal alemán, aprobada por la Ley de 4 de julio de 1969 y que entrará en vigor el 1.º de enero de 1975. Los autores del Anteproyecto se han inspirado especialmente en el Código italiano de 1930, que está ampliamente superado por los avances de la Ciencia del Derecho penal. Desde 1949 se han sucedido, con diverso alcance, los proyectos de reforma, el último de los cuales, el Proyecto Gonella de 19 de noviembre de 1968 fue aprobado por el Senado el 2 de julio de 1971 (102).

(100) Véase, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte general*, 1949, págs. 575 y ss, especialmente pág. 578.

(101) Véase, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte general*, 1949, págs. 387, 388.

(102) Véase, por ejemplo, BETTIOL, *Diritto Penale*, 7.ª edic., 1969, págs. 31 y ss.; ROSSI, PAOLO, *Per una riforma del Codice penale, Studi in onore di Francesco Antolisei*, III, Milán, Giuffrè, 1965, págs. 163 y ss.; y SANTORO, *Impressioni e riserve sulla revisione novellistica del Codice Penale*, «La Scuola Positiva», 1971, fasc. 3.º, págs. 341 y ss.

La elaboración del Anteproyecto debería haber sido realizada por una comisión mixta, reducida, de catedráticos, magistrados, fiscales y letrados del Ministerio de Justicia, designada especialmente para este cometido, sin perjuicio de que posteriormente el esquema de Anteproyecto se sometiera al examen de la Comisión General de Codificación.

Zaragoza, 3 de marzo de 1973

Jurisprudencia penal 1970

PEDRO-LUIS YANEZ ROMAN

Profesor Adjunto de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid
y
Vicesecretario del Anuario de Derecho penal y Ciencias penales

CODIGO PENAL

§ 1. Artículo 1, **Principio de legalidad y fuentes del Derecho penal.**—No es posible sustituir la invocación de preceptos sustantivos incluidos en Leyes de naturaleza penal por la infracción de la doctrina jurisprudencial de la Sala 2.^a, contenida en sus sentencias, pues a diferencia de lo que sucede en el orden civil, no se autoriza en el criminal el recurso de casación por lesión de doctrina legal, por no existir en el Derecho Penal más fuente de Derecho que la Ley, aunque la jurisprudencia sirva de norma interpretativa, pero sin fuerza de obligar (Auto 29 abril 1970).

§ 2. Artículo 1, párrafo 2.º, **Presunción legal de voluntariedad.**—“La presunción legal establecida en el párrafo segundo del artículo primero del Código penal—declara el T. S. a propósito de un delito de estafa—, se refiere tanto al **dolo genérico como al específico**, por no contemplar un hecho indeterminado, sino aquel que la Ley define y sanciona en la norma; hallándose implícita en la ejecución de los actos tipificados como punibles, a no resultar lo contrario de las pruebas, o cuando se recurre, por la vía del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de las expresiones fácticas de la sentencia combatida” (S. 23 enero 1970).

“En toda clase de delitos—expresa el Tribunal Supremo— va implícito el conocimiento de la situación de las personas o cosas afectadas por la acción antijurídica en virtud de la presunción “**ius tantum**” del artículo 1.º del Código penal” (S. 26 enero 1970). Cfr. § 46.

“No puede admitirse tampoco una calificación culposa (Cfr. § 7: S. 28 enero 1970), dado que la **imprudencia en cualquiera de sus formas supone siempre la existencia de actos voluntarios, pero carentes de una representación maliciosa del daño...**” (S. 28 enero 1970).

§ 3. Artículo 3, párrafo 2.º, **Frustración.**—“Cuando se sorprende al reo en el momento de estarse cometiendo el delito y aquél no puede disponer de la

cosa, igual que cuando la detención del mismo ocurre tras el mismo momento inmediato a la comisión, **existe la frustración, delito completo en la ejecución pero fallido en el resultado** (S. 12 febrero 1970).

Al afirmarse en el hecho probado que el procesado, aprovechando el descuido de los dependientes de unos almacenes, tomó para sí cuatro pantalones, ha de estimarse cometido el delito de hurto en grado de frustración y no de tentativa, pues la acción de tomar los pantalones significa recibirlos, apoderarse de ellos, agotando por consiguiente los actos de ejecución subjetiva del delito, faltando únicamente la disponibilidad que no llegó a producirse al ser sorprendido (S. 16 febrero 1970).

§ 4. Artículo 3, párrafo 3.º, **Tentativa**.— Cfr. § 45. S. 27 febrero 1970.

No realizó el procesado todos los actos de ejecución que debían consumar el delito de violación, cuando faltó el acto esencial complementario de los actos sexuales con la **“inmissio penis”**, acto necesario para el yacimiento. De forma que para la consumación se precisa la introducción del pene, sin que sea precisa la eyaculación; mientras que la frustración se da cuando, a causa de la desproporción entre los órganos bisexuales, es imposible la **“inmissio penis”**. Por consiguiente, al no darse **todos** los actos precisos para consumar el delito de violación, el delito resultó intentado (S. 13 octubre 1970).

§ 5. Artículo 8, 1.º, **Trastorno mental transitorio**.—No cabe apreciar la eximente completa o incompleta (en relación con el núm. 1.º del artículo 9.º) de trastorno mental transitorio, porque la embriaguez causó solamente al procesado una intoxicación etílica intensa, pero sin que llegase a anular sus facultades mentales, mientras que para la concurrencia de aquélla se requiere la **pérdida momentánea total de las facultades intelectivas y volitivas con intensidad suficiente, aunque sea breve, y sin dejar huellas, producida por estímulos físicos o anímicos que alteren orgánicamente la conciencia** (S. 20 febrero 1970).

§ 6. Artículo 8, 4.º, **Legítima defensa**.—El Tribunal Supremo aprecia la eximente completa de legítima defensa, cuando la sentencia del Tribunal “a quo”—que la había denegado por falta del requisito de la necesidad reacional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, estimando que el procesado estaba en una situación de ventaja sobre el agresor, ya que permanecía al acecho y en la creencia de una falta de peligrosidad—, considerando que sí existió peligro real, al verse enfocado por la linterna que portaba el ladrón, interpretando esta acción como signo precursor de la agresión de que podía ser víctima, lo que explica que por instinto de defensa tomase lo que encontró a su alcance, una botella de cerveza, y la lanzase contra quien se había introducido en el almacén para atacar su propiedad; realizando tal acción con evidente propósito defensivo, no sólo de sus bienes, sino también de su persona, al impedir una posible agresión de quien podía temer ser descubierto; sin que, por consiguiente, pueda exigirse al procesado que esperase a comprobar si efectivamente iba a ser agredido o a que realmente lo fuese; y, en cuanto a la **proporcionalidad del medio empleado, aparte de no ser calibrable matemá-**

ticamente, el descubrimiento que el enfoque de la linterna produjo no permitió conocer la clase de arma que portaba el agresor o si no portaba ninguna, y aun en el supuesto de que la hubiese visto o conocido, lógicamente no habría podido perder el tiempo en buscar la que pudiese ser proporcional para emplearla en su defensa o para impedir el ataque (S. 22 enero 1970).

§ 7. Artículo 8: 8.º, **Caso fortuito**.—Rechaza el T. S. el recurso del procesado porque carece de toda base lógica la alegación de un supuesto caso fortuito, ya que **ni reñir ni zarandearse hasta llegar a caer son actos lícitos, ni se ejecutaron con la debida diligencia, ni el mal producido lo fue por mero accidente, sino como consecuencia de la agresión; ni puede admitirse que quien interviene en riña con actos agresivos opera sin culpa, sin que pueda admitirse tampoco una calificación culposa**, dado que **la imprudencia en cualquiera de sus formas, supone siempre la existencia de actos voluntarios, pero carentes de una representación maliciosa del daño**, aunque incidiendo en falta de previsibilidad del resultado, y quien en el curso de una riña realiza actos de acometimiento es posible que no pretenda causar un mal tan grave como el realmente sufrido por la víctima, pero ello aparece indudablemente en la voluntad y representación del daño dolosamente querido, que excluye en absoluto la tesis de la imprudencia (S. 28 enero 1970).

No cabe apreciar la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal prevista en el número 8.º del artículo 8 del C. p., por cuanto requiere para su aplicación, **que el agente haya obrado con la debida diligencia, lo que falta por completo en la negligente conducta del procesado**, que procedió con el olvido de las más elementales normas de precaución y prudencia en el servicio que tenía encomendado como encargado de unas obras, no ordenando el levantamiento de la valla caída y el encendido de las luces indicadoras de la zanja que en aquéllas se había practicado, dada la hora crepuscular con la consiguiente claridad disminuida, no siendo achacable el siniestro a impericia o falta o falta de atención de la víctima, sino a la carencia de señal indicadora de peligro, por ser lógica y natural la creencia del motorista, aunque observara la valla en el suelo y sin luces, de que el camino se encontraba completamente despejado y expedito (S. 7 abril 1970).

§ 8. Artículo 9: 1.ª, **Enajenación mental (incompleta)**.—La oligofrenia, en cuanto anomalía mental, engloba una serie de grados delimitados por sus características sintomáticas y por la intensidad de sus defectos, desde la **idiocia**, pasando por la **imbecilidad**, a la **debilidad mental**, y para llegar al otro extremo, a la **mera torpeza**; situaciones mentales que tienen una trascendencia muy diversa en la responsabilidad criminal, pues así como la **idiocia** la excluye radicalmente, al hacer inimputable al sujeto que la sufre, la **imbecilidad** puede eximir o simplemente atenuar, según su grado de intensidad, mientras que la **debilidad mental** sólo atenúa cuando es muy acusada, en tanto que la **mera torpeza** carece de todo efecto modificativo de la responsabilidad penal y, por tanto, de efectos atenuatorios (S. 25 febrero 1970).

Ha sido rectamente aplicada la eximente incompleta primera del artículo 9.º del Código Penal, en relación con el número primero del artículo 8.º

del mismo Código, pues la **personalidad psicopática de tipo explosivo**, con vivencias anómalas y psicosis depresiva, fue sacudida por un fuerte choque emotivo producto de una reacción anímica que, sin alienarla, dada la naturaleza de la psicopatía, sólo disminuyó su imputabilidad, pero como el elemento desencadenante del impulso fue la decisión de separarla de su nieta por el gran cariño que hacia ella sentía, este móvil que ha ocasionado la atenuante no pudo entrar como base de la séptima del mismo artículo 9.º y engendrar un mismo hecho dos circunstancias (S. 12 marzo 1972).

§ 9. Artículo 9: 4.ª, **Preterintencionalidad** (no cabe apreciarla en los delitos contra la propiedad).—Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la preterintencionalidad del número cuarto del artículo 9.º del Código Penal y la norma contenida en el artículo 50 del mismo Código, no son aplicables, por lo general, en los delitos contra la propiedad (S. 3 febrero 1970).

La voluntad falsaria inherente al delito de falsedad abarca la totalidad del resultado y es incompatible, por tanto, con la circunstancia modificativa cuarta del artículo 9 del Código Penal, de la que es presupuesto la producción de un mal de mayor gravedad que el querido (S. 17 marzo 1970).

Si en el establecimiento industrial en el que el procesado era director gerente, se fabricaron 12.400 litros de alcohol destinados a la elaboración de bebidas para el consumo humano, alcohol con una **proporción de 10 por 100 gramos por litro de metílico, muy superior a la permitida por la legalidad vigente, que como límite máximo permitido establece el de tres gramos por litro**, pudiendo las bebidas elaboradas por dicho alcohol resultar perjudiciales y ocasionar trastornos de cierta gravedad a los consumidores, según patentizaron los informes médicos y técnicos obrantes en autos, su conducta encaja en el delito contra la salud pública del artículo 346 del Código Penal, **por lo que es improcedente estimar la concurrencia, ni como específica ni como analógica, de la atenuante de preterintencionalidad** (S. 14 abril 1970).

§ 10. Artículo 9: 6.ª, **Vindicación de ofensa**.—En lo que respecta a la aplicación de la circunstancia atenuante del número sexto del artículo 9.º del Código Penal, la ofensa no puede presumirse ni suponerse, sino que debe aparecer determinada y probada, y, transcurriendo con absoluta normalidad la conversación entre el procesado y la víctima, la simple referencia de ésta al sitio donde cayó muerta la madre del procesado, no tiene fuerza suficiente para justificar la inesperada reacción de este último, cogiendo una herramienta con la que acometió a su víctima, ataque efectuado bajo un exceso de suspicacia, no bajo una ofensa, según se declara del facto, sin que conste tampoco fuese provocada por gestos o actitudes tendentes a inferirla (S. 3 febrero 1970).

§ 11. Artículo 9: 7.ª, **Móvil altruista** (compatibilidad con ánimo difamatorio en delito de injurias).—Si bien es cierto que la circunstancia atenuante séptima del artículo noveno del Código Penal valora exclusivamente el móvil que impulsa al delito con independencia del ánimo del agente, en su serenidad o alteración, pues es compatible con el actuar meditado y frío, no puede aceptarse la afirmación de que, aceptada esta atenuante en el delito de injurias,

el móvil altruista reconocido hace desaparecer el difamatorio, pues la crítica altruista, válida en sí misma, por el fin a que tendría de evitar la demolición de un monumento artístico-histórico, no hace desaparecer el ánimo deshonorante empleado al ejercerla, por lo que su compatibilidad es evidente, si bien con el efecto beneficioso de la atenuación, certeramente recogido en la valoración de la Sala de instancia (S. 28 enero 1970).

§ 12. Artículo 9: 9.^a, **Arrepentimiento espontáneo**.—Para que pueda ser apreciada la atenuante de arrepentimiento espontáneo, la conducta de confesar el delito a las Autoridades, ha de deberse a la libre y espontánea voluntad forjada por desinteresados motivos, que sirva para descubrir a la Administración de Justicia la infracción criminal y para auxiliarla a fin de facilitar su trascendente misión investigadora, sancionadora y reparadora, o para que se disminuyan los daños materiales o morales debidos al mismo, no pudiéndose admitir como tal la confesión hecha a personas que no sean Autoridades Judiciales o Agentes suyos y concretamente la efectuada a particulares, a no tratarse del excepcional supuesto de que por imposibilidad de hacer la confesión directamente a dichas Autoridades o Agentes, se utilicen a otras personas como meros “nuncius” (S. 16 febrero 1970).

La circunstancia de arrepentimiento espontáneo requiere el móvil subjetivo de obrar a impulsos de un arrepentimiento espontáneo y presenta **la exigencia cronológica de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial** (S. 25 noviembre 1970).

§ 13. Artículo 9: 10.^a, **Atenuantes por analogía** (arrepentimiento espontáneo).—De análoga significación a la atenuante novena del artículo 10 del Código Penal, arrepentimiento espontáneo, es la conducta del procesado que, encontrándose lejos del alcance de la Justicia española, vuelve del extranjero y se presenta espontáneamente en la Comisaría de Policía y declara su delito, por lo que procede apreciar la circunstancia décima del mismo artículo 9 del Código Penal (S. 2 abril 1970).

§ 14. Artículo 10: 1.^a, **Alevosía**.—El empleo de un gran cuchillo con hoja de 33 centímetros de largo por 10 de ancho y el golpe asestado con él a su yerno en la parte posterior del cuello, situada la recurrente al lado izquierdo del agredido, sin que éste, dada su posición de atarse el zapato, pudiera advertir el ataque, **son elementos objetivos, que junto con los subjetivos de elegir el arma y colocarse en posición ventajosa para herir sobre seguro, determinan la alevosía, pues este querer el medio, la forma y el modo son el factor subjetivo de dicha agravante, no las razones, impulsos o motivos, materia de otra circunstancia modificativa** (S. 12 marzo 1970).

§ 15. Artículo 10: 8.^a, **Abuso de superioridad**.—Cfr. 41: S. 18 febrero 1970.

§ 16. Artículo 10: 13.^a, **Nocturnidad**.—“Es intrascendente para desvirtuar el concepto de nocturnidad la mayor gravedad o peligrosidad social que pueden envolver ciertos delitos ejecutados en pleno día, como los atracos, ni tampoco

puede destruir el concepto la perfecta iluminación de la calle donde se cometió el robo origen de los autos; la realidad es que en nuestro Código sigue subsistiendo la agravante genérica de nocturnidad y de ahí su forzosa aplicación por los Tribunales, por **la mayor facilidad que la noche proporciona para la perpetuación de ciertos delitos**, especialmente los de robo y las mejores garantías de impunidad para sus autores, por **la reducción, prácticamente nula del tráfico urbano**, como lo acredita el propio supuesto contemplado en el que **a pesar de la radiante iluminación de la vía pública**, logran forzar el mecanismo de cierre del establecimiento comercial, apoderándose de voluminosos objetos que se llevaron, sin ser sorprendidos de momento, razón por la que buscaron la noche de propósito, según se declara de facto" (S. 24 enero 1970).

"Fue debidamente apreciada la agravante 13.^a del artículo 10 del Código Penal en el delito de homicidio por el que ha sido condenado el procesado, pues si bien no consta que se buscara la noche para cometer el delito, es evidente que el culpable se aprovechó maliciosamente de la misma para hacer más fácil y segura su agresión, al situarse previamente en el único punto de sombra que en el lugar existía y que solamente durante la noche podía existir, por darse la interferencia de una choza y matorrales a la luz proveniente de la bombilla que alumbraba el lugar, circunstancia que no podía darse durante el día y que el inculcado utilizó a sabiendas de mayor seguridad para su persona y mayor peligro para el atacado" (S. 27 enero 1970).

§ 17. Artículo 10: 13.^a, **Despoblado**.—La soledad, el aislamiento y la falta de tránsito normal de gente por un paraje, así como la falta de visibilidad de un lugar —con independencia de que esté o no retirado— son las características esenciales del despoblado y el fundamento de esta circunstancia agravatoria, por lo que aumentan el desamparo de la víctima (S. 25 febrero 1970).

§ 18. Artículo 10: 16.^a, **Desprecio de sexo**.—No constando en modo alguno que fuera la víctima la que provocara el suceso, es de inexcusable apreciación la agravante 16.^a del artículo 10 del Código Penal, en el delito de lesiones sancionado, por el respeto y consideración siempre debidos a la mujer y a su mayor debilidad física, especialmente en el supuesto contemplado, por encontrarse el agente por su edad en pleno vigor físico y ser la lesionada de edad mucho más avanzada (S. 3 febrero 1970).

La agravante de desprecio de sexo se fundamenta filosóficamente no en el erróneo entendimiento de que el sexo femenino sea de por sí y en todo caso un privilegio legal en favor de las mujeres, sino en la consideración que nace del pensamiento de que la mujer por su debilidad física y acusada sensibilidad, por la potencial función materna y por la misión que en muchos casos desempeña en el seno de la familia y por el respeto que en muchos casos merece en la diaria convivencia humana por parte del sexo masculino y que no debe ser privado sino en los casos de voluntaria pérdida de la personal dignidad; por lo que es evidente que en el caso de una infeliz mujer de evidenciada buena conducta, engañada por quien después le dio muerte con el concierto de unas relaciones amorosas honestas con aparente finalidad matrimonial, ella descubre que no

pueden continuar por ser casado y con hijos, negándose a continuarlas, está bien aplicada la agravante, teniendo en cuenta que esta Sala ha generalizado el criterio de admitir esta circunstancia en los delitos ocasionales (S. 17 noviembre 1970).

§ 19. Artículo 11, **Circunstancia mixta de parentesco (Agravante)**.—“A pesar de que los hechos probados de la sentencia recurrida hablan de los malos tratos de obra que la víctima había realizado con el procesado, añader que tales diferencias o sucesos no impidieron la mutua ayuda familiar en labores domésticas y campesinas, ni afectaron tampoco al trato natural de ambas familias, por lo que no cabe apreciar la enemistad y, por tanto, **concorre la agravante del parentesco**, que sólo en el caso de darse **enemistad persistente y ruptura de toda clase de lazos de orden familiar hubiera impedido la apreciación oportuna**, según la dirección de la más reciente doctrina de esta Sala” (S. 27 enero 1970).

No puede hablarse de vínculos de parentesco entre los protagonistas, **cuñados entre sí**, como motivo de agravación o atenuación, **cuando había cesado toda relación familiar desde hacía tiempo y se conducían como extraños**, atentos sólo a cuestiones de tipo económico derivados de negocios en común que habían tenido en el extranjero y que el procesado trataba de solventar a tiros (S. 23 abril 1970).

§ 20. Artículo 14, **Autoría**.—No sólo por el concierto previo y reparto de papeles a desempeñar para que tenga buen fin el acto delictivo propuesto quedó implicado el impugnante en la autoría, sino que su actuación fue lo suficientemente importante y eficaz para llegar a la consumación del delito, lo que bastaría para considerarle autor, toda vez que estuvo dedicado a la vigilancia durante la realización de los hechos y como hicieran mucho ruido los que actuaban sobre la cerradura de la vitrina para abrirla, trajo una motocicleta, para que con su ruido evitara se descubriesen aquellos otros y así dar lugar a que se terminara la acción ilícita de sus compañeros en la delincuencia. Cfr. § 43: S. 5 marzo 1970 (S. 3 febrero 1970). Cfr. § 55: S. 13 febrero 1970; § 32.

Cooperación necesaria.—Aunque en la intervención de varias personas en la comisión de un delito, si bien sea en distinto grado de actuación, hay siempre, anterior, simultánea o posteriormente un acuerdo de voluntades, éste que pudiéramos llamar **concierto genérico para delinquir** es por entero distinto del **previo concierto de carácter específico** que se verifica entre los plurales intervinientes para tomar parte directa en la ejecución del hecho, para cooperar a la ejecución con actos sin los cuales no sería factible realizarlo (S. 17 febrero 1970).

§ 21. Artículo 61: 6.ª, **Reincidencia**.—A partir de la segunda reincidencia puede aplicarse la regla sexta del artículo 61 del Código Penal, aunque concurra una sola sentencia (S. 23 febrero 1970).

§ 22. Artículos 68, 69 y 71, **Concurso de delitos (escándalo público y abusos deshonestos; Concurso ideal)**.—En el supuesto de un delito de abusos des-

honestos cometido en presencia de una niña de cinco años, no es de aplicar el artículo 68 del Código Penal, sino que es de apreciar también la existencia de otro delito de escándalo público del artículo 431 del mismo Código, pues en un solo hecho se proyectan dos agresiones a bienes jurídicos distintos, la libertad sexual individual en los abusos deshonestos y la moral colectiva en el de escándalo público, con dos sujetos pasivos diversos, la ofendida material del delito de abusos deshonestos y la niña espectadora de los actos lúbricos ejecutados deliberadamente ante ella, la cual si no representaba numéricamente a la sociedad, implicaba a ésta al deformarse en sus valores personales de pudor y buenas costumbres, con huella indeleble de lo visto para su futuro desarrollo (S. 23 febrero 1970).

Concurso de leyes (falsedad y estafa).—Mientras el concurso de delitos es posible entre la falsedad y la estafa cuando se trata de documentos públicos y asimilados a éstos, en base a no ser necesaria la existencia de un perjuicio real o potencial en el patrimonio ajeno, por el contrario, la presencia de tal perjuicio en el documento privado elimina la posibilidad del concurso delictivo, dándose, por tanto, un **concurso de leyes**; de forma que, al coexistir los mismos requisitos que en la estafa —es decir, el engaño perpetrado a través de un documento (engaño documental que, en virtud del principio de especialidad, disgrega la falsedad de la estafa)—, el perjuicio logrado o intentado y la necesaria conexión causal entre ambos, se da configuración perfecta al principio de **especialidad**, en lugar del de absorción o consunción, por lo que la falsedad “opera respecto de la estafa a la manera de círculos concéntricos en virtud de aquella nota específica del engaño, que en la falsedad debe operar necesariamente a través de un documento, con la consecuencia —bien se aplique el principio de la “*lex specialis*” o el de la “*lex consumens*”— de que la estafa queda apartada y destipificada por la falsificación”. Cfr. SS. 7 marzo y 30 mayo 1969, en sentido idéntico al mencionado. Ello, no obstante, los citados principios de especialidad y de consunción a favor del delito de falsedad deben ceder su imperio al de **alternatividad** y al de mayor penalidad, consagrados expresamente por el artículo 68 del Código penal, cuando la estafa absorbida esté castigada, en virtud de la cuantía defraudadora, con mayor pena que la señalada a la falsificación en documento privado, es decir, cuando aquélla esté sancionada con pena superior a la de presidio menor que es la señalada como única para dicha falsedad en el artículo 306 del Código penal, en cuyo caso la estafa recobraré su tipicidad para excluir a la falsedad, en virtud de los principios mentados, según ha declarado en parte la Sala 2.^a en sentencia de 7 de mayo de 1969 (S. 8 octubre 1970).

§ 23. Art. 69, **Delito continuado.**—El delito continuado —creación de la doctrina del T. S.— más que medio o expediente personal de interpretación benigna, e incluso que ficción jurídica, es realidad natural y sustantiva, por hallarse integrado en esencia y materia, por un delito único con acción plural, que obedece a una resolución criminal unitaria, que en su ejecución se fracciona por el agente, por lo que existiendo estos presupuestos en una conducta, su calificación es obligada, y comparándola con la resultante de castigar las

acciones varias separadamente, tanto puede beneficiar como perjudicar al mismo su penalidad (S. 16 febrero 1970).

Falsedad.—La doctrina del delito continuado es aplicable en aquellos casos en que siendo varias las infracciones no hubiera posibilidad de individualizarlas precisándolas con firmeza, pero cuando el aislamiento de cada acto delictivo es posible concretarlo, habrá tantos delitos como infracciones se realizaron, como ha sucedido en el supuesto contemplado, pues aunque la finalidad criminosa perseguida por el procesado fuera la misma, no cabe admitir la conexión continuada en las distintas acciones ejecutadas, pues cada una de las falsificaciones efectuadas en las letras de cambio y en los documentos privados tuvo plena realización subjetiva y objetiva, con exactitud conocida e independiente entre sí, agotando en cada una el resultado constitutivo de la figura delictiva de la falsedad, con la mutación subsiguiente de la verdad en su contenido, renovándose cada vez la voluntad dolosa del agente al producirse alteraciones falsas en los diversos documentos (S. 18 febrero 1970).

Abusos deshonestos.—El T. S. rechaza la apreciación del delito continuado en un supuesto delictivo de abusos deshonestos, por estimar que la ficción jurídica del delito continuado no puede aplicarse a este delito cuando se contemplan varias acciones criminosas y cada una aparece claramente ejecutada con independencia total y se **precisan las ocasiones en que fueron cometidas**, porque se ofrecen entonces **como productos de resoluciones de la voluntad formadas en momentos distintos**, de forma que vulneran aisladamente de manera total el bien jurídico protegido en la Ley, que es el pudor y honestidad de la persona sobre la que recaen tales actos, por resultar en cada caso ofendida (S. 21 enero 1970).

No puede apreciarse la existencia de delito continuado —declara el T. S.—, por cuanto la unidad de propósito libidinoso y los actos homogéneos deshonestos cometidos con dos menores de doce años no producen la unidad de delito, según reiterada doctrina de nuestro más alto Tribunal (S. 2 octubre 1970).

Hurto.—Desestima el Tribunal Supremo el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia que había apreciado un delito continuado de hurto —con lo que, en opinión del M. F., al no estar especificadas las ocasiones en que tuvieron lugar todas y cada una de las sustracciones, los hechos no pasarían de la estimación de meras faltas—, en base a considerar que el delito continuado supone la concurrencia de diversas acciones desarrolladas sucesivamente en el tiempo..., pero que se unifican en virtud de los elementos subjetivos y objetivos que actúan a modo de engarce de aquellas distintas acciones (es decir, la unidad de propósito en el aspecto subjetivo y la de ocasión en el objetivo). Y, si bien el T. S. ha venido aplicando el referido delito a supuestos en que las ocasiones y cuantías de las diversas sustracciones no apareciesen determinadas e individualizadas con la necesaria concreción, más recientemente ha ido superándose este pragmático fundamento que haría del delito continuado un **mero expediente procesal ante la indeterminación probatoria de las parciales sustracciones**, para fijar su atención preferentemente en la concurrencia de los requisitos propios de la institución, singularmente en la **voluntad unitaria culpable, verdadero eje y sustancia del**

delito continuado (S. 22 octubre 1970). En sentido similar, SS. 3 mayo y 4 diciembre 1968.

Cheque en descubierto.—La naturaleza del delito de cheque en descubierto, figura penal de **mera actividad**, por la cual cada acto de extender el talón se consuma y completa en el instante, lo hace discutible para la teoría del delito continuado que enlaza actos parciales, acciones incompletas en el sentido de propósito total, coincidentes en un resultado dañoso patrimonial defendido legalmente, en tanto que por el delito de cheque en descubierto se protege la seguridad del tráfico mercantil, la garantía del documento (S. 5 marzo 1970).

Por el contrario, casa el T. S. la sentencia del Tribunal “a quo”, en base a considerar que, **al no ser el delito de cheque en descubierto una infracción formal o de mera actividad**, sino que exige un engaño, con el empleo de elementos culpabilistas y un resultado negativo, **puede en él excepcionalmente producirse el delito continuado, si los diversos cheques son emitidos en un solo momento y con igual fecha de vencimiento, por el propio sujeto activo**, para satisfacer la misma obligación al propio sujeto pasivo y se entregan en un mismo acto, y todo ello por tener el agente el designio único o propósito doloso de burlar los derechos del acreedor (S. 30 marzo 1970).

Delito masa.—En el **delito por fraude colectivo, con sujeto pasivo único pero con pluralidad de perjudicados**, es decir, el **delito masa, figura distinta**, pero paralela al delito continuado, las defraudaciones ocurridas o descubiertas con posterioridad a la sentencia firme intercedente, quedan cortadas en el encaenamamiento con los hechos enjuiciados, tomándose como entidades distintas al escindirise la conexión objetiva y subjetiva que las mantenía unidas (S. 25 noviembre 1970).

Apropiación indebida.—Aprecia el delito continuado la S. 13 febrero 1970. Cfr. § 70.

§ 24. Artículo 94: 2.º, **Condena condicional** (“*ex necessitate legis*”).—La referencia que este precepto hace a los delitos que se persiguen a instancia del agraviado hay que entenderla circunscrita a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por querrela del agraviado, no a los que no necesitan de tal requisito, aunque no puedan reputarse públicos, sino **semipúblicos, cuando esté limitada la facultad de denunciarlos a ciertas personas o entidades, como ocurre con el delito de abusos deshonestos**, que no necesita querrela, sino mera denuncia, y no vinculada al ofendido o a sus parientes o representantes legales, sino extensiva al Ministerio Fiscal, Junta de Protección de Menores y Tribunal Tutelar de éstos al tratarse de menores de dieciséis años (S. 22 enero 1970).

§ 25. Artículo 166, 1.º, **Reunión ilegal.**—Considera nuestro más alto Tribunal que están perfectamente aplicados los artículos 166, número primero, y 167, número primero, del Código Penal, dado que el procesado presidió una **reunión con un número de asistentes muy superior a veinte, celebrada sin la preceptiva autorización de las autoridades académicas, en un aula de determinada Facultad universitaria**, en cuyo recinto tenía prohibida la entrada el procesado, propugnando en la misma, en la que dirigió la palabra y asumió funciones directivas, **la no aceptación del Decreto creador de las Asociaciones de Estudiantes, la celebración de elecciones ilegales e integración en una huelga,**

con el fin de conseguir el levantamiento de sanciones docentes impuestas, tendente todo ello a perturbar el orden público y la normalidad de la vida ciudadana, bienes jurídicos protegidos en los artículos correctamente aplicados por el Tribunal "a quo" (S. 26 enero 1970).

§ 26. Artículo 173: 3.º, **Asociación ilícita**.—El Tribunal Supremo considera correcta la aplicación de los artículos 173: 3.º y 174, párrafo 1.º, del Código penal, pues el procesado inició entre sus compañeros de trabajo en la empresa una labor de atracción hacia las denominadas **Comisiones Obreras Juveniles**, rama de las Comisiones Obreras, **filiales del Partido Comunista de España**, cotizando y efectuando colectas para las mismas, además de acudir a conciliábulos con otros cofrades (S. 9 febrero 1970).

§ 27. Artículo 174: 1.º, párrafo 3.º, **Asociación ilícita**.—El **Partido Comunista**, al que se adscribieron los recurrentes, es **asociación ilícita** por lo dispuesto en el Decreto de 13 de septiembre de 1936 y Leyes de 9 de febrero de 1939, 1 de marzo de 1940 y 17 de mayo de 1958, además de venir comprendida por tanto en el artículo 172 del Ordenamiento punitivo, por lo declarado en el número tercero del siguiente artículo, es de los aludidos en el párrafo tercero, número primero, del artículo 174, ya que su objeto es la **subversión violenta y la destrucción de la organización política, social, económica y jurídica del Estado**, precepto aplicado debidamente a los recurrentes, quienes cooperando voluntaria y conscientemente a dicha finalidad, realizaron captación de adeptos, con los que se reunían para adoctrinarse en común y además de cotizar mensualmente para la organización, portaban material propagandístico de sus ideas cuando fueron detenidos (S. 24 abril 1970).

La pertenencia a entidades que tienen como única finalidad política la de lograr la división violenta o por la fuerza de la unidad de la nación española, y con ello la destrucción de la organización política y jurídica del Estado, es precisamente lo contemplado en el párrafo tercero del número 1 del artículo 174 del Código Penal.

Asimismo, la atenuante específica del párrafo último del número primero del artículo 174 del Código Penal no es de aplicación si los procesados tenían funciones de coordinación y dirección que siempre son importantes; más cuando están dirigidos a organizar situaciones conflictivas, movimientos de masas y ocultación de los identificados por la Policía, y además porque la aplicación de la rebaja de la pena ha pasado a ser facultad discrecional del Tribunal sentenciador por la reforma de la Ley de 8 de abril de 1967 que, como todo lo discrecional, no es materia de casación fuera de los casos de notoria discrepancia con los hechos que la sentencia declara probados (S. 20 noviembre 1970).

§ 28. Artículo 231: 2.º, **Atentado**.—El delito de atentado del artículo 231, número 2, del Código penal, amparador del imperio o supremacía de las personas constituidas en autoridad o sus agentes, cuando se hallen en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, tiene como soporte esencial, **además del dolo del agente comprensivo de la calidad del sujeto pasivo y de que se halle desempeñando sus funciones, un elemento subjetivo de lo injusto**, que es

el ánimo o intención de menospreciar, ofender o agravar al principio de autoridad que representan, que ha de presumirse siempre que el agente conozca el carácter de la víctima (S. 9 noviembre 1970).

§ 29. Artículo 244, **Desacato**.—Dirigir a un Ayuntamiento las críticas de que es lonja de contratación de favor, que está regida como si se tratara de una empresa mercantil, etc..., es desbordar a conciencia el cauce de la mesura, corrección y respeto por el que han de discurrir las quejas o denuncias contra las Autoridades (S. 9 octubre 1970).

§ 30. Artículo 251: 1.º, **Propaganda ilegal**.—Los textos figurados en las “pegatinas” **“Fuera Yanquis. Dictadura, no. Libertad”**, más que una finalidad subversiva tratan de perjudicar el crédito y autoridad del Estado, porque propagar la repulsa a la permanencia de súbditos de una potencia amiga con la que España ha concertado convenios de mutua ayuda y cooperación y pretender que una organización, como la del Estado español, constituida por autolimitaciones del Poder, en un auténtico Estado de Derecho, pueda ser tildada de dictatorial y carente de libertad, refleja un claro y ostensible propósito de desprestigiar la autoridad del Estado y perjudicar su crédito (S. 6 octubre 1970).

§ 31. Artículo 251: 3.º, **Propaganda ilegal**.—El elemento intencional requerido por el delito de propaganda ilegal del artículo 251, número 3.º, del Código penal no aparece con la debida claridad en los hechos probados, pues tratándose en síntesis del hecho de lanzar al mercado el procesado un mapa copiado de otra publicación cuyo título de **“comarques de parla catalana”** cambió por el de **“países catalan divisió comarcal”**, consignando en él límites de Estado, comarcas, lingüística y de regiones históricas, en el cual comprendía, como el de la edición modelo, Cataluña, Baleares, territorios de otras regiones españolas, así como Andorra y parte del Sur de Francia, **ese mapa confeccionado por el recurrente al margen de la Ley de Prensa e Imprenta y a sabiendas que el territorio a que afectaba constituía el asiento físico al que aspiraba la facción segregacionista catalana, no basta, pese a ese declarado conocimiento y al delito del artículo 165 de la Ley penal sustantiva que cometió, para afirmar sin reservas el dolo de propósito reclamado por la norma aplicada por el Tribunal de instancia** (S. 12 febrero 1970).

§ 32. Artículo 252, **Circulación de noticias o rumores falsos. “Responsabilidad criminal de las personas jurídicas”**.—No admite el T. S. el segundo motivo del recurso [basado en que el documento objeto del sumario fue redactado no por los dos procesados, sino por los Movimientos Apostólicos de la Juventud Obrera Católica y Juventud Agraria Rural Católica con la aprobación de los consiliarios nombrados por el Ordinario], al estimar que en la sentencia se declara que el documento en cuestión sí fue redactado por ambos procesados, **lo que imposibilita trasladar la autoría a la colectividad representada por los encartados, ya que cuando las personas jurídicas infringen la Ley penal, la responsabilidad criminal ha de ser soportada por aquellas personas físicas, que, en funciones de dirección o de ejecución, llevaron a cabo y dieron vida**

a lo concertado o querido por todos, con arreglo al núm. 1.º del artículo 14 del Código penal, que considera autores de los delitos y faltas a los que tomen parte directa en la ejecución de los hechos (S. 30 marzo 1970).

§ 33. Artículo 254, **Tenencia ilícita de armas.**—El delito de tenencia ilícita de armas —de simple actividad o formal— se consuma por la **conjunción de un elemento positivo (“posesión de armas”)** y otro **negativo (“carencia de la oportuna autorización”)** (S. 21 octubre 1970).

§ 34. Artículo 303, **Falsedad.**—Incorre en el delito de falsedad del artículo 303, en relación con el 302, número primero y segundo, del Código penal, el procesado que, al no conseguir que su padre le avalara dos cambiales, fingió que, a tal efecto, intervenía en ellas, firmando con el nombre y apellidos de su progenitor y una rúbrica distinta al pie de la expresión “por aval”, siendo impugnadas las letras y protestadas en su día (S. 17 marzo 1970).

El delito de falsedad queda **consumado** desde el instante en que se altera o falsea el contenido del documento, sin que sea necesario el uso externo del mismo, aunque **potencialmente** debe tender a trastocar el tráfico jurídico en una forma sustancial (S. 2 octubre 1970).

No es suficiente para el delito de falsedad del artículo 303, en relación con el número segundo del 302, que la firma del acepto de la letra librada por el librador contra “Tele-Hogar” y que fue entregada por el procesado a la entidad acreedora, haya resultado que no pertenece al dueño del establecimiento, si no resulta probado que no ha sido contrahecha ni imitada por el procesado (S. 7 noviembre 1970).

§ 35. Artículo 306, **Falsedad en documento privado.**—La absolución de un delito contra la propiedad que se había intentado cometer por medio de la falsificación de un documento privado no se opone en modo alguno a que se haya cometido la figura delictiva de la falsedad y que ésta sea debidamente sancionada, por cuanto este delito sólo precisa para existir del hecho falsario de alterar la verdad en esos documentos y de que ese hecho se haya perpetrado en perjuicio de tercero o “con ánimo de causárselo”. **No es, por tanto, preciso que la falsedad vaya seguida de lesión patrimonial alguna**, sino que basta para que ella exista el propósito o ánimo de causar un perjuicio (S. 15 octubre 1970). Cfr. § 22: S. 8 octubre 1970; § 23: S. 18 febrero 1970.

§ 36. Artículo 309, párrafo 2.º, **Falsedad en documento de identidad.**—El carnet escolar de una Facultad no sirve solamente para fines identificativos, como corresponde a su naturaleza, sino que también llega incluso a la más relevante categoría de documento oficial, ya que legítima para el ejercicio de determinados derechos específicos anejos a su titularidad y tenencia (S. 24 octubre 1970).

§ 37. Artículo 341, **Delito contra la salud pública.**—Al imponer el artículo 341 del Código penal la pena conjunta de prisión menor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas y el 344, cuando se trata de drogas tóxicas, ordena de modo imperativo imponer al culpable las penas inmediatamente superiores a las se-

ñaladas en los mismos ha de entenderse que no se trata simplemente de la pena superior privativa de libertad, sino también de la pena de multa, teniendo la pena de prisión menor como superior en grado la de prisión mayor, y la de multa de 5.000 a 25.000 pesetas, la de multa de 25.001 a 37.500 pesetas, sin que pueda dudarse que **la elevación se refiere a las dos penas: la de privación de libertad y la de multa**, habida cuenta de que **el Código, cuando impone una sola pena, utiliza la expresión "la pena", pero en los supuestos de penas conjuntas alude a "las penas"**, concepto plural contenido tanto en el artículo 341 como en el 344 (S. 27 enero 1970).

§ 38. Artículo 344, **Delito contra la salud pública (en relación con la regla 2.ª del artículo 61)**.—Al concurrir la agravante de reiteración en el procesado por un delito contra la salud pública y otro de resistencia, debe aplicarse obligatoriamente la regla 2.ª del artículo 61 del Código penal en ambos delitos, y no sólo en el de resistencia, pues si bien, en otros casos en que la ley manda imponer la pena superior en grado, faculta al Tribunal para aplicarla en el grado y extensión que estime conveniente, tal facultad no viene otorgada por el artículo 344 del Código penal en relación con el 341 del mismo cuerpo legal (S. 27 enero 1970).

§ 39. Artículo 360, **Prevaricación**.—Fue correctamente aplicado el artículo 360 del Código Penal, pues el procesado como abogado en ejercicio pidió a un cliente 60.000 pesetas para consignarlas en una reclamación de 65.000 y litigar por la diferencia, a lo que accedió su defendido, consignación que no verificó, reteniendo el procesado el dinero, siguiéndose el juicio en rebeldía del demandado en primera instancia, siendo liberado de las costas en la segunda que confirmó la sentencia condenatoria de las 65.000 pesetas reclamadas enterándose el cliente en el proceso de ejecución de la sentencia de que no se habían consignado las 60.000 pesetas, consiguiendo su entrega al Procurador de la demandante "tras diversos requerimientos y apremios", en tres ocasiones distintas y ocasionándose al cliente gastos por un importe de 18.461,90 pesetas, por no consignar la cantidad recibida antes de la ejecución de la sentencia (S. 31 enero 1970).

§ 40. Artículo 394, **Malversación**.—El delito de malversación de caudales del artículo 394 requiere una acción de sustracción por parte de un funcionario público ("**elemento subjetivo**") y la desaparición del caudal público ("**elemento objetivo**"); además, exige un **elemento normativo de lo injusto**: que los caudales estuviesen a su cargo bajo su custodia (S. 20 octubre 1970).

§ 41. Artículo 405, **Parricidio**.—Si, cuando el procesado dio muerte a la mujer, estaba unido en matrimonio con ella, y dolosamente la mató, ha de estimarse el hecho como integrante del delito de parricidio del artículo 405 del Código penal, sin que obste a ello el hecho de que el matrimonio formado por el procesado y la mujer fue su víctima estaba a punto de separarse a causa de las numerosas desavenencias conyugales motivadas por defectos de constitución física de ella, **pues esta jurisdicción no puede prescindir para calificar**

los hechos de la validez del matrimonio, que es acogida por presunción "juris tantum" por el canon 1.014 del Código de Derecho Canónico en tanto que la Jurisdicción Eclesiástica no se pronuncie en otra dirección o se acredite que fue disuelto por la facultad de dispensa que a la Sede Apostólica concede el canon 1.119, pues no son extremos de la competencia de la Sala 2.^a del T. S. (S. 13 febrero 1970).

Dado el estado conyugal del acusado y la víctima y la separación por cinco años entre ellos, si al regreso del recurrente continuaron las disputas originadas por el carácter violento del encausado, que en varias ocasiones pegó a la esposa y a la hija mayor de unos quince años de edad, hasta que fue denunciado por ellas y citado a juicio de faltas, y cuando estaba sola la esposa, convaliente del alumbramiento de un hijo de ambos y con escasas fuerzas, cruzaron algunas palabras y al dirigirse ella al dormitorio la siguió, se avalanzó sobre la misma sujetándole el cuello con ambas manos, la apretó con gran fuerza hasta estrangularla, la voluntariedad del acto agresivo, el medio empleado hasta dejarla inerte sobre la cama, asfixiada, revelan el propósito de quitar la vida a su cónyuge, intención que elimina con su presencia el delito culposo caracterizado por la falta de querer el resultado, incurriendo por el contrario en el delito de parricidio por el que ha sido sancionado.

Conociendo además el procesado el alumbramiento de la esposa y sus escasas fuerzas, debe aplicarse la circunstancia 8.^a del artículo 10 del Código penal, pues aquél se avalanzó sobre el cuello de la víctima apretándola con fuerza (S. 18 febrero 1970).

§ 42. Artículo 411: 2.º, **Aborto (autoría)**.—Ha de ser estimado autor del delito de aborto a quien en el momento psicológico de encontrarse una mujer decidida a hacer desaparecer el fruto de la concepción y desear conocer la persona que pudiera provocarle el aborto, no sólo la pone en comunicación con la misma, sino que la acompaña al local donde se llevan a efecto las prácticas abortivas y sigue a su lado hasta reintegrarla a su domicilio después de efectuado el acto ilegal, en cuya fijación de precio intervino y que para sí cobró a la víctima parte de lo que convinieron le pagaría por los servicios que le prestaba de cooperación eficaz para lograr el fin ilícito apetecido por todos (S. 5 marzo 1970).

§ 43. Artículo 411, último párrafo, **Aborto con resultado de muerte**.—A partir de la sentencia de 3 de julio de 1942 la Sala 2.^a del T. S. ha declarado reiteradamente que el caso de aborto con resultado de muerte de la madre es punible **con independencia del grado de intención dolosa o de impericia con que hubiera procedido el agente en sus operaciones abortivas**. Cfr. En idéntico sentido SS. 10 mayo 1948 y 9 junio 1954 (S. 21 octubre 1970).

§ 44. Artículo 420: 3.^a, **Lesiones**.—La pérdida parcial del pabellón de una oreja, aunque no afecte a la función auditiva, por sí sola deforma el rostro, máxime si se trata de una mujer, pues la imperfección resultante de perder la mitad de una oreja visible y permanente, afea y rompe la armonía estética de la cabeza, alterando su normal morfología, encajando la defor-

midad aludida en el artículo 420, número tercero, del Código penal (S. 9 marzo 1970).

§ 45. Artículo 429: 1.º, **Violación (tentativa)**.—En el delito de violación el sujeto pasivo del mismo es la persona de la mujer ultrajada, mientras que en la falta contra el orden público del artículo 567, número 3.º del Código Penal el sujeto pasivo es la colectividad o decencia pública, lesión social que aunque exista en toda clase de infracciones punibles, pasa a un segundo plano cuando hay un interés personal singularmente protegido por la Ley, cual ocurre en el caso contemplado por la sentencia recurrida, en donde al declararse probado que cuando una niña de catorce años se dirigía a su domicilio, fue alcanzada por el procesado, que le tapó la boca derribándola al suelo y levantándole la falda trató de abusar de ella, sin conseguirlo por la resistencia y gritos de auxilio que lanzaba la ofendida, se pone de manifiesto una agresión violenta y directa a su vez a la honestidad de una persona, **constitutiva del delito de violación en grado de tentativa apreciado por la referida sentencia** (S. 27 febrero 1970). Cfr. § 4: S. 13 octubre 1970.

§ 46. Artículo 429: 2.º, **Violación**.—Casa el T. S. la sentencia absolutoria de la Audiencia, al haberse declarado probado que la mujer con la que tuvo acceso carnal el procesado, dejándola embarazada, aunque tenía treinta y ocho años de edad, era de una mentalidad inferior a los siete, consecuencia de una meningitis sufrida en su infancia, con la inteligencia y voluntad tan debilitadas que, dominadas por el instinto carnal, realizó el acto sin que el culpable tuviese que utilizar fuerza ni intimidación, dándose así una situación de la víctima ajustada a lo previsto en el número segundo del artículo 429 del Código Penal, que al decir **“privada de razón o de sentido por cualquier causa”** abarca tanto las situaciones temporales de carencia de razón —embriaguez, estupefacientes, etc.— como las permanentes por enfermedad, y sin que sea obstáculo a ello el que en el hecho probado se afirme que la mujer hacía una vida normal, realizando faenas caseras y hasta ganando un jornal como traperera, porque los actos de la vida vegetativa y sensitiva, como propios de la vida animal, pueden realizarse sin la dirección de una inteligencia consciente, ya que no basta con saber que se realiza un determinado acto, sino que es preciso saber discernir su alcance y trascendencia para poder ejecutarlo o rechazarlo; discernimiento que no puede darse en una persona con mentalidad de siete años, **no siendo por otra parte precisa una expresa declaración de que el procesado conocía la anormalidad de su víctima**, no sólo porque en toda clase de delitos va implícito el conocimiento de la situación de las personas o cosas afectadas por la acción antijurídica en virtud de la presunción **“iuris tantum”** del artículo 1.º del Código Penal, sino porque tal estado de incapacidad de la persona agraviada en un pueblo pequeño y con la notoriedad de oír poco y hablar con gran dificultad, según declara también la sentencia, tenía que ser conocido por el inculpado. (S. 26 enero 1970).

La **oligofrenia** —determinada por una meningitis— priva de la razón, cuando, como es el caso, la acusada acusa un cociente de intelectualidad, según la escala de Terman, de 0,43 a 0,45, lo que la sitúa claramente en el ámbito

de la imbecilidad, y son múltiples las sentencias que estiman que el yacimiento con mujer "imbécil" constituye violación, cuando la edad mental de la perjudicada es inferior, como en el caso debatido, a doce años, que se considera como el límite de lo normal (S. 26 enero 1970). Cfr., en idéntico sentido, SS. 25 febrero 1948, 31 octubre 1956, 5 noviembre 1958, 6 febrero 1959, 11 julio 1959 y 17 abril 1961.

§ 47. Artículo 430, **Abusos deshonestos**.—Al ser el delito de abusos deshonestos un **delito formal y no de resultado** ("qui perficiuntur in unico actu"), queda consumado desde el momento en que se exterioriza de modo ostensible el deseo torpe o propósito lujurioso, aunque no se realicen la totalidad de los actos que el inculpaado se propusiere cometer, porque en definitiva se trata de un delito formal y no de resultado, atentatorio al pudor de una persona (S. 26 febrero 1970).

"El delito de abusos deshonestos es un **delito de tendencia sexual** en el que el móvil o ánimo lúbrico dota de sentido a lo injusto objetivo, por lo que **no basta un acto deshonesto en apariencia para que se dé el delito**, pero cuando los hechos realizados presentan una inequívoca significación sexual y libidinosa, aquel ánimo fluye de manera irrefutable aún cuando no se declare expresamente en los hechos probados; y dándose como probado que el procesado hizo bajar al sótano a una niña de nueve años, y después de cerrar la puerta a dicha dependencia se bajó los pantalones y se sentó sobre sus rodillas y de espaldas a la menor, haciendo actos de tocamiento con su órgano genital en las piernas, se aprecia el propósito lujurioso" (S. 25 noviembre 1970). Cfr. 22: S. 23 febrero 1970; § 23: SS. 21 enero 1970 y 2 octubre 1970.

§ 48. Artículo 436, párrafo 1.º, **Estupro (en relación con art. 444)**.—El delito de estupro se consume con el yacimiento precedido de engaño, "**pero la acción penal correspondiente no pudo utilizarse hasta conocer la existencia del fraude y sólo entonces comienza el cómputo de la prescripción, que no se estima para no contribuir a la maliciosa habilidad contra el derecho de la ofendida, en su presupuesto de punibilidad**" (S. 16 febrero 1970).

El engaño, elemento subjetivo integrante del delito de estupro, puede revestir otras manifestaciones que la del **simple ofrecimiento o promesa de contraer matrimonio**. Ad exemplum: la duración de las relaciones amorosas, **cartas frecuentes encabezadas bajo la invocación de ser novia suya la perjudicada**, en las que mostraba **asiduidad y constancia a la ofendida**, por lo que pudieron actuar como un **factor de seducción para la estuprada** (S. 19 octubre 1970).

§ 49. Artículo 437, **Estupro**.—Aprecia el T. S. delito de estupro en el caso debatido, pues si bien el procesado no ostentaba la calidad jurídica de un cargo administrativo determinado, llevaba, sin embargo, la sección administrativa de la fábrica de muebles propiedad de su padre, entre cuyos obreros se encontraba la víctima en calidad de operaria barnizadora, de buena conducta y de veintiún años de edad, y se declara expresamente que "**de facto**" se hallaba **plenamente facultado por su padre, como así hacía, para dirigir y mandar a los operarios**, realizó el acto carnal en repetidas ocasiones en las propias naves de la fábrica, mediando el consentimiento viciado de la víctima en virtud

de su subordinación al inculpado, implicando tal relación **coacción moral** ante el temor y respeto debidos por la víctima (S. 22 enero 1970).

Si bien la **doctrina científica** entiende que el **desconocimiento de uno de los elementos del tipo** excluye el dolo, y admite la **incriminación por imprudencia**, si es vencible el error y posible el delito en la forma culposa, la **doctrina jurisprudencial**, por el contrario, viene sosteniendo con insistencia que la **edad del sujeto pasivo de la infracción**, en cuanto establecida para su amparo, **no es materia de posible discusión y su ignorancia no obsta a la estimación delictiva dolosa**, porque en otro caso quedaría abandonado tal elemento objetivo a la apreciación del agente, haciendo depender de su criterio el cumplimiento de la protección legal; pues el hecho probado de que la mujer con la que tuvo acceso carnal no tenía dieciséis años es inatacable, por lo que se cometió el delito de estupro, aunque el procesado creyera que ya los había cumplido (S. 21 diciembre 1970).

§ 50. Artículo 441, **Rapto**.—“No constando en ninguna parte de los hechos probados que la víctima, menor de veintitrés años, manifestara a sus padres que las relaciones amorosas mantenidas con el sujeto activo fueran de carácter íntimo, siro solamente que mantenía relaciones y que a pesar de ser casado su novio podría volver a casarse por estarlo sólo civilmente, por cuya razón consintieron aquéllos, no habiendo, en cambio, consentimiento para el abandono del domicilio paterno por la hija, se puso de acuerdo con el procesado para efectuarlo, llevándolo a la práctica el siguiente día, haciendo vida común e íntima en un hotel durante tres días, hasta que, bajó fútiles pretextos, la abandonó, diciéndola marchara a casa de una amiga, queda tipificado el delito de rapto del artículo 441 del Código Penal” (S. 19 febrero 1970).

§ 51. Artículo 443, **Perdón del ofendido**.—La facultad de aprobar o rechazar el perdón otorgado por la ofendida, mayor de veintiún años y menor de veintitrés, corresponde al Tribunal de instancia, sin posibilidad de discutir en casación su uso (S. 4 marzo 1970).

§ 52. Artículo 449, **Adulterio**.—“Ante la rotunda afirmación del Tribunal de instancia en la declaración probatoria, de no haberse probado que realizaran la cópula carnal los procesados, no cabe la aplicación del artículo 449 del Código Penal, tipificador del delito de adulterio” (S. 20 febrero 1970).

El adulterio es un **delito de resultado, de estado**, siendo indispensable que el yacimiento se deduzca de los hechos probados (S. 5 octubre 1970).

§ 53. Artículo 452, **Amancebamiento (condición objetiva de procedibilidad)**.—“No implica incumplimiento de la condición objetiva de perseguibilidad del delito de amancebamiento el error meramente técnico, sólo atribuible a la defensa de la querellante, de que en el escrito de querrela se calificaran los hechos de adulterio, pues lo esencial de los fines del buen proceso, es la **voluntad de repulsa y persecución manifestada en querrela ante el Juez Instructor**, máxime cuando la defectuosa calificación se rectificó en el auto, no dando lugar a la reforma contra el procesamiento, en que se encajó la conducta en el ar-

título 452 del Código Penal, y cuando además era al Juez a quien correspondía imponer el debido contenido calificador o punto de vista jurídico, partiendo de los hechos puestos como base del proceso y el deseo de que fueran objeto de punición, y cuando además la calificación final acusatoria fue realizada por el delito de amancebamiento, por lo que esa defectuosa formulación inicial calificadora no produjo la inexistencia de la querrela ni de su efectividad" (S. 20 enero 1970).

§ 54. Artículo 452 bis: 2.º, **Delito relativo a la prostitución.**—Debe apreciarse, según estima nuestro más alto Tribunal, el delito tipificado en el artículo 452 bis, número 2.º, del C. p., cuando el procesado admite en el hotel del que estaba accidentalmente encargado a cuatro parejas, facilitándoles habitación a cada una, en la que cohabitaron, sin exigirles previamente la documentación, ni preocuparse de la edad de las mujeres, a pesar de que por su apariencia representaban poca edad; **sin que pueda eximirle de responsabilidad criminal la accidentalidad de su empleo, ni el hecho de que desconociera las obligaciones correspondientes sobre recepción de huéspedes**, puesto que, al venir afectado por tales obligaciones incumplidas, **la ignorancia aducida es inoperante por ser de derecho** (S. 18 febrero 1970).

§ 55. Artículo 453 bis d), **Delito relativo a la prostitución.**—El hecho de la ausencia de la procesada en el lugar de la comisión del delito es indiferente a los efectos de la comisión del delito relativo a la prostitución del artículo 452 bis d), número primero, del Código Penal, pues lo importante es que la procesada se puso de acuerdo con el otro co-procesado también recurrente, para utilizar la casa para los fines ilícitos mencionados, a cuyo efecto le entregó anticipadamente la llave, y poder así ejercer sus actividades relativas a la prostitución y su favorecimiento, que habían motivado anteriormente la clausura de las habitaciones en el año 1960.

Que el acuerdo del procesado, sereno de la calle, con la dueña del piso, le constituye en responsable del delito relativo a la prostitución cometido por ésta, en concepto de autor (S. 13 febrero 1970).

56. Artículo 456, **Injurias.**—El "**animus injuriandi**" se presume "**iuris tantum**" de acuerdo con el contenido objetivo peyorativo de la expresión proferida o acción ejecutada, según su alcance socio-cultural y su común u ordinaria valoración; y sólo desaparece si notoria y singularmente se manifiesta la presencia de otro ánimo diferente y de prevalente condición, que anule el de infamar (S. 13 marzo 1970).

§ 57. Artículo 458, párrafo 3.º, **Injurias.**—El delito de injurias es esencialmente **intencional**, por lo que no puede existir sin un claro, manifiesto y probado "**animus iniuriandis**" (SS. 9 octubre, 27 octubre 1970).

§ 58. Artículo 487, **Abandono de familia.**—"A los efectos del delito de abandono de familia del artículo 487 del Código Penal, la asistencia o ayuda económica no significa el cumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, pues **el abandono puede**

afectar a los aspectos ideales de la asistencia moral, tan necesitada de protección como la material, porque **los deberes no son únicamente económicos, sino del más alto grado de asistencia espiritual y de dirección y protección, para bien de la familia y de sus miembros necesitados de apoyo**, siendo de destacar que la malicia se presume en los supuestos de abandono injustificados o de conducta desordenada, y que, conforme a la naturaleza de las cosas, debe estimarse que el marido se halla en posibilidad de cumplir todos los deberes materiales o éticos familiares hacia su esposa e hijos, especialmente los de índole espiritual o moral que sólo dependen de su buen ejemplo y enseñanza, mientras no conste establecida y proclamada rotundamente alguna causa que lo impida" (S. 20 enero 1970).

Al irse el procesado de la casa conyugal y desde entonces no proporcionar a su mujer y a los dos hijos del matrimonio, de escasa edad, asistencia material, pese a contar con medios económicos, ni ayuda moral alguna, se configura perfectamente el delito de abandono de familia del artículo 487 número primero del Código Perral (S. 16 febrero 1970).

§ 59. Artículo 489 bis, párrafo 3.º, **Omisión de socorro**.— El T. S. casa la Sentencia del Tribunal "a quo", que había condenado al procesado por un delito de imprudencia temeraria y otro de omisión de socorro, manteniendo solamente el primer pronunciamiento y rechazando el segundo en base a considerar que la sentencia no expone que al ser golpeado el peatón por el automóvil se ofreciera al conductor de éste una situación de la víctima que aconsejara su inmediato auxilio, ni que esa situación fuera advertida por el causante de ella, sino que refiere que **el coche se detuvo y que sin descender el recurrente de él, reanudó la marcha sin atender ni auxiliar a quien pudiera necesitarlo, ello no es bastante para perfilar su conducta como conscientemente inhumana y egoísta o desprovista de toda consideración al prójimo necesitado de ayuda, ni ésta parecía ser necesaria cuando el lesionado no requirió hasta los tres días asistencia médica por unas contusiones en la cabeza**, razones que hacen inaplicable el artículo 489 bis del Código Penal (S. 19 febrero 1970).

Concurren los elementos contenidos en este tipo de delito cuando el conductor de una furgoneta advirtió con antelación la presencia próxima de la fila india de personas que circulaban por el paso terrizo de la izquierda de la calzada, golpeando con la parte delantera del vehículo —al derrapar hacia la izquierda— el cráneo de una de ellas, oyendo perfectamente el ruido de los golpes, ruido que fue percibido asimismo por su acompañante, comentándolo ambos, pero ello no obstante, continuó tranquilamente su camino (S. 25 febrero 1970).

Fue debidamente aplicado el artículo 489 bis del Código Penal, **pues no consta que el procesado no se hubiera dado cuenta del accidente**, que por otra parte se produjo en forma espectacular, dado que el coche del procesado lanzó por el aire al atropellado, **no constando tampoco en modo alguno que el recurrente se encontrase impedido de prestar ayuda a la víctima del atropello**, pues aunque su esposa estuviese lesionada, bien pudo hacer alguna gestión más o menos importante o realizar algún gesto en demostración de indicar su voluntad de ayudar al atropellado, del que en realidad se desentendió, dejándolo

abandonado totalmente a su suerte, que dada la forma del accidente podría presumir razonablemente que tendría necesidad de auxilio, de carácter preferente incluso a las lesiones de la esposa del interesado recurrente, que era sólo la fractura de una mano (S. 22 abril 1970).

El delito de omisión de socorro queda consumado **cuando el sujeto deja transcurrir el tiempo hábil para prestar su debido auxilio**, aun cuando después vuelva al lugar del hecho forzado en mayor o menor grado por las circunstancias o por la intervención de un tercero (S. 6 octubre 1970).

§ 60. Artículo 490, párrafo 1.º, **Allanamiento de morada**.—Si el procesado, que estaba separado de hecho de su esposa, penetró en el domicilio de su madre política a pesar de la oposición de ésta, con la que vivía su mujer, al objeto de cerciorarse de si su cónyuge se hallaba en compañía de algún hombre, y con tal finalidad recorrió diversas habitaciones de la casa, es obvio que incidió en el delito de allanamiento de morada del artículo 490, párrafo primero, del Código Penal (S. 17 abril 1970).

§ 61. Artículo 496, **Coacciones**.—“Habiendo arrendado la procesada por precio un piso de su propiedad a otra persona, a pesar de obligarla a figurar **simultáneamente en una carta que se trataba de una cesión gratuita**, para burlar las leyes protectoras de arrendamiento en cuanto a la prórroga forzosa, y con la pretensión de que extrajurídicamente el inquilino le dejara libre el piso sin conseguirlo, recurriendo entonces con afán de obtener el desalojo, fuera de los cauces legales, **a darse de baja en el servicio de electricidad**, privando así a los ocupantes del piso de tan necesario suministro, es evidente que su actuar fue totalmente ilícito y no protegido por la Ley, porque **su ánimo era coactivo y no tendía al ejercicio de un derecho, sino que infringía su obligación de mantener en el uso la cosa arrendada y del servicio eléctrico también arrendado al inquilino**, como hasta entonces había realizado, por lo que se comportó con plena antijuricidad, dando con ello vida a los requisitos de ilicitud y culpabilidad componentes del delito de coacción del artículo 496 del Código Penal” (S. 10 febrero 1970).

§ 62. Artículo 506, 2.ª, **Robo en casa habitada**.—Anula el T. S. la sentencia del Tribunal inferior, estimando que no es aplicable la circunstancia segunda del artículo 506 del Código Penal, porque dada la situación del procesado, sereno del hotel donde cometió el delito, no puede estimarse que lo realizara en casa habitada, a efectos de la agravación de la penalidad, toda vez que el **fundamento de tal agravación específica reside, según repetida doctrina de la Sala 2.ª, en la mayor peligrosidad que representa para las personas que pudieran ocupar la casa en el momento del atentado a la propiedad la entrada del ladrón**, persona extraña a los que la habitan, y éste no es el caso contemplado, en el que el delincuente desempeñaba funciones en el propio local (S. 2 abril 1970).

§ 63. Artículo 516 bis, **Hurto de uso de vehículos de motor**.—El tipo del hurto de uso es un delito de lesión, que ataca el “**jus utendi**”; operando la ausencia de autorización del propietario como elemento determinante de la

antijuridicidad del acto. Surge, pues, el delito para los tenedores del vehículo —como meros servidores de la posesión—, para los precaristas y, asimismo, para los comodatarios. **El elemento subjetivo de lo injusto se encarna en el “animus utendi” indebido** (S. 8 octubre 1970).

Este tipo de delito, pese a la simple utilización temporal del automóvil, al tener que exceder el plazo de veinticuatro horas de uso para desbodar la penalidad fijada en el artículo 516 bis del C. p., depende, en definitiva, de un **dato cronológico** que opera como elemento definidor de la figura de delito y que **debe ponderarse con arreglo al sistema computador material del tiempo comprendido entre los momentos inicial y final, o sea, el de la puesta en marcha del vehículo y aquel que el auto se abandona o restituye**; momentos temporales comprendidos como actos de inicio y finalización del uso indebido circunscrito en el tiempo que caracteriza esta singular figura delictiva (S. 20 octubre 1970).

§ 64. Artículo 518, **Usurpación**.—La infracción penada en el artículo 518 del C. p. no está atribuida exclusivamente a los dueños colindantes, sino que también puede ser cometida por otro, sin que el beneficio le haga suyo (S. 21 octubre 1970).

§ 65. Artículo 519, **Alzamiento de bienes**.—Según declara el T. S., los hechos fueron debidamente calificados como constitutivos del delito de alzamiento de bienes del artículo 519 del Código Penal, toda vez que debiendo uno de los procesados, industrial panadero, al acreedor perjudicado 120 y 6.000 pesetas, representadas en letras de cambio aceptadas y no satisfechas, para sustraer a las reclamaciones judiciales de aquél los únicos bienes de apreciable valor existentes en su patrimonio, se confabuló con el otro procesado y siete días después de emitir aquellas letras, fingió en escritura pública adeudarle, a medio de simulado crédito, 325.000 pesetas de principal y 75.000 pesetas para costas y gastos, constituyendo en su garantía una hipoteca mobiliaria sobre el derecho de traspaso de dos locales de negocio que llevaba tal deudor en arrendamiento en los bajos comerciales de dos casas; iniciándose el procedimiento judicial sumario, que se paralizó en el momento de la subasta por la iniciación del sumario y estando incorporado tal crédito al activo del balance aportado por el simulado acreedor a su suspensión de pagos, como partida más importante, que determinó no tuviera que recurrir a la procedente declaración de quiebra; **no requiriendo el delito en cuestión, al ser de peligro o mera actividad, un efectivo quebranto económico, bastando la situación de peligro en orden a la efectividad de derechos de persecución del sujeto activo del crédito, y sin que tampoco sea exigible la insolvencia total** (S. 18 febrero 1970).

§ 66. Artículo 529, **Responsabilidad criminal de las personas jurídicas**.—**Estafa**.—“La responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo puede ser exigida —según constante doctrina de nuestro Tribunal Supremo— **a las personas físicas que las representan**” (S. 12 febrero 1970).

§ 67. Artículo 529: 1.º, **Estafa**.—“No puede combatirse la existencia de un delito de estafa en base a la falta de perjuicio derivada de la manifestación

del sujeto pasivo de haber sido indemnizado, dado que la aducida indemnización prueba precisamente la realidad de los perjuicios ocasionados y, si produce efectos civiles, no enerva los penales ni influye en la calificación jurídica penal de los hechos cometidos (S. 23 enero 1970).

La existencia del delito de estafa no puede mantenerse sin **su cimiento principal que es el engaño** (S. 6 febrero 1970).

“Cuando se defrauda mintiendo solvencia, aparentando ser acreedor de elevadas sumas, y a la falacia se añade la dación de cierta cantidad de dinero en un talón bancario, que es atendido, para así reforzar el premeditado artificio y mejor embaucar a quienes eligió para hacer que le suministraran cosas económicamente valorables y quiere perjudicar, y esta finalidad ilícita es conseguida, **no se puede alegar con fundamento válido que dos cheques no atendidos por falta de fondos que entregó después de la recepción apetecida y de disponer de lo que le fue entregado, sean elementos del delito del párrafo último del artículo 535 bis del Código Penal** y sí una ficción más de solvencia y de rectas intenciones que conducían, si bien por poco tiempo, a encubrir la estafa que ya había operado y consumado por el procedimiento doloso comprendido en el número primero del artículo 529, por lo que **además de la estafa son de reputar cometidos dos delitos del párrafo primero del artículo 535 bis** antes citado; pues si dos fueron los talones librados para Bancos distintos, sobre cada uno actúa la Ley, sin unidad delictiva, por atender a la ineficacia del documento e inveracidad plasmada en él y porque, aparte de esto, la resolución del culpable se formó en atención a cada talón y para sendos librados” (S. 12 febrero 1970).

El procesado incurrió en el delito de estafa del artículo 529, número primero, del Código Penal, pues aprovechando la confianza que descansaba en su actividad comercial, presentó a descuento, sin cobertura, cheques por valor de 1.028.000 pesetas, cantidad de la que dispuso para sus propias atenciones (S. 5 marzo 1970).

La tipicidad del delito de estafa del número 1 del artículo 529 del Código Penal radica en defraudar a otro aparentando bienes, cualidades o influencias que no se tienen; lo cual se da cuando el procesado finge ser empleado y accionista de determinada empresa, y personado en otra Compañía dedicada al negocio de alquiler de automóviles sin chófer y fingiendo que los vehículos eran para la primera Empresa, logra el alquiler de tres sin abonar su importe. (S. 9 noviembre 1970).

Hay estafa **no sólo cuando existe la cosa y se finge la titularidad, sino cuando se simula la existencia de las cosas para programar una empresa imaginaria**, como sucede en la venta de apartamentos sin existir los mismos, ni siquiera el solar donde debían asentarse (S. 25 noviembre 1970). Cfr. § 22: S. 8 octubre 1970; lugar de comisión del delito de estafa. Cfr. § 80: Auto 20 enero 1970.

§ 68. Artículo 529: 5.º, **Estafa**.—Al presentar el inculpado un documento falso, en el cual aparecía su acreedor recibiendo el importe de la deuda, documento que confeccionó abusando de su firma estampada en blanco, **con evidente propósito, no conseguido, de perjudicar a su acreedor, se da la figura delictiva de estafa, si bien en grado de frustración**, puesto que para que el de-

lito se entienda **consumado es menester que la defraudación haya llegado a verificarse perjudicándose realmente al sujeto pasivo** (S. 19 febrero 1970).

§ 69. Artículo 531, **Estafa**.—No todos los preceptos de la sección del Código Penal a que el artículo 531 corresponde están inspirados en un concepto general, firme y propio de la estafa, ya que **el engaño puede estar ausente en algunos tipos y sustituido en otros por la defraudación**, concretamente en el referido artículo 531 (S. 16 febrero 1970).

§ 70. Artículo 535, **Apropiación indebida**.—Existe delito de apropiación indebida cuando el procesado concertó la compra de un automóvil para pagar su precio mediante cinco cheques de vencimiento escalonado, ninguno de los cuales pudo hacerse efectivo por no existir fondos en poder del librado, estipulándose que el vendedor conservaría el dominio del vehículo hasta su completo pago, no pudiendo el aspirante a comprador venderlo ni gravarlo hasta ese momento y no obstante lo cual dispuso de él, vendiéndolo a un tercero (S. 22 enero 1970).

“Quien profesionalmente es custodio de fondos que tiene la obligación de conservar para su reintegro en la entidad patronal a que sirve, realiza al apropiárselos una acción voluntaria, dolosa y directa que el artículo 535 del Código Penal configura como antijurídico penal y punitivamente sancionable, sin que la indeterminación de las fechas y de la cuantía de los apoderamientos parciales integradores del todo apropiado supongan infracción, ni mucho menos indebida aplicación del artículo 535, pues claramente se advierte, dada la unidad de ideación delictiva, de bien jurídico violado, del tipo antijurídico penal y de sujeto pasivo perjudicado, que estamos ante **un delito continuado de apropiación indebida del cual los sucesivos y periódicos apoderamientos fueron simples manifestaciones ejecutivas de un unitario propósito**” (S. 13 febrero 1970).

§ 71. Artículo 535, **Apropiación indebida** (en relación con estafa del 528: 2.º)—Concorre el delito de apropiación indebida al suscribir el procesado un documento en el que se obligaba a devolver las letras que había aceptado el primitivo comprador de un coche, una vez que el nuevo comprador hubiese pagado las que a su vez había aceptado; pero, en lugar de cumplir lo pactado y “con intención de beneficiarse económicamente”, las endosó a un tercero que las ejecutó mediante la demanda correspondiente; con lo cual se recibieron efectos en virtud de un título, **contrato innominado, que generaba la obligación de devolverlos**, una vez que hubiese sido cumplida la condición, la cual se cumplió efectivamente, sin que se produjese la devolución correlativa de aquéllos, sino que, por el contrario, el procesado hizo suyo el valor de los efectos recibidos y se lucró con su importe con claro perjuicio de la víctima (S. 20 febrero 1970).

“No puede negarse la ilicitud y malicia de la conducta del procesado, pues el hecho de que el presidente del Consejo de Administración de una Sociedad en quien ésta delegó las funciones de dirección, gerencia y administración, cierre los locales de la entidad, marchándose al extranjero y dejando a ésta

sin fondos, bienes ni valores para abonar a los cuenta correntistas y depositantes las cantidades que habían entregado en depósito a la Sociedad y de las que se benefició en su propio provecho, no puede reputarse acto lícito; y si ese aprovechamiento del dinero confiado a su custodia y administración fue precedido de la irregularidad administrativa y contable que se lee en los hechos probados, no puede menos de concluirse que tal aprovechamiento estuvo cuidadosamente amañado, y por tanto que fue malicioso, ora encaje en una tipicidad delictiva o en otra, más en el artículo 535 del Código Penal que en el 533 aplicado por la Sala de Instancia" (S. 12 febrero 1970).

§ 72. Artículo 535 bis, **Cheque en descubierto**.—Cuando el procesado libra un cheque por 40.390 pesetas para pago de suministro, a sabiendas de que en su cuenta corriente no hay fondos para su cobro, dicha conducta es exacta a la del artículo 535 bis, párrafo primero, porque no consta que el tenedor, que a su tiempo protestó el documento mercantil, le admitiese como garantía, a lo que lógicamente se opone el protesto, sin contrariar esta recta interpretación las fechas de entrega y vencimiento, que no equivalen por sí mismas a una novación de contrato bancario, sino a orden de pago aplazado, pero a la vista de su presentación (S. 19 enero 1970).

El Tribunal Supremo declara admisible el recurso de casación por estimar que si el cheque no fue más que **una promesa de pago**, no cabe la aplicación del artículo 535 bis del Código Penal (S. 4 marzo 1970).

El delito de cheque en descubierto es **un tipo delictivo de carácter formal** integrado por los siguientes elementos: **a)** acción de dar en pago un talón de cuenta corriente; **b)** conocimiento por el librador en el preciso momento de la entrega del talón de no haber fondos suficientes para hacerlo efectivo en la entidad librada. Por tanto, el que sea **un talón antedatado** no hace desaparecer la tipicidad, **si al recibirlo el tomador no se le hizo advertencia alguna acerca de la posibilidad de que no podría ser atendido al pago** (S. 8 octubre 1970).

El cheque en descubierto se sanciona en el artículo 535 bis, en tanto se diere en pago que es la función normal del cheque, en sustitución o sucedáneo del dinero, aunque no sea en sí mismo ni pago ni dinero a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.170 del Código civil, por lo que otras funciones que puede llevar dicho título-valor, cual la garantía del pago, quedan ya fuera del injusto típico del precepto punitivo. De ahí que la manifestación del librador del talón al tomador en el sentido de que carecía de fondos para respaldar el mandato de pago, puesto que éste acepta no el pago de presente, sino de futuro, es una garantía ejecutiva para cuando resulte fallido el cobro, pero no como medio de pago; **aunque falte la expresa advertencia del librador, pueden concurrir circunstancias tan expresivas y notorias que la hagan equivalentes** (S. 7 noviembre 1970).

La entrega de un cheque en sustitución de letras impagadas en cuanto aquél no se da como forma de pago, sino para sustituir la garantía civil y mercantil que el acepto de las letras significa y que habían resultado en principio fallidas, **no implica la figura penal del cheque en descubierto** (S. 7 noviembre 1970).

No se opone a calificación de cheque en descubierto **ni la data de los cheques ni el pago posterior por parte del deudor** (S. 25 noviembre 1970).

Cfr. § 23: SS. 5 marzo y 30 marzo 1970.

§ 73. Artículo 535 bis, párrafo 2.º, **Cheque en descubierto** (comisión culposa).—El T. S. aprecia el delito de cheque en descubierto en su forma culposa, por cuanto considera “que la Ley penal exige que quien libra un cheque se asegure, como mínimo, que existe la necesaria cobertura, tipificándose penalmente en el párrafo segundo del artículo 535 bis, **la negligencia del librador**, cuando no comprueba dicha existencia de fondos, **sin que pueda eliminarse la responsabilidad penal a pretexto de una ignorancia, inexcusable en un mandatario, que, al aceptar el mandato y realizar actos propios del mismo, contraía las obligaciones inherentes a la comisión conferida**” (S. 20 enero 1970).

“El hecho de emitir un cheque como modo de pago de una deuda pagadera a plazos, haciéndolo de una manera tan **negligente** que determinó el impago en su momento del documento mercantil, determina la realidad típica de una conducta incurso en el número 2 del artículo 535 bis del Código penal” (S. 20 enero 1970).

El delito de cheque en descubierto del párrafo primero del artículo 535 bis del Código penal, precisa de la presencia de un **elemento subjetivo de lo injusto**, representando por el indudable conocimiento que ha de tener el librador de la falta de provisión de fondos en el momento de su presentación al cobro, operando con engaño indudable, que no ha de conocer el tomador directamente, porque de saber la ausencia de tal provisión, aceptaría la recepción, no de un mandato de pago, sino de **una promesa de mero pago, no protegida penalmente**, pero sin que **la falta de demostración de ese elemento normativo indispensable para el delito doloso, que no puede presumirse**, implique en el caso de autos atipicidad, sino la simple degradación a la forma culposa del párrafo segundo del citado artículo, toda vez que **la expendición de una sola vez de cinco talones**, por un alcance total de 130.362,50 pesetas, **háyanse o no postdatado, sin precisarse la causa de ese aplazamiento en el pago se deba expresamente a la no presencia de fondos, conocida por las partes de la relación cambiaria, constituye indudablemente el delito de emisión de cheque en descubierto por imprudencia grave del librador** (S. 23 enero 1970).

§ 74. Artículo 535 bis, párrafo último, **Cheque en descubierto**.—La figura especial agravatoria del delito de cheque en descubierto del último párrafo del artículo 535 bis, requiere como base sustentadora de su compleja contextura **el empleo de medios engañosos con el propósito de defraudar** (S. 7 noviembre 1970).

§ 75. Artículo 546 bis a), **Receptación**.—En el delito de receptación basta la compra hecha al autor del robo conocido por el comprador para admitir el aprovechamiento, adquisición en beneficio suyo, cualquiera que fuese el precio (S. 22 enero 1970).

Debe aplicarse el artículo 549, bis a) del Código penal, dado que existió el **dolo específico** de este delito, que es **el ánimo de lucro**, al comprar a bajo

precio teniendo conocimiento el inculpado de la comisión de un delito (S. 24 febrero 1970).

En la receptación se exige como uno de los elementos integrantes del tipo delictivo el presupuesto subjetivo de que el receptor tenga conocimiento de la infracción cometida contra la propiedad, **siendo suficiente el conocimiento genérico del delito patrimonial** (S. 28 octubre 1970).

§ 76. Artículo 564, **Excusa absolutoria** (Parentesco).—No cabe apreciar la excusa absolutoria del artículo 564 del Código penal en atención a estar casados con dos hermanos los sujetos activo y pasivo del delito, pues aparte de no estar ligados por parentesco de afinidad alguno los interesados, se requiere inexorablemente para su apreciación la declaración en los hechos probados de **la convivencia común**, deduciéndose de los mismos todo lo contrario (S. 12 febrero 1970).

Nuestro más alto Tribunal aprecia el recurso interpuesto por el M. Fiscal en favor del reo y casa la sentencia pronunciada por el tribunal “a quo”, en base a estimar que debe ser aplicado el artículo 564 del Código penal, en atención a ser el sujeto activo de los mismos hijo del sujeto pasivo, alcanzándole, por consiguiente, la excusa absolutoria del citado artículo, que comprende a ascendientes y descendientes, en la comisión de ciertos delitos contra la propiedad, citándose concretamente entre ellos las defraudaciones (S. 23 enero 1970).

§ 77. Artículo 565, párrafo 1.º, **Imprudencia temeraria**.—Está correctamente aplicado el artículo 565, párrafo primero, del Código penal, pues el procesado creó de modo consciente y voluntario una situación de peligro al lanzar al galope una yegua tuerta y espantadiza, de cuyas consecuencias dañosas ha de responder, pues era de elemental previsión que en su vertiginosa carrera, y por su condición expresada, no pudiera contenerla y guiarla de modo eficaz para evitar que atropellase a cualquier obstáculo que se interpusiese en su camino, como sucedió con un ciclista, a lo que contribuía también el defecto de visión que padecía la caballería (S. 26 enero 1970).

La conducta del procesado es manifiestamente imprudente, toda vez que conducía a excesiva velocidad, término relativo indicador de ser muy superior a la adecuada en aquel momento, lo que le impedía el pleno dominio de los mandos de dirección y frenado y sin atención continuada a las incidencias de la marcha en relación a las respectivas zonas del doble tráfico, y ello dio lugar a que en un paraje recto y de buena visibilidad se pasase inadvertidamente a la banda contraria, con la colisión con otro automóvil que por la misma circulaba, a pesar de que se orilló a su derecha y le dejó suficiente espacio para el cruce, aun sin reintegrarse a su propia zona de la calzada, ocasionándose muerte, lesiones y daños (S. 23 febrero 1970).

Al procesado, en su actividad de guardabarreras en el paso a nivel correspondiente al acceso a la factoría de una empresa privada, no eran aplicables las normas ordinarias que regulan esta actividad y concretamente la del artículo 33 del Código de la Circulación, tanto por la naturaleza de la concesión especial otorgada por la División Inspectora de Ferrocarriles de Vía Estrecha,

como fundamentalmente por el régimen acordado y seguido en la práctica con continuidad absoluta, entre la Estación inmediatamente anterior al paso a nivel y los encargados de éste, consistente en tener bajadas las plumas y cerrado el paso de ordinario y abrirlo sólo para dar paso a los vehículos que lo pedían, no dándose por ello el aviso desde tal estación para el paso de los trenes de horario fijo, y haciéndolo sólo para los que caminaban con notorio retraso; y si éste era el sistema simple y precautorio acordado y ejercitado con asiduidad cierta, la conducta del guardabarreras fue debidamente calificada de imprudente en grado de temeridad porque siendo la hora para él conocida del paso del tren, mantuvo descuidadamente abiertas las plumas del paso, y no cerradas como debía tenerlas en todo momento, dedicándose a realizar menesteres secundarios dentro de la casilla, anotando el parte de entrada de un camión, con preterición absoluta del deber prevalente y acuciante de estar atento a la función del paso, lo que motivó que no oyerá siquiera los dos pitidos que en el lugar reglamentario dio la máquina del tren que se acercaba con cinco minutos de retraso (S. 23 febrero 1970).

§ 78. Artículo 565, párrafo 2.º, **Imprudencia simple**.—“Si, ante la llegada de un tren de mercancías, el guardabarreras procesado inició a mano la bajada de éstas y detuvo la maniobra para dejar que una furgoneta saliese de la entrevía a donde había llegado, continuando después el descenso de las barreras, sin haberse apercebido de que tras la furgoneta se había introducido un camión, al que dieron las barreras en la parte superior derecha de la cabina, introduciéndose dicho vehículo dentro de la vía férrea, hasta la cual corrió inútilmente el procesado para detener con sus avisos el cruce del tren, dicho guardabarreras cumplió su deber escrupulosamente, sin que le sea imputable ninguna clase de culpa” (S. 16 febrero 1970).

Imprudencia simple con infracción de reglamentos (concurrencia de culpas: no compensación).—En los supuestos en que se produzcan culpas plurales coincidentes en distintas personas, matizadas por el quehacer u omitir imprudente de sus diversas acciones, que confluyan en la realización conjunta de un evento lesivo, se genera un **curso de culpas, más que una situación de codeincuencia**, debiendo, en buena técnica penal, disgregarse y valorar las conductas como entidades separadas, sin recurrir a la repudiable y desacreditada compensación de culpas (S. 13 febrero 1970).

§ 79. **Compensación de culpas**.—“En materia criminal no se admite la compensación de penas” (S. 9 abril 1970). Cfr. § 78 S. 13 febrero 1970.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

§ 80. Artículo 14, **Lugar de comisión del delito**.—El T. S. resuelve por auto una cuestión de competencia, considerando que, “a efectos de la aplicación del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por **lugar de comisión del delito** hay que entender, según viene declarando esta Sala, aquel en que el delito se **consume**, no donde se inicia, y en el caso contemplado, al

tratarse de un delito de estafa que precisa de la conjunción de dos requisitos, **engaño y lesión patrimonial**, allí donde tuvo lugar esta lesión es donde se consumó el delito, pues si sólo se atendiera al factor engaño, prescindiendo del otro requisito, habría que reputar frustrado el delito, y por ello **cuando no se trata de delitos de ejecución instantánea, sino de los que en su ejecución precisan de un "iter criminis"**, el momento inicial no puede atraer la competencia, porque en aquel entonces no puede saberse si el delito llegaría o no a su perfección" (Auto 20 enero 1970).

INDICE ALFABETICO

- Abandono de familia, 58.
Aborto, 20, 42, 43.
Abuso de superioridad, 15.
Abusos deshonestos, 22, 23, 47.
Adulterio, 52.
Alevosía, 14.
Allanamiento de bienes, 65.
Allanamiento de morada, 60.
Amancebamiento, 53.
Apropiación indebida, 23, 70, 71.
Arrepentimiento espontáneo, 12.
Asociación ilícita, 26, 27.
Atentado, 28.
Atenuantes por analogía, 13.
Autoría, 20, 42, 55.
Casa habitada, 62.
Caso fortuito, 7.
Circulación de noticias o rumores falsos, 32.
Circunstancia mixta de parentesco, 19.
Coacciones, 61.
Comisiones obreras, 26.
Compensación de culpas, 79.
Concurso de leyes, 22.
Concurso de leyes, 32.
Condena condicional, 24.
Condición objetiva de perseguibilidad, 53.
Cooperación necesaria, 20.
Cheque en descubierto, 23, 72, 73, 74.
Debilidad mental, 8.
Delito consumado, 4, 34, 35, 68.
Delito continuado, 23, 70.
Delito contra la salud pública, 37, 38.
Delito formal, 33, 47, 72.
Delito intencional, 57.
Delito masa, 23.
Delitos semipúblicos, 24.
Delito relativo a la prostitución, 54, 55.
Delito de resultado, 52.
Delito de peligro, 65.
Delito de estado, 52.
Delito de tendencia sexual, 47.
Desacato, 29.
Despoblado, 17.
Desprecio de sexo, 18.
Embriaguez, 5.
Enajenación mental incompleta, 8.
Escándalo público, 22.
Estafa, 22, 66, 67, 68, 69.
Estupro, 48, 49.
Excusa absolutoria, 76.
Falsedad, 22, 23, 34, 35, 36.
Frustración, 3, 68, 80.
Hurto, 23.
Hurto de uso de vehículos de motor, 63.
Ignorancia de derecho, 49, 54, 73.
Idiocia, 8.
Imbecilidad, 8.
Imprudencia, 77, 78, 79.
Injurias, 56, 57.
Legítima defensa, 6.
Lesiones, 44.
Lugar de comisión del delito, 80.
Malversión de caudales públicos, 40.
Móvil altruista, 11.
Movimientos Apostólicos, 32.
Nocturnidad, 16.
Oligofrenia, 8, 46.
Omisión de socorro, 59.
Parentesco, 19, 76, 41.
Parricidio, 41.
Partido Comunista, 26, 27.
Penalidad, 21, 37, 38.
Perdón del Ofendido, 24, 51.
Premeditación, 46.
Presunción legal de voluntariedad, 2, 46.
Preterintencionalidad, 9.
Prevaricación, 39.
Principio de legalidad y fuentes del Derecho penal, 1.
Propaganda ilegal, 30, 31.
Prostitución, 54, 55.
Psicopatía, 8.
Reincidencia, 21.
Receptación, 75.
Responsabilidad criminal de las personas jurídicas, 32, 66.
Reunión ilegal, 25.
Robo, 62.
Separatismo, 27, 31.
Tenencia ilícita de armas, 33.
Tentativa, 4, 45.
Transtorno mental transitorio, 5
Usurpación, 64.
Vindicación de ofensa, 10.
Violación, 45, 46.
Voluntariedad, 1, 46.

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^a del Tribunal Supremo)

Tercer cuatrimestre de 1970

FERNANDO GISBERT CALABUIG
Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: Principios general del proceso penal: A. Principio acusatorio. B. Principio del "non bis in idem". C. Principio de las garantías del inculcado.—II. PARTE GENERAL: 1. *Organo jurisdiccional*: A. Jurisdicción. a) Delimitación de la Jurisdicción ordinaria y la militar. b) Cuestiones prejudiciales. B. Competencia: a) Objetiva: Atribución a los jueces de instrucción. b) Competencia territorial: Lugar de comisión del delito. 2. *Partes*: A. Posición de las Compañías de Seguros en el proceso penal. B. Responsable civil subsidiario: Posición procesal. 3. *Objeto del proceso*: Acción civil. Renuncia anticipada. 4. *El proceso penal "strictu sensu"*: A. Desarrollo del proceso: Pruebas: a) Testigos: Preguntas impertinentes. b) Denegación de prueba pericial. c) Información suplementaria: Impugnación. B. Terminación del proceso: Sentencia: Planteamiento de la tesis. 5. *Impugnación del proceso*: Recurso de Casación: A. Ambito del recurso: a) Resoluciones contra las que procede. b) Inadmisión del cuestiones nuevas. B. Legitimación: a) No la tiene el Fondo Nacional de Garantía. b) Lesión de derechos personalísimos. C. Casación por infracción de Ley: Definición de documento auténtico. D Casación por quebrantamiento de forma: a) Al amparo del número 1.º del artículo 850 de la L. E. Crim.: Denegación de diligencias probatorias. b) Al amparo del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim. a') Por falta de claridad en la declaración de hechos probados. b') Por contradicción entre los hechos declarados probados. c') Por predeterminación del fallo. c) Al amparo del número 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim.: No resolución de todos los puntos objeto de debate. d) Al amparo del número 4.º del artículo 851 de la L. E. Crim.: Punición por un delito más grave.—III. PARTE ESPECIAL: A. Procedimiento de urgencia. a) Improcedente exigencia de la citación personal. b) Reiteración de la petición de pruebas. c) Requisitos a cumplir en la inadmisión de pruebas. B. Procesos especiales: Por razón de la infracción: Proceso sobre injuria y calumnia: Formulación de la "exceptio veritatis".

I. INTRODUCCION

Principios generales del proceso penal: A.—Principio acusatorio: El principio acusatorio descansa en los elementales postulados de acusación y defensa (S. 24 noviembre 1970.)

El órgano jurisdiccional se encuentra vinculado en su acuerdo decisorio por el principio acusatorio, que otorga a las partes el derecho de establecer el alcance de la controversia ejercitando las peticiones que fijan el límite fáctico y jurídico de la calificación en relación al delito que estiman cometido. (S. 13 octubre 1970.)

B. *Principio del "non bis in idem":* Aún en el supuesto de que se hubiese efectivamente apreciado en la sentencia anterior un delito de fraude colectivo con sujeto pasivo único, pero con pluralidad de perjudicados, tampoco sería lícito ampararse en la excepción de cosa juzgada para las nuevas defraudaciones ocurridas o descubiertas con posterioridad al antes citado delito-masa, pues en esta construcción jurídica a la que ha dado vida la jurisprudencia inspirada en las necesidades vitales y al igual que ocurre en el delito continuado, figura distinta, pero paralela al respecto, la sentencia firme intercedente viene a cortar el encadenamiento de hechos propios de la continuación o del delito-masa; en definitiva los hechos anteriores y posteriores a dicha condena, se tornan *distintos* al escindir la conexión objetiva y subjetiva que los mantenía unidos, y en su consecuencia no se viola ya el secular principio del *non bis in idem* ni su reflejo procesal de la santidad de la cosa juzgada. (S. 25 noviembre 1970.)

C. *Principio de las garantías del inculpaado:* La Ley de Enjuiciamiento Criminal está dirigida en su principal finalidad a otorgar las mayores garantías al procesado, a fin de que no aparezcan posibles errores en su condena, tratándose de evitar que pueda producirse indefensión del acusado. (S. 10 diciembre 1970.)

II. PARTE GENERAL

1. *ORGANO JURISDICCIONAL: A.—Jurisdicción:* a) *Delimitación de la Jurisdicción ordinaria y la militar:* Con motivo de un accidente de circulación entre un coche de turismo conducido por un teniente coronel del Ejército y una bicicleta conducida por un paisano, se iniciaron actuaciones judiciales por el Juzgado ordinario de San Clemente (Cuenca) y a virtud de resultar que el aforado a la Jurisdicción Militar (en servicios civiles del Ministerio de Hacienda. Represión Fiscal) resultaba con cargos de las actuaciones, el Juzgado ordinario decretó su inhibición a favor de la Jurisdicción castrense, conforme al artículo 13, número 1.º del Código peculiar en relación con el número 3.º del artículo 789 de la L. E. Crim. inhibición que después de oír al Fiscal Jurídico Militar y a su Auditor, que interesaron que se practicasen diligencias encaminadas a concretar si existía en el lugar de autos zonas destinadas a la circulación de bicicletas y carros, y que fueron practicadas, aceptó la Autoridad Jurisdiccional Militar, siguiendo las actuaciones, terminadas las cuales y elevadas informó el Fiscal Jurídico Militar, en el sentido de que aparte del conductor aforado. que con evidente nota de negligencia atropelló al ciclista, existe

en autos la conducta de éste, que circulaba con la falta del piloto encarnado de la parte posterior, aunque llevaba otro reflector, pero no circulando por el sitio reservado a las bicicletas, por lo que propuso la inhibición para la Jurisdicción Ordinaria, informando en el mismo sentido el Auditor, lo que aceptó la Autoridad Judicial Militar, que decretó la inhibición de las actuaciones en favor del Juzgado ordinario de San Clemente, que primeramente las había incoado y tramitado quien no aceptó la competencia, por insistir simplemente en el Auto primitivo de inhibición a favor de la Jurisdicción Militar, formalizándose la presente cuestión de competencia negativa. El examen de las actuaciones, y especialmente las practicadas a los folios posteriores al 86, al recibirse los autos por segunda vez, por la Jurisdicción Militar, con declaraciones del teniente coronel inculpado y del paisano ciclista, y levantamiento del plano y croquis del lugar del acaecimiento, y nuevas actuaciones en relación con las de la Policía de Tráfico en el accidente en cuestión, aparecen efectivamente cargos sobre la actuación del paisano ciclista interviniente en el caso presente, y por ello y de conformidad a lo dispuesto en el número 2.º del artículo 19 del Código de Justicia Militar, que reserva a la Jurisdicción Ordinaria el conocimiento de la causa contra los culpables todos, cuando el hecho se haya cometido en territorio no declarado en estado de guerra, tratándose de delito como el presente no reservado especialmente a favor de Jurisdicción determinada contra personas sometidas a distinto fuero, procede decidir la cuestión resolviéndola en el sentido de declarar que debe conocer del asunto en cuestión la Jurisdicción Ordinaria y no la Militar, que lo aceptó provisionalmente y en tanto se precisase y se concretase la actuación de la persona no aforada. (S. 10 noviembre 1970.)

b) *Cuestiones prejudiciales*: Del contexto de los cinco artículos, 3 a 7 de la L. E. Crim. que el legislador dedicó a esta delicada materia de la prejudicialidad con el propósito de no interferir más de lo estrictamente preciso unas jurisdicciones sobre otras conocedoras de la materia que por su naturaleza precisan separación procesal y del órgano resolutorio que se inspira y guía en distintos principios, es de entender que la influencia de las resoluciones que por jurisdicciones distintas de la penal se dicten a virtud de cuestiones prejudiciales planteadas al cobijo del artículo 4.º de la Ley procesal —redactado en términos menos categóricos que el artículo 5.º— no supone una vinculación ciega del Juez penal a lo resuelto por el Juez distinto ya que el primero, sin perjuicio de reconocer todo su valor a las declaraciones del segundo, en cuanto presupuestos objetivos de la cuestión penal, conserva sus propios poderes para la apreciación de la concreta culpabilidad penal sobre que ha de pronunciarse, conjugando, juntamente con los datos provenientes de la jurisdicción civil otros exclusivamente penales cuya valoración le incumbe privativamente para absolver o condenar en su propia esfera, según en justicia corresponda.

Aludidas opiniones doctrinales y jurisprudenciales se justifican por la diversidad de principios, que rigen para la averiguación y fijación de los hechos en los dos preceptos; El Juez civil falla “secundum allegata y probata partium” teniendo por ciertos los alegados y no contradichos. con la misma eficacia que si quedara convencido de su existencia, gracias a la prueba practicada, y por añadidura, la prueba puede hallarse limitada por la Ley y admitirse ficciones legales y presunciones establecidas, todo ello, si bien admisible y hasta bene-

ficioso en el campo civil, es incompatible en el proceso penal, donde se busca siempre y sólo la verdad material para la declaración de un delito, sin que, por ello, la sentencia civil pueda ser vinculante en la actuación del Juez penal, aunque se dicte en una cuestión prerjudicial, pues éstas sólo constituyen un método procesal para la fijación de los hechos, fijación que corresponde al Tribunal del proceso, ya que la valoración de la prueba es una función intransferible del Juez que falla, incluso cuando el fallo anterior vincula a segundo Juez, como ocurre en lo civil, ello es consecuencia de la cosa juzgada, limitada a la parte dispositiva de la resolución, cosa distinta del valor probatorio de ésta. La cosa juzgada penal no tiene dentro del mismo campo penal, sino el efecto preclusivo o negativo que aparece en el número 2.º del artículo 666, cuando se da identidad del acusado y del hecho, sin que tenga el positivo de servir de base de una resolución ulterior, sin que ello sea obstáculo a que el Juez del segundo proceso, pueda rendirse a la fuerza probatoria de la primera sentencia, en punto a hechos que precise fijar en el segundo, pero en consecuencia de su libre valoración y no de un efecto vinculatorio; y si esto es así, resultaría absurdo atribuir a un fallo civil una eficacia que se niega a un fallo anterior de la misma jurisdicción penal, justamente en consideración al principio de inmediación y a la verdad real que se busca a través de la investigación de oficio. (S. 19 octubre 1970.)

En líneas generales, según el artículo 3.º de la L. E. Crim. los Tribunales de lo penal atraen a su conocimiento para el sólo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos cuando tales cuestiones aparecen tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación, salvo los supuestos previstos en los artículos 4.º y 5.º en que con suspensión del trámite del proceso deba la Jurisdicción penal facultar el planteamiento de las cuestiones civiles, administrativas o económicas ante el Tribunal de la jurisdicción correspondiente, y con la contra-excepción prevista en los artículos 6.º y 7.º, en que sin necesidad de la suspensión y desplazamiento competencial a una jurisdicción extrapenal, pueda el propio Tribunal de la Criminal resolver la cuestión prejudicial cuando los derechos controvertidos aparezcan fundados en títulos auténticos. Este es el caso de autos en que discutiéndose si el procesado Joaquín O. J. era al otorgar la segunda escritura de venta en 6 junio 1964 dueño de las fincas que vendía o si, por el contrario, tales fincas habían ya sido jurídicamente vendidas al querellante a medio del documento privado de 9 enero de 1962 después modificado por la escritura público de 16 enero 1964; tal problema puede ser resuelto con el examen de los documentos auténticos, de 9 enero 1962 y 16 enero 1964 en su contraste con la escritura de 8 junio 1964, decisión que a los solos efectos de la represión y sin mayor trascendencia alcance determinará, si las fincas habían ya sido vendidas a F. cuando nuevamente fueron vendidas a N. P., y sin que naturalmente pretenda esta Sala, pues ello supondría sobrepasar su ámbito jurisdiccional, resolver cuál de las dos ventas debe prevalecer, pues ello no incumbe a la Jurisdicción penal y carece de relevancia para la existencia de la estafa prevista y sancionada en el artículo 531 del Código penal, pues si se acepta la doble venta con fingimiento una disponibilidad dominical ya perdida a virtud de la transmisión anterior, es

cancelada en su esencia, a pesar de las oscuras escrituras públicas, subsiguientes, el que según pautas exclusivamente civiles haya de predominar a efectos de real y jurídica transmisión del dominio uno u otra venta, sólo repercutirá en las secuencias civiles, pero fuese uno u otro comprador el perjudicado, el delito estará plenamente cometido. (S. 2 noviembre 1970.)

B. *Competencia*: a) *Objetiva: Atribución a los Jueces de instrucción*: Cuando la Ley habla de pena no superior a arresto mayor o de multa que no exceda de 50.000 pesetas refiere, sin duda, a que la pena privativa asignada al delito no exceda de arresto mayor o la multa no pase del tan expresado límite máximo de 50.000 pesetas, sin referir para nada a otros tipos de pena ni a su respectiva graduación en el orden general punitivo excluyendo por consiguiente de forma cuando menos implícita del conocimiento y fallo de los instructores otros tipos delictivos sancionables con mayor pena privativa de libertad, con multa superior a 50.000 pesetas o simplemente con otro tipo de pena bien aislada o conjunta, no accesoria, distinto de la privación del permiso de conducir, por la obvia razón de partir la Ley de la consideración estimativa de que ciertos delitos sancionados con la conjunción de penas de más trascendente alcance y efectos, deben continuar reservados al conocimiento y a las mayores garantías procesales y de acierto de los Tribunales colegiados. Este es precisamente el caso de delito de escándalo público previsto y sancionado en el artículo 431 del Código penal, en que si bien de las tres penas conjuntas asignadas dos de ellas, la privativa de libertad y la de multa no exceden de arresto mayor ni de las 50.000 pesetas de multa la tercera señalada —inhabilitación especial con una potencial extensión de 6 a 12 años— no es de las enumeradas en el apartado 3.º del artículo 14 que exclusiva y excluyentemente predetermina las penas que por delito de su competencia pueden imponer los Jueces de Instrucción por lo que no siendo la aquí complementaria pena de inhabilitación especial ninguna de las específicamente mencionadas en el supuesto de excepción del referido número 3.º del artículo 14 de la Ley procesal —por más que figure después del arresto mayor en la relación del artículo 27 del Código penal— es obvio que no podrá ser aplicada por los Jueces de Instrucción pese a que en el precepto procesal analizado se deslice la expresión de “pena superior”, ya que del global contexto de la norma y del designio a que responde, bien se colige que lo que veda el legislador es que estos jueces impongan penas distintas de las taxativamente previstas en régimen de “*numerus clausus*”, en la norma en cuestión más atenta a la efectiva y práctica afflictividad de cada pena que a su teórico rango legal dentro de la enumeración del artículo 27 del Cuerpo punitivo; criterio reforzado y esclarecido por la consideración del propio texto del artículo 14, número 3.º de la L. E. Crim. por cuanto sustrae al conocimiento de los Jueces de Instrucción los delitos penados con multa superior a 50.000 pesetas, lo que indica que no es lo decisivo la naturaleza de la pena —no desvirtuada, en tal caso por su cuantía mayor o menor— ni en consecuencia, el puesto en que aparezca colocada en el tan mentado artículo 27 del Código penal, sino su real trascendencia y extensión sin desbordamiento del núcleo exclusivo y cerrado de penas aplicables por los Jueces de Instrucción que son, tan solamente, las enumeradas en el artículo 14 de la Ley procesal y no otras distintas, ni siquiera la propia multa,

cuando viniere a exceder del tope cuantitativo de las 50.000 pesetas. (S. 16 noviembre 1970.)

..

b) *Competencia territorial: Lugar de comisión del delito*: Se ha formulado recurso de casación, contra el auto decretado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de X., accediendo al requerimiento de inhibición formulado por la Audiencia Provincial de V., fundamentándolo en que siendo dos los supuestos comprendidos en el precepto, tener manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella, la Sala en la resolución impugnada solamente ha tenido en cuenta el segundo; y ante la carencia de datos en el rollo de esta Sala, para determinar el lugar de la comisión del supuesto delito, ha hecho uso de la facultad otorgada en el artículo 899 de la Ley procesal reclamando las actuaciones, para la mejor comprensión de los hechos relatados en la resolución recurrida, no deduciéndose de su examen, fuera X, el sitio donde se empezara a cometer el supuesto delito de amancebamiento perseguido siendo por el contrario V, el lugar de residencia de los procesados y por consiguiente al no poderse determinar cuál de los dos supuestos del artículo 452 pudiera ser aplicado, entrando en juego la norma supletoria tercera del artículo 15 de la referida Ley sin poderse tener para nada en cuenta, la calificación provisional formulada por el querellante y, no infringiéndose el precepto sustantivo impugnado, mientras no aparezcan nuevos elementos que aconsejen la rectificación de las resoluciones coincidentes de ambas Audiencias. (S. 7 noviembre 1970)

2. PARTES: A.—*Posición de las Compañías de Seguro en el proceso penal*: Desde antiguo esta Sala, ha venido en su doctrina legal, manteniendo la posición, de que las Compañías de Seguros, unidas al responsable penal por un contrato de seguro voluntario, cuya efectividad desencadena el delito en cuanto al abono de los daños o perjuicios causados, no podían ser partes en el proceso penal, ni entablar recursos de casación, por no ser perjudicados “ex delicto”, y en Sentencias de 9 de diciembre 1968. 13 junio y 1 diciembre 1969 y 30 octubre 1970, ha reiterado la posición en relación a las entidades aseguradoras, unidas a medio de póliza de seguro obligatorio, con el propietario de un vehículo de motor, y cuyo conductor causara un accidente de tráfico, a las que no se estimó como parte, ni legitimadas para entablar el recurso de casación, contra las sentencias finales del proceso en las Audiencias, que las vinculaban al abono de la fianza que por el procesado prestaban, y en sustitución de la condena civil a éste impuesta por daños en las personas. A esta última posición se ha llegado en en síntesis, en virtud de que, no existe como fuera menester ninguna norma legal sustantiva o procesal que le conceda el carácter de parte necesaria si en la primitiva Ley de 24 diciembre 1962, ni en su texto refundido de 21 marzo 1968, ni en el Reglamento del Seguro Obligatorio de 19 noviembre 1964, ni en las demás disposiciones complementarias, ni tampoco en la reforma operada en la L. E. Crim. por la Ley de 8 abril 1967, en la que se incorporó el artículo 784, apartado 5.º, párrafo final, que por el contrario, rotundamente asegura, que “en ningún caso, y por concepto alguno, la intervención en el proceso penal de tales entidades —Compañías Aseguradoras o Fondo Nacional de Garantía— podrá ser otra, que la establecida en el párrafo anterior”, es decir, la

de constituir la fianza por el presunto responsable, hasta el límite del seguro obligatorio, disponiendo por tanto, de manera imperativa, y hasta reiteradamente, que no tienen la condición de parte y determinando que su única intervención en el proceso es, la de prestar fianza legal garantizando al resultado económico del mismo, tal y como deriva del artículo 5.º de dicho texto refundido, de lo que resulta, que las compañías aseguradoras no son terceros, ya que el delito no le otorga tal condición, al no ser realmente perjudicadas por él, ni tampoco ofendidas, y el abono que realizan es la contraprestación —por el recibo de las primas— a que les obliga el contrato de seguro, que precisamente por esa causa es aleatorio, y que de otra manera dejaría de serlo por lo que el pago de la cantidad asegurada, no es indemnización en favor del asegurado, ni perjuicio para el asegurador, sino que es típica obligación recíproca, debida a la condición cumplida del evento azaroso, por lo que la declaración en sentencia del abono, no prohibida y apoyada en la economía procesal, sustituyendo al responsable penal no le otorga la condición de parte procesal, ni siquiera de condenado, al derivar la obligación de un contrato de seguro mercantil, que carece de significación penal estricta, y que se manifestó y desarrolló procesalmente a través de la constitución de la fianza legal prestada en el proceso, en que la entidad aseguradora se hizo responsable voluntaria por el inculpado, tomando a su cargo la posible responsabilidad civil de éste, por lo que el juzgador al sentenciar le exige el pago prometido y garantizado en forma legal, sin que realmente le vincule penalmente, ni tampoco por consecuencia civil derivada “ex delicto”, sino exclusivamente “excontrato”. (S. 16 noviembre 1970.)

B.—*Responsable civil subsidiario: Posición procesal*: El responsable civil subsidiario actúa con intervención limitada a su interés civil, conforme a los artículos 652 y 736, a diferencia del responsable directo que se defiende en lo civil como consecuencia inmediata de la incriminación penal, pero ésta no corresponde al subsidiario civil por atribución ni transferencia, y no puede mantenerla en la en la causa ni en el recurso. (S. 28 octubre 1970.)

3. OBJETO DEL PROCESO: *Acción civil: Renuncia anticipada*: Si la renuncia hecha por el interesado en un impreso, aparece hecha con anterioridad a la curación carece de eficacia por su anticipación según doctrina de la Sentencia de 8 de junio 1953. (S. 22 septiembre 1970.)

4. EL PROCESO PENAL “STRICTU SENSU”: A. *Desarrollo del proceso: Pruebas*: a) *Testigos: Preguntas impertinentes*: Las únicas preguntas desestimadas por el Presidente del Tribunal “a quo” hechas por cierto a co-procesados que no han recurrido, aludían a si tales acusados presentaban huellas de lesiones graves o de otro maltrato perpetrado durante su interrogatorio en el Cuartel de la Guardia Civil, ya que las mismas envolvían la imputación de un delito a agentes de la Autoridad y por ende no permisibles a tenor del artículo 864 de la L. E. Crim. por el ataque que suponen contra representantes de los poderes públicos según ha declarado esta Sala —S. de 22 de febrero 1969—, sin perjuicio claro está, de haber perseguido en procedimiento aparte las coacciones, lesiones o maltrato que se decían infligidos mediante la correspondiente denuncia hecha en tiempo oportuno y por los cauces previstos en la ley, pues tal pregunta hecha de modo extemporáneo en el acto del juicio oral sin estar debida-

mente respaldada no podía tener verdadero alcance defensivo y sí sólo dar lugar a imputaciones a funcionarios públicos que sin otro resguardo que las apoyen han de reputarse calumniosas y como tales no autorizadas; razones todas que llevan a inadmitir este primer motivo del recurso a tenor de lo dispuesto en el número cuarto del artículo 884 de la Ley procesal. (Auto 21 diciembre 1970.)

b) *Denegación de prueba pericial*: Como falta cometida por el Tribunal de instancia señala, que se hacía preciso para denegar la prueba pericial propuesta por la acusación particular, dar cumplimiento al párrafo 2.º del artículo 659 de la citada Ley, que exige para rechazarla que sea oído el Fiscal, si interviniera en la causa. trámite que por no ser vinculatorio para la Sala el dictamen Fiscal, en realidad no puede sostenerse que afecte a la pureza del proceso, ni que produzca indefensión de la parte contraria, toda vez, que aunque fuera favorable a la admisión, como en realidad lo fue, ya que se adhirió el Ministerio Público a la propuesta, incluso, según el mismo recurrente aduce, pidiéndola y solicitando la designación por la Sala de otro perito profesor mercantil colegiado, ello no obliga al Tribunal a admitirse la prueba, siguiendo con la libertad de criterio que le corresponde para, como hizo denegarla, por no expresarse en la propuesta por ambas acusaciones el objeto de la pericia, lo que representa suficiente fundamento para su rechazo. (S. 19 octubre 1970.)

c) *Información suplementaria: Improcedencia*: En el acto del juicio oral fue solicitada por la querellante, información suplementaria, por haber obtenido nuevos datos de la agencia de información e investigación privada A.; fuera de las conclusiones provisionales y de la propuesta admitida a prueba, estos nuevos informes obtenidos por iniciativa privada mediante precio sobre hechos ya debatidos y no modificados, pudieron ser rechazados y no suspendido el acto, porque la Sala estaba instruida en cuanto al contenido esencial de la acusación y su probanza, sin haberse producido las revelaciones o retractaciones justificativas sustanciales que aconsejaran la excepción del número 6.º en el artículo 746 de la L. E. Crim. y no procede el motivo segundo por el número 1 del artículo 850 de la misma Ley procesal. (S. 20 octubre 1970.)

El procesado en sus conclusiones provisionales no incluyó en la lista de testigos al Sr. T., y en el acto del juicio oral solicitó información suplementaria acerca de él, se opuso el ministerio Fiscal a la suspensión del juicio y se negó la pretensión; este medio probatorio y complementario admitido en el artículo 746 de la L. E. Crim. tiene como supuestos de la suspensión del juicio revelaciones o retractaciones inesperadas que produzcan alteraciones sustanciales en el juicio y hagan necesarias nuevas pruebas a la instrucción complementaria; en el sumario se cita varias veces al Sr. T. a quien uno de los procesados, R., no conocía; pero estas revelaciones no son inesperadas porque el recurrente en este motivo aludió a dicho señor como prestatario de cantidades extraídas en la forma relatada; las actuaciones de los actuales procesados son concretas, independientes del huido al extranjero y la Sala de instancia no infringió el artículo procesal antedicho como se alega por el número 1 del artículo 850. (Sentencia 22 octubre 1970.)

B. *Terminación del proceso: Sentencia: Planteamiento de la tesis*: El órgano jurisdiccional en el proceso penal, se encuentra vinculado en su acuerdo

discriminatorio y al margen del uso excepcional de la facultad que le confiere el artículo 733 de la L. E. Crim., por el principio acusatorio, que otorga a las partes el derecho de establecer el alcance de la controversia, ejercitando las peticiones que fijen el límite fáctico y jurídico de la calificación, en relación al delito que estiman cometido, dentro de las que el Tribunal ha de decidir, sin extenderse en el relato de hechos completamente originales y no debatidos directamente, y sin darle adecuado tratamiento con la tipificación "ex novo", en infracción criminal no acusada, ni controvertida, a medio de la indispensable contradicción —*audiatur est altera pars*— que hiciera posible la acusación y la defensa previa y luego la congruente decisión, pues si bien la doctrina de esta Sala permite, por no lesionar tales principios, que sobre los propios y esenciales hechos acusados, el Tribunal de instancia haga una calificación diferente a la de las partes, cuando la pena sea de igual o inferior extensión y condición a la por ellas solicitada, esta actuación la admite siempre que el delito acogido tenga la misma naturaleza intrínseca que el anteriormente acusado, por ser homogéneos entre sí resultando el cambio del punto de vista jurídico —*da mihi factum dabo tibi ius*— no esencial sino meramente divergente, pero respetuoso y lógico con el debate, pero sin embargo, la misma buena doctrina, no puede consentir que se alargue esta excepcional facultad, hasta el límite extremo de permitir que nuevos hechos no directamente formulados en instancia, o que relata el Tribunal de manera esencialmente distinta para desvirtuar un delito más grave acusado, que no fueron por tanto controvertidos ni objeto de la indispensable defensa, deban calificarse como constitutivos de una infracción diferente y heterogénea, porque se dejarían de guardar tales principios de acusación, contradicción y congruencia, y se decidiría sobre cuestión no propuesta y nueva, con agravio e indeclinables derechos, y falseamiento del debate, del juicio y de la decisión que puede ser objeto de posterior proceso de tener signo penal-dilictual. (S. 13 octubre 1970.)

5. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: *Recurso de casación*: A. *Ambito del recurso*:

a) *Resoluciones contra las que procede*: Mal se puede infringir preceptos sustantivos penales en auto resolviendo cuestión prejudicial, por no constituir ésta más que un método procesal para establecer hechos de importancia en la resolución penal, no siendo atacables en casación, las conclusiones provisionales formuladas por las acusaciones, sujetos a modificaciones con arreglo al resultado de la prueba que se practique en el juicio oral, momento procesal en el que se puede proponer la cuestión prejudicial ahora planteada, bajo la apariencia de declinatoria de jurisdicción a título de artículo de previo pronunciamiento, razón ésta por la que la doctrina de esta Sala, no ha estimado definitivos los autos admitiéndolos o denegándolos, por no hallarse comprendidos en ninguno de los casos en que la Ley autoriza este recurso teniéndolo así declarado en Sentencias entre otras de 8 noviembre 1904, 1 junio 1944 y 3 marzo 1955. (S. 9 noviembre 1970.)

b) *Inadmisión de cuestiones nuevas*: Los recursos de casación como medios impugnatorios que son deben atenerse a los puntos que fueron objeto de controversia en la instancia y que pudieron ser debatidos en la misma, pues las normas de congruencia establecidas en los artículos 142, 742 y número 3.º del 851,

todos de lo L. E. Crim., constriñen al Tribunal a resolver las cuestiones planteadas. salvo excepcionales supuestos, no aquéllas que dejaron de proponerse oportunamente y que no pudieron ser debatidas con la amplia contradicción que la Ley concede y cuyo planteamiento totalmente extemporáneo e inoportuno en la casación, vendría a constituir una "cuestión nueva" no suscitada en la instancia y de la cual el procesado no hubiera tenido medios hábiles para contradecirla en el ámbito del proceso y en su instancia, lo que supondría colocarle en situación de manifiesta indefensión que la Ley veda para cualquiera de las partes intervinientes en los procesos penales. No es fácil comprender que las partes acusadoras, y concretamente la particular que yendo contra sus propios actos recurre, no plantearan el dispositivo acusatorio en la instancia manteniendo la existencia de la imprudencia temeraria profesional, pues en pocos casos estará más clara y se advertirá más procedente el encuadramiento en los párrafos 1.º y 5.º del artículo 565 del vigente Código penal que en el presente, pues de la aludida resultancia fluye con evidencia una tan manifiesta negligencia profesional que de mediar adecuada acusación hubiera determinado sin duda, que el Tribunal Provincial declarase la existencia de la peculiar figura delictiva que constituye la imprudencia circulatoria causante de muerte o lesiones graves consecuencia de clara y manifiesta negligencia profesional; y la imposición de la pena que para este supuesto delictual señala el propio artículo 565: pero como quiera que ni implícita ni expresamente las partes acusadoras formularon sus conclusiones definitivas con base en este singular delito y como prueba de ello es que solicitaron pena privativa de libertad y del permiso de conducir menor a la que corresponde a esta figura delictiva cualificada no es dable que ahora, faltando al debido equilibrio procesal se pretenda en casación modificar tardíamente el dispositivo acusatorio con la pretensión de agravar extemporáneamente la responsabilidad del recurrente sobre bases no debatidas ni contradichas en la instancia. (S. 22 octubre 1970.)

B. *Legitimación*: a) *No la tiene el Fondo Nacional de Garantía*: Por imponerle el principio del orden público procesal, de oficio, ha de negarse el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación. legitimación para recurrir en casación cuando su intervención en el proceso penal provenga de su afianzamiento para garantizar el abono del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación del vehículo de motor o de la resolución que imponga su abono por tal entidad en sustitución del condenado, toda vez que como ya es reiterada doctrina legal establecida por esta Sala, en sus Sentencias de 9 diciembre 1968, 13 junio y 1 diciembre 1969 30 octubre y 16 noviembre 1970 en ninguna disposición legal se le otorga el carácter de parte necesaria, ni antes en la primitiva Ley de 24 diciembre 1962. o en el Reglamento del Seguro Obligatorio de 19 noviembre 1964. ni actualmente en el texto que refundió aquella Ley de 21 marzo 1968, ni por fin, siquiera en la amplia reforma operada por la Ley de 8 abril 1967 en la L. E. Crim. dentro de los procedimientos de urgencia —arts. 779 a 808— en la que precisamente se introdujo una norma de signo contrario en el artículo 784 apartado 5.º, párrafo final, al claramente establecer que "en ningún caso y por concepto alguno, la intervención en el proceso —penal— de las compañías aseguradoras o Fondo Nacional de

Garantía podrá ser otra que la expresamente establecida en el párrafo anterior”, es decir, la de constituir la fianza hasta el límite del seguro obligatorio, en cuya fase pueden defender la existencia, amplitud y virtualidad del seguro mismo, resolviendo en ella su posición y ante sus alegaciones y de las demás partes, el Juez Instructor, de manera definitiva, como reconoce la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 12 julio 1969, en su apartado 4, pero sin autorizarles el recurso de casación, por la precisa y duplicada negativa realizada en aquella norma de la Ley procesal, que al permitirle sólo dicha actividad de afianzar a que se refiere el artículo 5.º del texto refundido le excluye expresamente las demás, reafirmando aún más este criterio, el hecho de que las compañías de seguro o el Fondo, no son terceros, pues el delito no les otorga esta condición, al no ser perjudicados ni ofendidos por él, sino exclusivamente por la contraprestación a que les vincula el contrato de seguro, o la disposición legal que lo determina, para dicho Fondo, por lo que, incluso la declaración de la sentencia imponiendo el abono de la cantidad a indemnizar al perjudicado, no es más que la realización de la fianza prestada en el proceso, en el que la compañía de seguros o dicho Fondo, se hicieron responsables, por el contrato aquélla, o por disposición legal éste, en sustitución del procesado, no condenándoseles “ex delicto” en las consecuencias civiles, sino “ex contracto” las entidades privadas, y “ex-lege” la pública de referencia. (S. 27 noviembre 1970.)

b) *Lesión de derechos personalísimos*: Declarado por la doctrina de esta Sala que el responsable civil subsidiario únicamente tiene legitimación, para impugnar, en lo sustancial, lo que afecta a su propia responsabilidad civil, no la responsabilidad penal de los autores directos, por estar la casación concebida, para discutir derechos personalísimos, nunca ajenos, máxime en el presente caso. en que la sentencia, fue pronunciada de conformidad con los procesados, confesándose autores de los delitos y faltas que se les imputaban, con el correspondiente beneplácito de sus letrados defensores, continuándose el juicio por lo que se refería a la responsabilidad civil subsidiaria únicamente, no se puede entrar a estudiar la penal mutuamente aceptada teniendo la civil su marco adecuado de estudio, en el motivo siguiente, procediendo por tanto la desestimación del primero de los formulados. (S. 14 octubre 1970)

c) *Casación por infracción de Ley: Definición de documento auténtico*: Si la autenticidad documental a los efectos de la casación penal consiste en que el documento contenga verdades incontrovertibles y absolutas, si aplicamos supletoriamente las reglas de adverbación del Código civil y concretamente el artículo 1.225 y concordantes, habrá que concluir que las nóminas y recibos que como auténticos se citan en el primer motivo de este recurso para demostrar los errores probatorios que se imputan al Tribunal de instancia son ciertamente documentos auténticos en cuanto ante la autoridad judicial en el acto solemne del juicio oral fueron reconocidas bajo la fe judicial por el acusado que también reconoció la firma que como suya en ellas figura, con lo cual estos documentos, privados en principio, pero que por su incorporación a oficinas públicas se convierten en oficiales, son indiscutibles en cuanto prueban por el reconocimiento de aquel a quien pueden perjudicar la certeza de su intervención en los mismos. Esto sentado y siendo ello demostrativo de la razón de que se admitiera el mo-

tivo puesto que la autenticidad era indiscutible, no representa ni puede suponer que prospere el motivo, pues la adveración justificó tan sólo la recepción por el inculpado de las cantidades figuradas en las nóminas y recibos para su pago a los funcionarios destinatarios, pero ni de este reconocimiento ni de otros elementos que fueran igualmente auténticos aparece demostrado, por estas pruebas documentales, el monto exacto de las cantidades superiores a las reconocidas por el Tribunal de instancia de que se hubiese apropiado el agente, con lo cual viene a incumplirse el segundo de los condicionamientos que establece el número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim, ya que no basta con que los documentos aducidos sean auténticos, siendo además necesario que de su contenido, de las verdades inconcusas en ellos constatadas aparezca y se demuestre la equivocación evidente del juzgador, y en el caso que se contempla consta lo que recibió por nóminas y recibos, pero no exactamente lo que pagó y qué parte fue la apropiada, siendo destacable la imprecisión y versatilidad con que la parte acusadora se ha producido tanto en la esfera sumarial como en el plenario respecto a la fijación exacta y concreta de la cantidad apropiada, sin una justificación concreta y terminante. Lo expresado provoca la desestimación del primer motivo de la presente impugnación. (S. 21 octubre 1970.)

D. *Casación por quebrantamiento de forma*: a) *Al amparo del número 1.º del artículo 850 de la L. E. Crim.: Denegación de diligencias probatorias*: La denegación de prueba que había sido admitida produce indefensión, toda vez que los testigos incomparecientes son: don José Luis S. O., cuya denuncia ante la Policía judicial dio origen a la causa y a la posterior condena de la denunciada y que ni siquiera se ratificó en la denuncia ni declaró en el sumario y después en el juicio con su no asistencia se priva a la defensa de que lo interrogue y pueda concretar los hechos y los fundamentos de la denuncia; don Ricardo S. C., hijo del anterior y presunta víctima, que tampoco ha declarado en parte alguna para especificar, el desarrollo de los hechos, y don S. C., hermano del anterior y personaje importante en lo sucedido, que tampoco declara en ninguno de los momentos en que pudo hacerlo, para explicar lo acontecido; omisiones importantes que acusan desidia y poca o ninguna preocupación por el éxito y perfección del sumario, tanto en el instructor como en el fiscal supuesto que éste estimó necesaria la declaración del primer testigo mencionado y bien pudo pedir la revocación del auto de conclusión para la prestación de tan importantes declaraciones, que hubiesen contribuido a la mejor perfección sumarial y que siempre se han estimado indispensables y que de haber sido prestadas anteriormente y con amplitud, quizá hubiera sido tolerada su incomparecencia de haber estado muy justificada; todo nos conduce a proclamar la indefensión de la inculpada por la falta de la prueba de tan importantes declaraciones y como no fue suspendido el juicio oral, ahora nos obliga a casar y anular la sentencia de la Audiencia y a reponer las actuaciones al estado en que se cometió la falta, para que se celebre de nuevo el juicio, agotándose los medios que la Sala tiene a su alcance para que comparezcan los referidos testigos además de los otros propuestos, para que presten con la amplitud conveniente las debidas declaraciones continuándose el juicio por sus trámites hasta dictar nueva sentencia confirme a Derecho. (S. 26 octubre 1970.)

Si bien se debe continuar el juicio cuando el testigo incomparecido haya declarado en el sumario y el Tribunal se considera suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos, pues así resulta de la prescripción contenida en el artículo 746 del Ordenamiento procesal, ordenándolo expresamente para el procedimiento de urgencia el artículo 801, esa facultad discrecional no es tan absoluta que autorice a la Audiencia para privar a las partes de todo medio de justificación y menos cuando, como en el caso de autos, el único testigo propuesto por la acusación particular que en casación recurre dejó de comparecer sin causa conocida, a pesar de estar citado en forma, y era conveniente saber cual de las dos versiones que de los hechos dio, acusando al procesado en una y exculpándole en la otra, era la cierta, ya que en este caso debió extremarse el celo investigador para procurar el conocimiento de la verdad y construir sobre ella la calificación jurídico penal procedente, más aún cuando en dicha única testigo, según las acusaciones, desarrolló el encartado sus actividades de intrusismo en la profesión de Odontólogo y en el curso de la investigación hizo manifestaciones tan contradictorias. (S. 15 octubre 1970.)

El letrado de la procesada, propuso en tiempo y forma prueba de testigos no sumariales que fue admitida oportunamente por el Tribunal "a quo" en el acto del juicio oral, ante la incomparecencia de los mismos. solicitó la suspensión del juicio; y la Sala después de deliberar acuerda la continuación del juicio, haciéndose contar en el acta la respetuosa protesta del mencionado letrado defensor, a los efectos del recurso de casación correspondiente; además, consta que no compareció al acta ningún testigo y que el Tribunal no hizo constar expresamente como requiere "in fine", el artículo 801 de la L. E. Crim., que se encontraba suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos, con lo que hubiese precisado de modo expreso que no consideraba necesaria la declaración de los mismos como con otra redacción exige igual por el meritado precepto el número 3.º del artículo 746 de la propia Ley; y dados estos antecedentes procesales y las apuntadas omisiones, nos lleva necesariamente a acoger el único motivo por quebrantamiento de forma que se formula en el recurso de esta procesada al amparo del número 1.º del artículo 850 de la precitada Ley de trámites, pues esta Ley está dirigida en su principal finalidad a otorgar las mayores garantías al procesado a fin de que no aparezcan posibles errores en su condena tratándose de evitar que pueda producirse indefensión del acusado, extremo de tan vital importancia que es la estrella a la que hay que mirar para que nos sirva de guía orientadora en el campo procesal y por todo esto es conveniente y hasta nos atrevemos a decir que se hace necesario para continuar el juicio, cuya suspensión se pide por falta de la práctica de alguna prueba que la parte estima necesaria, se hagan constar las razones que sirvan de base al Tribunal para denegar la petición de aplazamiento a fin de que esta Sala, si le somete el caso a su censura, pueda apreciarlas y sopesar su influencia en la defensa del que por esta falta recurre. (S. 10 diciembre 1970.)

b) *Al amparo del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim.:* a) *Por falta de claridad en la declaración de hechos probados:* La sentencia es en la exposición de hechos clara y terminante, y comprende cuantas exigencias de-

termina dicha interpretación de las normas citadas, es decir, de los artículos 341 y 344 del Código penal, para que la conducta del recurrente fuera reprochada con justicia, toda vez que bastaba al Tribunal de Instancia asegurar que había vendido por dedicarse a ello, en Madrid, a personas toxicómanas, papeles de "griffa" conociendo que eran tóxicos, y que la Policía le intervino 36 gramos preparados para su venta y dos cuadrillos, pues dada la peculiar actividad de este tráfico, que se realiza de manera oculta, no se le puede exigir a los Tribunales, que determinen cuáles fueron las operaciones de venta, personas que adquirieron el producto, lugares y fechas de la realización de cada enajenación, precio pagado, y demás pormenores que delimitaran en todo su alcance lo acaecido, pues resultaría, de seguir criterio tan estricto, imposible llegar a la persecución y castigo de conducta tan lesiva para el hombre y la sociedad por lo que a tal fin es bastante, que el Tribunal consigne su psicológica convicción de certeza, de que el delincuente se ha venido dedicando al tráfico comercial ilícito con personas indeterminadas, para que el delito se entienda existente y suficientemente expresado, pues de otra manera sería imposible su sanción y reproche judicial, estando por consiguiente demostrada la existencia de la ilícita comercialidad con sustancias prohibidas tóxicas, de forma consumada, aunque bastaba al fin propuesto, el hecho incontrovertible, de la ocupación de 36 papeles de "griffa", con fuerte cantidad, en disposición de venta, pues la intención finalísticamente establecida por la sentencia. (S. 29 septiembre 1970.)

La denuncia de no expresar claramente en la resultancia probatoria cuales son los hechos que se consideran probados, hubiera podido prosperar si esta Sala no hubiera establecido con reiteración constante, la doctrina que olvida el contradictor, que mantiene que las afirmaciones fácticas que contengan las sentencias sea cual fuere el lugar de su radicación, son de puro hecho y como tales deben ponderarse para la adecuada y justa resolución que proceda; aunque preciso sea reconocer la defectuosidad que supone colocar estas radicales afirmaciones de hecho fuera del correspondiente resultando si bien esta falta, única en que incurre la elogiosa sentencia disentida, viene a constituir tan sólo una irregularidad procesal sin sustancia y entidad bastante para dar lugar a la infracción formal señalada. Efectivamente; la omisión que este recurrente señala aparecen subsanadas con verdaderas y auténticas afirmaciones de mero hecho contenidas desde luego indebidamente, en la fundamentación jurídica del fallo objeto de oposición. (S. 14 octubre 1970.)

Debe estimarse que la indispensable claridad que ha de presidir la redacción la redacción de toda sentencia penal, para que sea lógica y comprensible, bajo la sanción de quebrantamiento de forma que establece el artículo 851, número 1.º de la L. E. Crim., desaparece no sólo cuando el relato que nutre sus hechos probados es confuso, ambiguo o incomprendible, sino también en el caso extremo de que manifieste omisiones inmotivadas sobre extremos trascendentes para la debida calificación jurídica de los hechos reflejados fácticamente, cuando según resulte de la exposición realizada se conozcan por el Tribunal, pues los acoge genéricamente sin pormenorizarlos ya que han de concretarse en la narración los detalles y circunstancias precisas para la adecuada valoración penal, a no resultar enteramente irrelevantes a tal fin o que se declara la carencia de un pleno conocimiento sobre su existencia. Por la efectividad de esta

doctrina ha de estimarse en la redacción del hecho probado de la sentencia recurrida, falta de claridad, al sólo establecer que el procesado "por alusiones atañentes a familiares", empezó a discutir y seguidamente agredió a su opo- mente, en acometimiento sucesivo que llegó a generar la muerte de éste, puesto que si se conoce y afirma que eran alusiones y que se referían a personas de la familia, debe conocerse también su real entidad gramatical y alcance, pues de otra manera no se podían calificar así, y se desconocería su carácter expreso y su tendencia, que sin embargo se declara, por lo que esta omisión es trascendente para la adecuada valoración jurídico-penal, pues las alusiones operaron como causa determinante de la actuación posterior del agresor material, que generó la muerte del posible agresor verbal, y pueden tener efectos amplios en la menor culpabilidad de aquél y en su responsabilidad; y al ser conocidas por la Sala de Instancia, y no ser irrelevantes, sino importantes, es evidente que la omisión produce el efecto pretendido en el primer motivo del recurso, debiendo casarse la resolución por quebrantamiento de forma, de acuerdo con la doctrina ya establecida por esta Sala, entre otras en Sentencias de 13 noviembre 1950 y 13 enero 1958, que exigieron se precisaran las palabras cruzadas por insultos y agresiones verbales, detallándolas para su juego trascendente y calificador, de los hechos enjuiciados. (S. 13 noviembre 1970.)

La falta de claridad de la sentencia penal, que bajo la sanción de quebrantamiento de forma exige el artículo 851, número 1.º de la L. E. Crim., para que se aplique tan grave defecto por incongruencia gramatical y de redacción de la resolución, es lo opuesto a la descripción comprensible, inteligible y lógica en el léxico y en lo semántico, de las conductas juzgadas, con ausencia total de confusiones, inconnexiones y oscuridades, que impidan una plena ponderación de lo relatado en los hechos probados y su adecuada y fundamentada calificación; pero este defecto así circunscrito, no autoriza la ampliación de su propia dimensión esencial, por lo que no cabe acoger dentro de él, las omisiones absolutas de cuestiones propuestas por las partes, que tienen su cauce en el número 3.º del propio precepto, ni siquiera la complementación parcial, con datos o circunstancias aclaratorias de lo descrito por la convicción psicológica de la Sala de Instancia, cuya vía es la del número 2.º del artículo 849 de la misma ordenanza procesal, si es que existen documentos auténticos que la apoyen, pues de otra manera no cabe su formulación, porque esta complementación incluso no afecta a la claridad de lo narrado, aunque tienda finalísticamente a hacer más amplio y expresivo el hecho mismo descrito. (S. 29 diciembre 1970.)

b') *Por contradicción entre los hechos declarados probados*: Si el quebrantamiento de forma que protege el artículo 851, número 1.º de la L. E. Crim., ha de resultar de la evidente o manifiesta contradicción entre diversos extremos del hecho probado, por su antitetismo irreconciliable, que evite cualquier forma lógica de armónica interpretación y que no pueda ser salvada a medio de ninguna fórmula de comprensión humana, por estar encontradas y opuestas las expresiones, conceptos o descripciones, y revelar en su esencia acaecimientos contrarios o inconciliables, es evidente que para ello ha de partirse de su mismo tenor literal o gramatical de los conceptos opuestos y de cuanto quieran decir semánticamente, pero no cabe alterar caprichosamente el sentido de alguna frase

para oponerla a otra, porque entonces la contradicción es inexistente o ficticia y debida al falso entendimiento de lo expresado subjetivamente por el recurrente y por tanto arbitrariamente señalada. (S. 30 noviembre 1970.)

La contradicción entre los hechos probados que se regula también en el número 1.º del artículo 851 de la Ley rituarial penal, se produce, cuando los actos que describen, afirmaciones que contengan, o juicios que emitan, sean lógicamente excluyentes entre sí, por oponerse de manera irreconciliable unos a otros repeliéndose recíprocamente, al no poder ser al mismo tiempo ciertas y falsas, resultando imposible su coonestación por su evidente oposición, producto de esencial antítesis, que debe hacerse desaparecer para que la resolución sea comprensible en su sentido y pueda calificarse adecuadamente. (S. 29 diciembre 1970.)

c) *Por predeterminación del fallo*: El empleo de conceptos jurídicos en los hechos probados de las resoluciones criminales, que produzcan la predeterminación del fallo indebidamente, dando motivo al recurso de casación por quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., ha de manifestarse, como con suma reiteración y unanimidad de criterio viene estableciendo la doctrina de esta Sala, por el uso de expresiones de estricta condición técnico-jurídica, que estén empleadas en el tipo penal aplicado en la resolución para tipificar la conducta juzgada, y que además constituyan la esencia de la infracción criminal, porque su significación semántica sólo resulte aprehensible a los juristas y no también a las personas de cultura común, por no resultar expresiones propias del lenguaje vulgar, pues sólo de esa manera producirían la consecuencia de eliminar el mecanismo lógico argumental de la resolución, con anticipación anacrónica de la condena; sin que el empleo de expresiones de condición jurídica no penal, no acogidas en el tipo delictivo, pueda nunca constituir este vicioso proceder ni siquiera en el supuesto de que se empleen como equivalentes a palabras técnico-penales de la norma punitiva, porque lo que se repudia en este motivo es la identidad y no la semejanza, más aún cuando el juzgador se encuentra siempre constreñido al señalar su convicción psicológica que conduzca a la condena, por la necesidad de describir una conducta humana, que se corresponda con narración típica penal, pues de no obrar así, jamás podría conseguir el relato conducente al fin propuesto. (Sentencia 24 septiembre 1970.)

Lo que acarrea la sanción de nulidad de la sentencia a este respecto, no es la expresión de hechos predeterminados del fallo, pues lógicamente tiende a ello toda relación fáctica, sino la inclusión de conceptos jurídicos que lleven inherentes la conclusión resolutoria a que camina toda sentencia, no mereciendo tal estimativa la narración de hechos de los que se desprenda la maliciosa intención con que actuaron los encartados —Sentencia de 4 diciembre 1964— cual acontece en nuestro caso en que la sentencia a que describe el elemento intelectual del dolo propio del delito que se juzga en ella, sin hacer alusión alguna a su valoración jurídica, limitándose a estampar una afirmación de hecho con palabras que aunque en parte puedan coincidir con las empleadas en el tipo penal ni prejuzgan su alcance jurídico, ni menos predeterminan por sí mismas el fallo condenatorio de manera que puedan hacer superflua la posterior fundamentación jurídica de la sentencia, verdadera *ratio legis* de este motivo de nulidad, de-

clarada por el legislador en la reforma de la Ley procesal penal de 28 de junio de 1933, sin que, por lo demás, sea motivo de alarma la mayor o menor coincidencia léxica del relato probatorio con elementos del tipo puramente descriptivos y no valorativos o normativos, pues es también forzoso que el legislador al estampar los primeros emplee términos usuales al alcance del profano, los mismos a que también se ve compelido a emplear el juzgador en su narrativa y que, por tanto, pueden ofrecer una mayor o menor sinonimia, sin que por ello implique ya la definición de un delito —Sentencia de 18 junio 1964—. (Sentencia 28 septiembre 1970.)

El primer motivo de forma es rechazable, pues las expresiones “Obrando con unidad de propósito” no son conceptos jurídicos de carácter exclusivo, sino una expresión fáctica por medio de la cuales los Tribunales tienen que exteriorizar la forma cómo actuaba el agente, y que aunque tiene trascendencia en el fallo, pues todos los hechos probados la tienen, es la lógica y razonable que subsigue al encuadramiento de las probanzas en el precepto base de tipificación penal, pero sin que signifiquen el uso de conceptos jurídicos que por sí solos prederterminaron el fallo, que es lo que veda el tercer inciso del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., (S. 28 octubre 1970.)

Al consignar el hecho probado, la sentencia recurrida, las palabras de que el agente actuó con “propósitos engañosos”, no por ello empleó conceptos jurídicos predeterminantes del fallo e incurrió en el vicio de referencia, porque esa alteración de la verdad dirigida a otro y causante del error, en que consiste la estafa, con la correlativa defraudación de ella derivada, no se repite con aquellas expresiones, y a pesar de que el artículo 529, número 1.º se refiera a otro “engaño” semejante y el engaño constituya el elemento psicológico o ideal de la misma, pues no por ello ha de estimarse su significación exclusivamente jurídica y mucho menos que no la comprenden las personas de más bajo nivel cultural, pues su conocimiento pertenece a los arrabales del idioma, siendo patrimonio de todos, y no sólo de juristas; pero aún con mayor fuerza se llega a la desestimación del motivo, si se elimina tal frase de los hechos probados, pues subsiste, sin ella los elementos determinantes de la estafa ya que resultaría de los mismos que el procesado, al celebrar el aparente contrato de venta de un frigorífico tenía el decidido propósito, que llevó a la práctica, de no entregársele a la compradora, pero habiéndole antes cobrado 5.000 pesetas a cuenta del total precio, en las que le defraudó, perjudicándola, pues su inauténtico proceder, simulando celebrar un contrato que no quería efectuar por su parte más que aparentemente sin realizar la contraprestación prometida, produjo el engaño, como medio de la defraudación como fin. (S. 30 noviembre 1970.)

En desacuerdo con reiteradísima doctrina de esta Sala se articula el primer motivo de este recurso con amparo procesal en el número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., inciso 3.º, pretendiendo, vanamente, que las expresiones “sucedió lo que debió haberse previsto” contrastadas en la resultancia probatoria de la sentencia impugnada, son conceptos exclusivamente jurídicos que por sí solos predeterminaban el fallo. Nada más lejos de la realidad, estas frases tienen preferentemente un contenido fáctico y fueron medio idóneo por el que el Tribunal Provincial exteriorizó un estado de conciencia relativa a haber ocurrido lo que

tenía que ocurrir ante tamaña imprevisión, pues indudablemente lo que pasó pudo evitarse con una elemental previsión evitadora del acaecimiento que tuvo lugar. Lo que se expresa es por una parte un hecho positivo, en cuanto a lo sucedido, y, por otra, negativo en cuanto a que pudo evitarse preveyendo lo que pudiera ocurrir. (S. 4 diciembre 1970.)

c) *Al amparo del número 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim.: Resolución de todos los puntos objeto de debate:* La congruencia indispensable en toda resolución penal, debida a la adecuación entre las pretensiones de las partes procesales acusatorias o defensivas, y la decisión del órgano jurisdiccional, de manera que aquéllas determinen el ámbito de las cuestiones jurídicas debatidas y esta sea la respuesta adecuada para determinar el alcance jurídico-penal y calificación de las conductas humanas juzgadas, tiene su correctivo, en los casos en que se manifiesta, por inadecuación, la viciosa incongruencia, en el recurso de casación que por quebrantamiento de forma autoriza el número 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim.: más esta incongruencia, que por lo común surge según el criterio de esta Sala, al no resolverse todos los puntos de derecho acusados u objeto de la defensa. sólo excepcionalmente se puede referir a los de hecho puesto en litis, más nunca puede admitirse que se produzca tal vicio, porque acusado un delito, sobre la base de un relato que determine cómo se produjo la conducta humana que lo generó, el Tribunal al interpretar soberanamente la prueba, en pos de su convicción psicológica, que admita su existencia posterior, discrepe del relato fáctico de la acusación o del de la defensa, estableciendo otros matices o acaecimientos generadores de la propia infracción penal, porque la sumisión a las pretensiones de las partes no es tan absoluta como para cohibir toda discrepancia creadora y necesaria en el orden del buen derecho, y que se debe a la interpretación de la prueba cuando se respetan los límites de la acusación y defensa jurídica, y aún más cuando con ello no se produjo ninguna clase de indefensión, que siempre sería el elemento clave a que atender. (Sentencia 24 septiembre 1970.)

Se aduce que no resolvió la sentencia los puntos que fueron objeto de defensa, contenidos en el escrito que el recurrente presentó en el acto del juicio. sin que le fuera admitido, ha de ser estimado, porque aunque después de que esa devolución tuviera lugar por entender el Tribunal que no se cumplían las prescripciones del artículo 650, conste en acta que dicha parte elevaba las conclusiones provisionales a definitivas, el hecho de que esto se dijera sobre raspado, sin que se salvara la enmienda, y la falta de reconocimiento de tal manifestación por la parte a la que se atribuye y su reclamación en casación impide tenerla como realmente producida, y al quedar incompleto el debate judicial sin ella, indicado está la iniciación del juicio oral de nuevo por darse los supuestos contemplados por el artículo 749 del mencionado Ordenamiento procesal. (S. 2 noviembre 1970.)

La necesaria congruencia que satisfaga las pretensiones procesales efectuadas por las partes, dentro del proceso penal, en sus conclusiones definitivas, impone la necesidad de su decisión por el órgano jurisdiccional, de manera expresa, admitiéndolas o dengándolas en su sentencia, a no incurrir en el supuesto de radical omisión, en el quebrantamiento de forma, que ampara el número 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim. pero no puede estimarse generada aquella falta

de pronunciamiento sobre la cuestión de hecho o derecho planteada, ni por consiguiente tan grave efecto, cuando el Tribunal de entre dos pretensiones excluyentes entre sí, acepte una de ellas, dándole satisfacción en el fallo, pues de esa manera desestima implícita y excluyentemente la que resulta radicalmente antagónica, pues un hecho o derecho, no puede ser, sin al mismo tiempo dejar de ser lo contrario, ya que acogido una de sus manifestaciones se elimina radicalmente la contraria u opuesta. (S. 18 noviembre 1970.)

La alegación de no haber resuelto la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa no tienen base: En primer lugar porque el tema —que se dice fue sometido por la defensa a la consideración del Tribunal “a quo”— de la posible imprudencia de la víctima al realizar la operación del izado del andamio, no fue puntualizado ni en las conclusiones provisionales ni en las definitivas de la defensa como viene exigiendo esta Sala de acuerdo con los artículos 650, 651 y 652 de la L. E. Crim. (Sentencia de 27 octubre 1960), y en segundo lugar porque aún admitida como válida tal alegación, la misma fue tácitamente desestimada por la sentencia al condenar por imprudencia antirreglamentaria al procesado encargado de la obra, pues claro está que dicha culpa excluye la de la víctima postulada por la defensa en sus alegatos orales y aún cuando se estimase que ambas culpas puedan coexistir, al callar el Tribunal de instancia sobre la hipotética imprudencia del obrero fallecido, bien se echa de ver que no le concedió trascendencia alguna ni sobre la responsabilidad penal ni siquiera sobre la civil del recurrente, buena prueba de que no estimó la cuestión con entidad suficiente para resolver sobre ella de manera explícita ni para fundar su fallo, juzgando bastante la resolución implícita de la misma lo que es válido procesalmente como viene afirmando esta Sala (Sentencia de 30 abril 1969, entre otras). (S. 1 diciembre 1970.)

La necesaria congruencia que debe integrar toda resolución judicial, exige que cualquiera pretensión formulada en conclusiones definitivas por alguna de las partes procesales, acusadoras o defensoras, de hecho o de derecho, sea resuelta por el órgano jurisdiccional de manera directa o explícita, dándole respuesta adecuada o incluso de forma excluyente, si aceptando uno de los supuestos, por derivación, se repudia el opuesto incompatible, pero se incurre en vicio de incongruencia, que origina el quebrantamiento de forma que ampara el número 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim., si planteada una cuestión importante o trascendente y no irrelevante o impertinente, por sus indudables efectos en la calificación y en la punición, el Tribunal de instancia en absoluto se pronuncia sobre ella, guardando el más absoluto silencio, pues habiendo sido requerido y pudiendo y debiendo decidir, hubo de hacerlo, tomando partido en el “dubio” o propuesta, sin poder extraerse consecuencias de su omisión estimándola como implícita denegación en contra de los derechos de las partes, y aún más fundamentalmente del reo, pues el silencio penalmente no dice nada, y sobre él no se puede operar presuntivamente, indagando una voluntad desconocida del Tribunal y no declarada expresamente como debiera. Otorgando efectividad a esta doctrina, es claro que, procede acoger el único motivo de recurso entablado por el condenado, apoyado en tal vía del número 3.º del artículo 851 de la Ordenanza procesal, toda vez que, se practicó a su instancia prueba médica en el rollo, sobre su estado mental, para conocer su imputabili-

dad, y también en el acto del juicio oral reiterándola, y en las calificaciones provisionales y luego definitivas, se alegó la ausencia de capacidad mental para tal imputabilidad mental. y así se recoge la pretensión en el segundo resultado de la sentencia de la Audiencia, en el que se dice, que la defensa del mismo pidió la absolución, "por no tener la capacidad mental necesaria para percibirse del carácter de sus actos", y a pesar de todo ello, pruebas y petición, la Sala, en sus hechos probados y en sus razonamientos jurídicos hace preterición de forma total del problema, que requería su expresa y directa resolución, por ponerse en tela de juicio la capacidad personal-penal del procesado incluso por técnicos médicos, con consecuencias decisivas o influyentes en la calificación y en la penalidad, por lo que su silencio es repudiable y no sirve como resolución tácita siquiera, ya que la trascendencia de la petición era indudable, y la presunción de normalidad de todo sujeto. fue discutida, y el Tribunal "a quo" debió decidir positiva o negativamente, pero explícitamente su sanidad o por el contrario su insanidad, sin dejarse de sentir requerido para algo importante y relevante en el orden jurídico-penal pues a su sensibilidad importaba, incluso como obligación, dar respuesta directa, decidiendo, sobre cuestión importante; razones por las que ha de anularse la resolución dictada, reponiendo las actuaciones al momento de pronunciarse sentencia en la que con libertad de criterio resuelva tan decisiva cuestión. debidamente propuesta y necesitada de resolución. (S. de 2 de diciembre de 1970.)

Al señalar y fijar las partes del proceso penal, el alcance del "dubio", con sus pretensiones acusatorias y sus defensiones más o menos exculpatorias o atenuatorias, que perfilan la conducta humana juzgada en su real extensión y la valoren jurídicamente, el Tribunal de instancia ante quien se producen, debe responder explícita y directamente a las mismas, de manera detallada y exhaustiva. a no incurrir en el vicio de incongruencia que determina el quebrantamiento de forma establecido en el art. 851, núm. 3.º de la L. E. Crim.; pero ha de entenderse, sin embargo, que esa decisión se produce, cuando admitido uno de los supuestos patrocinados, racionalmente se excluya el contrario, de todo punto incompatible, como sucede cuando debatido si una conducta es constitutiva de delito o de falta se admite una de dichas calificaciones pues la acogida de cualquiera de ellas, significa el repudio de la opuesta, de manera cierta, pues la conducta sólo puede tener una sola incardinación típica. (S. de 2 de diciembre de 1970.)

d) *Al amparo del núm. 4.º del art. 851 de la L. E. Crim.: punición por un delito más grave*: No incide la sentencia de instancia en la infracción del núm. 4.º del art. 851 de la Ley Procesal, ni ha penado un delito más grave que el que fue objeto de acusación, pues si acertadamente el Ministerio Fiscal calificó uno de los delitos por tratarse de un funcionario público, los hechos de autos como incurso en el art. 302, núms. 4.º y 6.º del Código penal, por esta calificación aunque se incidiera en el error de omitir la pena de multa conjunta con la de privativa de la libertad, obró la Sala con acierto, pues si el Ministerio Fiscal calificaba con base en este artículo y era preciso atenerse a la pena señalada en la Ley, no se ha cometido la infracción formal prevista en el citado art. 851, 4.º de la Ley, que sólo podría tener substancia anulatoria cuando se impusiera una pena no prefijada en el delito base de acusación, pues a lo que se precisa atenerse para

fijar la pena no es a la solicitada, sino al delito que haya sido objeto de la acusación y es visto que el delito de falsificación ha sido sancionado con las dos penas que le asigna el meritado art. 302 del Código penal. (S. 28 octubre 1970.)

Se alega que la sentencia condenatoria fue dictada sin haber evacuado el Ministerio Fiscal el trámite de conclusiones; y este motivo se desestima, porque aunque es cierto que la Audiencia anuló determinadas actuaciones, entre las que se comprendía el escrito de dicho Ministerio sobre calificación provisional de los hechos, no es menos verdad que con posterioridad al acuerdo de anulación se pasó la causa a la nombrada parte acusadora quien manifestó quedar instruida y que reproducía el escrito anulado. con lo que quedó cumplida la referida exigencia procesal, ya que si aquel escrito perdió su validez y eficacia acusatoria, no impedía que en sus propios términos volviera a tenerse en cuenta si, como aconteció, así se demandaba por la parte que le había creado, e innecesario era reproducirlo en toda su literalidad, bastando, pues, asimismo, remitirse a su contenido al concluir definitivamente, como ha de entenderse hizo en el acto del juicio, al igual que la acusación privada. (S. 2 noviembre 1970.)

El fiscal, única parte acusadora. estimó que el hecho es constitutivo de un delito de emisión —de un cheque sin fondos del art. 535 bis, párr. 2.º, pidiendo la imposición de la pena de 30.000 pesetas de multa, con el correspondiente arresto sustitutorio, pero la Sala de instancia en la primera de las consideraciones jurídicas, estima que es constitutivo de un delito de dicha clase, pero el párrafo 1.º del citado precepto sustantivo penal en consecuencia de lo cual el fallo de la resolución impugnada impone la pena de arresto mayor, aunque en grado mínimo. con las accesorias correspondientes, es decir, aprecia la figura dolosa en vez de la culposa acusada, infringiendo así el principio acusatorio en que se inspira la Ley procesal penal, pues el Tribunal no usó de las facultades que tenía a su alcance según el art. 733 de la dicha Ley Procesal, e impuso una pena más grave que la solicitada. como es indudablemente el arresto mayor respecto a la multa; argumentación que apoyada en el acto de la vista por el Ministerio Fiscal, tiene que ser acogida, por ser de evidencia notoria que el caso está incluido en la fórmula del motivo de casación que se invoca, pues acusado un delito y pedida por la acusación una pena, la sentencia que se impugna considerada existe otro delito de tipo más grave, doloso en vez de culposo, lo que tiene repercusión en el fallo que en vez de ser pena de multa lo es de privación de libertad. (S. 22 diciembre 1970.)

III. PARTE ESPECIAL

A. *Procedimiento de urgencia*: a) *Improcedente exigencia de citación personal*: Se alega una supuesta denegación de prueba consistente en no acceder el Tribunal a que la procesada recurrente fuese citada personalmente para el juicio oral por residir en el extranjero y sí por medio de la radio y por cédula ofrece la particularidad no sólo de no ajustarse al precepto invocado en cuanto el Tribunal no denegó diligencia de prueba alguna, sino la forma de citación de la procesada en razón de residir fuera de España y evitar trámites

dilatorios en un procedimiento de urgencia, sino la novedad de situar a la procesada como extraña al proceso penal seguido contra la misma en cuanto pretende que se la cite, personalmente en su propio domicilio como si se tratase de un testigo o persona ajena a la causa, olvidando que ella está presente en la misma desde el principio del procedimiento designando primeramente apud acta ante el Juzgado, Abogado y Procurado y después mediante poderes especiales otorgados ante el cónsul de España en Toulouse, según ha tenido ocasión de ver esta Sala al examinar las actuaciones, dada la naturaleza del recurso interpuesto; por lo que desde el 25 noviembre 1969 en que se acordó celebrar el juicio oral el día 10 de diciembre siguiente tuvo tiempo suficiente de ser informada por su procurador, a quien se le notificó el auto de admisión pruebas y señalamiento ya que no consta que estuviese incomunicado con ella, antes al contrario, al recurrir contra la negativa del Tribunal a la citación personal, manifestó que lo hacía "siguiendo expresas instrucciones recibidas", evidenciando con ello una presencia real que le permitía acudir al acto del juicio oral para hacer las manifestaciones que tuviera por conveniente para su defensa, y si no lo hizo no puede alegar ahora indefensión alguna, debiendo añadirse que para ausentarse del territorio español debió prestar caución no personal para responder de su presentación ante el Tribunal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 785, apartado h), número 10 de la L. E. Crim. (S. 15 diciembre 1970.)

b) *Reiteración de la petición de pruebas:* Es doctrina legal reiteradamente establecida por esta Sala en sentencias de 28 enero 1963, 14 noviembre 1966, 3 octubre y 5 diciembre 1967, 29 febrero y 18 noviembre 1968 y 13 octubre 1970, la de que en el proceso penal de urgencia, las pruebas propuestas en el escrito de calificación provisionalmente o con posterioridad y antes de comenzar el juicio oral, de acuerdo con el artículo 799 de la L. E. Crim., de ser inadmitidas por la Audiencia, no procede recurso ni protesta alguna, contra esta decisión, según determina su párrafo 2.º, "sin perjuicio de que la parte agraviada pueda reproducir su petición en el momento previsto en la regla 1.ª del artículo 800, que es el de iniciación de dicho juicio oral, y si en tal momento se reitera la pretensión de admisión de la prueba y vuelve a ser rechazada, es cuando debe prepararse el recurso de casación, formulando la necesaria protesta, que habilita para posteriormente interponerlo materialmente invocando la causa 1.ª del artículo 850, de la ordenanza procesal citada." (S. 18 noviembre 1970.)

c) *Requisitos a cumplir en la inadmisión de prueba:* El recurso de casación que ampara el artículo 850, número 1.º de la L. E. Crim., a fin de lograr la censura, sobre el posible quebrantamiento de forma, originado por la inadmisión de pruebas propuestas en trámite de calificación y rechazadas por la Audiencia, tienen una diversa mecánica formal de preparación según que la decisión denegatoria, recaiga en el proceso penal ordinario, o en el procedimiento de urgencia; ya que en el primero, dictado el auto que las rechace, a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 659 de la propia Ley, se ha de efectuar únicamente la oportuna protesta de la parte perjudicada por escrito, a que se refiere el párrafo 4.º de la misma norma, que prepare la interposición en su día, del oportuno recurso de casación, sin otra exigencia posterior, mientras que en

el segundo, de acuerdo con la redacción actual del artículo 799 en sus dos primeros párrafos. efectuada por la Ley de 8 de abril 1967 —coincidentes con la anterior del artículo 798 según el sentido que le dieron las Leyes de 8 junio 1957 y 20 julio 1959— contra el auto denegatorio de las pruebas propuestas en escrito de calificación, no procede recurso, ni claro es, protesta alguna, “sin perjuicio de que la parte agraviada pueda reproducir su petición en el momento previsto en la regla 1.ª del artículo 800”, que es el de iniciación del juicio oral y si en tal instante se reitera la petición de admisión de prueba, y vuelve a ser rechazada, es cuando debe prepararse el recurso de casación formulando la necesaria protesta, que habilita para posteriormente, interponerla materialmente. Este distinto sistema legal, exigido y remarcado por esta Sala en sus precedentes Sentencias de 28 de enero 1963, 14 noviembre 1966, 3 octubre y 5 diciembre 1967 y 29 febrero y 18 noviembre 1968, lleva la indeclinable consecuencia de que no es posible cuando se trate de procedimiento de urgencia, realizar la protesta por inadmisión de pruebas, aplicando lo dispuesto en el artículo 659, párrafo 4.º citado sin necesidad de posteriores reiteraciones de aquéllas. pues esta norma no rige tal supuesto, sino que resulta indispensable, no hacer uso en tal momento de la protesta. contra el auto denegatorio de las propuestas en el escrito de calificación y sin embargo reiteradas nuevamente, en pretensión de nueva admisión, en el acto del juicio oral, y sólo ante la dúplice negativa del Tribunal articular la protesta, que facilite la apertura posterior. luego de dictarse sentencia de la casación por quebrantamiento de forma, como manda el artículo 799 de la Ley procesal criminal. (S. 13 octubre 1970.)

B. *Procesos especiales: Por razón de la infracción: Proceso sobre injuria y calumnia: Formulación de la “exceptio veritatis”*: El *homen iuris* de desacato que cobija las conductas descritas en los artículos 240 y siguientes del Código penal, con el distinto y lógico alcance punitivo que ofrecen según que el sujeto pasivo destacado sea la Autoridad o los agentes de la misma y demás funcionarios públicos, hace equivalentes en la acción típica la calumnia, la injuria y la amenaza. puesto que el insulto se considera como variante terminológica de la injuria o, a los más una injuria matizada por la provocación, de suerte que, con referencia al caso de autos como calumnia o como injuria. el resultado depresivo para el principio de autoridad bien realmente protegido en el desacato más que la ofensa personal a quien encarna dicha autoridad. se produce igualmente y la única diferencia que pudiera producirse en el ámbito de la “*exceptio veritatis*”, tampoco ofrece en el caso mayor trascendencia pues, ya con base en el artículo 456 del Código penal, si es calumnia, ya con base en el artículo 461 del mismo Código si es injuria no debe olvidarse que sin desconocer su mayor alcance en la primera como elemento integrador del tipo, por vía negativa. se trata en todo caso de una *exceptio* doblada de carácter procesal y que como tal debe alegarse oportunamente en juicio, como tiene declarado esta Sala, por lo que tiene que ser utilizada en el período de instrucción sumarial o en el plenario —Sentencia 31 diciembre 1945 y 6 marzo 1958— y si por acaso fue intentada la prueba en momento procesalmente propicio y la misma fue indebidamente negada claro está que entonces el recurso casacional utilizable no sería el de fondo. sino el de forma —Sentencia de 13 noviembre

1963— conducta procesal que no fue observada por el recurrente, de suerte que su alusión a la calumnia y a la posible “exceptio veritatis” es puramente platónica e inoperante en este motivo de fondo sin olvidar que la calumnia es la especie del género injuria, por lo que en toda calumnia queda un remanente injurioso bastante a fundar en él la ofensa a la Autoridad desacatada perseguida en la causa. (S. 13 noviembre 1970.)

ANCEL Marc, Ibar STRAHL, Johs ANDENAES y Knud WAABEN: Le Droit pénal del Pays Scandinaves (Traducción al francés de Michel Lambert, R. Chazal de Mauriac y G. Turpin de Crissé), les Editions de l'Épargne, París, 1969, págs. X-224.

Este trabajo, cuarto de los publicados bajo el título genérico de *Les grands systèmes de Droit pénal contemporains*, tiene por objeto de estudio el Derecho penal de Dinamarca, Noruega y Suecia (1).

En la introducción hace Knud Waaben una breve y concisa exposición histórica en la que señala, a grandes rasgos, la evolución legal del Derecho penal en los tres países desde sus primeros Códigos generales, de los siglos XII y XIII, hasta los Códigos penales hoy vigentes; destacando las reformas introducidas en los siglos XVIII y XIX como resultado de las influencias de los países centroeuropeos y, en especial, de las doctrinas alemana y francesa, y del Código penal francés.

Analizando, en particular, las características del Derecho penal del siglo XIX en los países citados pone de relieve el dominio casi absoluto de las penas privativas de libertad el basamento de la determinación de la pena en la gravedad de la infracción y, sobre todo, el interés por la reforma del régimen penitenciario que culmina con un movimiento de reforma de la política criminal.

En el examen del sistema penal vigente señala, como caracteres propios, las amplias posibilidades que el Ministerio público tiene de renunciar a la persecución judicial, en especial, de los menores de dieciocho años y de los mayores de esa edad que sean delincuentes primarios; la importancia que tienen las penas privativas de libertad por tiempo determinado como medio de lucha contra el delito y la creciente que alcanza la condena condicional y la probación (2); los casos de aplicación de sanciones especiales (medidas educativas, curativas o de trabajo); para finalizar exponiendo la situación de la ciencia criminológica tanto en el ámbito universitario como fuera de él.

En la primera parte —*La théorie générale de l'infraction*— a cargo del mismo autor, se expone el basamento de la pena en el principio "*nulla poena sine lege*" así como alguno de los peligros que su defectuosa interpretación encierra; el principio de irretroactividad de la Ley penal, y su excepción —la retroactividad de la Ley penal más favorable, la que en opinión de Waaben no surte efectos en cuanto al ámbito temporal de las leyes que regulan mate-

(1) Se excluye el estudio del sistema penal de Finlandia por razones de orden material, aunque WAABEN reconoce sus afinidades con el Derecho penal sueco como consecuencia de su unión política hasta 1809 (pág. 3).

(2) La aplicación de la condena condicional y de la probación representan en la práctica, según WAABEN, un tercio de todas las sentencias pronunciadas, abstracción hecha de las multas (pág. 13).

rias de carácter aduanero, fiscal, comercial y, en general, la actividad económica y profesional a fin de que no pierdan éstas su fuerza intimidatoria.

Continúa el autor estudiando el papel que juega la acción como primer y fundamental elemento del delito; el concepto y clases de omisión y el modo en que debe ser concebida la relación de causalidad, pasando, a renglón seguido, a analizar como causas objetivas de exclusión de la pena, la legítima defensa, el estado de necesidad y el consentimiento del ofendido.

Especial interés presenta, dentro del tratamiento de la culpabilidad, la regulación de la imprudencia que, en principio, no es punible a no ser que esté prevista expresamente por la norma incriminadora y sólo para las infracciones que la prevén (3).

Igualmente deben destacarse, en el examen de las formas de aparición del delito, la inclusión de los actos preparatorios en el concepto de tentativa —en Dinamarca—, o de los mismos actos cuando sean cercanos al comienzo de ejecución —en Noruega y Suecia—, con la consiguiente ampliación de tal concepto; y en contrapartida la no punibilidad de la tentativa —en Suecia—, sino cuando la ley lo determine expresamente, ni en Dinamarca y Noruega en las infracciones penadas con multa (*amende*) o prisión (*détention simple*), o en las faltas (*contraventions*), respectivamente.

Analiza, por último la prescripción de la acción y de la pena, así como la competencia de los Tribunales.

En la segunda parte —*Les infractions*—, de la que es autor Ivar Strahl, se analizan diversos aspectos de algunos delitos. En los delitos contra las personas, puntos concretos del homicidio, tanto doloso como culposo y del asesinato (4) del auxilio al suicidio —incluida la eutanasia—, del infanticidio, del aborto —que está autorizado por la ley en no pocos supuestos (5)—, del hecho de poner en peligro la vida o la integridad corporal de otro, de la omisión de socorro; en los delitos contra el honor, algunos aspectos de la calumnia y la injuria así como sus clases; en los delitos contra la propiedad, el robo, el hurto de uso y la estafa, entre otros; en los delitos contra la honestidad (bajo el título de *les infractions contre les mœurs*), la violación incesto, corrupción de menores, actos de homosexualidad, exhibicionismo, y delitos relativos a la prostitución (la prostitución en sí misma no es punible (6), pero sí algunas conductas relacionadas con ella como el rufianismo o el proxenetismo), y, por último en capítulo aparte, la conducción de un vehículo de motor después de haber consumido alcohol.

(3) En cuanto al Derecho penal especial, el Código penal danés, en su artículo 19, establece el principio contrario, siendo punible la imprudencia por regla general.

En cuanto a Noruega, el artículo 40 del Código penal establece la punibilidad de la omisión tanto dolosa como imprudente.

(4) Es de interés la posibilidad de castigar el asesinato con la pena de cadena perpetua (*emprisonnement à vie*), en los tres ordenamientos.

(5) En Dinamarca, por ley de 23 junio 1956; en Noruega por ley de 11 noviembre 1960; y, en Suecia, por ley de 17 junio 1938, modificada por ley de 20 marzo 1964.

(6) En Dinamarca, sin embargo, puede aplicarse a estos supuestos el artículo 199 del Código penal, que sanciona la vagancia cuando no se desarrolla una actividad legítima que pueda procurar recursos suficientes.

Les sanctions, tercera parte de esta obra a cargo del mismo Ivar Strahl, comprende un estudio conceptual preliminar seguido del examen de las distintas clases de pena —multas, penas privativas de libertad, pena de muerte (7)— y de las reglas para su determinación, incluyendo aquí las causas de atenuación y agravación.

De interés especial es, en esta parte, el sistema de días-multa (*jours-amende*) por el que la pena pecuniaria se impone por un cierto número de unidades llamadas días-multa. El Tribunal determinará tanto el número de estas unidades como la cuantía correspondiente a cada una de ellas, por lo que, la suma total a satisfacer por el reo será la que resulte del producto de ambos datos. Esto permite una mayor adaptación de la cuantía total de la multa a las posibilidades económicas del condenado a ella (8).

Finaliza Strahl su colaboración con una exposición de las medidas de seguridad y corrección que sustituyendo o complementando la pena son aplicables a los menores, a los enfermos mentales, a los delincuentes peligrosos o a sociales, etc. Presenta aquí un especialísimo interés la posibilidad de aplicación por los Tribunales, de la castración como medida para prevenir delitos de carácter sexual, cuando un individuo represente, en razón de sus impulsos sexuales un grave peligro para otro o para sí mismo. De cualquier modo, para la aplicación de esta medida, es preciso el consentimiento libre de la persona que deberá sufrirla.

En la última parte —*La Procédura pénale*— Johs Andenaes analiza los sistemas de procedimiento criminal de los tres países, señalando sus más relevantes caracteres.

En definitiva, este trabajo representa un esfuerzo para dar a conocer los rasgos específicos del sistema penal escandinavo, y ello en un doble sentido, no sólo estudiando los caracteres de la legislación penal en cada uno de los países en particular, sino también poniendo de relieve las instituciones y notas comunes a todos ellos.

LUIS C. RAMOS RODRÍGUEZ

APARICIO LOPEZ, Octavio: Drogas y Toxicomanías, Editora Nacional, Madrid, 1972, 610 págs.

Presenta el autor una panorámica del problema de las toxicomanías en el mundo, así como de las diversas drogas utilizadas. Aproximadamente un diez por ciento de la población mundial es toxicómana; para España se calculaba, en el año 1967 en unas 30.000 personas o sea un uno por mil, aunque en los momentos actuales esa cifra es superior. Se considera el consumo y tráfico ilegal de estupefacientes, con toda la problemática que lleva consigo, sin olvi-

(7) En tiempo de paz, la pena de muerte está abolida en los tres países. En tiempo de guerra está prevista para el delito de traición y otros delitos graves. Lo mismo es aplicable a aquellas circunstancias que se aproximen, temporal o materialmente a la guerra.

(8) El sistema de los días-pena es el vigente en Suecia y, en algunos casos, en Dinamarca

dar su incidencia en el campo del delito, ya que son muchos los que diariamente han de cometer algún delito para poder conseguir el producto tóxico que necesitan. La situación es cada vez más grave, aspecto que resulta todavía más lamentable si se tiene en cuenta que la juventud tiene cada vez más participación.

Se hace una exposición de la historia del opio, desde las primeras noticias que se tienen hasta los momentos actuales, sin olvidar las dos guerras que se originaron como consecuencia del mismo, entre ingleses y chinos, así como la decisiva influencia que han tenido los primeros —debido a los grandes beneficios económicos— en el consumo y toxicomanías de los chinos. En España el opio se conoció antes de que lo popularizaran los árabes durante su permanencia en nuestro país; su mayor consumo fue debido a sus propiedades médicas.

Termina esta primera parte de la obra con una exposición de los derivados del opio: morfina y heroína con toda su problemática en el mundo de las toxicomanías, otros sustitutivos sintéticos de la morfina, así como la gran preocupación de buscar algún fármaco que pudiera combatir la morfinomanía. Sin embargo, la solución no parece nada fácil, ya que la heroína, que en principio se pensó iba a ser la solución, resultó ser más potente, agravando la situación. Se expone finalmente los cambios y sus derivados, zonas de producción, países de mayor consumo, etc.

La segunda mitad del libro se dedica, especialmente, a los alucinógenos: LSD, STP, DMT, mescalina, peyote, hongos, así como a los estimulantes, barbitúricos y cocaína. Se hace un estudio de toda la problemática que plantea el consumo y tráfico de estos estupefacientes, especialmente de la LSD, aparición, zonas y población más afectadas; efectos morales, económicos y sociales, su posible repercusión hereditaria; rehabilitación de los toxicómanos. Termina el libro con un capítulo dedicado a las drogas menores donde se recogen los efectos de la embriaguez por éter, inhalantes, tranquilizantes y mandrágora.

La obra, en general, tiene gran interés, en especial para los que se interesan en materia de estupefacientes, ya que se hace una exposición bastante completa de toda la problemática relacionada con las toxicomanías, presentando sus peligros e incluso algunas soluciones.

Hemos de señalar que el problema en España comienza a ser importante, aunque todavía no es grave. Las drogas más usadas son, por este orden, cannabis, LSD, cocaína y heroína; las dos últimas tienen poco valor todavía. Lo más grave para nosotros es que somos puente internacional, con Estados Unidos para la heroína, con Europa para los cannabis, ello ha dado lugar que el tráfico sea mayor que el que corresponde a nuestra población toxicómana. La edad más importante es a partir de los diecisiete años, aunque ya a los catorce hay muchos chicos que se inician; hay una tendencia universal a que el toxicómano se inicie cada vez a edad más temprana. La mujer, que en la criminalidad general representa un cinco por ciento en relación con los varones, en el consumo y tráfico ilegal de estupefacientes esa participación es mayor, aproximadamente de un quince por ciento. Las profesiones de más incidencia son los estudiantes —en general malos estudiantes o fracasados—, empleados, obreros cualificados o sujetos sin profesión. Entre los extranjeros estadounidenses, marroquíes, franceses, ingleses y alemanes. Las zonas más afectadas son: grandes ciudades y las de mayor afluencia turística.

Yo creo que la humanidad no podrá hacer desaparecer, por lo menos por ahora, el consumo y tráfico ilegal de estupefacientes, lo que no quiere decir que no haya que combatir el problema, pues de no hacerlo la situación se agravaría extraordinaria. No se ha de olvidar, en relación con nuestra opinión, el deseo cada vez más frecuente de buscar nuevos placeres, problemas psicológicos de las nuevas formas de vida; frustraciones en todos los campos sin excluir la de aquellos sujetos que no pueden alcanzar la posición social que desearían, o que creen les corresponde; el tecnicismo cada vez mayor en todas las esferas, que selecciona la capacidad intelectual y de trabajo, donde cada vez se exige más, dejando fuera de los buenos puestos de trabajo a los sujetos que no posean un alto coeficiente intelectual; pérdida de valores familiares, morales, sociales e incluso religiosos; los grandes beneficios que proporciona el tráfico de estupefacientes al mundo del hampa— esta corrupción se extiende a las esferas más insospechadas; el peligro de los estupefacientes sintéticos que no necesitan la plantación de ninguna clase de plantas.

No olvidemos que el uso de los estupefacientes es casi tan antiguo como el ser humano; de forma conocida tienen más de cincuenta siglos de existencia. Es una tradición de la humanidad que obedece a algo y que no se puede hacer desaparecer de la noche a la mañana, recordemos, por ejemplo, la prostitución, que tampoco hay forma de hacerla desaparecer. Por todo ello pensamos que las toxicomanías son un grave problema que ha de sufrir la humanidad, con repercusiones en diversas esferas: siendo la más importante, en el campo de la criminología, el delito. pues valga recordar la gran cantidad de delitos que diariamente se cometen en el mundo para obtener el tóxico necesario, así como los que se cometen bajo los efectos de los tóxicos.

Por otra parte, es un hecho cierto que parte de los medios de que se dispone en la lucha contra la criminalidad habrá que dedicarlos a este problema, pero no hay que prestarle excesiva atención si ello va en detrimento de otras esferas del delito. Tampoco debe extenderse demasiado la lista de estupefacientes, que pueda llevar a constituir delito conductas de escasa gravedad.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

“Avortement et Contraception”. Colloques des 11 et 12 mars 1971. Centre de sociologie du roit et de la justice. Editions de l’Institut de Sociologie de l’Université Libre de Bruxelles, 1972, 192 págs.

Contiene esta publicación los trabajos correspondientes al coloquio, que bajo el título de “Aborto y Anticoncepcionismo”, se ha celebrado durante los días 11 y 12 de marzo de 1971 en Bruselas, organizado por el Centro de sociología del derecho y de la justicia y presidido por el doctor Jean Snoek, profesor honorario de la Universidad Libre de Bruselas.

S. C. Ersele manifiesta en el prólogo, que debido a la rápida transformación de opiniones y actitudes sobre el tema del aborto y de las medidas anticonceptivas, considera necesario hacer una breve referencia a los hechos, que relacionados con este tema, se han producido después de la celebración del coloquio.

A nivel europeo, una comisión es reunida en Helsinki del 9 al 23 de abril de 1971, por la Organización Mundial de la Salud, para el estudio del aborto legal o ilegal, como fenómeno de la salud pública. Los expertos reunidos en Helsinki han estimado que la interrupción del embarazo debe ser un medio excepcional y que los esfuerzos deben ser dirigidos a la educación en la responsabilidad sexual y al empleo de métodos anticonceptivos.

En Francia, Italia, Alemania y Bélgica, prosiguen cada vez con mayor vigor las campañas en favor de una legalización del aborto exigiendo la supresión de las leyes de carácter represivo, que fuerzan a miles de mujeres embarazadas a realizar prácticas abortivas en la clandestinidad, con los enormes riesgos que ello lleva consigo. Señala como un hecho relevante en este sentido la manifestación de un grupo de 343 mujeres francesas afirmando haber abortado. lo que supone un claro desafío a la ley vigente. También en Alemania ocurre un hecho parecido, 374 mujeres lanzan a las autoridades el reto de "yo, también he abortado". En Bélgica M. J. Messinne propone sustituir el contenido del artículo 353 del Código penal por el texto siguiente: "El aborto no es castigado si es practicado sobre una mujer que ha consentido, por un médico o un cirujano".

Con el título "Conferencia-Debate" se recogen los trabajos correspondientes a la sesión celebrada el 11 de marzo, que es abierta por Anne-Marie Dourlen-Rollier, a continuación son expuestas las intervenciones de Anne-Marie Storrer, Philippe Soussaint, Jeanine Geairain, y Marc Abramowicz. Todos ocupan cargos directivos en asociaciones que de algún modo se ocupan del tema objeto de coloquio.

Es una constante en las conferencias, la denuncia de la ineficacia de la legislación represiva, que rige tanto en Francia como en Bélgica, en materia de aborto. Philippe Toussaint que preside la Sociedad belga para la legalización del aborto, afirma que ciertos ginecólogos estiman que ocho de cada diez mujeres belgas se hacen abortar al menos una vez en el curso de su vida. Propone la legalización del aborto como la solución más razonable.

De otra parte, la aplicación de la ley produce una inadmisibile desigualdad social, según Anne-Marie Dourlen-Rollier, ya que los casos de aborto clandestino que llegan a conocimiento de los tribunales, corresponden a personas que por su precaria situación económica, no les ha sido posible desplazarse a interrumpir su embarazo a otro país, cuya legislación sea más favorable.

A. M. Dourlen-Rollier espone que en Francia, la Asociación nacional para el estudio del aborto, de la que ella es secretaria general rechaza el proyecto de ley presentado por el doctor Peyret, diputado de la U. D. R., por su carácter restrictivo, al no acoger entre los motivos que autorizan la interrupción del embarazo (peligro para la vida de la madre, descubrimiento en el feto de una enfermedad incurable y embarazo producto de un acto criminal o de violencia) las indicaciones médico-sociales, exclusión que obligaría a las mujeres de condición modesta a continuar realizando maniobras abortivas en la clandestinidad. Dicha Asociación estima que el aborto libre no sería deseable para una población todavía mal informada sobre los medios anticonceptivos modernos.

En íntima relación está el problema del aborto con todo lo referente al anticoncepcionismo, Jeanine Geairain, en representación de "La Famille Heureuse".

expone la labor informativa llevada a cabo por esta asociación sobre la utilización de medios anticonceptivos. Con una política de planificación de nacimientos se evita, en gran medida, lo que ella llama el drama del "niño accidente", lo que disminuye a su vez la necesidad de recurrir al aborto.

Al referirse al "anticoncepcionismo", Anne-Marie Storrer prefiere decir "concepción consciente", explicando que no se trata de excluir al niño, sino de que el niño nazca del amor de la pareja y no del solo hecho de la fecundidad natural de la mujer. Esta "concepción consciente" aparece una toma de conciencia por la mujer de sus responsabilidades, tanto respecto de ella misma, como respecto de la pareja, sus hijos y la sociedad.

Por último, Marc Abramowicz, responsable del Centro de Información y de orientación de la pareja (Servicios de estudiantes de la U. L. B.), explica las características especiales del problema del aborto entre los estudiantes. El equipo del Centro, respecto del problema del aborto clandestino, mantiene como solución: aborto libre y gratuito. Atribuye el sentimiento de miedo que siente la mayor parte de las personas respecto del aborto, a la represión que ha sido víctima la sexualidad durante siglos.

La sesión de trabajo correspondiente al día 12 de marzo, con el título de "Jornada de Estudio", comienza con unas palabras de recibimiento a cargo de Arthur Doucy, director del Instituto de Sociología.

S. C. Versele, director del Centro de sociología del derecho y de la justicia, rebate en su intervención las objeciones que los denominados reaccionarios "passésistes" hacen a la legalización del aborto. Considera que en una sociedad pluralista como la belga la procreación debe ser un acto voluntario de la pareja y no depender de la suerte, debe separarse el placer de amar del riesgo de engendrar. S. C. Versele propone una reforma basada en la formación de las parejas en materia de planificación de nacimientos, siendo necesario la exclusión del Código penal de todo lo relacionado con los medios anticonceptivos. Respecto de la interrupción del embarazo considera que debe ser autorizado por razones médico-sociales.

Jean Sroeck profesor honorario de la Universidad Libre de Bruselas, analiza los conflictos que pueden surgir entre el interés de la pareja y los intereses demográficos de la comunidad en la que vive, como consecuencia de una legalización del aborto por razones médico-sociales.

Las cuatro conferencias a cargo de P. O. Hubinont, L. Gregoire, J. de Lombaert y Jean Dierkens, responden al desarrollo de los "aspectos médico-psicológicos" del tema.

Se pone de manifiesto por parte de los conferenciantes, la idea de concebir el aborto como complemento de las medidas anticonceptivas, debido a que éstas no constituyen una profilaxis absoluta del embarazo. de igual modo, se insiste en que el aborto debe realizarse en instituciones hospitalarias, con la misma consideración que cualquier otro acto médico.

Un estudio de las razones del fracaso de la prevención de los nacimientos, en opinión de J. de Lombaert ayudaría a una mejor prevención del aborto. Señala que son motivos de orden económico, los que con más frecuencia mueven a las mujeres a interrumpir su embarazo.

El profesor Jean Dierkens explica que los primeros años de la vida son los

que estructuran definitivamente a toda persona, y para que esta estructura sea equilibrada, es esencial que viva esos años en una atmósfera de amor y seguridad. Por esto, teniendo en cuenta la probabilidad de sufrimientos, desequilibrio y angustias para el nacido, en el caso de un embarazo no deseado, Dierkens considera un crimen dejar crearse progresivamente un ser a partir de un paquete de células. Según él la responsabilidad del aborto debe ser confiada a la madre y no a los médicos. La ayuda psicológica debe de estar a su disposición, pero no debe ser obligatoria.

A continuación, se desarrollan los "aspectos socio-jurídicos" del tema. La primera intervención a cargo de Pierre Locht, con el título "Un moralista católico se interroga", ofrece un análisis del tema, desde una perspectiva filosófica. El profesor P. Locht examina la postura tanto del orden social como del orden moral ante el creciente número de prácticas abortivas en la clandestinidad. Hace referencia a la posibilidad del planteamiento de un "conflicto de existencias" entre el respeto a la vida del ser mismo apenas concebido y la vida de la madre, la vida del medio familiar, como consecuencia de un nuevo embarazo. También se plantea el problema de la existencia o no de un umbral de lo humano.

P. Piraux hace un análisis de las consecuencias, de tipo psicológico, que se derivan de las prácticas abortivas, sobre todo de las realizadas en la clandestinidad. Pueden presentarse estados neuróticos, cuya intensidad y duración depende de la personalidad de la mujer. También pueden aparecer sentimientos de culpabilidad, reacciones de hostilidad y sentimientos de frustración.

W. Calawaert comenta el proyecto de ley presentado en el Senado de Bélgica, por un grupo de senadores, entre los que se encuentra él. Algunos asistentes al coloquio critican el proyecto, debido a que exige un dictamen favorable de dos o tres médicos, según que las razones aludidas para la práctica del aborto, sean médicas o sociales. Consideran que esto significa despojar a la mujer del derecho de decisión.

Una vez expuestas las conferencias, se recogen todos los debates celebrados en diferentes momentos del coloquio, agrupando las principales intervenciones por materia. En los diálogos se pone de manifiesto con mayor claridad, los diferentes puntos de vista de los asistentes sobre algunos aspectos del tema.

La síntesis del coloquio es realizada por Lucie Heuskin, que esboza con gran brevedad las líneas generales de su desarrollo.

Anne Dubois y León Ingber son los encargados de la elaboración de las conclusiones del coloquio. Labor que comienza con el desarrollo de una evolución histórica del aborto, señalando el diferente tratamiento legislativo recibido a través del tiempo. Enuncian las posiciones filosóficas, que sobre el aborto se han manifestado en el coloquio. Todas, a excepción de la que atribuye valor absoluto a la vida del feto, reivindican para el aborto igual consideración que cualquier otro acto médico, con la exigencia de ser practicado en un hospital público. En la práctica, será necesario construir equipos hospitalarios suficientes y asegurar la competencia y desinterés de su personal.

Contribuyen los trabajos del coloquio, recogidos en esta publicación, a dar a conocer el contenido de las tesis sostenidas por los movimientos, que cada vez con mayor fuerza, se manifiestan en favor de la legalización del aborto.

BOBBIO, Norberto: Sulla funzione promozionale del diritto, en Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile. Año XXIII, número 4, Milán, 1969, págs. 1313 y ss.

Comienza el autor por señalar, en base a la progresiva modificación de los fines y medios de acción del Estado, la insuficiencia de las concepciones que ven como funciones únicas del derecho la de protección, o la de represión, o ambas conjuntamente. Hace, a continuación y a grandes rasgos, algunas consideraciones sobre tales concepciones para luego, y a través de la distinción entre normas de conducta y normas de organización, introducirnos en la parte fundamental del estudio.

Después de destacar el progresivo aumento de las normas y técnicas estatales dirigidas, no a la protección-represión, sino también a la promoción, y que han tenido su traducción ya en las constituciones de los Estados que han abandonado los criterios del liberalismo clásico, puntualiza las diferencias existentes entre el ordenamiento represivo y el de promoción en cuanto a los *finés*, y en base a la distinción entre actos conformes y no conformes, en que al primero le interesan especialmente los comportamientos no deseados socialmente, siendo su fin primordial el impedirlos; mientras que al segundo interesan, sobre todo, los comportamientos socialmente deseados, siendo su fin el provocar su cumplimiento.

En cuanto a los medios empleados para la consecución de tales fines, un ordenamiento represivo utilizará aquéllos que conviertan la realización del comportamiento en imposible, difícil o desfavorable, mientras que el promocional tratará de convertir la conducta en necesaria, fácil o ventajosa. Para ello, el ordenamiento dispone de medios directos e indirectos. Ya en cuanto a los segundos diferencia los medios tendentes a evitar la acción, de aquéllos tendentes a excitar a la acción, y, entre éstos últimos distingue el premio o recompensa (siempre posterior al comportamiento realizado) de la facilitación (que precede o acompaña al comportamiento deseado). Como ejemplo de estas medidas dirigidas a excitar a la acción (*incoraggiamento*), señala las leyes-incentivo que tanto pueden actuar premiando como facilitando la realización de la conducta deseada.

Analiza Bobbio, a continuación, la diversa estructura de las normas favorecedoras o desfavorecedoras de la conducta, señalando las diferentes posiciones que en una y otra adoptan el titular del derecho (sujeto activo) y el titular del deber (sujeto pasivo); para finalizar examinando las distintas funciones de ambos tipos de normas: las normas de carácter impeditivo o desfavorecedor tratan de mantener inalterables las condiciones y situaciones sociales, pretenden estabilizar el estado de cosas existente; las normas de carácter favorecedor tienen, por el contrario, como función propia, la de promover modificaciones o innovaciones.

Se trata, en definitiva, de un estudio del empleo de las técnicas de favorecimiento, cada vez más extendido, desde el punto de vista de la Teoría general del Derecho.

BROWNLIE, The law relating to public order. Londres, 1968, 227 págs.

Se divide la obra en siete partes, dedicando las dos últimas a recoger una serie de conclusiones y dos apéndices. En la primera se trata de las infracciones contra el orden público. Se establecen diversos conceptos sobre lo que ha de entenderse por orden público y conductas que pueden ser reprimidas, así como los ataques a las personas encargadas de mantener el mismo, agresión a la policía y obstrucción de su labor. Las sanciones, salvo que concurren con un delito más grave, pueden oscilar entre un mes y dos años de prisión y multa entre veinte y cien libras. Hay una protección especial al Parlamento, con prohibición de manifestarse en una determinada área alrededor del mismo.

Se recogen diversos tipos de infracciones, como reuniones ilegales, motines, disturbios, traición. También se hace referencia a otras conductas como las coacciones, portar armas peligrosas. situación ésta que se agrava cuando el portador concurre a una manifestación pública. Termina esta parte con la descripción de una serie de figuras relacionadas con el orden público, como la provocación al duelo, publicación de noticias falsas, posesión de estupefacientes, etc.

La parte segunda trata de los supuestos en que puede hacerse uso de la fuerza, prestando especial interés a la prevención, para evitar, siempre que sea posible, el uso de la violencia. No es sólo misión de la policía mantener el orden público, sino que incumbe también al ciudadano, como derecho y deber, el colaborar en el restablecimiento del orden perturbado o evitar que el mismo surja. Se autoriza a los particulares al empleo de coacción o uso de armas. Se recogen los supuestos en que la policía o el ejército se extralimita en el uso de la violencia para mantener el orden; cabe entonces una legítima defensa por parte de los ciudadanos.

Se ocupa la parte tercera de las disposiciones legales al respecto no sólo en los momentos de normalidad, sino incluso en situaciones excepcionales donde tiene especial interés la Ley Marcial.

La parte siguiente regula las reuniones y manifestaciones. Para celebrar cualquier reunión es necesario la autorización del dueño del lugar, por considerarse propiedad privada. Se precisa, por tanto, la autorización del Gobierno, cuando la reunión o manifestación va a tener lugar en zonas públicas. Las autoridades también tienen diversas limitaciones en estas cuestiones.

Termina la obra recogiendo los problemas de orden público que se pueden presentar en lugares especiales como zonas militares, aeródromos, iglesias, escuelas, parques, etc.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

LEDESMA JIMENO, Alfonso: Delincuencia juvenil. Salamanca, 1972, 103, págs.

Tras unas consideraciones generales sobre el concepto de delincuencia juvenil, su realidad en España y otros países, se ocupa el autor de la etiopatogenia, que considera fundamental para los métodos de prevención y tratamiento. Estima que no hay ninguna teoría capaz de explicar las diversas formas de

delincuencia juvenil. Sin olvidar algunos factores individuales concede gran importancia al mundo circundante como factor criminógeno. Especial interés se le da a la agresividad en el terreno de la delincuencia. Siguiendo a Freud, se considera lo sexual de gran valor para demostrar los fenómenos de agresividad, donde tiene su influencia las modernas interpretaciones antropológicas de las perversiones sexuales; todo ello sin olvidar los conflictos entre el yo y el súper-yo. De todas formas, dice que, a pesar de la importancia de la agresividad juvenil en el campo del delito, todavía no se ha elaborado una teoría suficiente de la misma.

Dentro del estudio clínico del delincuente juvenil se pone de relieve la importancia de la dirección criminológica, donde se hace indispensable un estudio somático, psíquico y social del joven. Es muy importante, dentro de la dinámica del delito, el estudio psíquico del sujeto en una etapa anterior al delito, durante el mismo y en un período posterior, lo que sólo se puede conseguir por medios psiquiátricos y psicológicos. Hay unos factores predisponentes al delito y otros precipitantes.

En relación con los test psicológicos aplicados en los jóvenes delincuentes para determinar su agresividad, tras hacer una exposición de diversos métodos llega el autor a la conclusión de que no hay ninguno que sea enteramente satisfactorio. Sólo sirven los test para conocer aspectos parciales, pero no pueden llegar a sustituir los métodos fundamentales de la clínica criminológica.

Dentro de una posible clasificación de la delincuencia juvenil, siguiendo a Franchini-Introna, se inclina por recoger las categorías de: normales, oligofrénicos, neuróticos, caracterópatas, psicópatas y psicopáticos.

Termina la obra con unas consideraciones generales sobre la predicción, prevención y tratamiento. Dentro de éste se considera necesario una revisión total de la penología, en vista de los métodos ofrecidos por la criminología clínica. En los regímenes abiertos, semiabiertos y cerrados, la base de todo tratamineto del delincuente juvenil hay que buscarla en la quimioterapia combinada con la psicoterapia.

El autor enfoca su estudio hacia la clínica criminológica, por su especialidad en el campo de la psiquiatría. Es aquélla una de las diversas facetas de la criminología. sin duda la más importante en el estudio de la personalidad criminal. Su eficacia está en la fase del tratamiento. Pero hay un problema: no hay todavía métodos de tratamiento verdaderamente eficaces, ni personal especializado suficiente; habrá que esperar todavía mucho tiempo. Después, lo de siempre, el mundo circundante, la evolución del fenotipo. Una pregunta sigue en pie: ¿qué sucederá si devolvemos al sujeto al mismo mundo circundante que le empujó al delito?; podemos influir en las "actitudes" del sujeto, podremos modificar su personalidad, pero el mundo circundante probablemente no; no siempre hay posibilidad de llevar al sujeto a otra parte.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

MERLE Philippe, Les présomptions légales en Droit pénal. Editado por Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1970, XII-212 páginas.

Comienza el autor por precisar el concepto de presunción legal, así como su naturaleza, diferenciándola de aquellos principios generales que, si bien podrían parecer presunciones legales, no presentan los caracteres propios de las mismas, tales como la presunción de inocencia o la de conocimiento de la ley. Delimita, a renglón seguido, el objeto de estudio eliminando las presunciones que no sean estrictamente penales para, a continuación, clasificar aquéllas de naturaleza penal en dos grupos fundamentales: presunciones que intervienen en el funcionamiento de las reglas de prueba (ya se establezcan en favor o en contra del reo), y presunciones que juegan su papel en la elaboración de reglas de fondo. Según ello divide su estudio en dos partes: la desaparición de las presunciones legales sobre el funcionamiento de las reglas de prueba, y el fortalecimiento de las presunciones legales en la elaboración de las reglas de fondo.

En la primera parte, y después de algunas consideraciones generales sobre la evolución histórica de las presunciones, contempla, en primer término, las presunciones establecidas en favor de la defensa como la de legítima defensa del artículo 329 del Código penal francés, o la de motivo legítimo en las violencias cometidas por funcionarios públicos. En cuanto a la presunción de legítima defensa, expone las diversas interpretaciones que se han dado a los dos párrafos del artículo 329 —desde considerarlos como simples enumeraciones castuísticas *ad exemplum* de defensa, o proponer que con este artículo se establece la regulación de la legítima defensa de los bienes, frente a la defensa de personas del artículo 328, hasta la opinión casi unánime de ver en la norma comentada una presunción legal—, así como la dirección seguida por los Tribunales de Justicia; para terminar proponiendo la supresión de tal artículo en base a que su primer párrafo quedaría falto de contenido a través de una interpretación adecuada de las normas generales relativas a la legítima defensa, mientras que el segundo debería derogarse en razón de su no aplicación.

Por lo que hace referencia a la presunción de motivo legítimo en las violencias cometida por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (artículo 186 del Código penal francés), y después de un detenido estudio de las posiciones doctrinal y jurisprudencial, concluye señalando el carácter muy limitado que, sobre el terreno de la prueba, tiene en la práctica.

A continuación trata de aquellas presunciones establecidas en favor de la acusación, comenzando por las que hacen referencia al elemento material de la infracción —derivadas de la Ley de 15 de septiembre de 1948 (1), y la del artículo 278 del Código penal—; examinando luego las que afectan al elemento

(1) La Ley de 15 de septiembre de 1948 tiene como origen los genocidios perpetrados por ciertas unidades del ejército alemán en algunas localidades francesas. Para el castigo de los culpables, pero por las dificultades de prueba, se adoptó por la citada ley un sistema por el que se presumía, con presunción *iuris tantum*, la participación —como autores— en el delito, de todo aquél que perteneciese a tales formaciones o grupos, a no ser que probasen su incorporación forzada a ellos y su no participación en la ejecución del delito.

moral, ya se presume éste por la ley —como en el porte de armas u otros instrumentos apropiados para la comisión de un delito por un mendigo o vagabundo (artículo 277 del Código penal); en la posesión de objetos adecuados para el fraude, como pesas o medidas falsas, carnes, pescados, productos agrícolas o naturales que se sepan adulterados, corrompidos o tóxicos, etc. (artículo 4 de la ley de 1 de agosto de 1905); el abandono del hogar por el padre o la madre (artículo 357-1.º del Código penal); u otras presunciones derivadas de una situación inmoral (proxenitismo) o establecidas para reforzar las obligaciones de ciertos profesionales (proveedores de armas, guardianes de prisiones, periodistas)—; o por la jurisprudencia —como en la falsificación en materia literaria o artística, o en las injurias—

En la segunda parte trata, sucesivamente, de la influencia que las presunciones legales ejercen sobre la estructura de la infracción —ya sea sobre el elemento material o sobre el moral— y sobre la responsabilidad del delincuente —sea por un hecho propio de otro— concluyendo, en definitiva, que la única materia en que el empleo de las presunciones legales de carácter penal es necesario y ello por razones de índole práctico es la de infracciones de naturaleza económica y, en general, las que podrían llamarse infracciones “artificiales”; lo que debería conducirnos a reconocerles carácter autónomo, encuadrándolas dentro del marco del Derecho penal administrativo, y sometiénolas, en consecuencia, a reglas propias. En cualquier modo, presente, en el empleo de presunciones legales en Derecho penal, un peligro que únicamente podría alejarse si tales presunciones son lo suficientemente flexibles para permitir un amplio margen de arbitrio judicial.

LUIS C. RAMOS RODRÍGUEZ

MIDDENDORFF, Wolf: Teoría y práctica de la prognosis criminal. Traducción castellana por José María Rodríguez Devesa, Spasa-Calpe, Sociedad Anónima, Madrid, 1970, págs. 194.

La primera parte de la obra tiene por objeto la exposición detallada de las diversas investigaciones llevadas a cabo en los Estados Unidos, Alemania, Inglaterra y en los países nórdicos, en torno a los distintos sistemas de prognosis criminal, así como el estudio de los resultados obtenidos en base a su aplicación. Destaca Middendorff especialmente, la labor desarrollada por Burgess y los esposos Glueck (que toman como factores determinantes del juicio de pronóstico, fundamentalmente, aquéllos de carácter objetivo extraídos de la vida anterior del sujeto), el intento de Laune y Leopold de establecer como base de tal juicio la personalidad dinámica actual del delincuente, y los trabajos de Monachesi y Hatthaway, y de Kvaraceus, que encuentran el basamento de la prognosis tanto en la personalidad del sujeto, cuanto en los datos reveladores del medio en que su vida anterior se desarrolló. Ya en el examen de los países europeos pone de relieve los trabajos de Shiedt, Truk, Strube, Meyer, Brückner, Manheim y Wilkins, entre otros; los estudios llevados a cabo por Stutte, Zillken y Weingarten, y Tumlriz sobre la incorregibilidad o ineducabilidad del sujeto

en cuanto a las perspectivas de éxito de la educación correccional; y los de Exner, Mezger y Würtenberger sobre los diversos tipos de delincuentes.

En la segunda parte se plantean algunos de los problemas que la prognosis criminal presenta. Así, la posibilidad de considerar al ser humano como algo mensurable —posibilidad afirmada por Middendorff, partiendo del principio causal, pese a las limitaciones que suponen la irrepitibilidad del individuo (en cuanto a la aplicación de los resultados obtenidos por el examen de un individuo o grupo, a otro diverso), la libertad, relativa pero cierta, de toda resolución de voluntad, o la derivada de las inexactitudes o subjetividades del propio sujeto que realiza el juicio de mensura que pueden afectar a la investigación o a alguna de las conclusiones obtenidas en ella.

Como causas que hacen necesaria la prognosis criminal, argumenta, de un lado, el alto grado de reincidencia contra el que han fracasado los tradicionales medios de lucha contra la criminalidad y, de otro, las estrechas relaciones existentes entre aquélla y la criminalidad precoz. Igualmente señala las limitaciones de una investigación de esta naturaleza derivadas de la imposibilidad de fundamentar en ella decisiones exactas y seguras, pudiendo conseguirse, únicamente, grados de probabilidad; la imposibilidad de controlar todos los errores, sino sólo aquéllos en que la decisión equivocada consistió en señalar al sujeto un período de prueba en el que reincidió (1); o la influencia que pueda tener un cambio en las circunstancias fácticas en orden a una modificación espontánea de la vida del delincuente.

Tales limitaciones en los estudios estadísticos que sirven de base a la prognosis, deben paliarse por el empleo de medios objetivos, inequívocos y fácilmente comprobables (vida familiar, formación escolar, posición social, condenas anteriores y tipo de delito, etc.).

Pone de relieve la ausencia y necesidad de un estudio de la eficacia de las penas y medidas de seguridad y corrección de la que depende la validez de la prognosis, y en el que, hasta el momento, las presunciones dominan sobre la investigación de los efectos que la aplicación de las distintas penas producen en el delincuente. En este terreno la prognosis se halla en estrecha conexión con el fin de la resocialización en la pena (fin que destaca especialmente en los sistemas de defensa social en cuanto a los delincuentes reeducables), pero que puede contrastar con los fines de retribución y de prevención general.

Por último, destaca los campos de aplicación de la prognosis en el ámbito penal: la medida de la pena en la sentencia, influyendo así en la clase de pena, su extensión, remisión condicional, medidas de seguridad, arbitrio judicial...; y, en la fase de ejecución de la pena, la determinación de la libertad condicional.

No podemos dar fin a esta recensión sin hacer referencia a la labor del traductor que con la versión castellana de esta obra incrementa el ya numeroso conjunto de estudios alemanes vertidos por él a nuestra lengua.

LUIS C. RAMOS RODRÍGUEZ

(1) Por el contrario, no pueden ser revisados los errores de pronóstico desfavorable, cuando en base a él se haya negado la libertad condicional.

LEONE, Mauro: L'esimente dell'esercizio di un diritto. Editado por Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1970, 181 págs.

Analiza el autor, en primer término, los elementos fundamentales de la eximente: la existencia del derecho, su titularidad y su ejercicio.

En cuanto al primero de ellos, delimita el concepto de derecho subjetivo, contemplando sus diversas clases, así como la efectividad de cada una de ellas en orden a la eximente en cuestión; para luego estudiar las distintas fuentes de las que puede nacer tal derecho subjetivo (ley, acto jurisdiccional, acto administrativo, negocio jurídico, costumbre, legislación extranjera y Derecho canónico), y examinar las relaciones existentes entre la norma penal incriminadora y la norma extrapenal que hace nacer el Derecho subjetivo, atribuyendo a la primera una función limitativa del ejercicio del derecho, dependiendo del modo en que ambas estén configuradas. Trata también el problema del error, ya incida éste sobre la existencia en abstracto del derecho, ya sobre la concurrencia de las condiciones que legitiman, en concreto, su ejercicio.

Al tratar de la titularidad del derecho plantea y toma posición sobre los diversos problemas que, en cuanto a ésta, pueden presentarse, dependiendo de que el derecho sea relativo o absoluto o en orden a los supuestos en que la titularidad del derecho está desvinculada de la capacidad de obrar, por incapacidad total o parcial del sujeto, o porque el derecho pueda ejercitarse por otro que no sea su titular. Asimismo expone las relaciones existentes entre el ejercicio del derecho y los elementos objetivos y psicológicos del delito.

Por lo que al tercer elemento —ejercicio del derecho— se refiere, contempla los distintos modos en que puede ser llevado a cabo (actuar positivo u omisión), incluyendo también en el concepto aquellos comportamientos del sujeto tendientes a la defensa preventiva del derecho (*attività prodromiche*) que no son ejercicio verdadero y propio del mismo, aunque vayan dirigidos a él; e igualmente los comportamientos subsiguientes a la violación del derecho encaminados a restablecerlo. Son objeto también de su estudio, en este momento, el abuso de derecho y el exceso culposo.

Al tratar del *fundamento político-criminal* de la eximente, y después de distinguir entre ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber, así como de precisar que la eximente de ejercicio de un derecho no es subsidiaria de otras eximentes (legítima defensa estado de necesidad...), se detiene especialmente en el examen del principio de no contradicción del ordenamiento jurídico, aceptando, de otra parte, la teoría del carácter sancionador del Derecho penal, si bien moderada y relacionándola con la eximente en cuestión. Por el contrario, no reconoce valor práctico a la teoría de la acción socialmente adecuada, y no tanto porque introduzca referencias a criterios de valoración metajurídicos, sino, y sobre todo porque el ordenamiento jurídico prevé una serie de eximentes específicas fuera de las cuales no hay cabida para nuevos criterios generales de exención. Además, nos dice, no debe perderse de vista que “para los casos en que la acción se configure como socialmente no reprochable, no surge un problema de justificación precisamente porque no hay nada que justificar, faltando la correspondencia de la acción al tipo del delito” (págs. 103 y s.), lo que li-

mitaría los supuestos en que pudiese entrar en consideración la acción socialmente adecuada.

Por lo que se refiere a la *naturaleza jurídica* de la eximente tratada, considera que en el ejercicio de un derecho viene a faltar un presupuesto general del delito —el precepto penal—, por efecto de la clisión que la norma extrapenal provoca. De ello depende, a su vez, la situación del instituto en la teoría general del delito.

Examina, por último, los supuestos más destacados en que la eximente entra en aplicación (ejercicio de una profesión, derecho de corrección, tratamiento médico, ejercicio de un deporte violento, etc.), para finalizar analizando algunos aspectos procesales de la misma.

LUIS C. RAMOS RODRÍGUEZ

L'Evolution du droit criminel contemporain, Recueil d'études à la mémoire de Jean Lebreton, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques d'Aix, Directeur de l'Institut des Sciences Pénales et de Criminologie de l'Université d'Aix-Marseille; Editado por Presses Universitaires de France, París, 1968, págs. 218.

Es éste un conjunto de artículos del más variado contenido. En el primero de ellos —*De la vengeance expiatoire au traitement des délinquants*—, comienza Marc Ancel por señalar, en la evolución de los fines de la pena, tres etapas fundamentales: a) Hasta fines del siglo XVIII, en que la represión y la venganza expiatoria eran las ideas predominantes en la lucha contra la criminalidad, con la consiguientes secuela de suplicios, penas infamantes y una aplicación asaz y frecuente de la pena de muerte. b) Frente a esta situación reaccionan Beccaria, Voltaire, Howard, etc., secundados por Montesquieu, Bentham, Feuerbach... Con ellos se abre paso una nueva concepción de carácter retributivo y de prevención general que sitúa su ideal, en cuanto a los métodos de lucha contra el delito, en las penas privativas de libertad. c) A fines del siglo XIX, sobre todo a fines del siglo XX con la aparición de la Escuela Positiva italiana, surgen, como medios de reacción anticriminal, y al lado de las penas retributivas, las medidas de seguridad de carácter educativo y curativo. Con ellas prima la finalidad de resocializar al delincuente y se perfila una significación más precisa de lo que sea el *tratamiento del delincuente* como concepción general que debe presidir el Derecho penal, la administración de justicia y el régimen de ejecución de penas.

Expone a continuación algunas de las consecuencias que se derivan de este sistema (consistente, en cuanto a lo fundamental, en el establecimiento de tratamientos específicos para enfermos mentales multirreincidentes, menores y jóvenes delincuentes, alcohólicos y, en general, para aquellos grupos de delincuentes que presentan unas características comunes propias). Así que el tratamiento se aplique en función de la personalidad del sujeto, sin partir necesariamente de la gravedad del acto cometido; que el juez penal debe individualizar tal tratamiento en íntima colaboración con representantes de otras áreas del conocimiento (médicos, psiquiatras, psicólogos...), y, en conexión con

esto último, que el mismo juez penal intervenga en la fase de ejecución de la pena.

Solamente resolviendo los nuevos problemas que la política criminal plantea, finaliza Ancel, se podrá llegar a un "régimen racional y humano de tratamiento de los delincuentes apropiado para la sociedad del siglo xx" (pág. 11).

El segundo artículo —*La nozione della colpa nei rapporti presentati al Congresso di Lisbona (1961) dal Prof. Jean Leuret, Professore della Facoltà di Diritto d'Aix Marseille*—, viene a ser la respuesta a cuestiones formuladas por el profesor (1) dada por Enrico Altavilla desde el punto de vista de la doctrina y jurisprudencia italianas, en referencia concreta a la imprudencia en la circulación de vehículos a motor.

Después de una labor previa de delimitación de conceptos tales como imprudencia, negligencia e impericia; culpa civil y cupa penal; previsión, previsibilidad y perceptibilidad, etc., expone los problemas que plantea la imprudencia de otro y el deber de neutralizarla. Examina aquí las diversas soluciones aportadas en Italia por la doctrina y la jurisprudencia mostrándose partidario de aquélla que trata de armonizar la norma genérica del artículo 43 del Código penal italiano (2) con los imperativos específicos derivados de los preceptos de la circulación. Afirma, en consecuencia, la obligación de los conductores de prever, en determinadas circunstancias la imprudencia de otro cuando ésta se presente con una apreciable probabilidad, y de adecuar a ella su comportamiento. Da breve respuesta igualmente a otros problemas íntimamente relacionados con el tema.

En su colaboración Roger Beraud plantea la debatida cuestión de la admisibilidad o no de la circunstancia atenuante de provocación en los delitos culposos (3), así como la posibilidad de que un delito de esta naturaleza pueda constituir una tal causa de atenuación.

Para ambos problemas nos ofrece el autor una respuesta afirmativa basada, en cuanto al primero, en la consideración de que la relación de causalidad que debe unir el acto provocativo y su afecto es algo diverso de un acto voluntario como única posibilidad de reacción frente a la provocación; y, por cuanto respecta al segundo, por situar en primer término el efecto de la provocación (la causación de una viva emoción) que puede ser producido al menos conceptualmente y, según Béraud, con plena relevancia jurídica por un acto imprudente de otro.

Analiza asimismo las diversas esferas en que la provocación puede tener como consecuencia jurídica la atenuación de la responsabilidad criminal en el

(1) Hace referencia aquí ALTAVILLA a la pregunta que LEVRET se formulaba en su colaboración en el Congreso de Lisboa (*Los problemas planteados en el Derecho penal moderno por el desarrollo de las infracciones no-intencionales (por culpa)*), sobre cual es la noción de culpa penal que justifica la intervención represiva.

(2) Artículo 43 del Código penal italiano: "El delito: ...es culposo, o contra la intención cuando el resultado aunque previsto, no es querido por el agente y se produce a causa de negligencia o imprudencia o impericia o bien por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o instrucciones (*discipline*)".

(3) Bajo el título "*La provocation et les infractions non intentionnelles*".

delito culposo; y la posibilidad de que una provocación pueda surtir el efecto de convertir al provocador en cómplice de un delito no internacional.

En el siguiente artículo —*Les transformations contemporaines des conditions matérielles d'existence et leur influence sur l'évolution du Droit pénal*—, nos presenta Pierre Bouzat la problemática que, bajo los auspicios de una sociedad industrial en plena evolución, se deriva de la existencia de nuevas categorías de actividades dañosas o peligrosas para los individuos o la sociedad, lo que exige la creación de nuevas incriminaciones, adecuadas para su represión y prevención.

En la primera parte de su estudio expone, a grandes rasgos, las áreas afectadas por el progreso de la técnica o por la transformación de las estructuras económicas así como la legislación en vigor que regula determinados aspectos de las mismas (higiene y seguridad en el trabajo, Seguridad Social; derecho de circulación —*Code de la route* y Ordenanza y Decreto de 15 de diciembre de 1958, así como la Ley de 18 de mayo de 1965—; delitos de coalición y denegación (*refus*) de venta, infracciones contra la legislación sobre precios, contra la coordinación de transportes, etc.

De interés especial en este capítulo es la posibilidad de decretar una requisa (*réquisition*) cuando una huelga pueda paralizar ciertos sectores esenciales para la vida del país, según la Ley de 11 de julio de 1938, cuyos efectos fueron prorrogados por la Ley de 28 de febrero de 1950.

En la segunda parte examina el cuadro de penas aplicables a las nuevas infracciones. Al lado de su artificialidad (ya que no llevan consigo una reprobación social ni revelan una inmoralidad radical en el autor), presenta como carácter de estas sanciones el de su severidad (bien que sean por lo general sanciones económicas) especialmente por los efectos agravatorios que puede llevar consigo la reincidencia (así, en Derecho penal laboral la doble reincidencia puede suponer el cierre total o parcial del establecimiento), o la reiteración en infracciones de carácter grave (que en Derecho penal de la circulación puede significar la confiscación del vehículo).

Finalmente en la tercera parte, trata de la evolución de algunos principios del Derecho penal como consecuencia de la transformación de las condiciones materiales de existencia, así, el principio de personalidad de las penas o el de irresponsabilidad penal de las personas morales.

En su trabajo —*La Maison d'arrêt de demain*—, Pierre Cannat expone, en primer lugar la difícil situación que atraviesa en Francia, por diversos motivos, la *maison d'arrêt* (4), así como las causas por las que debiera prestarse una mayor atención a este instituto, en el sentido de aplicar métodos científicos adecuados a su función, conducente a convertir el establecimiento de arresto en un centro de carácter terapéutico en lugar de reducir su objeto a la simple neutralización del sujeto.

En un segundo momento propone radicales modificaciones del sistema actual, tales como la creación de centros de observación y reeducación social en cada uno de estos establecimientos el dotarlos de personal especializado (tanto penitenciario como médico-educativo), la construcción de instalaciones adecuadas

(4) La *maison d'arrêt* está destinada a los procesados detenidos preventivamente, y a los condenados a cortas penas privativas de libertad.

y suficientes, tanto para el normal desarrollo de las actividades propiamente penitenciarias, de reeducación, etc., cuanto para el esparcimiento deportivo o la formación cultural de los detenidos. Conjuntamente expone algunos de los problemas que tal renovación plantearía tanto desde el punto de vista humano como desde el económico o social.

La siguiente colaboración, a cargo de Raymond Gassin, tiene por objeto un tema de Parte Especial: *La notion de vol dans la jurisprudence française contemporaine*.

En ella, el autor, después de algunas consideraciones generales previas, examina sucesivamente los elementos materiales e intelectuales del delito en cuestión. En cuanto a los primeros, se detiene especialmente en la determinación de que entiende la jurisprudencia francesa por la expresión "cosas susceptibles de sustracción", concepto ampliado por los Tribunales de Justicia en un doble sentido: por un lado, considerando como muebles las cosas, inicialmente inmuebles, separadas del inmueble al que estaban incorporadas, o aquéllas que el Derecho civil considera inmuebles por destino; de otro, ampliando tal concepto también a las cosas muebles incorpóreas, fuerzas, energías (electricidad frío artificial, etc....).

Por otra parte, y en cuanto se refiere al concepto mismo de la sustracción constitutiva de este delito, entiende por tal la jurisprudencia, tanto el apoderamiento violento de una cosa ajena, como el empleo de medios coercitivos sobre una persona con el mismo fin; tanto le entrega involuntaria hecha por un sujeto que no juega más que un papel puramente pasivo (por ser loco o demente menor, etc.) como la entrega conseguida por engaño, induciendo a error al que la hace sobre quien es el verdadero propietario de la cosa (casos en que quien hace la entrega no es más que un instrumento pasivo, y en los que el engaño no sería relevante para calificar el hecho como estafa), o como en los supuestos en que la entrega viene motivada por un error sobre el valor de la cosa, o sobre la naturaleza de la operación llevada a cabo. Analiza igualmente los supuestos de extensión del concepto de sustracción desde el punto de vista del modo en que se lleva a cabo la entrega.

En cuanto a los elementos intelectuales contempla, en especial, el de *ajemidad* de la cosa, también, claro está, desde el punto de vista jurisprudencial, desde el que no se considera punible la sustracción de cosas que no pertenecen a nadie (*res nullius* o *res de relictæ*), salvo en casos en que tales cosas están dotadas de un destino o afectadas especialmente ni la de los bienes propios, salvo ciertos supuestos de copropiedad o de propiedad incierta o discutida.

Finaliza su estudio señalando las diferencias que la misma jurisprudencia establece entre el hurto de uso y el hurto de vehículo de motor, aunque éste último sea temporal.

En pocas palabras, se trata de un estudio de Parte Especial, tendente a precisar algunos conceptos, todavía inseguros, del delito de hurto, desde la perspectiva de la práctica jurisprudencial francesa.

Georges Heuyer da comienzo a su estudio —*Le récidivisme*—, precisando lo que entiende por tal término a efectos criminológicos (expresión de una tendencia de carácter psicológico a la reincidencia), de tal concepto parte su estudio, de carácter criminológico para, basándose en algunos datos estadísticos, llegar a

la conclusión, entre otras, de que es necesaria una mayor colaboración de las ciencias psiquiátricas, psicológicas y socio-económicas en toda lucha contra la reincidencia que quiera ser eficaz; así como también una regulación más adecuada y completa.

El artículo siguiente: *Une recherche sur les motivations d'une activité ludique: l'abus des "flippers". Essai de pronostic d'un comportement antisocial*, a cargo de Jean Larguier, es un interesante estudio, fundamentado en una encuesta y en la observación del fenómeno del juego con máquinas automáticas (5), sobre las posibles repercusiones que este fenómeno, en ciertos casos, puede presentar; especialmente cuando sea revelador de tendencias criminales o las facilite.

Alfred Legal, en su estudio —*Le nouveau regime des contraventions*—, aborda el examen de las reformas que, partiendo de los artículos 34 y 37 de la Constitución de la V República francesa, ha sufrido el régimen legal de las faltas (*contraventions*) en el Derecho penal francés, así como los problemas técnico-jurídicos que han llevado consigo y los que plantea su aplicación.

Por su parte, Ivonne Marx lleva a cabo una serie de consideraciones sobre algunas tendencias del Derecho penal moderno referentes, por un lado a la concepción del delincuente, de otro a la evolución que presentan, en Derecho procesal penal, las figuras del abogado defensor, el ministerio público y la institución de los jurados, y, por último, y en cuanto a la ciencia penitenciaria, el abandono de la retribución como finalidad de las medidas a adoptar contra el delincuente, sustituyéndola por la reeducación y la reinserción en la sociedad del mismo; lo que viene a suponer un progresivo abandono de las penas privativas de libertad y su reemplazamiento por medidas restrictivas de libertad.

En su trabajo —*La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'homme*— Jean Pinatel se propone demostrar que el Derecho penal francés clásico "reposa sobre una antropología antigua, sin relación alguna con los principios actuales de las ciencias del hombre" (pág. 181).

Para ellos nos ofrece en primer término, un resumen del contenido de la llamada teoría de la intención en el Derecho penal clásico, para, a continuación, confrontar sus principios con los datos ofrecidos por la psicología y la sociología contemporáneas. Finaliza su estudio estableciendo, a modo de conclusión, de un lado, la necesidad de tomar en cuenta la total personalidad del delincuente en el elemento moral de la infracción; y de otro, la de, manteniendo el principio de legalidad, distinguir claramente un sistema de incriminación y otro de penalidad.

Por último, Giuliano Vassali —*L'expérience des mesures de sûreté en Italie*—, comienza por exponer la situación actual de las penas y medidas de seguridad en Italia, tanto desde el punto de vista legal, como desde el doctrinal y juris-

(5) Entiende el autor por "Flippers" toda máquina automática de juego en que el elemento esencial sea una bola que en determinados momentos pueda ser manejada por un jugador valiéndose de mandos laterales (*flippers*, de los que la máquina recibe la denominación). Tal bola al tropezar con determinados obstáculos provoca sucesivos aumentos en la puntuación del juego. A partir de determinadas puntuaciones, la máquina "regala", al jugador que las consigue, una o varias partidas.

prudencial. Se hace cargo, así, de un lado, de las críticas que ha merecido el sistema dualista, tanto por parte de quienes defienden un sistema único de medidas de seguridad, o de medidas o sanciones que incluyesen los caracteres represivos de las penas y los preventivos de las medidas, como por parte de los que proponen la vuelta al sistema único de penas, abandonando, total o parcialmente, el de medidas de seguridad; de otro lado, la evolución de la jurisprudencia italiana (limitando los casos de aplicación de medidas de seguridad a los delincuentes responsables peligrosos y señalando las profundas diferencias de función y naturaleza que separan las penas de las medidas de seguridad).

Contempla, a continuación, algunos de los problemas que el tema plantea, desde si puede considerarse suficiente el sistema tradicional de penas para combatir la delincuencia a la compatibilidad de las medidas de seguridad con el principio de legalidad. Para exponer algunos argumentos en favor de la permanencia del sistema dualista manteniendo al lado de las penas tradicionales las medidas de seguridad; conclusión que confirman, para el autor, las actuales legislaciones penales de numerosos países.

Da fin a su estudio con el examen de los especiales problemas que plantea la aplicación de medidas de seguridad a los delincuentes peligrosos semi-imputables y a los delincuentes peligrosos imputables. Para los primeros propone una sanción de carácter unitario que concilie los fines de la pena con los de la medida de seguridad. En cuanto a los segundos, se ocupa especialmente de los delincuentes peligrosos cualificados habituales, profesionales o de tendencia para quienes el Código penal italiano en su artículo 216, prevé, como medida de seguridad, el internamiento en una casa de trabajo o en una colonia agrícola; por lo que a éstos respecta considera deseable un tratamiento penal unitario, llevado a cabo en establecimientos especiales, y cuya duración, no siendo inferior a la de la pena impuesta en cada caso, pueda ser prolongada en razón del estado peligroso del sujeto.

LUIS C. RAMOS RODRÍGUEZ

QUINTANO RIPOLLES, Antonio: Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, tomo I, dos volúmenes; vol. 1.º: Infracciones contra la persona en su realidad física, vol. 2.º: Infracciones contra la personalidad; 2.ª edición puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.

A los diez años de su aparición vuelve a editarse el primer tomo de la obra cumbre de Quintano. Esta vez repartido en dos volúmenes anotados y puestos al día por su discípulo. Enrique Gimbernat.

Puesto que la obra de Quintano es de sobre conocida y su influjo en la teoría y práctica españolas es evidente, nos limitaremos a recensionar la labor de su anotador.

Gimbernat ha añadido más de cien notas, contrastando la opinión de su maestro con las aparecidas posteriormente en la doctrina española. introduciendo nuevos datos jurisprudenciales y haciendo algunas correcciones en el texto ori-

ginal. Pero su tarea no se ha limitado a esto. En notas largas y densas de contenido plantea nuevos problemas, sugiere nuevas ideas y da, como siempre, soluciones originales. De ellas entresacamos estas cuatro:

— En el delito de riña tumultuaria plantea Gimbernat el problema de si existe este delito cuando varias personas atacan a *una* sin que se pueda determinar quien causó la muerte. En contra de la opinión dominante se inclina por la afirmativa en base a consideraciones teleológicas y a que el tener literal del artículo 408 no se opone a ello.

Frente al criterio de Rodríguez Devesa, de excluir la aplicación del artículo 408 en los casos en que la muerte se produzca a consecuencia de mutilaciones o castración causada de propósito, estima Gimbernat que en la expresión “lesiones graves” empleada en el artículo 408 se incluyen también aquellas lesiones. Y frente a la opinión del mismo autor de excluir el castigo de los que sólo causaron “violencias” en el muerto, cuando se conocen los que produjeron “lesiones graves”, considera que aquéllos responden siempre por las violencias causadas (vol. 1.º, pág. 352 y 357 a 359).

— Con respecto a la distinción entre feto y niño, es decir, entre la vida humana dependiente y la ya independizada, considera Gimbernat que lo decisivo es que la criatura que haya salido totalmente al exterior, independientemente de que haya sido cortado el cordón umbilical o de que el niño haya respirado, “pues la conducta aparece como más reprobable si el autor mata a un ser al que percibe directamente —caso del homicidio o del infanticidio— que si causa la muerte de quien sabe en el claustro materno, pero sin que se haya establecido una relación visual inmediata —aborto—: en el primer caso se precisa una mayor energía criminal que en el segundo” (vol. 1.º, (págs. 504 a 505).

A mí me parece este criterio, de cara al tenor literal del artículo 410 que habla de “recién nacido”, bastante práctico y fácil de constatar, pero no me convence plenamente el aspecto valorativo del mismo. El que la muerte de la criatura se produzca antes o después de su salida total del claustro materno es, desde el punto de vista del quiere producirla, las más de las veces accidental. La elección del momento más oportuno para producirla dependerá de los riesgos que exista para la madre, de la técnica tocológica empleada o de la pericia del que la realiza; pero, en todo caso, la intención es la misma: destruir una vida humana. Por eso se explica que en algunos códigos, el alemán entre ellos, se equipare valorativamente la muerte de la criatura producida en el momento del parto o inmediatamente después de haber nacido. Criterio valorativo que, de lege ferenda, debería ser tenido en cuenta por nuestro legislador. Sólo así podrían evitarse las dificultades, casi insuperables, que a la vista del artículo 410 plantea la calificación de casos como el siguiente: la muerte de la criatura ya salida totalmente del claustro materno se produce a consecuencias de las maniobras feticidas realizadas durante el parto.

Otra interesante nota se dedica al tema del consentimiento en las lesiones. Como se sabe, la situación legal cambió después de la aparición de la obra de Quintano. Tras la reforma de 1963, la doctrina española sigue dividida: uno, consideran que el artículo 428 no ha cambiado en nada la situación anterior y siguen dando relevancia al consentimiento en algunos casos de lesiones, otros, frente al tajante texto de dicho precepto, estiman que debe negarse toda rele-

vancia al consentimiento y que los casos más cuestionados deben resolverse por la aplicación de otras causas de justificación.

Gimbernat se inclina por la primera posición. A ello le mueve consideraciones gramaticales, lógicas y valorativas claramente expuestas, pero, sobre todo, la absurda contradicción de nuestro legislador, "que es el primero en no tomarse en serio", al castigar, por ejemplo, las mutilaciones consentidas con el fin de eximirse del servicio militar más levemente que las realizadas sin este fin (vol. 1.º, págs. 794 a 799).

Esta falta de seriedad de nuestro legislador es, sin duda, un argumento decisivo, no sólo contra el artículo 428, sino también contra otros ejemplos similares abundante en nuestra selva legislativa penal. Pero compromete, al mismo tiempo, una solución dogmática acertada que, quiérase o no, ha de estar basada en el Derecho positivo. Por eso creo que, *en tanto sea posible*, debe buscarse la justificación de las lesiones causadas por tratamiento médico o en los deportes, casos en los que más frecuentemente se invoca el consentimiento, por otros caminos. Así, puede invocarse el ejercicio legítimo de un derecho cuando se trata de un tratamiento médico forzoso (vacunación contra epidemias), y en las operaciones quirúrgicas realizadas conforme a la "lex artis" faltara el tipo subjetivo o la conducta será adecuada socialmente; en los casos de intervenciones a vida o a muerte se dará un estado de necesidad, etc. En las lesiones causadas en los deportes, además del ejercicio legítimo de un derecho o de la adecuación social, podría invocarse el consentimiento, que aquí no se refiere normalmente a las lesiones, sino al *riesgo de que la lesión se produzca*. Todo esto es, desde luego, un rodeo absurdo si se quiere, pero también es la única manera de evitar ese choque frontal con el artículo 428, al que, con razón, critica Gimbernat.

— En el volumen segundo se añade una nota que, por su extensión y por referirse a sucesos importantes y muy graves ocurridos en la vida nacional, conviene recensionar detenidamente. Se trata de la licitud jurídicopenal de la entrada de la policía en iglesias y capillas para desalojar a personas que se han reunido allí pacíficamente.

Según Gimbernat, estas conductas encajan perfectamente en los tipos del artículo 492 bis y 496 allanamiento de morada y coacciones respectivamente, con la agravante de auxilio de gente armada en el primer delito y las de prevalimiento de carácter público y lugar sagrado en el segundo. La posible concurrencia de causas de exclusión de la responsabilidad por estas conductas, en sí típicas, es estudiada muy cuidadosamente (págs. 962 a 970).

En primer lugar se plantea la concurrencia del artículo 491, que no es más que un supuesto específico del estado de necesidad. Ni en base a aquel precepto ni al del número 7 del artículo 8.º que regula el estado de necesidad en general, está justificada la conducta de la policía. Falta, ante todo, la existencia de un "mal" que evitar, pues la reunión de personas en un templo no es una reunión ilegal en el sentido del Código penal. Falta también una situación de necesidad pues pudo entrarse en el templo por el medio adecuado: con el permiso del Ordinario que es quien puede darlo. Pero, aunque se diesen estos dos requisitos, que no se dan, faltaría todavía un tercero: la adecuación del medio empleado para conseguir el fin perseguido.

E igualmente hay que excluir la posibilidad de aplicar la legítima defensa, pues falta el principal requisito de ésta: la agresión ilegítima, ya que una reunión pacífica no puede estimarse nunca como agresión. La posibilidad del error sobre la antijuridicidad de su conducta debe excluirse, dado que se trata de la policía, que debe conocer muy bien los límites jurídicos de sus actuaciones. En todo caso sería un error vencible y no excusable.

En resumen, la tesis de Gimbernat es tan clara y convincente que después de su lectura sólo cabe preguntarse: ¿cómo se siguen produciendo tales hechos en nuestra Patria?

Estas y otras importantes observaciones enriquecen y rejuvenecen el texto original del profesor Quintano. Con verdadero interés esperamos la puesta al día de los otros tomos que componen el Tratado y la continuación y terminación de la ingente tarea emprendida por Quintano. Puede descansar tranquilo. Su obra continúa. De tal palo, tal astilla

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

SABATER SANZ, Antonio: El test de Szondi en sexuología forense. Prólogo del profesor Sáinz Cantero. Murcia, 1972, 557 págs.

Comprende la obra un estudio sobre los fundamentos y la técnica de aplicación del test de Szondi, medio idóneo para explorar la "capa instintiva" de la personalidad del delincuente en cuestiones de tipo sexual. Es factible de este modo, llegar a descubrir la posible existencia de "motivaciones inconscientes", que actúan como factores determinantes de la voluntad del sujeto en el momento de la comisión del hecho delictivo.

En definitiva, es la averiguación del grado de imputabilidad o de inimputabilidad del autor del ilícito penal, el objetivo en último término pretendido por perito psiquiatra con el empleo del test de Szondi, instrumento que la ciencia de la psiquiatría forense pone al servicio de la Administración de Justicia. Contribución que resulta de gran utilidad en atención al grado de objetividad del test de Szondi, que por su forma de aplicación al explorado, permite realizar la recogida de datos sin que éste llegue a conocer el alcance de su actuación, siendo posible considerarlo por este motivo como un medio adecuado para llevar a cabo con éxito la exploración de la personalidad de un sujeto, como el delincuente, que en la mayoría de los casos no está dispuesto a prestar su colaboración.

Y como bien pone de manifiesto el profesor Sáinz Cantero en el prólogo, la colaboración del perito psiquiatra es imprescindible, no sólo en materia de imputabilidad, sino que también lo es en la elaboración de una eficaz y necesaria individualización de la pena y la medida de seguridad, así como en la indispensable clasificación de los condenados, en cualquier régimen penitenciario, que quiera atender al tratamiento.

Al comienzo de la primera parte, el doctor Sabater pone de relieve lo insuficiente que resulta la psicología superficial para abordar el estudio de la personalidad del delincuente, para lo que es necesario aplicar los conocimientos de la psicología profunda, dinámica, como único medio de llegar a conocer todas

las capas de su personalidad psíquica, con sus motivaciones y dinámica instintiva, y que son las que una vez interpretadas justamente pueden permitir la readaptación social del delincuente, mediante la aplicación de medidas curativas y de educación.

Con unas nociones sobre la estructura y la dinámica psíquica, basada en el juego de fuerzas del SUPER-YO "principio de la realidad", del YO y del ELLO "principio del placer", y sobre el origen de la acción delictiva, que es necesario buscarlo en un desequilibrio de ese juego de fuerzas, procede a clasificar los delincuentes, siguiendo a Franz Alexander, en:

I.—Agudos, que son los que delinquen por hallarse en situaciones, en las cuales cualquier persona normal delinquiría. Aquí la anormalidad no radica en el sujeto, sino en la situación.

II.—Crónicos, a los que divide en tres grupos:

— Delincuentes neuróticos, en los cuales su estructura anímica sería muy similar a la del enfermo neurótico, o sea potentes fuerzas instintivas del ELLO, se opondrían a débiles impulsos inhibitorios del SUPER-YO.

— Delincuentes normales, que serían aquellos en los cuales el defecto está en la formación del SUPER-YO. Su estructura psíquica es normal, pero su SUPER-YO está formado a base de unos principios no adaptados a los principios de nuestra sociedad.

— Delincuentes psicopáticos aquellos cuyo desarrollo está alterado o retrasado por causas orgánicas (idiotas esquizofrénicos etc.).

A continuación expone unas nociones de sexuología forense. Comienza con un estudio desde el punto de vista anatómico, psicológico y psicoanalítico, de lo que es la función sexual normal, para pasar a explicar con todo detenimiento la sintomatología de la perversión sexual, concepto que debe diferenciarse de la simple "anomalía sexual" y del "acto perverso".

El perverso sexual, cuya sintomatología psico-patológica describe a un enfermo, en el que sus instintos se desbordan sin que sus fuerzas inhibitorias puedan impedirlo, perdiendo el YO el control de la acción realizada, es por este motivo un inimputable.

En el campo de la patología sexual, precisa el significado de los conceptos que allí se utilizan. Así, define la sexuología como el conjunto de estudios morfológicos, éticos sociales, políticos, religiosos, artísticos literarios pedagógicos, etcétera que se relacionan con la sexualidad. Concepto que diferencia de otros como los de sexualidad y sexología. Dentro del amplio campo de la sexuología van a ser objeto de estudio las facetas psiquiátricas y médico-legalistas.

Realizada la exposición de estas nociones generales de psicología profunda y de sexuología forense finaliza la primera parte con un profundo estudio sobre los fundamentos y la metodología del test de Szondi.

Tomando como punto de partida la existencia en el campo psicológico de elementos más simples que el instinto, a los que es necesario estudiar para poder comprender muchas actitudes personales que se adoptan y a las que hasta ahora no ha sido posible explicar sus motivaciones. Szondi elabora la teoría del Análisis del Destino. La más pequeña unidad instintiva que se maneja en el Análisis del Destino (Scha) es la "tendencia". Y en el Scha. una tendencia instintiva o tendencia del instinto, significa: "Aquella componente constructiva de una

“necesidad”, que sólo se determina por un único “gene”, por un sólo factor hereditario. Es decir, sólo por el gene paterno o sólo por el gene materno”.

Esta construcción se puede ver reflejada, por ejemplo, en el análisis de la estructura del vector sexual (S), que lo concibe como compuesto por dos factores:

Factor (h). Necesidad de amor personal y colectivo, a su vez compuesto por dos tendencias. Tendencia (+h) amor personal (tendencia a la carinosidad personal. Sexualidad sensual no diferenciada). Tendencia (—h) amor a la humanidad (tendencia al amor colectivo, a la humanidad. Idealismo).

Factor (s). Necesidad de actividad-pasividad (sadomasoquismo), compuesto por otras dos tendencias. Tendencia (+s) sadismo (tendencia a la actividad, a la agresión). Tendencia (—s) masoquismo (tendencia a la pasividad, a la entrega).

Una vez expuesta la estructura del “instinto”, explica su dinámica. La actividad, la agresión y el sadismo que procede de un “gene” hereditario, lucha contra la pasividad. la facultad de abandono, el masoquismo, de procedencia de “gene”, produciéndose lo que Szondi denomina “polaridad”, que no es otra cosa que la resultante de una lucha de fuerzas intrainstintivas, y a lo que se denomina “polaridad factorial”. Denominando el Análisis del Destino “polaridad vectorial” a la lucha entre dos “necesidades instintivas” de un mismo vector o instinto.

Szondi establece cinco condiciones. que ha de cumplir cualquier acción humana para ser incluida como tal acción instintiva. Y sobre esta base construye su sistema instintivo con cuatro vectores instintivos fundamentales: vector (S) instinto sexual. Vector (P) instinto de sorpresa (paroxismal). Vector (Sch) Instinto del YO. Vector (C) instinto de contacto.

Para la teoría del Análisis del Destino, “los factores instintivos”, son los radicales de la vida instintiva. Pues bien, a unas de estas propiedades “radicales” de los factores instintivos. que es la capacidad de transformación del cuadro de manifestaciones, es a lo que en el Scha se le llama “posibilidades de destino”. A esta capacidad para la metamorfosis, hay que agradecerle que el hombre sea un ser viviente con varias posibilidades de destino, y no un ser con un sólo destino prefijado.

‘El material de prueba del test de Szondi consta de una colección de 48 fotografías, de las cuales están agrupadas en seis series de 8 fotografías cada serie. En cada una de estas series existe una fotografía representativa de cada uno de los ocho “factores instintivos”. La metódica a seguir es la siguiente: se le van presentando al sujeto a explorar simultáneamente las ocho fotografías de cada serie y se solicita de él, que diga cuál de esas ocho fotografías le es más simpática, en número de dos. Y luego que diga qué dos le son más anti-pática.

Szondi sostiene que cada fotografía provoca en el sujeto una reacción correspondiente al factor más dinámico, en ese momento, de su vida dinámica. Al elegir el sujeto exterioriza este factor. Así que al elegir una fotografía como simpática pone de manifiesto que el factor que está latente en él y que pugna por manifestarse, es precisamente del grupo al que corresponde esa fotografía. Siendo esta la forma de ser reconocida por el subconsciente la exigencia instintiva, que considera simpática a esa fotografía. Por el contrario, en la fotografía

reconocida como antipática, el sujeto rechaza esa exigencia de este instinto, o lo sublima, lo socializa, pero el caso es que da una respuesta que se ha de catalogar como negativa en el protocolo, ya que esa actitud de antipatía hacia la fotografía indica que si bien existe esa exigencia, el YO no la acepta.

Con el test de Szondi, no se pretende establecer nunca un diagnóstico psiquiátrico puro, sino a lo que conduce una interpretación del test es, a:

— El descubrimiento de deseos y tendencias ocultas, así como también de planes ya manifiestos del destino de cada uno.

— La comprobación por medio de los experimentos en serie, de las posibilidades de existencia, más importantes del individuo, en su vida instintiva y del YO.

— El establecimiento de un pronóstico de destino, basándose en las posibilidades de destino hechas visibles.

— La formación de un plan, para una terapia del destino.

A continuación procede a exponer la clasificación de los distintos métodos interpretativos del diagnóstico instintivo experimental en tres grupos:

A.—Los métodos de interpretación cualitativos-dialécticos. Se consideran como procedimientos diagnósticos del destino porque gracias a esta dialéctica se puede diagnosticar siempre, que clase de lucha se realiza en el inconsciente, entre el peligro instintivo y los mecanismos de defensa, o entre el primer plano y el trasfondo, es decir, lo que está ocurriendo en las capas más profundas del ser. Y son:

— El método del borde y del medio.

— El método complementario del primer plano y del trasfondo.

B.—Los métodos cuantitativos. Se fijan en el aspecto cuantitativo y mediante unas simples fórmulas matemáticas, siempre sobre una base empírica, proporcionan los datos que sirven para el diagnóstico de los acontecimientos esperados del instinto y del YO.

El procedimiento de mayor eficacia y garantía de este grupo, es el llamado "Método de Linneo". Con él se pretende llegar a conocer la total peculiaridad individual de la persona basándose fundamentalmente en tres técnicas inventadas por el autor: La Clase instintiva. La Fórmula Instintiva. Y el Cociente de la Tensión de la Tendencia.

C.—Los métodos de las proporciones. Aunque tienen también su componente dialéctico, sin embargo, predomina en ellos el enfrentamiento de las proporciones de movimientos instintivos contrapuestos y de funciones del YO, por las que la persona se caracteriza parcialmente en una zona determinada del ser. En este grupo se incluyen:

— Las proporciones de las reacciones psico-sociales con las social-positivas y las social-negativas, con su "Índice psico-social".

En la segunda parte, el doctor médico Sabater recoge unos cuantos informes psiquiátricos-forenses de los muchos que a petición de la Autoridad Judicial ha emitido en cumplimiento de su función como médico forense. En estos informes se exponen casos de impotencia, hipererotismo, exhibicionismo, pedofilia, homosexualidad, gran incesto y delirio de celos en los que son utilizados los conocimientos teóricos sobre el test de Szondi para la elaboración de sus diagnósticos.

Es así posible, apreciar en la práctica los resultados obtenidos con el empleo del método instintivo experimental en cuestiones de tipo sexual.

En cada caso, explica con todo detalle y rigor el completo desarrollo de los métodos interpretativos del psicograma de Szondi, exponiendo a continuación las conclusiones de la investigación llevada a cabo en la capa instintiva de la personalidad humana. Junto al Szondi, utiliza otro test, como el cuestionario de Terman, el psicodiagnóstico de Fernald-Jackboshn, etc., de los que da unas nociones sobre sus fundamentos y técnicas de aplicación.

Muestra una especial atención al capítulo dedicado a la "homosexualidad", por ser junto con la "pedofilia" los casos más frecuentes en la práctica forense. En este capítulo, antes de proceder al análisis de los casos expuestos en él, dedica un amplio preámbulo a conceptos y clasificaciones sobre homosexualidad. Ofreciendo especial interés en sexuología forense, la clasificación realizada por Giese, en ella, es el grupo de los homosexuales no vinculados, el que presenta la mayoría de los síntomas de la perversión sexual y el que suele plantear conflictos con la Justicia. La conducta de los otros dos grupos homosexuales continentales y vinculados, si bien es anómala, no origina hechos antisociales.

Una vez llevada a cabo la exposición de cuatro casos de homosexualidad, dos de hombre, uno unido a cleptomanía y el otro unido a claro sado-masochismo y dos de mujeres, realiza un interesante estudio comparativo de los psicogramas del Szondi correspondientes a los dos casos de homosexualidad femenina, en el cual es posible ver como ante la imputación de hechos del mismo orden, homosexualidad, los dos psicogramas se pueden casi superponer, si bien los factores ético morales del vector Paroxismal, al ser más favorables en el caso número 8 que en el número 7 hacen pensar que lo más probable es que a pesar de sus tendencias homosexuales, éstas en el caso número 8 nunca tuvieron una realidad en prácticas genitales, pues su vigilancia espiritual y su contacto con el mundo circundante la hacen no caer en la tentación, ni cometer ningún acto anti-social en general.

Dedica el último capítulo a dos casos de delirio de celos uno que dio origen a que el enfermo actuase como homicida y otro en que el delito cometido por el enfermo fue un parricidio. De gran interés es la cuestión que plantea, sobre todo en función de la profilaxis del delito, del por qué un delirante de celos reacciona agrediendo al cónyuge y otro agrediendo al supuesto amante de esposa.

Finalizada la lectura de los casos expuestos en la segunda parte extraídos todos ellos de la vida real, es posible afirmar que el doctor Sabater ha cumplido su objetivo al demostrar que el test de Szondi es un medio eficaz para la exploración de la dinámica instintiva de la persona así como de sus anomalías sexuales.

En definitiva, el completo análisis que ofrece la obra sobre este método instintivo experimental en materia de sexuología forense abarcando tanto el estudio de sus fundamentos teóricos como de sus resultados prácticos, unido al rigor científico que ha presidido su elaboración, la acreditan como una valiosa aportación en el campo de la ciencia psiquiátrica forense.

TIEDEMANN, Klaus: Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität? (¿Qué medios jurídico-penales se recomiendan para una lucha eficaz contra la delincuencia económica?) Gutachten zum 49. Deutschen Juristentag. Verlag C. H. Beck, München 1972, 106 págs.

Pese a que comienza el autor manifestando que en su opinión las medidas extrapenales son más eficaces en la lucha contra la criminalidad económica que la aplicación de sanciones represivas jurídico-penales, pretende con su comunicación a la sesión 49 de la Deutsche Juristentag poner de relieve las cuestiones más importantes, desde un punto de vista jurídico penal, de la lucha contra la criminalidad económica.

En la introducción sintetiza el autor los rasgos más destacables de la delincuencia económica como fenómeno social. Desde el punto de vista criminológico pone de relieve no sólo la abundante cifra negra que existe en este tipo de delitos, sino también su enorme trascendencia. Destaca además de los resultados de tales delitos desde el punto de vista económico, la lesión que producen en principios fundamentales como el de la libre competencia, el carácter contagioso que revisten porque obligan al competidor a incurrir en los mismos delitos para soportar la competencia, los efectos de espiral al exigir la comisión de otras infracciones (falsedades) e involucrar y corromper a otras personas (funcionarios), mencionando por último la lesión de la confianza en el tráfico mercantil y el peligro para la salud y la vida cuando se trata de tráfico de alimentos o del mercado de trabajo. No podía faltar una referencia a los tipos criminológicos de autor cuyas características (*Weiße-Kragen-Kriminalität*) han sido tantas veces puestas de relieve.

En el primer capítulo se preocupa de hallar un concepto de delincuencia económica y de delito económico. Rechaza, por considerarla a lo sumo como una mera hipótesis crítico-social de trabajo, la expresión de Sutherland, que describe el delito económico como el cometido por una persona de alto rango social en el ámbito de su profesión. Por el contrario, opina que la criminalística opera mayormente con consideraciones objetivas y así ha de situarse la delincuencia económica en el abuso de las formas y configuraciones del derecho vigente o en el abuso de la confianza exigida en el mundo económico. El delito económico lo define siguiendo el parágrafo 3 de la Wirtschaftsstrafgesetz de 9 julio 1954, a través del bien jurídico protegido: el orden económico, es decir, la economía nacional en su totalidad o en sus ordenaciones parciales. La mayor parte de los delitos económicos están definidos fuera del Código penal. Los delitos patrimoniales del Código (estafa, apropiación indebida, usura, etc.) constituyen delitos económicos sólo en la medida en que el bien jurídico no pertenezca a un sujeto individual; en otras palabras, cuando lesionan intereses patrimoniales supraindividuales.

En el segundo capítulo examina el autor una interesante cuestión: los modos de que dispone el legislador para combatir la delincuencia económica. Advierte de entrada el carácter subsidiario del Derecho penal como última ratio para examinar la gradación de las distintas sanciones jurídicas: reglas civiles, medidas administrativas, multa y pena criminal. El Derecho civil adquiere significado sólo al tratar de la delincuencia económica en sentido amplio ya que

protege principalmente intereses individuales. Su papel puede ser importante, por ejemplo, en aquellas formas de estafa que se escapan de los tipos penales. La medida represiva extrapenal más significativa en la lucha contra la delincuencia económica es sin duda la multa administrativa (1). En cuanto a la pena (criminal) precisa el autor que la investigación objetiva y las experiencias criminalísticas son las que han de decidir cuándo es necesaria la aplicación de esta medida. Advierte que la prevención general derivada de una agravación de la amenaza penal es menos eficaz que los resultados intimidantes derivados de la intensidad práctica en la persecución de los delitos económicos, la eficacia de su descubrimiento, la celeridad procesal y de ejecución, etc... Y de los casos de tipos penales impracticables por ser inapropiados a la realidad económica: así, el delito de usura en el alquiler de viviendas y el tipo de estafa para ciertas modalidades cometidas por personas jurídicas.

El tercer capítulo lo dedica a demostrar la necesidad de la creación de una parte general para el Derecho penal económico distinta a la del Código penal. Insiste en la inadecuación a la moderna delincuencia económica de las tradicionales regulaciones de la tentativa, participación, error, prescripción, etc... De otro lado pone de relieve que el Derecho penal común no hace frente de forma adecuada, por ejemplo, a las dificultades de investigación de la responsabilidad criminal que se suscitan con motivo de la moderna división del trabajo en la empresa o a la responsabilidad de las personas jurídicas (proponiendo la perfección del parágrafo 26 de la OWiG sobre el *Handelndfureinen anderen*).

En los dos últimos capítulos se preocupa el autor de esta comunicación de las reformas del Derecho penal económico vigente en Alemania. Así trata de las normas sobre protección de la competencia, de la financiación, del tráfico monetario, del mercado de capitales e inversiones, de la contabilidad mercantil, etcétera..., para terminar con la organización procesal del Derecho penal económico.

Es también de destacar la utilidad que puede derivarse de la extensa bibliografía alemana y extranjera reseñada en la presente obra.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

(1) En Alemania la *Wirtschaftsstrafgesetz* de 26 julio 1949 ha diferenciado, al menos nominalmente, la multa administrativa (*Geldbusse*) de la criminal (*Geldstrafe*). La literatura jurídica se preocupó inmediatamente en convertir la diferencia nominal en diferencia sustancial. Primero se destacaron las características de aplicación de la multa administrativa: asunto puramente administrativo que se presenta bajo el principio de oportunidad, de posible aplicación a personas jurídicas y que no admite la prisión subsidiaria (Cfr. SCHMIDT, eb., *Das neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*. Tübingen 1950, p. 44). Después se procuró la diferencia de fondo advirtiendo que la multa administrativa no es pena, sino una advertencia del deber (*Pflichtennahnung*) y se propuso sustituir el nombre de *Geldbusse* por el de *Mahngeld* (Así el propio Eb. SCHMIDT. Cfr. KRÜPELMANN, J. *Die Bagatelldelikte*, Berlín 1966, p. 160). Una diferencia sustancial entre ambas sanciones (las dos son castigos retributivos de la comisión de una conducta contraria a derecho) no parece haberse encontrado aún satisfactoriamente. (Cfr. VRIJ M.-P., *Le droit sanctionnateur de la réglementation sociale-économique*, en *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 1955, p. 424, quien se refiere expresamente a la WiStG de 1949 alemana; y SIEGERT K., *I criteri direttivi del nuovo diritto penale germanico dell'economia*, en *Riv. it. di dir. pen.* 1953, p. 184).

ALEMANIA

Goldammer's Archiv für Strafrecht

Abril 1971

BRUHN, Hans-Henning: Die Verfehlung als neuartige, sanktionsbewehrte Unrechtshandlung im Strafrecht der DDR (La falta como tipo de lo injusto de nueva clase, merecedor de sanción en el Derecho penal de la República Democrática Alemana), págs. 97-113.

El nuevo Código penal de la República Democrática Alemana, de 12 de enero de 1968, que ha entrado en vigor el 1 de julio del mismo año, establece, al igual que el nuevo Derecho penal de la República Federal en vigor a partir del 1 de octubre de 1973 (§ 12 de la Segunda Ley de Reforma penal, de 4 de julio de 1969), la distinción entre crímenes y delitos—dejando así de lado la clasificación tripartita de las infracciones que se retrotrae al viejo Código napoleónico de 1810—; pero, además, el de la República Democrática introduce una nueva clase de infracción penal: la *Verfehlung* o falta. Por tanto, la clasificación de las infracciones incluye a los delitos (graves y menos graves) a las faltas y a las *Ordnungswidrigkeiten*.

Ciertamente, el concepto de la *Verfehlung* carece de modelo en el Derecho penal alemán, como tampoco lo posee en el Derecho penal soviético. Se trata, como apunta Maurach, de algo totalmente nuevo, no conocido hasta ahora por el derecho de esos dos círculos de cultura jurídica, aunque en el Derecho penal de la U. R. S. S. existe una institución un tanto parecida.

Bajo la rúbrica “delitos y faltas” (*Straftaten und Verfehlungen*) el § 4 del StGB de la República Democrática define a las últimas como lesiones jurídicas de intereses protegidos de la comunidad o de los ciudadanos, en las cuales las consecuencias del hecho y la culpabilidad del autor son de escasa gravedad y, como tales, vienen caracterizadas en el Código penal y en otras leyes. No se trata, pues, de delitos, aunque están ubicados en los niveles bajos de la criminalidad, limitando con las denominadas “bagatelas”. Así se conceptúan como *Verfehlungen* los hurtos leves y las estafas en perjuicio de la propiedad socialista o de la propiedad privada, etc...

Dejando ahora la problemática relativa a su debatida naturaleza, digamos que su inclusión en el marco penal no ha sido pacífica. En este sentido, se ha señalado que tal inclusión contradiría el esfuerzo en desarrollar el Derecho penal socialista de un modo más eficaz, así como la línea fundamental del desarrollo comunitario socialista. Además, se ha apuntado que el carácter del Derecho penal podría ser de este modo fácilmente minimizado (bagatelizado), cuando, como ahora es el caso, tiene como punto de partida una gran parte de delitos leves.

Por otro lado, su naturaleza es totalmente controvertida. El problema estriba en determinar si, como en Polonia y Rumania, son simplemente lesiones o infracciones de carácter moral, o, por el contrario, como se pretende en la República Democrática, infracciones estrictamente jurídicas.

El criterio diferenciador básico radica en el concepto (juicio de valor) "estado de desarrollo comunitario logrado en la actualidad" en la República Democrática. Así, la calidad de lesiones "comunitarias" y la valoración que se hace del concepto "comunitarias" pueden deducirse del Proyecto de Código penal, lugar en el que aquéllas son caracterizadas como "conductas antisociales". Lo "antisocial" caracteriza, sin embargo, en el marco del Derecho penal alemán democrático a los delitos menos graves frente a los crímenes, los cuales son diferenciados de los últimos como actos "socialmente peligrosos". Pero, además, según el § 5, la esencial social de la responsabilidad viene definida como aquel hecho que se castiga "siempre que a su autor le haya sido concedida la posibilidad de actuar en conformidad con el cuadro social". La especificidad de la culpabilidad no consiste, por tanto, en tratarse de un comportamiento erróneo, dañoso socialmente o simplemente ilegal, sino más bien en haber sido un comportamiento socialmente negativo *por faltar el sentido de sus responsabilidades*, por ligereza y por no haber realizado el necesario esfuerzo intelectual, psicológico o moral.

Pues bien, si las *Verfehlungen* no son delitos, se afirma, no deben convenientemente poseer las mismas características de éstos, sin que, por el contrario, baste con calificarlas de "antisociales" o "asociales" o, en fin, de contrarias a la sociedad. Es el § 4 el que ofrece las características de tales infracciones: consecuencias derivadas del hecho de nivel insignificante; culpabilidad leve, y definición legal como "*Verfehlung*".

A la vista de tan amplia caracterización no puede afirmarse que el legislador haya logrado el fin propuesto: establecer criterios formales de delimitación entre estas infracciones y otras lesiones jurídicas conminadas con una sanción de carácter penal. Ha de reconocerse más bien que, bajo la consideración de "la conciencia comunitaria actual", se logra una caracterización de tales faltas como "acciones dirigidas contra las relaciones fundamentales, elementales de la comunidad socialista"; rasgo este último de difícil aplicación práctica y de escaso relieve como elemento diferenciador.

Cuando el § 4 habla de que, pese a la tipicidad de una acción, no existe, sin embargo, un delito, si las consecuencias del hecho y la culpabilidad del autor son insignificantes, se trata de una concepción negativa del delito material aceptada en el Derecho soviético. Los efectos de tal normativa se corresponden aproximadamente, según Bruhn, a los derivados del § 153 del *StPO* federal alemán (suspensión del proceso penal a causa de la levedad de la acción delictiva), si bien se diferencian claramente en su colocación e integración sistemática: así, mientras el § 3 del Código penal de la República Democrática Alemana es una causa de exclusión material de la pena, el § 153 del *StPO* federal encierra un obstáculo procesal. En este sentido, si la insignificante gravedad del acto y sus consecuencias leves excluyen una persecución del mismo como delito, según la normativa del § 3 del *StGB* de-

mocrático, una acción similar puede ser, sin embargo, perseguida en el mismo ordenamiento como *Verfehlung* (falta) o como infracción disciplinaria (*Ordnungswidrigkeit*).

De ahí se deriva, en suma, que el contenido leve de lo injusto de un hecho caracteriza no sólo a las faltas, sino también a las infracciones de naturaleza disciplinaria. Lo cual explica, a su vez, el esfuerzo por caracterizar a aquéllas desde el punto de vista material. En este sentido, criterios materiales de diferenciación pueden atisbarse en la concreción de su "calidad social" y de su integración en un nuevo grupo de delitos, como acciones que se dirigen contra los intereses básicos y los derechos de la sociedad o de los ciudadanos. Pero tales elementos vienen ya prejuzgados en lo esencial por la caracterización legal de las faltas.

Doctrinalmente, no existe unanimidad en torno al verdadero carácter y naturaleza jurídicos de estas infracciones. Se coincide en que ciertamente no son delitos, ni infracciones morales o disciplinarias. Pero se debate si se trata de una verdadera lesión jurídico-penal o, por el contrario, de una lesión de naturaleza y clase especial.

Con arreglo a la definición estrictamente legal, sí parece que sean lesiones de carácter penal. Por otro lado, se expresa, al igual que las infracciones de carácter disciplinario, las *Verfehlungen* coexisten al lado del Derecho penal, pero en modo alguno son lesiones estrictamente jurídico-penales. En síntesis, la versión oficial las configura como un grupo especial de lesiones jurídicas que subyacen en los límites inferiores de la criminalidad; criterio que coexiste al lado de otros, como los que sostienen su naturaleza especial, aunque su integración en el Código penal permita su caracterización como infracciones jurídico-penales. De cualquier modo, se trata de una institución recién nacida que ha de desarrollarse por vía judicial, y este desarrollo ha de ser la "expresión y resultado del estado de desarrollo comunitario alcanzado actualmente".

Tras examinar los tipos en particular de *Verfehlungen*, Bruhn constata la poca claridad sistemática de tal concepto, en cuanto comportamiento penalizado en un intento de disciplinar aún más a la comunidad socialista. Por otro lado, al no ser delitos, no encuentran reflejo en las estadísticas criminales oficiales de la República Democrática Alemana. Pese a todo, el estudio no deja de ser encomiable, si bien no penetra ni por asomo en la naturaleza real del delito según los nuevos cánones del moderno Derecho penal socialista de la República Democrática Alemana; lo cual dificulta en grado sumo su intento de comprender perfectamente la naturaleza de estas singulares infracciones que son las *Verfehlungen*.

Neue Juristische Wochenschrift

9 de enero de 1973

KRÜGER, Ralf: "Die bewusste Tötung bei polizeilichem Schusswaffengebrauch (El homicidio consciente mediante el empleo de armas de fuego por la policía); págs. 1-4.

La violencia de que hacen gala en la actualidad los grupos terroristas, con o sin fines políticos, ha planteado una vez más la cuestión de la problemática lícitud de los disparos con intención de matar hechos por la policía. El problema ha cobrado aún mayor importancia, si cabe, en la República Federal Alemana, sobre todo a raíz de los sucesos del atraco, en agosto de 1971, a un Banco de Munich y, especialmente, de los trágicos eventos de la llamada Olimpíada trágica (septiembre de 1972), en cuyo lamentable desenlace final desempeñó un relevante papel la policía germana.

Partiendo, pues, de concebir políticamente a la República Federal Alemana-reducirse a tres capitales: la de si cabe admitir el caso extremo de que la policía haga uso de las armas de fuego con intención de matar; el intento de deslindar claramente aquellos casos en que pueda darse tal situación, para, finalmente, intentar encontrar, si es que existe, una justificación desde el prisma jurídico-constitucional de las muertes causadas por la policía, sin que basten para una justificación de esta naturaleza las meras consideraciones de seguridad pública o política.

Partiendo, pues, de concebir políticamente a la República Federal Alemana como "un Estado de derecho social y democrático", al igual que del reconocimiento y garantía de los derechos humanos como fundamento de toda sociedad y de la legalidad vigente, KRÜGER—que, en 1971, publicó un libro sobre idéntico problema ("*Polizeilicher Schusswaffengebrauch*, Stuttgart)—critica severamente la postura adoptada por WINTERFELD en un artículo aparecido en páginas de esta misma Revista (1).

Acepta, desde luego, idéntico punto de partida que WINTERFELD, en el sentido de que el empleo de armas de fuego por la policía con fines de matar no puede en modo alguno encontrar justificación en el marco del Derecho penal. Es menester acudir a textos legales de rango superior a la normativa del Código penal. Así, la Convención de Derechos humanos admite matar para asegurar la defensa de la vida de una persona frente al empleo ilegal de la violencia. Por el contrario, el texto constitucional de la Alemania Federal prohíbe disparar a matar. En consecuencia, existe, desde el punto de vista doctrinal, unanimidad en que no puede fundarse en el artículo 2.º de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) una admisibilidad tácita de los disparos hechos por la policía con intención de dar muerte. Al no existir preceptiva federal o estatal que autorice expresamente tal conducta policial, la problemática debe trasladarse, en opinión de KRÜGER, al articulado del texto constitucional. Desde este prisma carece de justificación la postura de WINTER-

(1) VON WINTERFELD: *Der Todesschuß der Polizei*, en *NJW.*, 17 de octubre de 1972. 1881-1884.

BELD en el sentido de admitir la muerte a manos de las fuerzas policiales como medio permitido para dejar inerte e incapacitado para cualquier ataque al delincuente. Y ello por varias razones.

En primer término, debido al rango especial que el derecho a la vida posee entre los derechos fundamentales de la persona dentro de la normativa constitucional. En este punto, la legislación de rango constitucional germana no ha olvidado los excesos del régimen nazi y ha hecho hincapié de modo expreso en conceder a la vida el rango de derecho fundamental expresamente reconocido dentro de la Constitución. Con ello ha querido dejar bien sentado que el derecho a la vida *nunca* puede ponerse a disposición del Estado, extremo éste que cae dentro de la prohibición tajante del artículo 102 de la Constitución. Según las interpretaciones dadas por el Tribunal Constitucional Federal al referido precepto, la abolición de la pena de muerte significa para la República Federal Alemana más que la simple desaparición jurídico-positiva de una de las varias penas del sistema penal vigente. Ella es una decisión del más grande peso jurídico-político, por cuanto encierra un reconocimiento del valor fundamental y jurídico-constitucional de la vida humana, en contraposición a otros regímenes políticos en los que la vida del individuo significa poco.

En base a estas premisas, KRÜGER considera que, dado que ni siquiera el individuo puede disponer libremente de su propia vida, mucho menos podrá hacerlo la policía con la vida de los ciudadanos. Razón por la cual, en los casos en que exista un peligro potencial contra la vida de una posible víctima, la policía deberá decidir teniendo en cuenta que antes debe optar por lesionar la libertad y la integridad corporal del delincuente.

Finalmente, afirma que en caso de colisión grave de bienes jurídicos, nunca debe sacrificarse *a priori* la vida del delincuente, si bien observa que la Constitución no prohíbe a la policía disparar a matar para salvar vidas humanas. Punto en el que nuestro autor aprecia alguna contradicción, que le sirve de punto de partida para hacer al Parlamento algunas propuestas *de lege ferenda*.

Pedro-Luis YÁÑEZ ROMÁN

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 80 (1968), fascículos 2, 3 y 4

Fascículo 2

WAGNER, Walter "Der Beitrag der Rechtsprechung in Staatsschutzverfahren zu den Problemen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches" (La contribución de la jurisprudencia a los problemas de la Parte General en los procesos sobre delitos contra la seguridad del Estado); págs. 283-347.

El autor recuerda cómo durante la época nacionalsocialista los tribunales políticos alemanes adaptaron la Parte General de tal forma que no quedó ningún resquicio jurídico para los enemigos del Régimen. En su ar-

título, Wagner estudia la aplicación de la Parte General a los delitos políticos por los actuales tribunales alemanes: La protección penal del Estado, afirma el articulista, no debe influir en la Parte General, sino que es ésta la que debe regular los tipos que configuran delitos políticos. El estudio de Wagner constituye una muy completa exposición de cómo ha interpretado la jurisprudencia alemana los distintos problemas de Parte General (lugar de comisión del delito, actos preparatorios y tentativa, participación, estado de necesidad, error, prescripción, delito continuado, concursos de leyes y de delitos, etc.) que se han ido presentando en el enjuiciamiento de delitos contra el Estado.

SCHREIBER, Hans-Ludwig: “Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte” (Sobre la licitud de la prolongación con efectos retroactivos de los plazos de prescripción de delitos cometidos con anterioridad); págs. 348-368.

El artículo constituye una contribución a la polémica alemana (desatada por el propósito legislativo de impedir que prescribiesen los asesinatos cometidos durante la época nacionalsocialista) sobre si la prolongación de los plazos de prescripción puede afectar a delitos que en el momento de cometerse estaban sometidos a plazos más breves. Schreiber estima que la clave para resolver el problema no reside en decidir si la prescripción es una institución de Derecho penal material o adjetivo. Estamos aquí, opina el articulista, ante una cuestión que afecta a la relación entre el ciudadano sospechoso y el Estado que persigue penalmente; por ello, cualquier cambio supone un decisivo empeoramiento del perseguido y, con ello, el riesgo de que dicha relación sea modificada no por motivos “generales”, sino para que afecte únicamente a grupos de autores muy determinados; de ahí deduce Schreiber que es imprescindible que rija la prohibición de retroactividad.

WIMER, August: “Unschuldsvermutung - Verdacht - Freispruch” (Presunción de inocencia - sospecha - absolución); págs. 369-377.

Wimer califica de “absolución de segunda categoría” a la que se pronuncia sobre un acusado haciéndose constar en la sentencia que dicha absolución resulta únicamente de la falta de pruebas: no se ha podido demostrar ni la inocencia del sujeto ni tampoco que la sospecha era infundada; los motivos de la sospecha permanecen, pero han sido insuficientes para condenar.

Para Wimer, según el Derecho vigente, sólo puede haber una clase de absolución: Una absolución en la que, independientemente de que se haya podido demostrar o no plenamente que las sospechas carecían de fundamento, formalmente se declare que esas sospechas han dejado de existir.

VON HIPPEL, Reinhard: “Die ‘Individualgefahr’ in §§ 315 bis 315 d StGB-exemplum eines elementaren Problems des Gesetzgebungskunst” (El peligro “individual” en los §§ 315 a 315 d del Código Penal: exemplum de un problema elemental del arte de legislar); págs. 378-384.

Von Hippel aprovecha el ejemplo de una modificación alemana del Código Penal, con la que el legislador ha querido poner término a una interpretación jurisprudencial que no le era grata sobre los delitos de peligro en la circulación, para exponer que la relación entre el legislativo y el judicial no es estática: A los tribunales, dentro de su campo de interpretación e incluso desbordándolo, y a la legislación modificando la ley, les corresponde, alternativamente, decir cada vez y en un momento dado la “última palabra”: La relación entre legislativo y judicial es, por consiguiente, de “interdependencia dinámica”.

FREDE, Lothar: “Die Todesstrafe bei Goethe“ (La pena de muerte en Goethe); páginas 385-388.

En el artículo se analiza la posición (antiabolicionista) de Goethe frente a la pena de muerte, y el papel de ésta en la obra literaria del escritor alemán.

WAIDER, Heribert: “Zur Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes nach Schillers ‘Wilhelm Tell’” (Sobre la teoría del derecho de resistencia del pueblo según el ‘Guillermo Tell’ de Schiller); págs. 389-408.

Waider estudia las tesis de Schiller sobre los presupuestos que deben darse para que el pueblo pueda oponerse legítimamente al poder tiránico de la autoridad.

En la sección de Derecho comparado de este fascículo figuran artículos de Kadish sobre “Law Schools y reforma del Derecho penal en los Estados Unidos”; de Jescheck, sobre “el desarrollo de la política criminal en Alemania y en Bélgica en los últimos cien años”; de García Basalo, sobre “Ejecución de penas en América Latina”; de Vogler, sobre “El Convenio Europeo de Extradición”, y de Jyun-Hsyong Su, sobre “La situación actual del Derecho penal en la China comunista”. Y figura, sobre todo, un magistral artículo del profesor Antón Oneca—impecablemente traducido al alemán por José Cerezo—sobre “Las modernas teorías penales en los países latinos”, que, en parte, constituye la versión alemana del trabajo que nuestro director publicó en ANUARIO 1967, págs. 17-43.

Fascículo 3**SCHMIDT, Eberhard: "Strafrechtspflege in Gefahr" (La Administración de justicia penal en peligro); págs. 567-581.**

En el artículo, redactado en tono alarmante y alarmista, Eberhard Schmidt, impresionado por el radicalismo estudiantil de finales de los años 60 en las Universidades alemanas, reprocha a la nueva generación de su país que, por no haber querido aprender de las experiencias totalitarias de derecha y de izquierda y por estar corrompida por las facilidades que ofrece el bienestar económico alemán, mantiene una relación con el Estado completamente perversa.

En el trabajo, que en ocasiones adquiere caracteres panfletarios, se ignora que si alguna vez ha habido democracia en Alemania es precisamente ahora; y que la tolerancia para con los grupos minoritarios—entre ellos, para con los estudiantes radicales—es el mejor ejemplo que se puede presentar de que en un país funcionan realmente las libertades fundamentales; respetar a los que piensan como uno es algo que no tienen inconveniente en hacer los dictadores ¿Cómo lo expresó Rosa Luxemburg? "Libertad quiere decir siempre y únicamente: Libertad para el que piensa de otra manera".

PREISER, Friedrich: "Die Nichtigkeitserklärung von § 73 Abs. 2 und 3 des Bundessozialhilfegesetzes und ihre Folgen" (La declaración de nulidad del § 73, párrafos 2 y 3 de la Ley Federal de Asistencia Social y sus consecuencias); págs. 582-591.

El § 73 de la Ley Federal de Asistencia Social faculta para el internamiento forzoso en un establecimiento de los adultos "socialmente en peligro". El Tribunal Constitucional alemán, en sentencia de 18 de julio de 1967, ha declarado nula esa disposición por lesionar el derecho fundamental a la libertad de la persona, consagrado en el artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn. Preiser analiza, de la mano de esa sentencia, la viabilidad en Derecho alemán de las medidas de seguridad predelictuales.

SOHM, Charlotte: "Ludwig Harscher von Almendingen als Kriminalist" (Ludwig Harscher von Almendingen como criminalista); págs. 592-638.

Artículo dedicado al estudio de las ideas penales de von Almendingen, contemporáneo de Grolman y Feuerbach.

En la sección bibliográfica, Engisch se ocupa de obras de Filosofía del Derecho; Roxin, de literatura de Parte General, y Leferenz, de libros de Criminología.

En la sección de Derecho comparado, Marcus escribe sobre la liberalización de la pornografía en Dinamarca, y Herrmann sobre problemas de Derecho procesal penal anglo-americano.

Fascículo 4

JERUSALEM, Franz W.: "Das Problem des Strafrechts" (El problema del Derecho penal); págs. 875-914.

Con 40 páginas se basta y se sobre Jerusalem para hablar, nada más y nada menos, de la evolución de la teoría jurídica del delito, del libre albedrío, de los elementos subjetivos de lo injusto, de la teoría normativa de la culpabilidad, del concepto de acción de las teorías causal, final y social, del dolo y de la imprudencia y de sus clases, de la causalidad y sus distintas teorías, del delito de omisión, del error y de las diversas teorías que intentan determinar sus consecuencias jurídicas, de la participación, de la ininputabilidad, del fin de la pena, del Derecho penitenciario, etc. La bibliografía manejada por Jerusalem y las ideas llenas de lugares comunes que expone son de una notable pobreza.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre" (Consideraciones sobre el concepto de autor y la teoría de la participación); págs. 915-943.

Artículo en el que se resumen algunos capítulos del libro de Gimbernat: "Autor y cómplice en Derecho penal".

En la sección de Derecho comparado figura un artículo de Shalgi sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal israelita.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG

ESPAÑA

TEMIS

(Revista de Ciencia y técnica jurídicas)

Núm. 25

Homenaje al profesor GUALLART Y LOPEZ DE GOICOECHEA: (Por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1969).

Tras unas palabras de ofrecimiento firmadas por las autoridades universitarias zaragozanas, el catedrático de Barcelona don Octavio Pérez Vitoria publica el primer capítulo con el título: «Guallart o la dedicación». En él se hace una larga relación (larga por la abundancia de la obra, no por la prolijidad del comentario, (que es muy sobrio) de los méritos del homenajeado; y comenta: «Pocos casos hay de entrega a la Universidad como el de Guallart».

Adquirió su formación primera junto a don Inocencio Jiménez, completando

después sus estudios en Francia, Italia, Bélgica y Alemania. En 1924 profesó en la Universidad de Zaragoza un trascendental curso sobre el tema: «Lecciones de Metodología Jurídica». Su atención a los problemas de la teoría general del delito se manifestó en magistrales trabajos: *La antijuricidad como elemento del delito* (Rev. de la Universidad de Zaragoza, VIII); *Los elementos subjetivos de la antijuricidad* (en la misma Revista); *El adecuado lugar de la tipicidad en la construcción técnica del delito* (Revista de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948); *Derecho penal y Derecho natural. El contenido de la antijuricidad* (Temis 1960). El delito es para Guallart, el hecho antijurídico, culpable y punible, con lo cual excluye la tipicidad de los caracteres del delito, concepción contrapuesta a la de Beling, que la atribuía valor sustantivo, y aún el criterio de Mezger, que la refería a la antijuricidad aunque sea en forma indiciaria; dado que la antijuricidad y la ilegalidad son conceptos distintos. Como tampoco a la culpabilidad, pues la tipicidad constituye un criterio legal, por tanto aportación del legislador, mientras que la culpabilidad integra un concepto subjetivo aportado por el agente del delito. Para Guallart, en una postura original y personalísima, la tipicidad ha de referirse a la punibilidad, de la cual constituye un subelemento, dado que los tipos delictivos se ofrecen precisamente para servir a la sanción, de tal forma que la expresión primera de la punibilidad se hace precisamente mediante la tipicidad, que vendría a ser el primer elemento de aquella, teniendo en consecuencia su lugar adecuado, dentro de la teoría general del delito, en la punibilidad.

En el último de los trabajos citados, aborda Guallart la cuestión del Derecho natural manifestándose contra el positivismo jurídico, y mantiene que el Derecho natural ha de ser el contenido material de todo derecho y, por tanto, ha de constituir el basamento de la antijuricidad en el Derecho penal.

Sus numerosos estudios sobre la delincuencia infantil y juvenil le han consagrado como uno de los mejores especialistas en esta materia. Pérez Vitoria destaca una docena de trabajos publicados unos en España y otros en el extranjero; en virtud de los cuales debe ser considerado en estas materias como una autoridad universal. Buenos cimientos para ello han sido sus experiencias vastísimas de todos los órdenes: Vocal del Tribunal de menores de Zaragoza desde 1931, pasó a ser presidente del Tribunal en 1944, presidencia que asimismo ocupó en la Unión nacional de los Tribunales de menores de España desde 1951 hasta 1956. Es también vocal del Tribunal del Consejo Superior de Protección de Menores, prácticamente desde 1934, donde a la vez es vocal de la Comisión de estudios, etcétera. En el orden internacional, es miembro de la *Commission consultive de l'enfance delinquante et socialment inadaptée*, así como de la *Association des magistrats de la Jeunesse*, con sede en Bruselas.

En contacto continuo con los problemas vivos del Derecho penal, ninguno de importancia ha escapado a su consideración, como revelan los siguientes títulos: *El suero de la verdad en su aspecto jurídico procesal*; *La guerra crimen* (en el volumen de «La guerra moderna», 1956) trabajo en el que, tras el estudio de los crímenes de guerra y contra la humanidad, considera la guerra injusta como el más grave de los delitos que presenta el Derecho penal internacional; *El Proceso de Lieja a la luz de la Eutanasia y de la Moral*; *Problemas penales del turismo: Aspectos jurídicos de los accidentes del tráfico*, etc., etc. El tema de la pena de muerte —que Pérez Vitoria califica de siempre actual—, ha sido objeto de varias conferencias de Guallart en distintos lugares.

Los aspectos históricos del Derecho penal han sido tratados también por el homenajado con tanta competencia histórica como jurídica. Se ponen de relieve sus estudios sobre: *El Derecho penal de la Compilación de Huesca* (1247); *El principio nullum crimen nulla poena sine lege en los Fueros de Aragón*; *El Padre de Huérfanos del Municipio de Zaragoza* (en publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1942, y sus conferencias: *Lo que debe a España la Ciencia penal y penitenciaria*. (En los cursos Menéndez Pelayo de la Universidad de Zaragoza).

El problema de la Universidad, «como buen universitario» (dice P. Vitoria) ha sido también objeto de la atención del homenajado como demuestran varios títulos, que sería ya prolijo enumerar. Si Pérez Vitoria se excusa por no haber sido posible hacer referencia a una obra de tanta importancia y volumen, con mayor razón nos hemos de limitar nosotros, agobiados por el excesivo número de páginas que ha alcanzado ya el tomo XXV de este «Anuario de Derecho penal» Terminemos, pues, con nuestra felicitación, no por más tardía menos calurosa, a don José Guallart y López de Goicoechea, celebrando también que haya tenido tan acertado glosador como es el catedrático de Barcelona.

En el volumen 25 de *Temis* se incluyen 16 estudios de diversas materias jurídicas. Hubiera sido nuestro deseo comentar los de tema penalista; pero hemos de limitarnos a los títulos que se refieren al Derecho y Ciencias penales, recomendando a nuestros lectores la consulta del número 25 de la Revista *Temis*, menos conocido de lo que se merece;

Sancho Izquierdo: *Meditaciones sobre el trasplante de órganos desde el punto de vista del Derecho natural*; Vicente Gella, *La responsabilidad penal del comerciante declarado en suspensión de pagos*; Herce Quemada, *Relaciones del Derecho procesal penal con el Derecho penal*; Bernad Alvarez de Eulate, *En torno a la pena de muerte*; Bermejo Vera, *La pena de muerte*; Cerezo Mir, *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*.

JOSÉ ANTÓN ONECA

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

The Nation

5 de febrero de 1973

WALTZ, Jon R.: Trial of Century? The Repulsive Chicago Drama (¿Proceso del siglo? El repugnante drama de Chicago), págs. 177-179.

El prestigioso profesor de Derecho procesal, de la Facultad de Derecho de la Universidad del Noroeste (Chicago, U.S.A.), Jon R. WALTZ, se ha ocupado en varias ocasiones del proceso celebrado en 1969 contra Bobby G. Seale y otros siete miembros del grupo político conocido como *Black Panther Party* (1).

(1) Sobre el proceso debatido *vide: Der Prozess gegen Bobby Seale, Rasmus und politische Justiz in den Usa*, editado en Alemania Federal por el Comité de Solidaridad de los Black Panther, Verlag Roter Stern Frankfurt a. Main, 1970, en esp. págs. 25 ss.

Por su trasfondo político, el proceso ha alcanzado gran resonancia y, junto al de Angela Davis, pasará con seguridad a ocupar un lugar de honor en las crónicas de los procesos por delitos políticos de nuestra época.

Designado como *The Great Chicago Riot Conspiracy Trial*, aunque ciertamente más conocido por los nombres de "*Chicago 8*" (*United States of America v. David T. Dellinger, Rennard C. Davis, Thomas E. Hayden, Abbott H. Hoffmann, Jerry C. Rubin, John Froine and Lee Weiner, Nr. 69 CRIM-180, N. N. Ill. 1969*), *Chicago Conspiracy Eighth Trial* y posteriormente como "*Chicago Conspiracy Seven Trial*" —proceso de la conspiración de los siete de Chicago—, si bien realmente debería denominarse proceso de los ocho, a menos que, como irónica y agudamente señala WALTZ, uno se adhiriera a la teoría de que Bobby G. Seale no era "una persona" el día en que el marshall "le ató en su silla y le amordazó" en cumplimiento de una orden del juez —29 de octubre de 1969— de que metiese al procesado rebelde en la Sala y "le atase como era debido en tales circunstancias", habida cuenta de la actitud perturbadora e interruptora mostrada por el referido Bobby Seale durante el proceso; por lo que el juez habló primero de "desacato al Tribunal", luego de "contumacia del procesado" y, finalmente, "del derecho del Tribunal a amordazarlo".

Se trata, según queda dicho, del proceso celebrado contra Bobby G. Seale, uno de los líderes del movimiento norteamericano de ideología marxista-castriista, conocido como *Black Panther Party*, y que, junto con otros siete miembros del partido, fue acusado del delito de conspiración para cometer un "riot" (sedición) (2) y de violar la preceptiva de la Enmienda *Anti-Riot* al *Civil Rights Act 1968*, con motivo de la celebración de la Convención del Partido Demócrata por aquellas fechas.

Ante el creciente eco popular que fue adquiriendo el proceso y, especialmente, debido a las incidencias "extra-procesales", reveladoras de una ausencia total de garantías para los acusados con arreglo a las normas constitucionales norteamericanas, la doctrina del país estadounidense se ha ocupado con relativa frecuencia de la problemática planteada en el mismo.

En este sentido, ya en 1970 se ocupaba WALTZ de la resonancia que el caso *Illinois v. Allen* (397 U.S. [1970], 337 ss.) podía tener en la decisión judicial definitiva sobre el proceso debatido, tema del que nos hemos ocupado en el fas-

(2) No puede trasladarse el vocablo "riot" al español rebelión como hace Quintano, pues este delito no existe en el Derecho penal norteamericano. Quizá el vocablo más próximo al inglés sea el de sedición. "Un riot" es una perturbación tumultuaria de la paz por tres o más personas que actúan bien para la comisión de un crimen por medio de la fuerza, o para, mediante la realización de alguna empresa legal o ilegal, producir de una manera violenta, turbulenta y no autorizada, terror público y alarma".

La delimitación, no siempre clara y precisa, entre reunión ilegal, "rout" (manifestación ilegal) y "riot" (sedición) la establece PERKINS en la forma siguiente: Cuando tres o más personas se conciertan y reúnen para tal finalidad, son culpables de reunión ilegal. Cuando ellas se ponen en movimiento ("rout" procede lingüísticamente de "route" —marcha, camino, ruta—) por su camino para llevar a cabo su propósito común, son culpables de "rout" (manifestación ilegal). Finalmente, cuando ellas realizan o ejecutan su designio de perturbación de la paz tumultuariamente por medios violentos, son culpables de "riot" (sedición). Cfr. PERKINS, Rollin M.: *Criminal Law*, 2.^a ed., Minneola, New York, The Foundation Press Inc., 1969, 405 y ss.

círculo I del tomo XXIV (1971), pp. 621 ss. del *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales* (3). Más tarde, las críticas dirigidas por WALTZ a la marcha del proceso fueron puestas de relieve en un artículo publicado por él en *The Nation*, 10 de mayo de 1971, bajo el por sí solo sugerente título "*The Conspiracy Trial: 'This Worn-Out Piece of Tyranny'*" (el proceso de la conspiración: esa raída pieza de tiranía).

De nuevo, el artículo ahora reseñado saca a la luz lo que podríamos tachar de desenlace final de lo que WALTZ no vacila en calificar de "repulsivo drama de Chicago": "El discutido proceso —dice nuestro autor— ha desaparecido en una hedionda nube de humo." Las declaraciones de culpabilidad en él recaídas han sido anuladas por el *U.S. Court of Appeals of Seventh Circuit* (Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito); mientras que, por otro lado, el Ministerio de Justicia, tras conocer el montante de miles de dólares en costas que ha supuesto el proceso desde su inicio, ha anunciado que sería demasiado costoso volver a procesar a los inculpados, habida cuenta de que la anulación de las "*convictions*" se ha producido sobre todo en base a las irregularidades cometidas por el juez director del proceso.

Pues bien, las diez bases o piedras de toque que sin duda han dado lugar a tal anulación han sido también sacadas a la luz en un libro publicado por el juez Thomas E. Fairchild y son ahora examinadas con crudo criticismo por John R. WALTZ.

En primer término, el Tribunal de Apelación ha contestado negativamente a la pregunta de si es constitucional el *Anti-Riot Act, 1968* (llamado también *Rap-Brow Amendment*), a pesar de que los jueces Fairchild y Cumings han optado por la contestación contraria. Ello supondría, como apunta WALTZ, convertir en delito un simple viaje inter-estatal con la intención de incitar a una sedición o a un motín, razón por la que la anticonstitucionalidad del estatuto citado aparece muy clara al infringir el contenido de la Primera Enmienda a la Constitución americana, según la cual "el Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a pedir al gobierno la reparación de agravios": enmienda que viene a garantizar, en suma, la libertad de expresión. Ahora bien, debe constatarse el hecho de que el *Supreme Court* no ha concedido en este supuesto *certiorari* (recurso), por lo cual la decisión del Tribunal de Apelación no sentará precedente alguno, ni será por tanto fuente de ley.

Por otra parte, se anula asimismo la acusación, según habían pretendido los procesados, por considerarla tan imperfecta como las líneas directrices marcadas por el Estatuto. Respecto al problema de si los miembros del gran jurado fueron debidamente seleccionados, el Tribunal de Apelación da la razón a las alegaciones argüidas por la defensa de los acusados en el sentido de que la lista de votantes de la que fueron sacados los nombres de los componentes

(3) *Vide* WALTZ, John R.: *Supreme Court Review 1970. Foreword (Or Backward)*. *The Year after Warren*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 61 (1970), 484-534.

del gran jurado suponía una exclusión evidente de negros y jóvenes, al igual que incluía a un "grupo de gente de un área determinada".

Otro de los motivos en que se basa la decisión del Tribunal de Circuito lo constituye el hecho de que el juez Hoffmann examinase la procedencia de los miembros del jurado y se comunicase imprudente e ilegalmente con ellos durante sus deliberaciones. Por otro lado, el hecho de que el juez desechase la intención manifestada reiteradamente por los procesados de que su viaje a Chicago no era más que eso, implica destruir la presunción de inocencia, garantía constitucional inatacable en el proceso criminal norteamericano.

Finalmente, la conducta observada por el juez director del proceso en claro perjuicio para los procesados, denegando el testimonio de peritos en el control y represión de tumultos y motines, privando ilegalmente a los encartados del ejercicio de su derecho a probar que el gobierno había tomado contra ellos pruebas de forma ilegal por medio de aparatos electrónicos, negándose, en suma, a admitir la declaración del anterior Fiscal General, Ramsey Clark, etcétera..., constituye otra de las numerosas bases en que se apoya la declaración de nulidad de lo actuado decidida por el Tribunal de Apelación.

Sin embargo, lo que no deja de ser lamentable es la inutilidad de la celebración —con una base tan conspicua y fútil— de un proceso que ha dado lugar a 22.000 páginas de transcripción, que vio cómo tanto procesados como defensores eran acusados de desacato al tribunal y condenados a prisión, y que, en definitiva, ha provocado una docena de libros y casi un millar de editoriales. El caso, falto de interés desde el prisma legal, no deja, sin embargo, de ser dramático, por cuanto de él —concluye WALTZ— puede deducirse una importante lección: la facilidad con que el pueblo americano malinterpreta ciertos acontecimientos y convierte sucesos de nimia importancia en casos de vida o muerte. El proceso ha sido, pues, una vergüenza. Ello no obstante, personalmente creo que, coincidiendo en todo con las premisas y conclusiones desenvueltas por WALTZ, si a causa de tan desgraciado proceso ha quedado malparado un tribunal concreto, por el contrario, ello ha servido para dar una prueba más de la incomparable independencia del poder judicial de los Estados Unidos de Norteamérica.

Pedro-Luis YÁÑEZ ROMÁN

GRAN BRETAÑA

The Criminal Law Review

Febrero 1973

ANDREWS, John: Reform in the Law of Corporate Liability (Reforma en el Derecho de la responsabilidad corporativa), págs. 91-97.

El profesor del "*University College of Wales*", J. ANDREWS, esboza en su estudio las bases elaboradas por la Comisión de Reformas sobre la responsabilidad corporativa publicadas en el "*The Law Commission Working Pa-*

per 44", en el cual se expone sucintamente el panorama del Derecho comparado sobre la cuestión y particularmente el *status* legislativo y de la jurisprudencia inglesa, problema del que nos hemos ocupado recientemente en una ponencia mantenida en la Universidad de Autónoma de Madrid el día 14 de junio del año en curso, en torno a "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho inglés" (1).

Pues bien, el reconocimiento en Inglaterra del principio de la responsabilidad criminal directa o corporativa (*personally corporate liability*) ha sido el resultado de una larga experiencia judicial, más que de simples intentos legislativos.

En una primera fase se niega la responsabilidad de las corporaciones, porque al tratarse de un *ens rationis* carecen de voluntad culpable (*guilty will*) o de espíritu culpable (*guilty mind*), por lo que no puede serles imputada la existencia de culpabilidad (*mens rea*), elemento inexcusable, según el *common law*, para que pueda darse el delito. Al lado de esta razón material surge otra de índole procesal: la imposibilidad de que en los delitos que requieren acusación y que exigen, por tanto, la presencia del acusado puedan las personas morales comparecer *per se* (*en trials on indictment at assizes or sessions —indictable offences—*).

En esta dirección se subraya la imposibilidad material de que las corporaciones sean sometidas a idénticas penalidades que las personas naturales. El obstáculo se concreta, pues, en la naturaleza personal de ciertas penas, como *ad exemplum*, las penas privativas de libertad, la estrictamente corporales, etcétera, si bien subsiste la posibilidad de aplicarles los castigos de naturaleza material, como la pena de multa, la suspensión de funciones, la disolución o supresión de la sociedad misma, etc.

Ciertamente, en esta primera etapa —hasta mediados del siglo XIX— puede constatarse el poderoso influjo ejercido por la concepción canonista de la *persona ficta* en los juristas del *common law*, particularmente en Henrici de BRACŦON —discípulo de Azo y coetáneo de Inocencio IV—, el cual hace hincapié en la naturaleza inmortal de las corporaciones debido a la constante renovación de sus miembros. Idea consagrada en los *Commentaries on the Laws of England* (1796), de BLACKSTONE, el cual explica la inmortalidad de las modernas corporaciones del siguiente modo: "todos los miembros individuales han existido desde la fundación hasta la época actual, o desde antes, pero son una persona legal, una persona que nunca muere; del mismo modo que el río Támesis es siempre el mismo, aunque las partes que lo componen estén en cambio continuo". La concepción medieval y moderna sobre la naturaleza de las corporaciones aparecen magníficamente sintetizadas por Sir Edward COKE en el *Case of Sutton's Hospital* (1613), donde, tras afirmar que lo esencial para la existencia de la persona jurídica es "la autorización legal para la incorporación, concedida bien por el *common law*, por autorización del Parlamento, por carta regia o por prescripción", destaca su naturaleza de "ser, invisible, inmortal...", que no puede cometer traición, ni ser proscrita, ni exco-

(1). Véase asimismo, mi extenso comentario con notas bibliográficas a LEIGHT, *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, London, 1969, en *Anuario de Derecho Penal*, XXV, (1972), 181 ss.

mulgada, porque no tiene alma, ni puede comparecer en persona, sino por medio de su representante legal". Una corporación no puede, por tanto, prestar fidelidad o lealtad, "ya que un cuerpo invisible no puede convertirse en persona, ni jurar" (*Bevil's Case [1575]*).

Una concepción, en suma, que, en síntesis, puede verse aún fielmente transcrita en el *dictum* de Lord WRENBURY en el caso *Continental Tyre and Rubber Co. v. Daimler Co. (1915)*, lugar en que expresa: "*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.*"

Ello, no obstante, de la falta de realismo inherente a tal concepción, se hacía eco Sir Robert Uyre SAWYER en el *case of the quo warranto proceedings against the City of London (1682)*, el cual arbitra la posibilidad de que las corporaciones que abusen de su poder caigan en las manos del rey, por cuanto si fuese imposible proceder contra tales corporaciones y castigarlas por sus infracciones, el Estado perdería su soberanía y surgiría un nuevo feudalismo. La defensa de la Corporación de Londres había argüido que "una corporación es un nombre, un *ens rationis*, una cosa que no puede ser vista y no posee substancia". De ahí que una corporación no pueda, como tal, ser sujeto activo ni pasivo de delito, si bien el Tribunal rechazó tal argumentación declarando que "los cuerpos políticos pueden delinquir y ser perdonados", supuesto éste último contemplado en el artículo general del perdón (*12 Car. 2*), donde las corporaciones son perdonadas de todos los crímenes y delitos; por lo que una corporación puede, en definitiva, ser culpable de libelo sedicioso y de otros "*misdeemeanours*". Por el contrario, la tónica dominante en el XVIII parece dibujarla Blackstone, al negar la responsabilidad criminal directa de las personas jurídicas: "una corporación no puede cometer traición o *felony* ni otro crimen cualquiera en su capacidad corporativa; pero sus miembros sí pueden en sus diversas capacidades individuales. Ni es capaz de sufrir las penas de los traidores o de los felones, porque no es apta para los castigos corporales, ni para la muerte civil ("*bill of attainder*"), la confiscación ni la corrupción de la sangre...; no puede ser arrestada..., ni proscrita..., ni excomulgada...".

En resumen, el apoyo doctrinal de tal concepción estriba en la teoría canonista medieval de la *persona ficta*, pero, además, en la doctrina, más moderna del *ultra vires* —en la cual parecen apoyarse FEUERBACH y KÖSTLIN para negar la responsabilidad penal de las sociedades—, con arreglo a la cual las corporaciones son meras creaturas legales con poderes estrictamente limitados, al venir estos (*authorities*) especificados expresamente en su *memorandum*, aparte de estar también limitados en la cláusula concerniente al objeto (*objects-clause*) o fines concretos perseguidos por aquéllas. Por consiguiente, una sociedad constituida para un objeto determinado no puede disponer de sus fondos para una finalidad diversa de la expresada estatutariamente. De dónde se infiere que quedan vedadas como actividades de la sociedad tanto los actos extraños al objeto social como aquellas actuaciones 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 admi-

nistradores. La consecuencia obvia es la de que, dado que ni el objeto, ni los poderes de la corporación abarcan lógicamente la facultad de cometer delitos—en caso contrario vendría condenada *ab initio* a no existir en el mundo jurídico—, la comisión de actividades delictivas por parte de un ente moral necesariamente había de ser *ultra vires* y caer, por tanto, fuera del objeto social.

Sin embargo, el fracaso de la referida doctrina viene, a mi juicio, encadenado a sus propias premisas. Y es que en la doctrina del *ultra vires* es necesario distinguir netamente dos aspectos diametralmente opuestos: uno, el referido a los poderes y facultades ejercidas en nombre de la sociedad; otro, el de la propia y estricta capacidad de actuación de la persona jurídica. La primera vertiente del problema—que creo factor básico en la invención de la doctrina del *ultra vires*— no ofrece, en mi opinión, problema alguno, por cuanto el acento se traslada a la comisión de delitos, con exceso o abuso de poder, por parte de los administradores de la sociedad, los cuales, desde el momento en que dejan de estar amparados por su carta, estatuto o escritura de poder, actúan fuera del ámbito social y, por tanto, lo hacen *in propria persona*.

Pero mayor importancia reviste, a mi juicio, el hecho de que por decisión mayoritaria o unánime del Consejo de administración se acuerde la ejecución de actividades delictivas. En este supuesto las premisas del *ultra vires* llevarían consigo la impunidad de esta clase de actividades (delictivas), por caer fuera del objeto social y de la esfera de facultades de la sociedad; extremo que demuestra suficientemente las razones por las que se ha visto abandonada. Pero, además, ante la imposibilidad de que cualquier actuación *ultra vires* carezca del más nimio efecto para la sociedad, creo en otra posibilidad derivada *a fortiori* de las mismas premisas de tal doctrina: La de que se produzca una especie de novación de las relaciones jurídico-societarias, sin que ello implique, en modo alguno, la necesidad de una novación extintiva. Cuando menos, la posibilidad es doctrinalmente tan viable como la doctrina del *ultra vires*.

En una segunda fase, el enorme desarrollo desplegado por el comercio inglés en los siglos XVIII y XIX puso de manifiesto la falta de pragmatismo inherente a una doctrina como era la denegadora de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles.

Se produce entonces en Inglaterra un fenómeno jurídico muy peculiar. A partir de la Gloriosa Revolución (1688), muchas de las prácticas judiciales desplegadas por jurisdicciones especiales—contra las cuales había ido dirigida toda la lucha política y parlamentaria del XVII— subsistieron al ser transplantadas a los tribunales ordinarios del *common law*. En esto se pone asimismo de manifiesto la nota característica de la Gran Revolución: su conservadurismo legal, al decir de MACAULAY.

Pues bien: en el *common law* no se había admitido nunca responsabilidad indirecta o delegada en materias criminales, salvo los casos de libelo y perjuicio público. Pero como resultado de la Gran Rebelión el *common law* absorbió gran parte de la jurisdicción mercantil ejercida por el *Court of Admiralty* (Tribunal del Almirantazgo). Ello supuso una reconsideración de las viejas reglas medievales sobre la materia.

Se da así un nuevo enfoque a la doctrina de la responsabilidad de los contratantes (*the doctrine of Employer's Liability*), que encuentra consagración a través de los fallos judiciales del *Chief Justice HOLT*. Así, en el caso de *Boson v. Sandford* (1691), declara que "quien emplea a otro es responsable por él y toma a su cuidado (con lo que responde también por negligencia) todo lo que hace uso de él". En 1699 (*Middleton v. Fowler*), sienta y explica claramente el principio de que "ningún principal es responsable de los actos de su sirviente, salvo cuando éste actúa en cumplimiento de la autoridad dada por su principal, y entonces el acto del agente es el acto del principal".

En la formulación del nuevo principio se entrecruza la influencia de dos doctrinas: la romanista del *quasi-delictum* y la medieval del *common law* que hacía responsables a los propietarios por los daños causados por sus sirvientes mediante el fuego.

Por consiguiente, a la vieja máxima medieval "*nam qui facit per alium facit per se*" se une ahora el principio más amplio "*respondeat superior*", basado en los deberes de policía y seguridad pública.

"Esta regla —dice el *Chief Justice SHAW*— se funda obviamente en que el gran principio del deber social de que cada hombre en la ejecución de sus propios asuntos, sea a través de él mismo o de sus agentes o sirvientes, debe conducirse de forma que no cause daño a otro; y si no lo causa, pero lo causa uno de los suyos, debe responder por ello. Si un sirviente, en el cumplimiento de su mandato o empleo, y actualmente dentro de la esfera de su autoridad, causa un daño a otro, se considera, con arreglo a la ley, como si fuera el acto de su principal o mandante, que el último debe ser responsable *civiliter*... La máxima *respondeat superior* es adoptada en este caso en base a consideraciones generales de policía y seguridad" (*Farwell v. Boston and Worcester Rly. Corp.* [1842]).

Por consiguiente, la doctrina actual del *respondeat superior* ha nacido en el marco de los delitos civiles. Aunque la frase se remonta a la época de Eduardo I y es discutida por *COKE*, la doctrina con ella designada en los siglos XIX y XX posee un origen mucho más reciente. De idéntico modo, la máxima *qui facit per alium facit per se* data de antiguo. Su significado originario implicaba que quien manda u ordena a otro comete un acto determinado, debe considerarse y declararse como si él mismo hubiese cometido el hecho. En la actualidad se emplea para designar, en la moderna doctrina de la contratación, la responsabilidad de los principales en supuestos de ilícitos civiles por los actos de sus representantes o agentes, siempre que aquéllos hayan sido cometidos en el cumplimiento de sus funciones, aún sin autorización o con prohibición expresa.

La doctrina del *respondeat superior* implicaba, por el contrario, en los siglos XVI y XV un reconocimiento de la responsabilidad del principal por las actuaciones de sus empleados en los casos en que se hubiera ordenado *específicamente* al agente ejecutar tal acto ilícito o se hubiese otorgado el consentimiento a tal acto antes o después de su comisión (2).

(2) *WIGMORE: Responsibility for Tortious Acts: Its History* en *Harv. L. Rev.*, 7 (1890), 315 en. esp. 330; *LASKI: The Basis of Vicarious Liability*, en

Como queda dicho, la doctrina sufre un cambio antes de 1700 (caso *Boson v. Sandford*), al afirmarse por Lord HOLT la posibilidad de declarar la responsabilidad delegada o indirecta de los propietarios de un barco por la conducta negligente del patrón del mismo, mediando su *mandato implícito o presunto*. Su aceptación aparece recogida por el propio BLACKSTONE—si bien citando la vieja máxima *qui facit per alium...*—al expresar que “*todo lo que a un agente le está permitido hacer en el marco usual de su función es equivalente a un mandato general*”.

En el XIX desaparece por completo el requisito del mandato u orden expresa; y la orden implícita o presunta cede su puesto a la expresión—de mayor alcance todavía—de la “*esfera del empleo*”, “*cumplimiento de su función*”, etc. La doctrina adopta ahora ya su forma contemporánea: el principal es declarado responsable por los actos ejecutados por su agente dentro de la esfera del empleo y en el cumplimiento de su función, incluso si el acto ilícito había sido cometido en contra de un mandato expreso. Se ponen, de este modo, de manifiesto a partir de 1840 las posibilidades de operabilidad de la *vicarious liability*, limitada en un principio al ámbito puramente civil, dentro del marco del Derecho penal de Sociedades.

Ello determina un cambio en la práctica de los tribunales ingleses, puestas ahora—con la creciente inserción de numerosos y diversos órganos corporativos en la vida social decimonónica—sus miras en la vieja concepción del *common law* que consideraba a las corporaciones como personas equiparables por analogía a las personas físicas. Es ahora cuando surge la denominada responsabilidad criminal delegada, indirecta o subsidiaria (*vicarious criminal responsibility*), que supone abrir las puertas a la responsabilidad penal del órgano.

Hasta el siglo XIX la doctrina civilista de la responsabilidad vicarial o delegada no fue aplicada en el campo penal. Sólo dos excepciones establecía el *common law* a la prohibición de aplicar a los casos penales el principio *qui facit per alium facit per se*: a) la punición del principal por libelo publicado por su agente o empleado; norma dirigida especialmente contra los directores y propietarios de las empresas periodísticas y modificada posteriormente por la sección 7 del *Libel Act* 1843, estatuto más conocido por el nombre de *Lord Campbell's Act*, y, según el cual los directores de las publicaciones periodísticas podían argüir en su defensa la falta de negligencia o la ausencia de conocimiento; b) Además, se hacía responsable subsidiariamente al principal por el delito de perjuicio público (*public nuisance*) cometido por sus empleados.

Las modernas dimensiones socio-económicas del XIX marcan, por otro lado, una ampliación de la responsabilidad jurídicas. El medio más idóneo para su punición se ve en el incumplimiento por parte de las sociedades mercantiles de las obligaciones impuestas a las mismas en virtud de disposiciones estatutarias. Con tal procedimiento, se habían difuminado los problemas derivados del principio de culpabilidad, pues, se argüía, del mismo modo que se crean supuestos delictivos de responsabilidad objetiva por vía estatutaria, también

puede aplicarse la responsabilidad vicarial a las corporaciones por idéntico procedimiento. Así, junto a los supuestos de responsabilidad objetiva en que se incriminaba a las personas jurídicas (por lo general contra el bienestar público), incidían los que exigían la concurrencia de *mens rea*, en los cuales se recurría a la responsabilidad delegada o vicarial para, de esta suerte, declarar criminalmente responsables a las personas jurídicas, dándoles un tratamiento un principal (*a master*). en delitos como el libelo, acusación maliciosa y calumnia, se aplica ahora la antigua *vicarious liability in tort*, con lo que se solventa así la problemática que plantea el principio de culpabilidad.

Y es que la moderna doctrina de la responsabilidad de los principales por los ilícitos civiles de sus agentes o sirvientes facilitaba enormemente el camino de la incriminación de las actividades societarias al ayudar a resolver los problemas del *mens rea*. Se daba, así, en frase de POLLOCK, un rodeo a la cuestión de la responsabilidad penal corporativa. El mandatario puede actuar y ser declarado culpable de una actuación dolosa; y si actúa en el marco de su empleo, no hay razón por la que el principal deba huir a esa responsabilidad sólo por el mero hecho de que es una corporación. Se prepara así el camino para la responsabilidad penal de las corporaciones, al concebirlas como personas naturales, que si bien no pueden ser penadas del mismo modo que una persona física, sí pueden serlo de una forma adecuada a su personalidad.

Por consiguiente, la antigua doctrina del *common law* en materia de responsabilidad indirecta o delegada es ahora evadida, por tres caminos, para su incorporación al ámbito penal (3):

a) La punición por la omisión en el cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones impuestas a la corporación: "dónde se impone el deber únicamente a la corporación, no hay por lo general otra solución que la acusación de la corporación" [*Birmingham, Gloucester Ry (1843)* 3 Q. B. 231, 114 E. R. 492].

b) Posibilidad de declarar a una corporación responsable en el delito de perjuicio o daño público, supuesto de responsabilidad delegada en el *common law*. Se condena así a una corporación por obstrucción de las vías públicas [*Great North of England Ry (1846)* 9 Q. B. 315, 115 E. R. 1294]. Además, puede hacerse responsable a las corporaciones en los supuestos delictivos previstos por los estatutos, del mismo modo que se hace a un principal individual [*Moussell Brothers Limited v. London and North-Western Railway Co. (1917)* 2 K. B. 863]; *Pearks, Gunston and Tee Limited v. Ward (1902)* 2 K. B. 1; caso en que la corporación fue acusada y condenada por la venta de leche adulterada].

c) Además, debe constatarse un importante movimiento en la teoría de la responsabilidad societaria. La tesis originaria de que una corporación no puede actuar *in propria persona*, sino tan sólo a través de sus miembros, fue abandonada en el campo civilista mediante una ficción jurídica: La distinción entre empleados inferiores (ejecutivos) y superiores (directores) de una sociedad. En este sentido, si se comete un ilícito civil por un inferior, la responsa-

(3) Cfr. WILLIAMS, Glanville: *Criminal Law, The General Part*, 1.^a ed., London, 1959 676 ss.; existe una 2.^a edición publicada en 1962, a la que no hemos tenido acceso.

bilidad de la compañía era todavía vicarial. Pero si es cometido por un director u otro miembro del órgano de gobierno de la corporación, entonces se considera que la responsabilidad de la corporación es directa, personal —en oposición a delegada o subsidiaria—, es decir: se trata de la misma responsabilidad de un ser humano por sus propios actos.

Pues bien, los resultados insatisfactorios a que conducía la aplicación de la doctrina de la responsabilidad vicarial o delegada supuso la aceptación de la responsabilidad criminal directa o corporativa. En 1929, un insuperable estudio de WINN (*The Criminal Responsibility of Corporation*, en *The Cambridge Law Journal*, 1929, 398-415) abogaba ya claramente por la ampliación de tal responsabilidad según el modelo U.S.A., donde se admitía en casos de estafa, hurto, quiebra fraudulenta, circulación de rumores falsos, etc...). Aunque, a decir verdad, es a partir de los años de 1940 cuando comienzan a producirse los fallos judiciales que consagran el principio en Inglaterra. Ahora se afirma que “puede ser imputada la intención de los agentes de la corporación a la compañía como si se tratase de la intención de esta misma..., por lo que, aunque los directores de una compañía son sus empleados, son, sin embargo, algo más. Una compañía es incapaz de actuar, de hablar e incluso de pensar, salvo, claro está, cuando sus empleados han actuado, hablado o pensado... “[*Director of Public Prosecution v. Kent & Sussex Contractors Ltd.* (1944), 1 All. E. R. 119].

En síntesis, las directrices marcadas por el *Law Commission Working Paper 44* sobre la responsabilidad de las corporaciones son un claro exponente de la reafirmación del principio de la responsabilidad criminal directa o corporativa.

No puede, en modo alguno, volverse a la época anterior al siglo XIX en que no era admitida tal responsabilidad. Pero, además, no basta con limitar ahora la responsabilidad a los supuestos de responsabilidad indirecta o vicarial, ni tampoco a los casos de responsabilidad objetiva, dado que el argumento esgrimido en el sentido de que, al ser inviable que las sociedades mercantiles puedan sufrir una *injusticia o daño personal*, podrían aumentarse sin cuento los supuestos de responsabilidad objetiva, salvando con ello el obstáculo que representa siempre el principio de culpabilidad (*mens rea*). Y es que, si bien esto es cierto, no por ello deja de ser injusto, puesto que las corporaciones sí pueden sufrir daño en su imagen por la declaración de culpabilidad que se pronuncie contra ellas. El acento debe ponerse entonces en la conducta negligente o no de los “*managers*” o ejecutivos.

Respecto a los delitos susceptibles de ser cometidos por una corporación, se pone de relieve la inadecuación y falta de sentido que, en esta materia, posee la distinción entre *summary offences* e *indictable offences*, al igual que la más reciente establecida por el *Criminal Law Act, 1967*, entre *arrestable* y *non-arrestable offences*, debiendo, por el contrario, distinguir los delitos por razón de su penalidad; es decir, aquellos que acarrearán una pena de multa y los que llevan consigo penas de naturaleza personal; de modo que la Comisión deja abierta la puerta a la posibilidad de limitar esta clase de responsabilidad por razón de la penalidad asignada a los delitos.

Finalmente, una restricción de la responsabilidad criminal de las corporaciones supondría limitarse los siguientes supuestos:

a) Casos en que se comete un delito como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que son impuestas específicamente a una sociedad en virtud de las actividades desarrolladas por aquélla.

b) Supuestos de responsabilidad subsidiaria o vicarial en actuaciones desplegadas por los representantes de la corporación o por alguna otra persona en idéntica situación a la de tales representantes de la sociedad.

Si bien la estructura actual de las actividades corporativas ha demostrado que ello sería insuficiente y supondría un retroceso —hoy inadmisibile— al *status* anterior al siglo XIX. Pese a todo, el acento sigue poniéndose en la utilidad y eficacia de la sanción a imponer a tales entes abstractos, pues en ocasiones, la multa es insuficiente, la disolución —que no existe como pena en el Derecho inglés— se muestra injusta y el peculiar mecanismo de las “*injunctions*” exige un gran civismo y sentido de responsabilidad que, como muestra el Derecho norteamericano, no siempre se dan.

Pedro-Luis YÁÑEZ ROMÁN

INTERPOL

Revista internacional de policía criminal

Número 261, octubre 1972

CHAPMAN, G.-CLARK, E.: “El índice de prioridad para las investigaciones”.

En 1970 los servicios de policía de Estados Unidos representaban 550.000 funcionarios. La policía cada vez es más abundante y costosa, como consecuencia del aumento de la criminalidad, que supone un reajuste de personal y salarios. A remuneraciones se dedica el 85 ó el 90 por 100 de los presupuestos policiales. Ha de tenerse en cuenta que, así como el delito puede surgir en cualquier lugar y momento, ese número de policías no está constantemente de servicio; sólo un 59 por 100 de esa cifra realiza turnos de ocho horas, estando el resto ausentes de servicio por tiempo libre, presencia ante los tribunales, vacaciones o enfermedad.

La criminalidad aumenta de forma mucho más rápida que la población. El número de delitos conocidos por la policía en Norteamérica se incrementó en la década 1960-1970 en un 148 por 100, mientras que la población solamente aumentó en un 13 por 100. Por otra parte, parece que la eficacia de la policía ha disminuido: en 1960 esclareció el 26,1 por 100 de los delitos y en 1969 sólo el 20,1 por 100. En 1967, la Comisión Presidencial sobre la Delincuencia afirmó que el número de policías era insuficiente, mal formados y mal pagados.

Dentro del índice de prioridad en las investigaciones se valoran, por este

orden: Peligrosidad, violencia que acompaña al delito, posibilidad de descubrir al autor, crimen organizado, profesionalidad, etc.

Es un hecho cierto que todos los países tienen problemas de policía, especialmente en el terreno de la formación de los funcionarios, que suele ser deficiente. La delincuencia se especializa a mayor ritmo que los policías. Hoy, la criminalidad comienza a ser muy importante en el seno de las sociedades, cometiendo grandes estafas, con muchos perjudicados; pensemos en el delito masa. No es fácil, por otra parte, luchar contra determinados miembros de esas entidades, por la deficiente regulación de la responsabilidad penal de los entes colectivos.

Alfonso SERRANO GÓMEZ

Número 262, noviembre 1972

BADDELEY, F.: "El Instituto de criminología de la Universidad de Cambridge".

La Criminalidad en Gran Bretaña, como en el resto del mundo, aumenta a pasos agigantados. En 1970, en Inglaterra y País de Gales se cometieron 1.655.994 delitos. Para resolver, en lo que sea posible, el problema se creó en el año 1959 un Instituto de Criminología, que forma parte de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge. Por otra parte, desde hace años se estima la necesidad de crear un centro de criminología neutro, independiente de los servicios oficiales, cuya principal misión sería establecer relaciones con centros similares de la Commonwealth británica, Norteamérica y Europa occidental.

En el Instituto se imparten cursos todos los años, para quienes están en posesión de diplomas universitarios superiores de diversas disciplinas. Sólo se admiten, normalmente, veinte estudiantes, y, el curso, que dura un año, tiene carácter internacional. Se conceden unas becas para personal no universitario que tenga gran experiencia en la administración de justicia. Cada dos años, en verano, se celebra un curso superior de criminología, que dura tres semanas.

Sus perspectivas hacia el futuro están encaminadas, especialmente, a colaborar en el estudio del sistema penal nacional, así como evolución que debe experimentar para mejor combatir el delito, pues si en los próximos años la criminalidad aumenta en las proporciones de la última década, la sociedad corre un grave riesgo.

Alfonso SERRANO GÓMEZ

VENEZUELA**Revista Venezolana de Derecho penal y Criminología****Año 2, número 3, enero-junio 1971****DI TULLIO, B.: "Justicia penal y justicia criminología", págs. 83 y ss.**

Estima el autor que la prevención especial es una labor que la Criminología ha de realizar cada vez en mayor proporción, pues una de sus misiones es determinar las condiciones de personalidad de los sujetos delincuentes. Es preciso delimitar el contenido del Derecho penal y la Criminología, para que ambas ciencias puedan cumplir mejor su función, sobre todo la referente a la relación entre ambas. Se muestra partidario de la división del proceso en dos fases: en la primera, el juez determinará la culpabilidad del sujeto —hasta aquí lo esencial de la función penal—, en la segunda se buscará la individualización de la pena, para lo que se habrá de tener en cuenta la personalidad del sujeto, con miras al tratamiento y recuperación, con lo que entra de lleno la función criminológica. Es en esta doble dirección, dice, donde cabe una estrecha y eficaz colaboración entre Derecho penal y Criminología. Con esa división del proceso y colaboración de ambas ciencias se puede salvar la crisis porque atraviesa la justicia penal. Otra de las tareas de la justicia criminológica consiste en el tratamiento de los sujetos socialmente peligrosos.

REQUENA HERRADA, G.: "El problema del hacinamiento en el medio de reclusión venezolano"; págs. 133 y ss.

Pone el autor de relieve el problema de superpoblación en la reclusión de los diversos centros relacionados con la administración de justicia, como son los policiales, correccionales, carcelarios o penitenciarios, que obstaculizan la recta labor sancionadora. Las dificultades están en problemas económicos, técnicos e incluso en las propias leyes. Sin embargo, en el campo penitenciario se han conseguido buenos resultados con la Ley de Régimen Penitenciario de 1961, al establecer un tratamiento basado en la individualización de la pena dentro de un sistema progresivo.

La población penal de Venezuela pasó de 8.217 reclusos en el año 1963 —entre penados, sometidos a régimen correccional y procesados— a 13.044 en 1967. Buena parte del hacinamiento se debe a la lentitud de la justicia —el tiempo medio del proceso se calcula en trece meses— y la deficiencia de edificios, tanto al número como a sus condiciones, ya que algunos de ellos son de anticuada estructura. También los sistemas de redadas de la policía con exceso de detenciones, de los que han de poner en libertad a más del 87 por 100 de los detenidos.

Alfonso SERRANO GÓMEZ

NOTICARIO

CURSO SOBRE DELINCUENCIA JUVENIL, ORGANIZADO POR LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO

Del 28 de agosto al 1 de septiembre de 1972 se ha celebrado en Vigo un curso sobre delincuencia juvenil, organizado por la Universidad de Santiago de Compostela con el patrocinio del Ayuntamiento vigués y la colaboración de la Caja de Ahorros Municipal, en cuyo Auditorio se celebraron las conferencias seguidas con suma atención por un público numeroso, que intervino cotidianamente de forma animada y aguda en el extenso coloquio con que finalizaba la disertación de los ponentes y las intervenciones de los componentes de la mesa. Al Dr. Fernández Albor correspondió la coordinación de esta interesante Semana en el marco de los Cursos Universitarios de verano que dirige en Vigo el Doctor Otero.

La conferencia de Introducción al curso la pronunció el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Santiago, don Agustín Fernández Albor. Este fue su sumario: Determinaciones previas (menor edad y delincuencia juvenil; gamberrismo y delincuencia juvenil). Etiología. Grupos y bandas de delincuencia juvenil. Delitos más frecuentes. Desarrollo económico y delincuencia juvenil. Tratamiento. La delincuencia juvenil en España.

El Dr. Castillo y Castillo, catedrático de Sociología de la Facultad de Ciencias Económicas de Santiago trató, bajo el epígrafe «*Sociedad alienadora y juventud delincuente*», de control social y conducta humana; dialéctica individuo-sociedad y la delincuencia juvenil como auto-afirmación y búsqueda de comunidad.

La intervención del catedrático de Derecho penal de la Universidad de Murcia, Dr. Sainz Cantero, versó sobre «*Trabajo de menores y delincuencia*»; constó de tres partes: introducción (la etiología de la delincuencia juvenil y la importancia del trabajo en la delincuencia juvenil), el trabajo como factor influyente en la delincuencia, y el trabajo de jóvenes y menores y la prevención de la delincuencia.

El Dr. Barbero Santos, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valladolid, desarrolló el tema «*Delincuencia juvenil: tratamiento*», que verificó de acuerdo con el siguiente esquema: sucinta exposición histórica del tratamiento reservado a la delincuencia juvenil hasta el siglo XIX; principales características del sistema tutelar o protector hoy generalmente acogido; el respeto de las garantías individuales en la jurisdicción tutelar.

Por último, don José María Rodríguez Devesa, catedrático de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid, disertó sobre «*Problemática jurídica de la delincuencia de menores*», ocupándose entre otros puntos de los siguientes: el concepto de «delito» en la delincuencia de menores; los «delitos» atribuidos a la competencia de la jurisdicción castrense; infracciones administrativas

cometidas por menores; la prisión preventiva o la detención de menores; tres problemas sobre mayores de dieciséis años y menores de dieciocho; la responsabilidad; la ley orgánica del Estado y la competencia de los tribunales tutelares de menores.

Por la originalidad de los diversos planteamientos y por haberse hecho gala en el desarrollo de las respectivas contribuciones de un rigor científico poco habitual en lo que al tema se refiere, uno de los preferidos —a pesar de su complejidad y trascendencia— por los «dilettanti» de nuestra disciplina, es de augurar que la Universidad de Santiago de Compostela, que tantos plácemes merece por la organización de este importante Curso, edite en un volumen las cinco conferencias.

BARBERO SANTOS

PRIMER SIMPOSIO INTERNACIONAL DE VICTIMOLOGIA

Jerusalén, 2 septiembre 1973

Algo que incomprensiblemente parecía olvidado en la literatura penal o criminológica, hasta fechas relativamente recientes, va a ser objeto del que sin duda será un interesantísimo simposio internacional, porque aunque ya aquí parezca un tópico, hemos de decir con convicción que el interés del tema difícilmente puede ser superado, a no ser por el que despierte la participación de maestros (rehuimos emplear la tan socorrida palabra de especialistas) cual el sin par GRAVEN (ex rector de Ginebra) o el profesor Nagel (Holanda); su colega alemán JESCHEK o el americano WOLFGANG; el japonés profesor MIYAZAWA o el canadiense ELLENBERGER, en un programa científico que no podía estar falto de figuras de Israel cuando las hay del fuste del Juez REIFEN o los profesores SCHAFER, PAUL, WINNIK, HOROWITZ, LIBAI, BACH y COHEN. Africa brinda también un ponente general, el Dr. ASUNI, de Nigeria.

Y como animador incansable de todo este equipo, el profesor ISRAEL DRAPKIN, que tras una labor de lustros en la Universidad de Santiago, apreciada en el mundo entero, dejó Chile para vivir en Israel y profesar en la Universidad hebrea de Jerusalem.

Según se nos dice en el programa, la primera tarea de este symposium consistirá en delimitar los fines de la victimología. Discutirá también el tema de las tipologías de la víctima, así como cuestión tan importante cual la medida en que afecta a la víctima su implicación en la máquina judicial. También tratará de la relación delincuente-víctima en los diferentes tipos de delito. Finalmente, los debates versarán sobre la responsabilidad de la sociedad para el bienestar de la víctima, incluyendo indemnización, seguro, errores judiciales, etc., etc., pues la lista como el programa, quedan abiertos a las inquietudes y aportaciones de los participantes sobre temas tan apasionantes como necesitados de reforma si en verdad queremos que la justicia del crimen no sea a veces criminal.

El Comité organizador nacional, que tan cuidadosamente evidencia haberse ocupado de los diversos aspectos técnicos que requiere la preparación de una

reunión científica de esta envergadura, ha contado con la asistencia de un consejo consultivo internacional formado por los profesores BARUC (Francia), EDWARDS (Canadá) (GRAVEN (Suiza) y MORRIS (USA).

Los temas de las cuatro secciones del congreso cuyos presidentes, ponentes y coponentes, aún desordenadamente, quedaron ya citados, son: el estudio de la victimología, la víctima, la relación delincuente-víctima y la sociedad y la víctima: actitudes y políticas.

El lector avisado comprenderá que tal symposium bien vale el viaje, si de por sí no lo mereciera Israel y aun el Oriente Medio y todas sus tensiones.

La dirección del simposio es: First International Symposium on Victimology. P. O. Box 4051. Jerusalem. ISRAEL.

PASCUAL MENEU

INDICE GENERAL DEL TOMO XXV

FASCICULO III

Septiembre - diciembre MCMLXXII

Sección Doctrinal

	<u>Páginas</u>
<i>La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos, resultados</i> , por Hans-Heinrich Jescheck	629
<i>Delincuencia juvenil: tratamiento</i> , por Marino Barbero Santos ...	643
<i>Enjuiciamiento de sujetos peligrosos no delincuentes</i> , por Manuel Morón	671
<i>La libertad religiosa y la reforma de 1971 del Código penal español</i> , por Gerardo Landrove Díaz	699

Sección Legislativa

<i>Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código penal</i>	721
<i>Informe sobre el anteproyecto de bases del libro I del Código penal</i> , por José Cerezo Mir	763

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1970</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	793
<i>Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.^a del T. S.)</i> , por Fernando Gisbert Calabuig	823

Revista de libros

ANCEL, Marc; STRAHL, Ibar; ANDENAES, Johs, y WAABEN, Knud: <i>Le Droit pénal del Pays Scandinaves</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	847
APARICIO LÓPEZ, Octavio: <i>Drogas y Toxicomanías</i> , por Alfonso Serrano Gómez	849
<i>Avortement et Contraception</i> , por Ignacio Pérez de Vargas López ...	851
BOBBIO, Norberto: <i>Sulla funzione promozionale del diritto</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	855
BROWNLIE: <i>The law relating to public order</i> , por Alfonso Serrano Gómez	856
LEDESMA JIMENO, Alfonso: <i>Delincuencia juvenil</i> , por Alfonso Serrano Gómez	856
MERLE, Philippe: <i>Les présomptions légales en Droit pénal</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	858
MIDDENDORFF, WOLF: <i>Teoría y práctica de la prognosis criminal</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	859
LEONE, Mauro: <i>L'esimente dell'esercizio di un diritto</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	861
<i>L'Evolution du droit criminel contemporain</i> , por Luis C. Ramos Rodríguez	862

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: <i>Tratado de la Parte Especial del Derecho penal</i> , por Francisco Muñoz Conde	867
SABATER SANZ, Antonio: <i>El test de Szondi en sexuología forense</i> , por Ignacio Pérez de Vargas López	870
TIEDEMANN, Klaus: <i>Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität? (¿Qué medios jurídico-penales se recomiendan para una lucha eficaz contra la delincuencia económica?)</i> , por Miguel Bajo Fernández	875

Revista de Revistas

Alemania

<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i> , abril 1971, por Pedro-Luis Yáñez Román	877
<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> , 9 de enero de 1973, por Pedro-Luis Yáñez Román	880
<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> , tomo 80 (1968) fascículos 2, 3 y 4, por Enrique Gimbernat Ordeig	881

España

<i>TEMIS (Revista de Ciencia y técnica jurídicas)</i> , número 25, por José Antón Oneca	885
------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Estados Unidos

<i>The Nation</i> , 5 de febrero de 1973, por Pedro-Luis Yáñez Román.	887
-----------------------------------------------------------------------	-----

Gran Bretaña

<i>The Criminal Law Review</i> , febrero 1973, por Pedro-Luis Yáñez Román	890
----------------------------------------------------------------------------------	-----

Interpol

<i>Revista internacional de policía criminal</i> , números 261-262, octubre-noviembre 1972, por Alfonso Serrano Gómez	898
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Venezuela

<i>Revista Venezolana de Derecho penal y Criminología</i> , año 2, número 3, enero-junio 1971, por Alfonso Serrano Gómez... ..	900
NOTICIARIO	901

Sección Legislativa

Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código penal, por José Cerezo Mir 763

Sección de Jurisprudencia

Jurisprudencia penal 1970, por Pedro-Luis Yáñez Román ... 793
Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.ª del T. S.), por Fernando Gisbert Calabuig. 823

Revista de Libros 847

ANCEL, Marc; STRAHL, Ibar; ANDENAES, Johs, y WAABEN, Knud: *Le Droit pénal del Pays Scandinaves*, por Luis C. Ramos Rodríguez; APARICIO LÓPEZ, Octavio: *Drogas y Toxicomanías*, por Alfonso Serrano Gómez; *Avortement et Contraception*, por Ignacio Pérez de Vargas López; BOBBIO, Norberto: *Sulla funzione promozionale del diritto*, por Luis C. Ramos Rodríguez; BROWNLIE, The law relating to public order, por Alfonso Serrano Gómez; LEDESMA JIMENO, Alfonso: *Delincuencia juvenil*, por Alfonso Serrano Gómez; MERLE, Philippe: *Les présomptions légales en Droit pénal*, por Luis C. Ramos Rodríguez; MIDDENDORFF, Wolf: *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, por Luis C. Ramos Rodríguez; LEONE, MAURO: *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, por Luis C. Ramos Rodríguez; *L'evolucion criminel contemporain*, por Luis C. Ramos Rodríguez; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, por Francisco Muñoz Conde; SABATER SANZ, Antonio: *El test de Szondi en sexuología forense*, por Ignacio Pérez de Vargas López; TIEDEMANN, Klaus: *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität? (¿Qué medios jurídico-penales se recomiendan para una lucha eficaz contra la delincuencia económica?)* por Miguel Bajo Fernández.

Revista de Revistas 877

ALEMANIA: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, abril 1971, por Pedro-Luis Yáñez Román; *Neue Juristische Wochenschrift*, 9 de enero de 1973, por Pedro-Luis Yáñez Román; *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 80 (1968), fascículos 2, 3 y 4, por Enrique Gimbernát Ordeig; ESPAÑA: *TEMIS (Revista de Ciencia y técnica jurídicas)*, número 25, por José Antón Oneca; ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA: *The Nation*, 5 de febrero de 1973, por Pedro-Luis Yáñez Román; GRAN BRETAÑA: *The Criminal Law Review*, febrero 1973, por Pedro-Luis Yáñez Román; INTERPOL: *Revista internacional de policía criminal*, números 261-262, octubre-noviembre 1972, por Alfonso Serrano Gómez; VENEZUELA: *Revista Venezolana de Derecho penal y Criminología*, año 2, número 3, enero-junio 1971, por Alfonso Serrano Gómez.

Noticario

— *Curso sobre delincuencia juvenil, organizado por la Universidad de Santiago* 901
 — *Primer Simposio Internacional de Victimología, Jerusalén, 2 septiembre 1973* 902

Suscripción anual: España, 450,— pesetas
Extranjero, 575,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas