

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXVI
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMLXXIII**

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 Complutense

Secretario:

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

Vicesecretario:

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

Consejo de Redacción:

MARINO BARBERO SANTOS
Catedrático de Derecho penal de la Universi-
dad de Valladolid

FERNANDO DIAZ PALOS
Magistrado del Tribunal Supremo

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ
Magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal
Supremo

ANTONIO FERRER SAMA
Catedrático de Derecho penal de la Universi-
dad Complutense de Madrid

JOSE CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal de la Universi-
dad de Zaragoza

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

MANUEL COBO

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

ADOLFO DE MIGUEL GARCI-LOPEZ
Presidente de la Sala 2.^a del Tribunal
Supremo

JUAN CORDOBA RODA
Catedrático de Derecho penal de la Universi-
dad de Barcelona

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal de la Universi-
dad Complutense

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho penal de la Universi-
dad Autónoma de Madrid

INDICE

Sección Doctrinal

Páginas

<i>Silvio Ranieri, in memoriam</i> , por Marino Barbero Santos	5
<i>El tratamiento de los semiimputables</i> , por José Cerezo Mir	13
<i>Las drogas y su legislación en España</i> , por Antonio Beristain	41
<i>La criminología en los primeros autores clásicos</i> , por Alfonso Serrano Gómez.	73
<i>El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español</i> , por Mi- guel Bajo Fernández	91

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 450 ptas. Extranjero, 575.

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Septiembre-diciembre 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

S E R I E 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 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 XXVI
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMLXXIII**

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

SILVIO RANIERI in memoriam

MARINO BARBERO SANTOS

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

El 11 de agosto de 1972 ha fallecido en Monza, corazón de la Lombardía, que fue su patria de elección, el insigne penalista italiano Silvio Ranieri. Había nacido en Viterbo, en el Lacio, el 25 de noviembre de 1892. Estaba a punto, pues, de cumplir ochenta años.

A pesar de su avanzada edad, Ranieri ha conservado hasta el fin de sus días la plena lucidez de su alto intelecto, su enorme capacidad de trabajo, su admirable dinamismo juvenil y gusto por la polémica. Lo prueba, las últimas ediciones de sus Manuales de Derecho penal y Derecho procesal penal, sus innumerables conferencias y artículos científicos recientes, la dirección hasta su muerte de la revista *La Scuola Positiva*, el temple, combatividad y agudeza de sus comentarios, noticias o recensiones postreras.

Director responsable de *La Scuola Positiva*, al reanudarse en 1959 la publicación de la revista después del fallecimiento de Grisigni, a ella dedicó desde entonces gran parte de sus mejores afanes. «La Rivista occupa le mie giornate», pudo escribirme en una de sus últimas cartas. Y era cierto. No hubo número, desde aquella fecha, que no contuviera un artículo doctrinal suyo al menos (dos o tres la mayoría de las veces), una decena de notas a sentencias, de treinta a cuarenta recensiones, infinidad de «notizie varie e commenti». El pensamiento, el talante, el espíritu de *La Scuola Positiva* fue en este último tiempo, en no escasa medida, el del profesor Ranieri; a quien se debía también por entero el milagro de su puntual aparición trimestral. Su vacío —y en este caso no se trata de la obligada frase—, va a ser por ello muy difícil de colmar. Pero los juristas italianos —y no sólo ellos— no pueden renunciar a la guía y al estímulo del portavoz de esta fecunda dirección científica. Constituye una tradición demasiado valiosa para que precisamente ahora, a punto de cumplirse el centenario de la publicación del *Uomo delinquente* de Lombroso, vayan a celebrarse sus exequias. La revista de Ferri, de Florian, de Grisigni, de Frosali, de Santoro, de Ranieri, de tantos y tantos preclaros penalistas preocupados desde hace un siglo por el drama (¿irresoluble?) del hombre delincuente, debe sobrevivir. El final de un vocero tan venerable de los problemas penales constituiría una mutilación demasiado grave no sólo para el acervo cultural

italiano; la ciencia penal en general, y estimamos que la afirmación carece del menor énfasis, habría de resentirse de su pérdida. Los rumores acerca de su posible desaparición llenan por ello de amargura incluso a quienes no comparten por entero los postulados del positivismo criminológico; que el disentimiento en este plano no es obstáculo para reconocer todo lo que al positivismo criminológico debe el progreso de nuestra disciplina: nada menos que el haber hecho propio, con todas sus consecuencias, el viejo pensamiento de Terencio: *homo sum: humani nihil a me alienum puto*. A lo cual se añade que la revista, una de las más importantes del mundo en nuestra especialidad, ha tenido abiertas de par en par sus páginas a penalistas del más vario pensamiento (1).

A pesar de haber detentado el alferazgo de la Escuela, el eminente profesor boloñés desaparecido llegó al positivismo criminológico tardíamente: en sus años mozos de estudiante paviano fue discípulo y seguidor de Manzini, quien apadrinó su Tesis doctoral acerca de *La diserzione nei codici penali militari e nella legislazione penale di guerra*. A este período siguió otro de «studioso indipendente e solitario» —como confesó en 1947 en el preámbulo de su lección de incorporación al Claustro boloñés (2)—, en el que, al alcanzar en la meditación sin perjuicios y a solas sazón su pensamiento, el positivismo venció entre las posibles opciones. A continuación se produjo el acercamiento — y no sólo físico por el curso «pareggiato» al de ambos profesores que comenzó a explicar en 1928 como docente libre en la Universidad estatal de Milán—, a Filippo Grispigni y a Arturo Rocco, «i maestri che hanno influenzato la mia inclinazione scientifica», según él mismo reconociera, cuyas concepciones le confirmaron en el acierto de su elección.

Precisamente el hecho de que su adhesión a los principios positivistas fuera el resultado de una meditada decisión de madurez creemos que explica, por tratarse de un hombre que se entregaba a lo afectivo tras lo racional, que se convirtiese, andando el tiempo, en su más fervoroso paladín. Imagen rediviva de positivista de la época de la controversia de las Escuelas, poseía un don innato para la polémica. Dotes dialécticas que ejercitaba contra tanto aficionado como alrededor de nuestra disciplina bulle y pontifica, contra las innovaciones legislativas autoritarias, demagógicas o precipitadas, contra los desvíos de todo tipo (los de motivación política incluidos) por

(1) En prensa estas líneas, adquieren, por desgracia, confirmación nuestros temores. Con el fascículo 4.º de 1972 finaliza —hacemos votos porque, al igual que en ocasiones anteriores, sea sólo temporalmente—, la publicación de *La Scuola Positiva*. Per la sua specializzazione —según manifiesta el editor en el *commiato*, o comunicación de despedida, con que se abre el cuaderno—, non poteva interessare che una ristretta cerchia di studiosi particolarmente qualificati. ¡Es lástima que la confesada causa de su desaparición sea precisamente su alta calidad científica!

(2) RANIERI: *Il diritto penale e le altre scienze giuridiche e criminologiche*, en *La Scuola Positiva*, 1947, pág. 362.

parte de la magistratura, contra los que olvidan cuánto el Derecho penal adeuda al positivismo criminológico.

Arquetipo de profesor universitario al modo itálico, hizo compatible el ejercicio profesional como abogado —que evita al jurista teórico la caída en lo abstruso y le otorga un sentido de la realidad del que, en otro caso, suele carecer—, con una efectiva dedicación a la Universidad: basta para probarlo mencionar que hasta poco antes de fallecer, ya casi octogenario y jubilado, por tanto, seguía trasladándose semanalmente desde Milán a Bolonia «per l'esercitazioni del venerdì al Forense», es decir, para desarrollar unas clases prácticas de excepcional altura, como tuve la suerte de poder apreciar personalmente durante dos cursos. Práctica de bufete y actividad profesoral universitaria que no fueron en absoluto en mengua de un entrega apasionada y absorbente a la investigación científica, la cual se plasmó en varios cientos de artículos y en un brillante elenco de monografías y tratados. Una selección, en dos volúmenes, de los primeros le fue ofrecida, como homenaje en su jubilación, por la Universidad de Bolonia. Se han hecho así, por fortuna, fácilmente asequibles (3). Esta es la lista, confiamos no olvidar ninguna, de sus obras más extensas y tratados:

Il concetto di reato, 1921.

La legge penale e la sua applicazione, 1923.

L'azione penale, 1928.

La giurisdizione penale, 1930.

Colpevolezza e personalità del reo, 1933.

La causalità nel diritto penale, 1936.

Il concorso di più persone in un reato, 1938 (1.^a ed.); 1949 (2.^a ed.).

Il reato complesso, 1940.

Reato progressivo e progressione criminosa, 1942.

Diritto penale, Parte generale, 1945.

Manuale di diritto penale [Parte general y especial, en tres volúmenes, 1952 (1.^a ed.); Parte general, 1968 (4.^a ed.), Parte especial, volumen 2, 1962 (2.^a ed.), vol. 3, 1967 (2.^a ed.)].

Istituzioni di diritto processuale penale, 1948.

Manuale di diritto processuale penale, 1965 (5.^a ed.).

Hace cuatro años, con motivo de su «collocamento in quiescenza», dediqué en estas mismas páginas un estudio al profesor Ranieri titulado *Silvio Ranieri y la Escuela positiva* en el que, sobre la base principalmente de sus aludidos *Scritti e discorsi varii*, con cuya publicación le honraba la Universidad de Bolonia en ocasión tan solemne, consideraba al profesor boloñés desaparecido como uno de los más caracterizados representantes de la fase jurídica del positivismo criminológico.

Muchos son los pasajes ranierianos que atestiguan, con independencia de su total elaboración científica, lo entonces expuesto; re-

(3) RANIERI; *Scritti e discorsi varii* (vol. I, *Scritti di diritto penale*; vol. II, *Procedura penale-Discorsi*), Milán, 1968.

produciremos, sin embargo, para demostrarlo dos o tres tan sólo de los más significativos. La ciencia del Derecho penal es el estudio del contenido de aquellas normas que, en su conjunto, componen el ordenamiento jurídico-penal; esta ciencia tiene límites, por tanto, que no pueden ser sobrepasados sin que se produzca la confusión de su objeto con el de otras ciencias (4). Ahora bien, el estudio de las normas penales ha de efectuarse «con tutto ciò che vi è compreso è richiamato» (5), lo que incluye, consecuentemente, el análisis de sus relaciones con las restantes disciplinas jurídicas y con las criminológicas. Al tener en cuenta estas relaciones se rompe la barrera entre las diversas instituciones penales y los datos que ofrece la realidad jurídico-social, los cuales al servir para aclarar aquellas se convierten en imprescindibles. Por ello, el penalista que desee hacer obra adherente a la realidad jurídica y social, aunque se limite al estudio de las instituciones jurídicas y a la elaboración del sistema, debe tener presente tanto los resultados de las disciplinas que estudian el derecho punitivo —sea bajo el aspecto normativo, sea bajo otros aspectos, por ejemplo, el histórico, filosófico, sociológico o político—, como los resultados de las ciencias criminológicas, que debe conocer y aplicar por constituir los presupuestos de sus investigaciones y construcciones (6).

Las concepciones de Ranieri adquieren rango sistemático en su magistral *Manuale di diritto penale*, de densidad científica y brillantez sumas, en particular, la *Parte Generale*, una de las más notables de las últimas décadas.

En contra de la habitual división en tres partes, introducción, teoría del delito y teoría de la pena, Ranieri distribuye su contenido en cuatro, al añadir después de la teoría del delito, sobre la base de lo dispuesto por el título IV del libro I del Código italiano, otra parte dedicada a «I soggetti».

Punto de partida y núcleo de su original teoría del delito es la definición del mismo con que se inicia la exposición. Delito es un hecho humano previsto de forma típica por una norma jurídica, sancionado con pena, lesivo o peligroso para bienes o intereses considerados por el legislador merecedores de la más enérgica tutela y expresión reprochable de la personalidad del autor tal como es en el momento de su comisión (7). En esta definición se fusionan el concepto formal, sustancial y sintomático del delito, que se consideran facetas *inscindibili* de una misma realidad social, jurídica y humana; y encuentran acogida los *aspectos* bajo los cuales el

(4) RANIERI: *Il diritto penale e la altre scienze giuridiche e criminologiche*, en *Scritti e discorsi vari*, II, cit., pág. 395.

(5) RANIERI: Ob. ult. cit., pág. 396.

(6) RANIERI: Ob. ult. cit., pág. 397. Para una exposición más circunstanciada del pensamiento de Ranieri, remitimos a BARBERO SANTOS: *Silvio Ranieri y la Escuela Positiva*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1969, págs. 5 y sigs.

(7) RANIERI: *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Padua, 1968 (4.^a ed.), pág. 109.

delito es objeto de conocimiento, los *caracteres* que derivan de su consideración unitaria y sintética, y los *elementos* que se originan, por vía analítica, de la descomposición de las partes que constituyen su estructura (8).

Merece mencionarse que la culpabilidad no se incluye bajo la rúbrica de «los caracteres esenciales del delito», tratándose dentro de ésta tan solo del delito como hecho típico, ilícito y punible. La culpabilidad, o con su terminología, lo psicológico, no es para Ranieri uno de los caracteres, sino uno de los dos elementos constitutivos del delito, siendo el otro el denominado elemento material, integrado por la conducta, el evento y el nexa causal. Mas la culpabilidad no es únicamente, según Ranieri, un elemento o requisito del hecho ilícito, sino también expresión del *caracter* del sujeto en el momento de la comisión del delito, por lo que asume —al igual que este— un valor *sintomático*: para esta tesis encuentra apoyo en el artículo 133 del Código penal italiano que enumera, entre los índices de la capacidad para delinquir, la intensidad del dolo y el grado de la culpa (9).

Esta constatación no lleva empero a Ranieri a propugnar una clasificación de los delincuentes en tipos determinados, como defendiera otrora la Escuela positiva. Considera inútil esta clasificación porque la diversidad que existe de un sujeto a otro obliga a reconocer la importancia del coeficiente de variabilidad humana frente a la ley de constancia de los fenómenos psíquicos y, en consecuencia, a analizar a cada delincuente como un caso aislado, por ser la mayoría de ellos irreducibles a tipos preestablecidos (10).

Bajo el rótulo «formas de manifestación del delito» se comprenden la consumación y la tentativa; la unidad y la pluralidad de sujetos, subdividida con gran acierto en dos secciones dedicadas respectivamente al delito pluripersonal (*plurisoggettivo*) y al concurso de personas en el delito; y, por último, la unidad y pluralidad de delitos. Encuentra de esta forma un tratamiento sistemático más correcto el delito pluripersonal que hasta la más autorizada doctrina alemana —incluso reciente— caracteriza erróneamente (Jescheck, Maurach, Mezger, Welzel) de «participación necesaria» (11).

Una parte entera de la obra que analizamos, la tercera, la reserva Ranieri, como hemos expuesto más arriba, a «los sujetos», la cual se desdobra en dos capítulos intitulados el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito. En el primero, y más importante, se ana-

(8) RANIERI: *Parte Generale*, 1968, cit., pág. 110.

(9) RANIERI: *Parte Generale*, 1968, cit., pág. 279. Del mismo: *El problema de la culpabilidad y el futuro del Derecho penal* (traducción castellana de BARBERO SANTOS), Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1964, página 24.

(10) RANIERI: *Significato dellá colpevolezza*, en *Scritti e discorsi varii*, I, cit., pág. 128.

(11) Ampliamente sobre este punto, BARBERO SANTOS, *El bandolerismo en la legislación vigente*, en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1972, pág. 218.

lizan la imputabilidad, la capacidad para delinquir y la peligrosidad, en cuyo desarrollo da muestras Ranieri de superlativa agudeza. En relación a esta última institución, merece mencionarse que en contra de lo sostenido entre otros por Grispigni, el profesor boloñés mantuvo siempre que la peligrosidad en el derecho italiano no es una peligrosidad *ante-delictum*, sino *post-delictum*, definiéndola con acierto como la aptitud concreta y actual de una persona, que ha cometido un hecho previsto por la ley como delito o que, excepcionalmente, ha realizado una conducta definida de forma expresa por la ley sin que la misma se haya concretado, sin embargo, en un hecho previsto como tal, de ser causa de nuevos hechos previstos por la ley como delitos (12).

Quedaría incompleta esta somera mención de algunos de los aspectos más destacables de la Parte General ranieriana si se omitiese aludir a su concepción de la pena, en la que se entrelazan armónicamente las tradicionales exigencias de la Escuela Positiva hacia la prevención general y especial —que para Ranieri debe tender sobre todo a la reeducación del condenado—, con la finalidad retributiva, ya que, al menos en el derecho italiano, la pena se inflige como *reazione al male* en que el delito consiste (13).

A través principalmente de sus alumnos españoles del Colegio de San Clemente de Bolonia, Ranieri se convirtió en un enamorado de las cosas hispánicas. Estuvo a punto de venir a nuestro país varias veces. En alguna, primavera de 1964, se había fijado incluso su itinerario: pronunciaría conferencias —tras renunciar, por razones de salud, a otras en Granada, Salamanca, Valladolid, etc.—, en Madrid el 22 y 24 de abril (en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y en la Facultad de Derecho, respectivamente), en Murcia, el 27, y el 29 en Barcelona. La reproducción de una vieja dolencia le impidió el cumplimiento de sus deseos. La edad y sus achaques obstaculizaron asimismo posteriores desplazamientos: «ma, ahimè, come passano gli anni, e come si fanno sempre più pessati», escribiría a finales de 1969 en vísperas de iniciar un nuevo viaje que quedaría igualmente en esperanza. Tan sólo en una ocasión estuvo entre nosotros: en 1959. D. José María Beltrán de Heredia y Castaño, catedrático de Derecho civil y Rector a la sazón de la Universidad de Salamanca, organizó en la ilustre Alma Mater una Semana Jurídica italiana. Ranieri fue, por sugerencia mía, uno de los invitados. Con este motivo pronunció también conferencias en Madrid y en Granada. Tema: *La riforma dei codici penali italiani*.

Se interesaba por todo lo que en nuestro país ocurría vinculado al Derecho penal: novedades científicas, acaeceres personales (a Bologna si dice è morto di cancro Quintano Ripollés. E vera —preguntaba— questa brutta notizia?), promociones académicas, etc. A él se debe la idea de reeditar alguna obra de Dorado Montero para

(12) RANIERI: *Parte Generale*, 1968, cit., págs. 569 y sigs.

(13) RANIERI: Ob. ult. cit., págs. 602 y 611 principalmente.

honrarle así en el cincuentenario de su muerte. No nos resistimos a transcribir parte de la carta en que por vez primera aludió al tema porque la estimamos demostrativa de lo bien que conocía la realidad nacional. «¿No le parece una buena idea? Sería necesario, por supuesto, que algún penalista español redactase una introducción si el proyecto prosperase. Come è vista oggi —añadía— l'opera de Dorado Montero in Spagna? La ristampa di aquel suo volume potrà suscitare le ire di qualcuno? In tal caso sarebbe meglio non farne nulla per evitare dissidi». Si la reimpresión citada llegase algún día a llevarse a cabo —y se está en camino de que así suceda—, los penalistas españoles se lo deberemos, sin duda, al llorado profesor boloñés desaparecido.

No es extraño, por ello, que participase gustoso en el número homenaje dedicado a Dorado Montero por la *Revista de Estudios Penitenciarios* que en estos días, tras larga espera, ha visto al fin la luz. Envió un estudio acerca de los orígenes y la evolución de la Escuela Positiva (14), refundición del que apareciera en la *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft* con motivo de cumplirse los cincuenta años del fallecimiento de Franz von Listz. Por haber suprimido no pocos pasos de este artículo y haber añadido otros, nos parece una contribución aún más acabada y de imprescindible consulta para quien desee conocer con exactitud el ser actual y el primigenio de la famosa Escuela. Este trabajo, con el que pretendía rendir homenaje a la ciencia penal española —así me lo comunicó *expressis verbis*—, constituye asimismo su postrer y más bello canto a la Escuela Positiva; y al mismo tiempo la justificación implícita de una elección científica que configuró por entero su admirable vida de estudioso de nuestra disciplina.

En una emotiva nota necrológica sobre Ranieri publicada en *La Scuola Positiva*, Santoro se refiere a sus cualidades personales de «amico appassionato e fedele, sempre pronto al sacrificio ed all'olocausto». Y añade que esto lo saben bien sus discípulos «che seppe spronare, aiutare ed incitare fino al limite delle sue possibilità» (15).

Me parece obligado, tanto por honrarme en ser uno de ellos, como por estimar que se trata de una de las facetas más augustas de su personalidad, confirmar y completar las palabras de Santoro.

Ranieri fue un maestro porque enseñaba su disciplina como ciencia problemática; porque no le fueron ajenos los más graves y actuales temas sociológicos, filosóficos, criminológicos, médicos, jurídicos, etc., vinculados a ella; porque nunca renunció a tomar postura, y casi siempre comprometida, acerca de los jurídico-penales del mismo carácter; porque cumplía de forma puntual y concienzuda sus deberes de profesor universitario; porque no pretendió jamás que un alumno se convirtiera en un adepto; porque prefirió la so-

(14) RANIERI: *Orígenes y evolución de la Escuela Positiva* (traducción castellana de BARBERO SANTOS), en *Revista de Estudios Penitenciarios* (195), páginas 1687 y sigs.

(15) SANTORO: *Silvio Ranieri*, en *La Scuola Positiva*, págs. 311 y sigs.

ledad a que sus relaciones pudiesen comprometer sus ideas más caras, con plena conciencia de que sólo cabe educar a nivel universitario si la enseñanza constituye la manifestación del libre pensamiento del que la imparte; porque Ranieri era, en suma, como de manera insuperable ha escrito Santoro, un «Uomo tutto di un pezzo», es decir, un hombre cabal, íntegro, ético, personificación del modelo siempre por los jóvenes buscado, pero que raras veces hallan.

Ranieri como maestro unía además una cordialidad, una sensibilidad y una capacidad de entrega que llegaba al sacrificio: apoyaba y estimulaba a sus discípulos de continuo; respetaba sus ideas; adivinaba sus dificultades y sabía hacerse en ellas pleno de solicitud presente. Creemos que un solo testimonio personal —podría citar múltiples de similar carácter—, mostrará plenamente lo acabado de exponer. En el verano de 1962, y por muchos motivos que no viene al caso referir, pensé abandonar el camino largo años antes apasionadamente emprendido para ganar —por oposición, por supuesto—, una cátedra universitaria en España. A nadie hice partícipe de mi pensamiento. Como casi todos los años desde hace más de tres lustros, me encontraba durante la estación estiva en Friburgo de Brisgovia, gozando de la hospitalidad científica del Instituto de Derecho penal internacional y extranjero que tiene su sede en la hermosa capital de la Selva Negra. Y un buen día allí se presentó Ranieri metido ya en los setenta y aún no repuesto del todo de un grave accidente automovilístico que le había retenido varias semanas en una clínica. Su viaje a Alemania tenía una sola finalidad: otorgar a raudales a un discípulo un apoyo moral que este no le había pedido, pero del que se encontraba por muy diversos motivos en alto grado necesitado. He de confesar que si hoy enseño Derecho penal en una Universidad española, ello se debe de manera decisiva a aquel encuentro friburgués con quien de forma tan cumplida mereció, junto a tantos otros, el raro y noble apelativo de maestro.

El tratamiento de los semiimputables (*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza

El tratamiento de los semiimputables es uno de los principales problemas de política criminal que se plantea actualmente en todos los países. En España este tratamiento ha experimentado algunas modificaciones con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 y experimentará muchas más si llega a convertirse en Ley el Anteproyecto de bases del Libro I del Código penal, que ha elaborado la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación (1). En mi estudio partiré de un examen crítico de la regulación, española, teniendo en cuenta las principales innovaciones introducidas recientemente en esta materia en otros países (Ley de 4 de julio de 1969, que ha dado nueva redacción a la parte general del Código penal alemán, el Proyecto alternativo del mismo país, el Proyecto Gonnella de 19 de noviembre de 1968, aprobado por el Senado italiano el 2 de julio de 1971, la Ley suiza de 18 de marzo de 1971, etc...).

La imputabilidad disminuída está regulada en el Código penal español en el número 1.º del artículo 9.º (eximentes incompletas), en relación con el número 1.º del artículo 8.º (eximente de enajenación mental y trastorno mental transitorio), en los números 2.º y 3.º del artículo 9.º (atenuantes de embriaguez y menor de edad, respectivamente) y en los artículos 65 y 66 (normas de medición de la pena para los menores de 18 años y mayores de 16 y para el caso de que se aprecien eximentes incompletas).

¿En qué medida se ve afectado el tratamiento de los semiimputables, previsto en estos preceptos, por la derogación de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 y leyes complementarias, que regulaban la mayor parte de las medidas de seguridad de nuestro ordenamiento jurídico penal y la promulgación de la nueva Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970?

La reforma no afecta al tratamiento de los jóvenes comprendidos

* Ponencia mantenida por el autor en el Coloquio internacional de Derecho Penal celebrado en Santiago de Chile del 4 al 12 de abril de 1973, organizado por el Instituto de Ciencias Penales, de Chile.

(1) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Gabinete de Estudios, Cuadernos Informativos, núm. 11, diciembre 1972.

entre los 16 y los 18 años. Los menores de 16 años son inimputables y están exentos de responsabilidad criminal en nuestro Código (eximente núm. 2.º del art. 8.º). Si realizan el tipo de una figura delictiva son juzgados por los Tribunales Tutelares de Menores, cuyos miembros no pertenecen a la carrera judicial. El juicio se realiza con arreglo a un procedimiento especial y se somete a los menores a diversas medidas de carácter tutelar o educativo. Para los menores de 18 años y mayores de 16, el número 3.º del artículo 9.º prevé la apreciación de una atenuante. En este punto, realmente, la reforma del Código penal de 1944, con la inclusión del artículo 65, que permite al tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena atenuada en uno o dos grados, "por internamiento en Institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable", hizo posible el tratamiento adecuado de estos jóvenes delictivos. En este aspecto la legislación española se ha adelantado a la de otros países. Así, en el artículo 225 del Código penal italiano de 1930, vigente, se establece que, cuando se trate de un menor imputable, comprendido entre los 14 y los 18 años, el juez puede disponer que, *después* de la ejecución de la pena, sea recluido en un reformatorio judicial o puesto en libertad vigilada, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y las condiciones morales de la familia en la que ha vivido. En el Proyecto Gonella de 1968 se preveía la introducción de un nuevo precepto, según el cual, "en cualquier momento de la ejecución de la pena, el juez de vigilancia puede disponer que el menor sea recluido en un reformatorio judicial por el periodo de la pena que le reste por cumplir. El tiempo transcurrido en dicho establecimiento se considerará a todos los efectos como un período de expiación de la pena". Este precepto, que permitía tan sólo una sustitución parcial de la pena por la medida de seguridad, ha sido suprimido por el Senado (2). El artículo 65 del Código penal español permite sustituir completamente la pena atenuada por una medida de seguridad y establece para el cumplimiento de esta última el régimen de sentencia indeterminada. En la práctica hay que reconocer, sin embargo, que durante muchos años, hasta la creación del Instituto Penitenciario para Jóvenes, de Liria, por la Ley de 24 de diciembre de 1962 y su puesta en funcionamiento por la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1967, los tribunales no hicieron uso de la posibilidad de sustituir la pena por la medida de seguridad por falta de centros adecuados para el cumplimiento de esta última (3). En la actualidad la aplicación de la me-

(2) Véase BETTIOL, *Diritto Penale*, 7.ª ed., 1969, pág. 810, y *Scuola Positiva*, 1971, fasc. 3.º, pág. 479.

(3) Véase en este sentido, LUZÓN DOMINGO, *Tratamiento penal de la delincuencia juvenil*, "Anuario de Derecho penal", 1966, fasc. 3.º, págs 396 y ss.; 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. No era posible internar a los jóvenes en los centros auxiliares de los Tribunales Tutelares de Menores,

dida de seguridad tiene lugar en el Instituto Penitenciario para Jóvenes, de Liria, cerca de Valencia, que es un centro abierto y que tuvo ocasión de visitar el profesor Novoa (4), Sería conveniente, de lege ferenda, establecer un límite máximo de duración del internamiento, es decir, que la aplicación de la medida se hiciera sólo en régimen de sentencia relativamente indeterminada. Se evitarían así los riesgos para la seguridad jurídica inherentes a la indeterminación del concepto de corrección (5).

Esta regulación coincide, en lo esencial, con lo dispuesto en los artículos 5.º y 17.º de la Jugendgerichtsgesetz alemana de 4 de agosto de 1953, Según estos preceptos, el juez puede aplicar simplemente al joven menor de 18 años y mayor de 16, que sea imputable (“si en el momento del hecho, dado su desarrollo ético y psíquico, tiene suficiente madurez para comprender la ilicitud del hecho y obrar conforme a ese conocimiento”) una medida de seguridad. Sólo se aplica una pena (Jugendstrafe) o un correctivo (Zuchtmittel) si se consideran insuficientes las medidas educativas o el internamiento en un establecimiento sanitario o asistencial (Heil-oder-Pflegeanstalt). El juez no puede imponer simultáneamente una pena y una medida educativa privativa de libertad o un correctivo (arresto juvenil, por ejemplo), según dispone el artículo 8.º. El juez aplica una pena, según el párrafo 2.º del artículo 17, “cuando por las malas inclinaciones del joven, que se hayan puesto de manifiesto en el hecho, no sean suficientes para su formación las medidas educativas o los correctivos, o cuando la pena sea necesaria por la gravedad de la culpabilidad”. Este último criterio me parece censurable, pues tratándose de jóvenes comprendidos entre los 16 y los 18 años, la idea de la prevención especial debería primar de un modo absoluto sobre las exigencias de

pues su competencia se extiende únicamente a los menores de 16 años; véase, a este respecto, GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA, “Casos ajenos a nuestra jurisdicción sobre internamiento de mayores de 16 años, de acuerdo con el art. 65 del Código penal y a petición de las Autoridades gubernativas”, ponencia a la XIX Asamblea General de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, Bilbao, octubre de 1963 (que subrayó, además, que la educación de los niños y adolescentes plantea problemas muy distintos a la de los jóvenes).

(4) Véase, a este respecto, el interesante artículo de ALVARO DE TOCA BERCERRIL, que fue director durante varios años del Instituto Penitenciario para jóvenes, de Liria, *Una nueva experiencia en España en orden al tratamiento de los jóvenes delincuentes*. “Revista de Estudios Penitenciarios”, núm. 192, enero-marzo 1971, págs. 43 y ss.

(5) Véase LUZÓN DOMINGO, *Tratamiento penal de la delincuencia juvenil*, “Anuario de Derecho penal”, 1966, fasc. 3.º, págs. 403-4 y COBO DEL ROSAL, *lug. cit.*, págs. 101 y ss. y 104 y ss. Creo tiene razón COBO al estimar que no es posible de lege data sustituir de nuevo la medida por la pena impuesta en los casos de jóvenes delincuentes incorregibles, como propone LUZÓN. Impugnar el art. 65 por los riesgos que implica para la seguridad jurídica, como hace COBO, carece de sentido, pudiéndose resolver el problema fácilmente estableciendo un límite máximo de duración de la aplicación de la medida.

la retribución y la expiación (6), como sucede en el Código penal suizo. De acuerdo con los artículos 91 y 95 de este Código, sólo se aplica la pena cuando no se dan los presupuestos de aplicación de las medidas, es decir, el joven no está corrompido moralmente, en peligro o ha cometido un crimen o un delito que revele un elevado grado de peligrosidad.

Tratándose de jóvenes delincuentes me parece preferible, en principio, el sistema de la vía única, es decir, aplicar únicamente una medida o una pena cuando se den sus respectivos presupuestos, que el sistema vicarial de combinar la aplicación de una pena y una medida; por lo menos cuando se trate de penas y medidas privativas de libertad, pues en realidad a la aplicación de la pena se le da en lo posible el contenido de la medida (7).

No parece suficiente, desde luego, como ha señalado el profesor Novoa (8), reducir el ámbito de las medidas tutelares o educativas a los menores inimputables, aplicando a los semiimputables una pena atenuada. Criterio éste seguido por el Código penal chileno (art. 10, número 3.º y 72) y la Ley chilena de protección de menores, número 4.447, de 1928. El Código penal argentino prevé, en el apartado a) del artículo 37, para los menores de 18 años y mayores de 14, si el delito cometido está castigado con pena que pueda dar lugar a la condena condicional, la posibilidad de que el tribunal disponga "la colocación del menor en un establecimiento de corrección, si fuere inconveniente o peligroso dejarlo en poder de los padres, tutores o guardadores de otras personas". Esta medida se cumple en régimen de sentencia sólo relativamente indeterminada, pues se establece un límite máximo de duración, "hasta que el menor cumpla veintinueve años, pudiendo anticipar la libertad, o retardarla hasta el máximo establecido cuando el término fijado fuese menor, si resultare necesario, dadas las condiciones del sujeto". Este precepto implica una renuncia a la aplicación de la pena, por razones de política criminal, renuncia que puede ir acompañada de la aplicación de una medida de seguridad. Si el delito está castigado con mayor pena, ésta se aplica, pudiendo el tribunal, no obstante, atenuarla de acuerdo con las reglas establecidas para la tentativa (art. 37, apartado b). Este criterio de hacer

(6) Discrepa, en este punto, SCHAFFSTEIN, *Jugendstrafrecht*, 3.ª ed., Kohlhammer, 1966, págs. 87 y 88, apartándose de la opinión dominante en la doctrina alemana.

(7) En el Código penal suizo se seguía este criterio hasta la Ley de 18 de marzo de 1971 que ha dado nueva redacción al art. 91 del Código penal, permitiendo combinar para los jóvenes mayores de 14 años y menores de 18 la medida de ayuda a la educación con la pena de arresto hasta catorce días o multa. Véase, a este respecto, O. A. GERMANN, *Grundzüge der Partialrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches durch das Gesetz vom 18. März, 1971*, Schw. Z. f. Str. 87, 1971, pág. 359.

(8) Véase NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, I, 1960, pág. 484 y II, 1966, pág. 27.

depender la aplicación de una pena o una medida, de la gravedad del delito cometido por el menor ha sido justamente criticado (9).

Sorprendente es también la ausencia de una regulación de la imputabilidad disminuida por menor edad en el Proyecto del Código penal tipo para Latinoamérica.

Un problema muy interesante es el de la posible ampliación del ámbito de la imputabilidad disminuida por la menor edad. En este sentido, Serrano Gómez, criminólogo y nuestro primer especialista en el estudio de la delincuencia juvenil, ha propuesto que el límite de la mayoría de edad penal se rebaje de los 16 a los 15 años. En su libro, "Delincuencia Juvenil en España. Estudio Criminológico", publicado en Madrid en 1970, ha puesto de relieve la importancia de la "delincuencia" de los menores de 16 años, especialmente de los jóvenes de 14 y 15 años, en nuestro país. Los datos que aporta son reveladores y propugna por ello que la eximente de menor edad se aplique únicamente a los menores de quince años (10). En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal se prevé la fijación del límite de la mayoría de edad penal a los 15 años (11).

Muy importante es también la ampliación del ámbito de la imputabilidad disminuida a los semiadultos, es decir, a los jóvenes comprendidos entre los 18 y los 21 años (12). Esta ampliación, incluso a veces hasta límites de edad superiores, ha tenido lugar ya en numerosos países (13). En Alemania están sometidos a las normas del Derecho penal juvenil cuando se dan las circunstancias enumeradas en el artículo 105 de la Jugendgerichtsgesetz. Según este precepto, el juez aplicará las normas del Derecho penal juvenil (arts. 4 al 32 de la

(9) Véase SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 2.^a reimpresión 1953, II, págs. 49 y ss.

(10) Véase SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil en España*. Estudio criminológico, Doncel, Madrid, 1970, págs. 33-4, 179 y ss., 182 y 326.

(11) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Exposición*, págs. 22 y ss. y *Bases para un Código Penal*, págs. 10-1.

(12) Sobre los semiadultos en el aspecto bio-psicológico, sociológico y en general criminológico, véase BERISTAIN, *Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil*, separata de la "Revista de Estudios Penitenciarios", Madrid, 1965, págs. 32 y ss.

(13) Véase CUELLO CALÓN, *El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1944, págs. 490 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.; BARBERO SANTOS, *Problemática de las nuevas formas del actuar delictivo de menores*, "Estudios de Criminología y Derecho penal", Universidad de Valladolid, 1972, págs. 107 y ss.; BERISTAIN, *Juristas y psicólogos ante la delincuencia juvenil*. Separata de la "Revista de Estudios Penitenciarios", Madrid, 1965, págs. 25 y ss.; LUZÓN DOMINGO, *Tratamiento penal de la delincuencia juvenil*, "Anuario de Derecho Penal", 1966, fasc. 3.^o, págs. 405 y ss.; y en cuanto a la moderna evolución en el Derecho penal inglés, véase, J. E. HALL WILLIAMS, *Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1968, fasc. 1.^o, págs. 4 y ss., 8 y ss., 19 y ss., 21 y ss., y 35 y ss.

Ley) a los semiadultos, cuando la valoración de conjunto de la personalidad del autor, teniendo en cuenta también las circunstancias ambientales, ponga de manifiesto que en el momento del hecho, dado su desarrollo moral y psíquico, era equiparable a un joven; o cuando según la naturaleza, las circunstancias y los motivos del hecho se trate de una infracción juvenil. Los criterios de este art. 105 de la *Jugendgerichtsgesetz* han sido objeto de críticas muy generalizadas en la doctrina alemana (14), propugnándose la inclusión de todos los semiadultos, sin excepción, en el ámbito del Derecho penal juvenil (15). Para evitar que las exigencias de la retribución y la expiación queden excesivamente desatendidas frente a jóvenes que se encuentran en una edad caracterizada por las cifras de criminalidad más elevadas, ha propuesto Schaffstein, la adopción de normas excepcionales para casos especialmente graves, como, por ejemplo, la elevación del límite máximo de duración de la pena juvenil de 10 a 15 años (16).

Por la Ley de 18 de marzo de 1971 se ha introducido en el Código penal suizo un tratamiento especial para los jóvenes adultos, comprendidos entre los 18 y los 25 años. El juez puede, según dispone el artículo 100 en su nueva redacción, sustituir la pena, que no llega siquiera a fijarse, por la medida de seguridad de la educación para el trabajo. La duración mínima de la aplicación de esta medida es de un año y la máxima de 4 años y no puede prolongarse en ningún caso cuando el delincuente haya cumplido treinta años (17).

En España, Serrano Gómez ha propuesto que la atenuante de menor edad se extienda desde los quince a los veintiún años, pero que la disminución de la pena en uno o dos grados, prevista en el artículo 65, se aplique únicamente a los mayores de quince años y menores de dieciocho. La atenuación para los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno sería sólo la ordinaria, consistente en aplicar la pena prevista para el delito en su grado mínimo (art. 61, regla 1.ª). La pena debería ser sustituida por una medida de seguridad para todos los mayores de quince años y menores de veintiuno, según Serrano Gómez, salvo que se tratara de jóvenes condenados tres o más veces, incorregibles o psicópatas (18).

(14) Véase SCHAFFSTEIN, *Jugendstrafrecht*, 3.ª ed., 1966, págs. 39 y ss. y 44 y ss.

(15) En este sentido, SCHAFFSTEIN, *Ob. cit.*, pág. 45 y como indica este autor, muchos representantes del movimiento de los tribunales de menores en Alemania, por ejemplo, en la 10.ª Asamblea de Tribunales de Menores en Marburgo (1956) y en la Memoria de la Asociación alemana para los tribunales de menores (1964).

(16) Véase SCHAFFSTEIN, *Ob. cit.*, pág. 45.

(17) Véase O. A. GERMANN, *Grundzüge der Partialrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, págs. 361 y ss., 366 y ss.

(18) Véase SERRANO GÓMEZ, *Ob. cit.*, pág. 326. En la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1966 se recogía ya una propuesta del Fiscal de Madrid de que se amplíe el art. 65, facultando a los tribunales para sustituir la pena por internamiento en institución especial de reforma cuando se trate de delincuentes menores de 21 años y de que se haga frecuente uso de esta fa-

Serrano Gómez propone aplicar a los autores de infracciones leves una especie de arresto juvenil de tiempo libre o fin de semana, a cumplir en una dependencia municipal, es decir, en ningún establecimiento penitenciario, que parece perseguir sobre todo un fin de advertencia individual. Para los autores de las infracciones más graves propone Serrano la sustitución de la pena por una medida de seguridad consistente en el internamiento en un centro de educación con un mínimo de duración proporcionada a la gravedad de la infracción y un máximo de una cierta flexibilidad en función de la peligrosidad del delincuente (19). Se trata de una especie de fusión de pena y medida de seguridad, o de pena curativa o reformadora, como la propuesta en Italia por Antolisei, Bettiol y Delitala, o en España por Antón Oneca.

Personalmente creo más conveniente mantener una distinción clara entre los principios de culpabilidad y peligrosidad, entre pena y medida de seguridad, sin perjuicio de admitir una ampliación del actual artículo 65 en el sentido de prever la posibilidad de sustituir la pena por una medida de seguridad para los delincuentes comprendidos entre los 15 y los 21 años. En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal se prevé, acertadamente, la posibilidad de sustituir la pena por internamiento en instituto de reforma de los mayores de 15 años y menores de 21 que hayan ejecutado un hecho constitutivo de delito (20). Respecto a la índole de las medidas, el Anteproyecto se limita a hacer referencia—como el actual artículo 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, como los “Attendance Centres” o “Detentions Centres” ingleses, o en una sección especial de un establecimiento penitenciario destinado a delincuentes juveniles (pues el cumplimiento en una dependencia municipal, como propone Serrano Gómez, no me parece viable y carecería de eficacia, además, desde el punto de vista de la advertencia individual y del tratamiento) (21), o en el in-

cultad; véase, a este respecto, MARTÍN CANIVELL, *Problemática contemporánea de la delincuencia juvenil*, separata de la “Revista de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, Reus, 1968, pág. 14. En la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1967 reitera su propuesta el Fiscal de Madrid y formula otra análoga el de Burgos; véase COBO DEL ROSAL, *lug. cit.*, pág. 94. LUZÓN DOMINGO ha propuesto también en su artículo, *Legislación penal juvenil*, en “Delincuencia juvenil, Estudio de su problemática en España”, Ministerio de la Gobernación, Madrid 1972, págs. 49 y 52-3, la ampliación de la posibilidad de sustituir la pena por el internamiento en institución especial de reforma, prevista en el art. 65, a los jóvenes de dieciocho a veinte años.

(19) Véase, SERRANO GÓMEZ, *Ob. cit.*, págs. 328 y ss.

(20) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Bases para un Código Penal*, pág. 34.

(21) Sobre las posibilidades de tratamiento que ofrece el arresto de fin de semana o tiempo libre, véase SAINZ CANTERO, *Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente*, “Revista de Estudios Penitenciarios”, octubre-diciembre 1970, núm. 191, págs. 1069 y ss. Creo que estas posibilidades de

ternamiento en un centro de educación o corrección, pero la clase de medida y su duración deberían estar en función, no de la gravedad de la infracción, sino de la peligrosidad del delincuente. 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 indicado por la índole de su personalidad. Se trataría de centros de carácter o régimen más severo parecidos a los Borstal ingleses semiabiertos o cerrados, o a las prisiones-escuela existentes, por ejemplo, en Suecia, Dinamarca o Portugal (22). En caso de jóvenes delincuentes psicópatas me parece conveniente su internamiento en centros especiales de terapéutica social, como los que se han creado en diversos países europeos a imitación del de Herstedvester (Dinamarca), creado por el doctor Stürup y de los que hablaremos con más extensión más adelante.

En cuanto a la ampliación de la atenuante del número 3.º del artículo 9.º hasta los menores de 21 años, propuesta por Serrano, creo que la disminución de la pena, a tenor del artículo 65, debería limitarse incluso para los mayores de 15 años y menores de 18, a la aplicación de la pena en el grado mínimo, pues la sanción penal se aplicaría únicamente a 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. Tratándose de jóvenes de 18 a 21 años es posible, además, que en algunos casos especialmente graves haya que aplicar una pena para satisfacer las exigencias de la retribución, la expiación y la prevención general. En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal se declara únicamente que "la edad juvenil será considerada como circunstancia atenuante, excepto en el caso de que el culpable haya puesto de manifiesto una evidente perversidad" (23). Este criterio, tan impreciso, de la perversidad debería

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 incluido en la Ley española de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 (artículo 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; véase, a este respecto, SAINZ CANTERO, *Ob. cit.*, págs. 1064 y ss.

(22) 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.

(23) Véase, *Exposición y estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Bases para un Código Penal*, pág. 21.

ser sustituido por el de la gravedad del hecho delictivo (de lo injusto y de la culpabilidad).

En el plano legislativo no se ha producido aún en nuestro país una extensión del ámbito de la imputabilidad disminuida a los semiadultos. En el Derecho penitenciario se somete ya, sin embargo, a un mismo régimen especial a los delincuentes mayores de 16 años y menores de 21 (24). Están internados en centros penitenciarios especiales en los que se concede preferente atención a la acción educativa. Algunos delincuentes juveniles, generalmente primarios, cumplen su pena en el Instituto Penitenciario para Jóvenes, de Liria (25). Creo que este centro abierto debería dedicarse exclusivamente al cumplimiento de la medida. Los resultados obtenidos serían aún mejores al no estar limitado el tratamiento por la duración de la condena (26).

Nos hemos ocupado hasta ahora de la imputabilidad disminuida por la menor edad. El objeto preferente de nuestra atención será, sin embargo, el tratamiento de los semiimputables comprendidos en el número 1.º del artículo 9.º en relación con el número 1.º del artículo 8.º del Código penal español. Se trata de las personas en las que se aprecia la eximente incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio.

La doctrina y la jurisprudencia consideran incluidos en la eximente incompleta de enajenación todos aquellos casos en que las enfermedades mentales en sentido estricto, es decir, las psicosis (esquizofrenia, psicosis maniaco-depresiva, paranoia, parálisis mental progresiva, demencia senil, psicosis por intoxicación alcohólica, etcétera...) por encontrarse en una fase de remisión, bien espontánea, como en los ciclos de la psicosis maniaco-depresiva o como consecuencia del tratamiento, no han privado por completo al sujeto de su capacidad de conocer el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a este conocimiento. La epilepsia puede dar lugar a la aplicación de la eximente incompleta cuando no ha privado por completo al sujeto de su capacidad de entender y de querer. La jurisprudencia apli-

(24) Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, 1971, págs. 579 y 765; y BUENO ARUS, *El sistema penitenciario español*, "Publicaciones Españolas", Madrid, 1971, pág. 15.

(25) Como centro intermedio funciona el de Teruel y como cerrado el de Lérida. También existe un régimen especial para los delincuentes mayores de 21 años y menores de 25. Cumplen sus penas en Ocaña (Toledo) en régimen cerrado, en Alcalá de Henares, en régimen intermedio y en Toledo y sección abierta de Alcalá de Henares, en régimen abierto. Esta última se inauguró en noviembre de 1972. Las medidas de seguridad de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, aplicables a los menores de 21 años, se aplican en el establecimiento de Zamora y las de los mayores de 21 y menores de 25 años se cumplen en Nanclores de la Oca (Alava). Información suministrada por el Dr. BUENO ARUS, destacado penitenciarista español y letrado del Ministerio de Justicia. Véase también su trabajo, *El sistema penitenciario español*, "Publicaciones Españolas", Madrid, 1971, pág. 15.

(26) Véase en este sentido, ALVARO DE TOCA BECERRIL, *lug. cit.*, págs. 58-9.

ca sólo la eximente cuando el delito se comete durante, o en relación inmediata con un ataque epiléptico, o cuando el sujeto se encuentra ya en estado de demencia. Si la epilepsia no determina una disminución de la capacidad de entender o de querer, el Tribunal Supremo no aprecia siquiera la atenuante (27). Se incluyen asimismo en la eximente incompleta las formas más leves de oligofrenia, es decir, algunos supuestos —los menos graves— de imbecilidad y la debilidad mental (28). En todos estos casos es preciso que, como consecuencia de la enfermedad mental o la oligofrenia haya disminuido *considerablemente* la capacidad del sujeto de conocer el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a este conocimiento. Aunque el Código utiliza en la eximente del número 1.º del artículo 8.º y por tanto, indirectamente, en la eximente incompleta, una fórmula psiquiátrica o biológica (“están exentos de responsabilidad criminal: 1.º. El enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir”), la jurisprudencia ha transformado dicha fórmula en una 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 de la voluntad (29). En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal se prevé la introducción de una fórmula mixta psiquiátrico-psicológica. En él se declara exento de responsabilidad criminal al “que en el momento de perpetrar el hecho, sufra una anomalía mental permanente o transitoria que le impida conocer la ilicitud del acto realizado o bien, regular debidamente su conducta” (30).

En la eximente incompleta de enajenación pueden estar comprendidas las psicopatías (31). Estas, por suponer simples perturbaciones

(27) Véase, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo y 18 de noviembre de 1955, 11 de diciembre de 1958, 21 de mayo de 1962, 25 de noviembre de 1967, 28 de octubre de 1970 y 12 de junio de 1972.

(28) Véase las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1943, 25 de febrero de 1970, 30 de septiembre de 1971, 22 de marzo de 1972 y 3 de abril de 1972. En la sentencia de 17 de diciembre de 1970 el Tribunal Supremo ha apreciado no la eximente incompleta, sino una simple atenuante por analogía a la del núm. 1.º del art. 9.º en relación con el núm. 1.º del art. 8.º, por estimar que la disminución de la imputabilidad era de escasa entidad.

(29) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, págs. 296 y 329-30; QUINTANO RIPOLLÉS, *Estimativa jurisprudencial de las anomalías mentales*, en “Los delincuentes mentalmente anormales”, págs. 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.

(30) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Exposición*, pág. 23 y *Bases para un Código Penal*, pág. 11 (Base 3.ª, 4, segundo).

(31) Ha apreciado la eximente incompleta el Tribunal Supremo en las sentencias de 9 de noviembre de 1935, 21 de enero de 1943, 12 de mayo de 1960, 10 de diciembre de 1963, 30 de marzo de 1964, 22 de diciembre de 1964, 12 de marzo de 1970, 25 de mayo de 1970, 22 de diciembre de 1970 y 23 de noviembre de 1971. En la sentencia de 30 de abril de 1971 el Tribunal Su-

afectivas o anomalías de carácter no determinan, en general, la apreciación de la eximente completa. No obstante, algunos autores, por ejemplo, Antón Oneca (32), Rodríguez Devesa (33) y Pérez Vitoria (34) estiman que en algún caso la psicopatía podría dar lugar a una privación completa de la capacidad de entender y de querer. Córdoba ha subrayado que la psicopatía puede “desempeñar el papel de servir de fondo a una reacción de trastorno mental transitorio” (35). El Tribunal Supremo en alguna rara ocasión ha apreciado la eximente (36). En la Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal se indica que con la adopción de los términos “anormalidad mental permanente o transitoria” “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” (37). Es preciso subrayar, sin embargo, que la psicopatía puede no determinar siquiera la apreciación de la eximente incompleta si no guarda relación con el hecho realizado y no ha dado lugar a una disminución de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme a ese conocimiento (38).

Las neurosis, especialmente la histeria, pueden dar lugar en alguna ocasión a la apreciación de la eximente incompleta de enajenación (39), pero por lo general el carácter neurótico influirá en la determinación de la responsabilidad por servir de fondo a un trastorno mental transitorio que excluya o disminuya la imputabilidad (40).

En el trastorno mental transitorio se incluye toda perturbación mental pasajera que determine la incapacidad o una disminución considerable de la capacidad —en la eximente incompleta— de conocer el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme a ese conocimiento. No es necesario que se dé en el sujeto un fondo patológico (41).
premo no apreció la eximente completa ni incompleta, sino una atenuante por analogía.

(32) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 295-6.

(33) RODRÍGUEZ DEVESA, *El concepto bipolar de la enfermedad mental*, en “Los delincuentes mentalmente anormales”, Madrid, 1961-2, pág. 530 y *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.^a ed., pág. 494.

(34) Véase PÉREZ VITORIA, *El delincuente psicopático y su tratamiento*, “Revista de Estudios Penitenciarios”, octubre-diciembre 1970, núm. 191, páginas 1091 y ss. y 1098.

(35) CÓRDOBA, *Las eximentes incompletas*, Oviedo, 1966, págs. 52-3.

(36) Sentencia de 27 de febrero de 1936.

(37) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Exposición*, págs. 23 y 24.

(38) Han negado el carácter de atenuante a las psicopatías, las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1952, 23 de mayo de 1957, 10 de marzo de 1964, 25 de mayo de 1964, 21 de diciembre de 1964, 2 de mayo de 1968, 10 de junio de 1968, 30 de junio de 1970 y 23 de mayo de 1972.

(39) Véase las sentencias de 18 de abril de 1940 y 13 de octubre de 1971.

(40) Véase, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1946 y 10 de marzo de 1947 en que apreció la eximente.

(41) En este sentido, también PÉREZ VITORIA, *El “trastorno mental transitorio” como causa de inimputabilidad en el Código penal español*, “Anuario

El legislador, al introducir en la reforma de 1932 la mención del trastorno mental transitorio, no pretendió, como dice Antón Oneca, “la previsión de una especie de locura o enajenación, sino añadir los estados de inconsciencia que varios autores habían echado de menos en el Código penal de 1870” (42). El Tribunal Supremo, aunque ha exigido en numerosas sentencias el fondo patológico (43), en otras ha renunciado a este requisito (44) y recientemente tiende a consolidarse esta última orientación (45). Es posible, pues, apreciar la eximente de trastorno mental transitorio en los estados emotivos o pasionales (46). Se arguye, en contra de la apreciación de la eximente de trastorno mental transitorio, que para la consideración de los estados emotivos o pasionales existen varias atenuantes, especialmente la de obrar por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebatos u obcecación” (8.ª del artículo 9.º). La existencia de esta atenuante (así como la de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido —5.ª del art. 9.º—

de Derecho Penal y Ciencias Penales”, 1952, págs. 35 y ss., ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, págs. 298 y ss.; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I Parte General, 16.ª ed., vol. 2.º, págs. 488-9; SILVA MELERO, *Consideraciones sobre el delito pasional*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, 1952, página 470; CODÓN Y LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría Jurídica penal y civil*, 3.ª ed., Burgos, 1968, págs. 155 y ss. y *La base patológica como característica fundamental del “Trastorno mental transitorio”*, en “Anuario de Derecho penal y Ciencias penales”, 1955, fasc. 3.º, págs. 269 y ss., y CÓRDOBA, *Ob. cit.*, pág. 57. De otra opinión, en cambio, ALBERCA, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, I, págs. 131 y ss. y 138 y ss.; LÓPEZ GÓMEZ, *El trastorno mental transitorio*, Valencia, 1945, pág. 12; LÓPEZ IBOR, *La responsabilidad penal del enfermo mental*, Madrid, 1951, pág. 34; CASTRO PÉREZ, *El delincuente pasional como sujeto mentalmente anómalo. Los delincuentes mentalmente anormales*, Madrid 1961-2, págs. 178 y ss., y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed., págs. 498 y ss.

(42) ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, págs. 298-9.

(43) Véase, por ejemplo, las sentencias de 28 de junio de 1941, 9 de febrero de 1942, 8 de abril de 1946, 2 de abril de 1949, 5 de abril de 1954, 23 de mayo de 1966 y 13 de junio de 1966 (Aranzadi 3.051 y 3.057).

(44) Véase, por ejemplo, las sentencias de 26 de enero y 13 de marzo de 1934, 19 de diciembre de 1935, 14 de octubre de 1944, 1 de febrero de 1945 (eximente incompleta), 10 de marzo de 1947, 15 de abril de 1948, 24 de diciembre de 1956, 23 de febrero de 1960, 24 de marzo de 1960 y 28 de diciembre de 1964.

(45) Véase, en este sentido, CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Ob. cit.*, pág. 489 y las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1968, 30 de mayo de 1968, 24 de junio y 25 de septiembre de 1970 y la de 1 de abril de 1971. En esta última declara el Tribunal Supremo: “Que superada en la actual posición jurisprudencial la exigencia de un fondo patológico para la apreciación de la eximente, completa o incompleta de trastorno mental transitorio, concebida ya, sin más, como súbita y pasajera alteración psíquica, endógena o exógena en su desencadenamiento que, rebasando la simple ofuscación emocional más o menos intensa, incide, mientras dura, en el campo de la alineación...”

(46) Aunque no exigen un fondo patológico, niegan, no obstante, la apreciación de la eximente en los estados emotivos o pasionales, QUINTANO RIPOLLÉS, *Estimativa jurisprudencial de las anormalidades mentales*, en “Los delincuentes mentalmente anormales”, págs. 517 y ss. y *Curso de Derecho Penal*, I, Parte General, Madrid, 1963, pág. 325, y CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, págs. 57 y 61 y ss. (que exigen una cierta anormalidad en el sujeto).

y la de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave —6.^a del art. 9.^o— aunque se exija la presencia de una perturbación anímica en el sujeto para apreciar la atenuante) no me parece, sin embargo, argumento suficiente para excluir la posibilidad de aplicar la eximente de trastorno mental transitorio cuando el arrebató o la obcecación hayan llegado al punto de eliminar en el sujeto, momentáneamente, en relación con la acción concreta, la capacidad de culpabilidad. Del mismo modo que la presencia en el Código de la atenuante 2.^a del artículo 9.^o de embriaguez, no es obstáculo para apreciar la eximente completa o incompleta de trastorno mental transitorio cuando se den sus presupuestos. La posibilidad de apreciar la eximente completa o incompleta de trastorno mental transitorio en los estados emotivos o pasionales ha sido reconocida por el legislador en la Ley 79/1961 de 23 de diciembre, de bases para la revisión y reforma del Código penal y otras leyes penales (Segunda, b) (desarrollada por el Decreto de 24 de enero de 1963), al comentar la supresión del antiguo artículo 428, que regulaba el uxoricidio con motivo de adulterio. Por otra parte, la exigencia de que el sujeto obre por motivos morales o positivos desde el punto de vista de una valoración social, tiene sentido, en relación con la función ético-social del Derecho penal, para la apreciación de la atenuante de arrebató u obcecación pero no para la de la eximente completa o incompleta de trastorno mental transitorio, que afecta a la capacidad de culpabilidad. En el futuro Código penal no habrá tampoco dificultad para incluir los estados emotivos o pasionales en la eximente completa o incompleta, pues se habla de una “anormalidad mental permanente o transitoria” que impida al sujeto conocer la ilicitud del acto realizado o regular debidamente su conducta.

Según un sector de la doctrina (Alberca, Ferrer Sama, Cuello Calón, Pérez Vitoria y Córdoba) (47) en el trastorno mental transitorio está incluida también la embriaguez. Esta, cuando sea plena y no haya sido buscada de propósito para delinquir, daría lugar a la exención de la responsabilidad criminal si en su virtud el sujeto quedó privado, en relación con la acción concreta, de la capacidad de entender y de querer. Si esta capacidad se había visto sólo considerablemente disminuida, por tratarse de una embriaguez semiplena, se apreciaría la eximente completa. En la atenuante del número 2.^o del artículo 9.^o (son circunstancias atenuantes: “...2.^a. La embriaguez no habitual siempre que no se haya producido con propósito de delinquir”) (que puede apreciarse también como calificada) se incluirían únicamente los casos en que los efectos de la embriaguez sobre la capacidad de culpabilidad no hubieran sido de gran entidad, siempre que la em-

(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 CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal*, tomo I (Parte general), vol. II, 16.^a ed., 1971, págs. 491 y 505 y ss.; PÉREZ VITORIA, *El “Trastorno mental transitorio” como causa de inimputabilidad en el Código penal español*, lug cit., págs. 40-1, y CÓRDOBA, *Ob. cit.*, pág. 61.

briaguez no fuera habitual (48). El Tribunal Supremo ha mantenido en algunas sentencias este criterio (49), en general ha reducido, sin embargo, el ámbito de la eximente o la eximente incompleta a la embriaguez plena o semiplena y fortuita (con exclusión de la embriaguez culpable, voluntaria —preordenada o no al delito— o por negligencia) (50), criterio éste que mantienen en la doctrina Quintano Ripollés y Castejón (51). Quizá fuera ésta la voluntad del legislador, a juzgar por las afirmaciones de Castejón en su artículo “Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944” (52). Sin embargo, como observa Córdoba, en el número 1.º del artículo 8.º no hay base alguna para esta restricción, siempre que se den los elementos de la eximente de trastorno mental transitorio debería apreciarse. No me parece acertada, por ello, la reducción del ámbito de la eximente de “anormalidad mental permanente o transitoria” prevista expresamente en el Anteproyecto de Bases del Libro I del Có-

(48) Solución ésta propuesta por ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 312 y aceptada por CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Ob. cit.*, pág. 507, y CÓRDOBA, *Ob. cit.*, págs. 57-8.

(49) Sentencias de 17 de marzo de 1947, 15 de abril de 1948, 18 de noviembre de 1958 (apreció la eximente incompleta en un caso de embriaguez plena no fortuita), 27 de junio de 1960 y 16 de diciembre de 1965 (esta sentencia, de la que fue ponente don Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, sienta la doctrina que creo correcta, “Considerando: Que ante la afirmación rotunda y terminante por parte de la Sala, del hecho escueto de sufrir el procesado la perturbación total de las facultades mentales, fue correcta la conclusión de estimar la causa de exención de responsabilidad 1.ª del art. 8.º, del Código penal, que no excluye del trastorno mental transitorio, su origen alcohólico o tóxico, sino únicamente el “buscado a propósito para delinquir” y no apreciando tal preordenación al delito de daños, ni siendo lógico que este fuese el ánimo del procesado al embriagarse, no se infringió dicho precepto al aplicarse, como sin razón suficiente, pretende el Fiscal en el único motivo de su recurso, cuya aceptación implicaría restringir el alcance de la eximente 1.ª del art. 8, sin base dogmática para ello, puesto que conforme al Derecho actualmente vigente, sólo la preordenación al delito enerva la operabilidad del trastorno pleno, que por lo demás, al darse como hecho probado, no es susceptible de alterarse a no ser por la vía de la casación por error, no intentada en el recurso”).

(50) Véase las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1949, 20 de diciembre de 1949, 6 de febrero de 1951, 5 de noviembre de 1955, 30 de octubre de 1959, 30 de junio de 1961 (Aranzadi 2.690 y 2.692), 17 de diciembre de 1963, 2 de diciembre de 1964, 9 de abril de 1970, 4, 9 y 14 de noviembre de 1970, 9 de diciembre de 1970, 1 de abril de 1971, 14 de mayo de 1971, 9 de junio de 1971, 17 de enero de 1972 y 20 de enero de 1972.

(51) Véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid, 1963, pág. 335, y CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1945, pág. 335.

(52) CASTEJÓN, que formó parte como magistrado de la sala 2.ª del Tribunal Supremo, de la Comisión que llevó a cabo la reforma de 1944, dice al comentar la supresión del párrafo 2.º del núm. 1.º del art. 8.º del Código Penal de 1932, en que se declaraba eximente la embriaguez cuando fuera plena y fortuita, que la supresión de dicho precepto se llevó a cabo por considerarse superflua, ya que no habría dificultad en incluir estos supuestos en la eximente de trastorno mental transitorio; véase CASTEJÓN, *lug. cit.*

digo Penal, al declarar que se entenderá comprendido en ella “al que obrase bajo los efectos de una embriaguez fortuita en su origen y plena en sus efectos”. Esta restricción de esta causa de inimputabilidad (quedan fuera no sólo los supuestos de embriaguez voluntaria, no preordenada al delito y culposa, sino incluso los de psicosis alcohólica) es incompatible con el principio de culpabilidad que consagra el Anteproyecto como uno de sus pilares fundamentales (53). Una pena injusta no es, además, eficaz desde el punto de vista político-criminal. No es cierto, por otra parte, como estima el Tribunal Supremo (54), que la embriaguez voluntaria (no preordenada al delito) o culposa suponga *siempre* la culpa respecto al delito cometido en estado de embriaguez. La producción del resultado delictivo puede ser a su vez dolosa, culposa o fortuita, si el autor no la previó ni pudo preverla, ni al embriagarse ni después. Carece, pues, de fuerza el argumento del Tribunal Supremo de que la apreciación de la eximente de trastorno mental transitorio en estos casos suponga *siempre* un desplazamiento del artículo 565. Según el Tribunal Supremo este desplazamiento sólo puede admitirse en virtud de un precepto expreso, como la circunstancia 2.^a del artículo 9.^o. En realidad el Tribunal Supremo, en estas interesantes y sugestivas sentencias, viene a poner de relieve una laguna en nuestro Código, o dicho de otro modo la excesiva amplitud de la eximente de trastorno mental transitorio al no excluirse de su ámbito la actio libera in causa culposa. Sólo se excluyen aquellos casos en que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito para delinquir (actio libera in causa dolosa). Deberían quedar fuera de la eximente también aquellos supuestos en que el sujeto al provocar su estado de trastorno mental transitorio no lo hizo con el propósito de delinquir, pero previó o pudo prever que en ese estado cometería un delito. En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal no se excluyen tampoco de la eximente de “anormalidad mental permanente o transitoria” los supuestos de actio libera in causa culposa (55). La solución no puede consistir, sin embargo, en negar la apreciación de la eximente completa o incompleta de trastorno mental transitorio o de “anormalidad mental permanente o transitoria” siempre que la embriaguez no sea fortuita.

En la eximente y, por tanto, también en la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, están comprendidos asimismo aquellos

(53) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, *Exposición*, pág. 24 y *Bases*, págs. 10 y 11. En la base tercera, 2, se declara: “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.”

(54) Véase, por ejemplo, las sentencias de 4 y 9 de noviembre de 1970 (ponente don Fernando Díaz Palos) y 14 de mayo de 1971 (ponente don Angel Escudero del Corral).

(55) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, *Bases*, pág. 11.

casos en que como consecuencia del consumo de drogas o estupefacientes se hubiera visto excluida o disminuida la capacidad de culpabilidad del sujeto. En algunos casos, el consumo prolongado de drogas o estupefacientes puede conducir, incluso, a la enajenación (56). Es sumamente censurable que en el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal se incluya sólo en la eximente de "anormalidad mental permanente o transitoria" los casos en que la intoxicación por drogas o estupefacientes sea plena y fortuita (57). Esta regulación está también en flagrante contradicción con el principio de culpabilidad.

No creo que se puedan incluir, en cambio, en la eximente de trastorno mental transitorio los supuestos de movimientos corporales realizados durante el sueño, del sonambulismo o del hipnotismo. En estos casos falta ya la acción como primer elemento del concepto del delito.

En los supuestos de imputabilidad disminuida del número 1.º del artículo 9.º en relación con el número 1.º del artículo 8.º, nuestro Código prevé únicamente la aplicación de una pena atenuada. Las eximentes incompletas dan lugar, a tenor del artículo 66, a una atenuación de la pena en uno o dos grados (58). Se trata de una atenuación obligatoria y no meramente facultativa, como en el Código penal alemán (arts. 55 del Código penal vigente y 21 del texto aprobado por la Ley de 4 de julio de 1969). Creo que la regulación de nuestro Código es más conforme con el principio de culpabilidad (58 bis). Ahora bien, el Código no prevé la posibilidad de aplicación de una medida de seguridad cuando quepa apreciar en el sujeto una peligrosidad criminal, es decir, una probabilidad mayor o menor de que vuelva a delinquir. Lo cual puede suceder en los supuestos de eximente incompleta de enajenación (enfermedad mental en fase de remisión, epilepsia, debilidad mental, psicopatía, histeria), pero también aunque con menor frecuencia, en la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, piénsese, por ejemplo, en los supuestos de trastorno mental transitorio con un fondo patológico (psicopatía, neurosis o embriaguez patológica), en los ebrios habituales (si la habitualidad

(56) Véase, a este respecto, ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, págs. 301 y 313-314.

(57) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Exposición*, pág. 24, *Bases*, pág. 11.

(58) Los tribunales pueden a su vez imponer esta pena en el grado que estimen conveniente "atendiendo al número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren". Creo que se trata de uno de los tres grados en que se dividen las penas privativas de libertad y, por tanto, en que se divide la pena inferior en uno o dos grados. De otra opinión, CÓRDOBA, *Ob. cit.*, páginas 25 y ss.

(58 bis) Véase, en el mismo sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Die Straftat, pág. 158. En el Proyecto Alternativo (art. 22) se preveía una atenuación de carácter obligatorio, véase *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., J. C. B. MOHR, Tubinga, 1969, pág. 60.

no excluye la apreciación de la eximente incompleta) o en los toxicómanos.

En los supuestos de la eximente incompleta de enajenación y en aquellos de trastorno mental transitorio en que existía un fondo patológico, cabía apreciar a tenor del número 2.º del artículo 3.º de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 una medida de seguridad. Según dicha disposición: "También estarán sometidos a los preceptos de esta Ley ...2.º. Los criminalmente responsables de un delito cuando el tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del agente". La jurisprudencia no hizo uso, sin embargo, afortunadamente, de esta posibilidad para los semiimputables. La medida de seguridad prevista era el internamiento en un establecimiento de custodia (art. 7.º). Este internamiento no podía ser por tiempo inferior a un año ni superior a cinco (art. 4.º, 2.ª). La medida debía aplicarse inmediatamente después de extinguirse las penas aplicadas por el delito o delitos sancionados" (art. 7.º).

El sistema de acumulación de pena y medida para el tratamiento de los semiimputables ha sido censurado con frecuencia en la doctrina (59). La aplicación de una pena atenuada ajustada al grado de culpabilidad y de una medida de seguridad en función de la peligrosidad del mismo delincuente se ha considerado como representativa "de una mentalidad teórica que desconoce las necesidades de la práctica". Es absurdo, se dice, aplicar primero la pena, con lo cual puede empeorar el estado del enfermo y a continuación la medida con objeto de conseguir su curación. Tampoco tiene sentido aplicar en primer lugar la medida de seguridad y a continuación la pena. Si el enfermo se ha curado puede recaer si se le somete a continuación al cumplimiento de la pena.

Los inconvenientes del sistema de acumulación de la pena y la medida se incrementan al máximo cuando la índole de la medida prevista es, como en el caso del número 2.º del artículo 3.º de la Ley de Vagos y Maleantes, el internamiento en un establecimiento de custodia.

A pesar de las críticas formuladas creo que debe mantenerse el sistema de la doble vía, es decir, de la aplicación de una pena adecuada a la gravedad de lo injusto culpable y de una medida de seguridad para hacer frente a la peligrosidad del delincuente, porque sus inconvenientes pueden evitarse en gran medida recurriendo a un sistema vicarial previendo la posibilidad de que se aplique anticipadamente la medida y que se descuente el tiempo de su aplicación del de la pena y que permita incluso renunciar a la aplicación del resto de la pena

(59) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, págs. 330 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, págs. 70 y ss.; BETTIOL, *Diritto Penale*, 7.ª ed., págs. 386-7 y 808; MERLE-VITU, *Traite de Droit Criminel*, págs. 479 y 504; y BOUZAT, *Traite de Droit Penal et de Criminologie*, I, "Droit Penal general", 2.ª ed., París, 1970, págs. 416-7.

cuando ello sea contraproducente desde el punto de vista de la prevención especial (60).

No me parece conveniente, en cambio, la creación de una tercera vía, mediante la fusión de la pena y la medida de seguridad. En Italia, Antolisei, Delitala y Bettiol han propuesto la creación de una pena con un mínimo en función de la gravedad del delito cometido, es decir, de lo injusto culpable y un máximo indeterminado en función de las exigencias del tratamiento y curación del delincuente (61). Bettiol habla, a este respecto, de una pena curativa que aúna en sí los fines de la retribución o expiación y curación. En esta línea se encuentra el Anteproyecto de Ley referente a los delincuentes anormales, del Centro francés de Defensa Social de 1955, que preveía el establecimiento de una llamada "detención de defensa social" (para los enajenados se preveía, en cambio, la aplicación de una simple medida de carácter curativo: internamiento de defensa social). En nuestro país, Antón Oneca ha solicitado la aplicación de "una medida de seguridad pero con un mínimo de duración equivalente a la pena: duración prorrogable el tiempo que fuera necesario para combatir la peligrosidad". Esta medida representaría una tercera vía para los delincuentes peligrosos e imputables (semienfermos mentales, alcohólicos y toxicómanos, vagabundos y habituales), junto a la pena tradicional aflictiva e intimidante, que se aplicaría a los delincuentes imputables no peligrosos y la medida de seguridad en sentido estricto para los inimputables en que se apreciara la peligrosidad criminal (62). Estas propuestas de fusión de penas y medidas de seguridad en el tratamiento de los semiimputables me parecen censurables pues pueden conducir a una confusión en torno a los principios que sirven de fundamento a las penas y medidas de seguridad: el principio de culpabilidad como fundamento de la pena (que encuentra su justificación en la retribución y la expiación, pero que persigue también, adqui-

(60) Véase, a este respecto, FREY, *El tratamiento de los delincuentes mentalmente anormales bajo el principio de la responsabilidad penal*, en "Los delincuentes mentalmente anormales", Madrid, 1961-2, págs. 331 y ss. y 342 y ss. Muy interesante y reveladora es la investigación empírica sobre los resultados del sistema vicarial en Alemania, realizada por HELMUT MARQUARDT, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe un Massregel*, Duncker Humblot, Berlín, 1972, especialmente, págs. 123 y ss. Pone de relieve que no se han confirmado los temores de que el sistema vicarial diera lugar a un favorecimiento de los delincuentes peligrosos, a un debilitamiento del ordenamiento jurídico o a una falta de comprensión por parte de la opinión pública. Por otra parte, el sistema vicarial hace más soportables las dudas o dificultades de la medición de la culpabilidad e impide de hecho la doble punición. Cree probable, por otra parte, que la situación será idéntica en la aplicación futura del sistema vicarial entre la pena y el internamiento en un centro de terapéutica social.

(61) Véase ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, "Riv. it. Dir. pen.", 1933, núm. 2, págs. 129 y ss., *Natura e trasformazione della pena, Problemi penali odierni*, Milán, 1940, págs. 161 y ss.; BETTIOL, *Ob. cit.*, págs. 386-7.

(62) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, págs. 331, 395 y 587-8 y *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1945, págs. 111 y ss.

riendo así un sentido, como pena estatal, los fines de la prevención general y la prevención especial) y el de la peligrosidad que sirve de fundamento a las medidas de seguridad.

En la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, no se recoge un precepto equivalente al del número 2.º del artículo 3.º de la Ley de Vagos y Maleantes. Por otra parte, las medidas de seguridad previstas para los “enfermos y deficientes mentales que, por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado signifiquen un riesgo para la comunidad” (arts. 3.º y 6.º. Duodécima; las medidas consisten en el internamiento en un establecimiento de preservación hasta que sea necesario y sumisión a la vigilancia de los delegados), parecen referirse exclusivamente a los estados peligrosos predelictuales (63). Desaparece así la posibilidad de acumulación de pena y medida de seguridad en el tratamiento de los semienajenados. La solución no es, sin embargo, satisfactoria. Actualmente sólo se puede aplicar una pena atenuada a los semienfermos mentales, psicópatas, histéricos, débiles mentales, etc.... cuando como consecuencia de su estado se hubiera visto considerablemente disminuida, pero no eliminada, la capacidad de culpabilidad. Esta solución —similar a la existente actualmente en Francia y en Chile (64)— es censurable aunque en virtud de las disposiciones de nuestro Reglamento de Prisiones, modificado por Decreto de 25 de enero de 1968, deban cumplir su condena en el Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario los reclusos “que presenten síntomas o trastornos psíquicos en cualquiera de sus formas o grados” y aunque se haya previsto la creación o habilitación de centros de cumplimiento especiales para los psicópatas y los deficientes mentales. Porque siempre la duración del tratamiento estará limitada por la gravedad de la pena, atenuada en función de la menor culpabilidad.

Lo correcto sería, a mi juicio, establecer en el Código o en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social medidas de seguridad aplicables por el juez al culpable en quien se hubiera apreciado una existente incompleta de enajenación o de trastorno mental transitorio (casos de fondo patológico) y el examen de su personalidad permitiera apreciar una peligrosidad criminal mayor o menor. Esta laguna trata de llenarla el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal que prevé en estos casos la posibilidad de “internamiento en establecimiento adecuado en función de las características subjetivas del agente”. Como vemos el Anteproyecto es poco explícito en la indicación de la índole de las medidas de seguridad aplicables. Leyendo el catálogo de medidas de la Base Séptima, 8, se advierte que tiene que tratarse del internamiento en clínicas criminológicas (65). Creo que sería prefe-

(63) Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.ª ed., págs. 792-3.

(64) Véase MERLE-VITU, *Ob. cit.*, pág. 479 y NOVOA MONREAL, *Ob. cit.*, tomo II, págs. 18 y ss. y 422 y ss.

(65) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Exposición*, págs. 24, *Bases*, págs. 34 y 25 y ss.

rible mencionar expresamente las diversas clases de establecimientos según la índole del sujeto —sin perjuicio, por supuesto, de que el delincuente sea previamente objeto de estudio y clasificación por un equipo de observación en los centros de detención o en la Central de Observación de Carabanchel, similar al Instituto Italiano de Rebibbia y al Centro Nacional de Orientación Francés, de Fresnes— y admitir, en algunos casos, el tratamiento ambulante. Las medidas de seguridad deberían consistir, o bien en el internamiento en el Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario, en régimen de sentencia indeterminada, en el internamiento en un establecimiento especial para deficientes mentales o en un centro especial para psicópatas. Podría consistir también en un tratamiento ambulante (66). En la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social española de 4 de agosto de 1970 se ha introducido ya la medida del tratamiento ambulante para los ebrios habituales y los toxicómanos (art. 5.º, 6.ª, art. 6.º, quinto) (67). El tribunal debería tener también facultades para sustituir una medida por otra, cuando pareciera más conveniente para el tratamiento del delincuente (68).

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) (69). Su creación se debe a una sugerencia del Proyecto Alternativo, que tomó como modelo el establecimiento dirigido por el doctor 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 doctor 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 Horsen y en otros países. Se aplican sus métodos, entre otras, en la Van der Hoeven-Klinick de Utrecht, 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 capaci-

(66) 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", octubre-diciembre 1970, núm. 191, págs. 1123 y 1131.

(67) El tratamiento ambulante ha sido admitido en la última reforma del Código penal suizo por la Ley de 18 de marzo de 1971 (arts. 43, núm. 2 y 44, núm. 1). Según el art. 43, núms. 1 y 2, el tribunal puede aplazar el cumplimiento de la pena para poder llevar a cabo plenamente el tratamiento ambulante. Véase O. A. GERMANN, *lug. cit.*, pág. 356, nota 50.

(68) Véase, a este respecto, la regulación flexible que se ha introducido en el nuevo art. 67 a del Código penal alemán.

(69) Véase, 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"*, separata del "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Madrid, 1970, págs. 392-3.

dad 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 número reducido de internos (unos doscientos), divididos en grupos de unos quince, la relación del número de internos con el del personal es aproximadamente de dos a uno 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. Información al respecto puede encontrarse en la intervención del doctor Stürup en la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal alemán y en su artículo *Heilbehandlung*, en el *Handwörterbuch der Kriminologie* de Sieverts (70).

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 hubiere 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 plurirreincidentes (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 aprecie una grave perturbación de la personalidad y parezca apropiado su tratamiento en estos centros para su reinserción social, o se aprecie el peligro de que puedan convertirse en delincuentes por tendencia (si no habían cumplido aún los 27 años al cometer el último delito) (71). En el Proyecto Alternativo se postulaba la aplicación de esta medida de seguridad (la primera vez de modo voluntario) a todos los delincuentes plurirreincidentes aunque no presentaran una grave perturbación de la personalidad (72).

(70) Véase, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 4. Bd., Allgemeiner Teil, Bonn 1958, págs. 180 y ss.; STÜRUP, *Heilbehandlung, Handwörterbuch der Kriminologie*, Erster Band, págs. 383 y ss. Véase también GERHARD MAUCH y ROLAND MAUCH, *Sozialtherapie und sozialtherapeutische Anstalt, Erfahrungen in der Behandlung Chronisch-Krimineller*, Enke, Stuttgart 1971, EINSELE, *Helga, Die sozialtherapeutische Anstalt, in Die Strafvollzugsreform, Eine kritische Bestandsaufnahme*, editado por ARTHUR KAUFMANN, C. F. Müller, 1971, págs. 145 y ss. y YÁÑEZ ROMÁN, *Ob. cit.*, págs. 366 y ss.

(71) Se prevé también la aplicación de esta medida al delincuente condenado por un delito doloso, que tenga su origen en su instinto sexual, a una pena privativa de libertad de un año de duración por lo menos, siempre que exista el peligro de que siga cometiendo acciones antijurídicas de considerable gravedad relacionadas con el instinto sexual.

(72) E incluso cuando se tratase de un delincuente primario en que no se apreciara la eximente ni la atenuante de enajenación mental o perturbación de la conciencia si había sido condenado a una pena superior a dos años por un delito que guardase relación con una enfermedad mental o una perturbación grave de la personalidad (art. 69, 1). Véase, *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., págs. 132 y ss. En el art. 10 del Proyecto de la Comisión para la reforma de la ejecución de las penas (K. E.) y

Sólo podría aplicarse a un delincuente plurirreincidente la custodia de seguridad si antes había sido objeto de tratamiento durante un período de cuatro años en un centro de terapéutica social y careciera de sentido el enviarle de nuevo a un centro de este tipo. Varios autores, entre ellos Jescheck y Grünwald (73), habían llamado la atención sobre las dificultades prácticas de aplicar estas medidas a todos los delincuentes plurirreincidentes (dadas las exigencias de personal y el coste de estos centros). Grünwald había señalado también que la aplicación de esta medida carecía de justificación si no se apreciaba en el sujeto una grave perturbación de la personalidad y una relación de la misma con la comisión del delito.

Creo que también nuestro legislador debería tener en cuenta el elevado porcentaje de psicópatas que se da entre los delincuentes plurirreincidentes a la hora de determinar la medida de seguridad aplicable a los mismos. En lugar del internamiento en un establecimiento de custodia y de trabajo, previsto en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, o el internamiento en casas de trabajo o colonias agrícolas, que prevé el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal (74) debería intentarse un tratamiento en un centro especial para psicópatas, cuando en el sujeto se apreciara una grave perturbación de la personalidad y ésta guardara relación con la comisión del delito.

En cuanto a la relación entre la pena y la medida de seguridad creo que lo más conveniente sería aplicar, en general, en primer lugar la medida de seguridad. Sólo en casos excepcionales, cuando el Tribunal lo considere conveniente desde el punto de vista de la prevención especial, podría disponer, que se cumpliera en primer lugar la pena (75). Se tratará de casos en que sólo después de haber sufrido la pena pueda 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 de ésta debería

del Proyecto de Ley de ejecución de las penas, de los letrados del Ministerio de Justicia (R. E.), se propone que se envíe a los reclusos de los establecimientos penitenciarios a los centros de terapéutica social cuando ello aparezca indicado para su reinserción social. Véase, a este respecto, EINSELE, HELGA, *Ob. cit.*, pág. 147. El tiempo del tratamiento estará entonces limitado por el de la duración de la pena, lo cual es, sin duda, censurable.

(73) Véase JESCHECK, *Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches (Allgemeiner Teil)*, Z. Str. W. 1968, fasc. 1.º, págs. 79 y ss., y GRÜNWALD, *Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs*, Z. Str. W. 1968, fasc. 1.º, págs. 114 y ss.

(74) Véase, *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970*, art. 4.º y 6.º, decimotercero y *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Bases*, págs. 35-6.

(75) MARQUARDT considera, en cambio, que dado el carácter excepcional de los casos en que sea conveniente, desde el punto de vista de la prevención especial, aplicar en primer lugar la pena, debería establecerse con carácter general la primacía de la aplicación de la medida para evitar que los tribunales puedan soslayar la aplicación del sistema vicarial; véase *Ob. cit.*, págs. 160 y ss. y 167.

descontarse del cumplimiento 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 (76). 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 continuara 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 2.^a Ley para la Reforma del Derecho penal en Alemania, de 4 de julio de 1969, en virtud de la cual se ha reformado toda la parte general del Código (art. 67).

No me parece conveniente el establecimiento de una duración mínima del cumplimiento de la medida en función de la gravedad de la pena correspondiente al delito cometido, como se establece en el Código penal italiano (arts. 219, 220 y 221), e incluso en el Proyecto Gonella de 19 de noviembre de 1968, en su versión aprobada por el Senado el 2 de julio de 1971 (77). Si el tratamiento en el sanatorio psiquiátrico, centro de débiles mentales o centro de terapia social ha tenido éxito carece de sentido, en principio, que se prolongue el tratamiento.

Tampoco me parece aconsejable que se imponga necesariamente el cumplimiento de la pena a continuación de la medida como sucede en el Proyecto Gonella. Esto será, en general, lo más conveniente pero creo debe dejarse al juez la posibilidad de que en algún caso, en atención a las mismas exigencias de la prevención especial, pueda disponer que el cumplimiento de la pena preceda al de la medida. En el Proyecto Gonella se dispone que se descuenta de la pena el tiempo de cumplimiento de la medida y se faculta al juez de vigilancia para que pueda disponer en lugar del cumplimiento del resto de la pena la prolongación de la medida. No se prevé, sin embargo, como en el Código penal alemán, la posibilidad de conceder la libertad condicional, sistema preferible, pues el cumplimiento del resto de la pena puede estar contraindicado y la prolongación de la medida carecer de objeto.

En el Código penal suizo (antes en el art. 17, párrafo 3.^o y ahora en el art. 43, 2.^o, 3.^o y 5.^o, en la nueva redacción recibida por la Ley de 18 de marzo de 1971) (78) el cumplimiento de la medida precede siempre al de la pena, en los casos de delincuentes mentalmente

(76) En la decisión deben pesar únicamente consideraciones de prevención especial y no de carácter retributivo o expiatorio, como ha puesto de relieve MARQUARDT, *Ob. cit.*, pág. 165.

(77) Véase *Scuola Positiva*, 1971, fasc. 3.^o, págs. 466-7.

(78) Véase O. A. GERMANN, *Grundzüge der Partialrevisión des Schweizerischen Strafgesetzbuches durch das Gesetz vom 18. März, 1971*, Schw. Z. f. Str. 1971, pág. 355.

anormales (79) y el juez decide después si debe ejecutarse o no la pena. La concesión de la libertad condicional, me parece, sin embargo, más conveniente, incluso en nuestro país en que la libertad condicional no va acompañada, como en Alemania de la imposición de tareas o cargas y de reglas de conducta (80). En caso de aplicación posterior de la pena, según el nuevo texto del artículo 43 (núm. 5.º del Código penal suizo) se descuenta el tiempo de cumplimiento de la medida (81).

La simple sustitución de la pena atenuada por la medida de seguridad prevista en la Ley belga de Defensa Social de 1.º de julio de 1964 y en el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal español (82) 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) (83).

La regulación prevista en el Proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica (en el párrafo 2.º del art. 20) es muy flexible: "Si la imposición de pena se considera perjudicial para el debido tratamiento del agente por mediar causas patológicas se aplicará solamente una medida de seguridad curativa. En los demás casos podrá aplicarse una pena disminuida, una medida curativa o ambas en el orden que señale el juez". No me parece conveniente, sin embargo, como decía hace un momento al comentar la Ley belga de Defensa Social, la aplicación de una simple medida y el tiempo de cumplimiento de la medida debería descontarse en todo caso del de la pena, si aquél precede a éste.

En la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, en el artículo 2.º, se preveía la posibilidad de declarar el estado peligroso y someter a una medida de seguridad a los ebrios y toxicómanos ha-

(79) Se ha introducido este término, sumamente impreciso, en lugar de los de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, por estimar que el criterio para la aplicación de la medida debe ser exclusivamente médico y no jurídico, pero con grave riesgo de la seguridad jurídica. Véase, a este respecto, STRATENWERTH, *Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehender Massnahmen im Strafrecht*, Schw. Z. f. Str. 1966, págs. 364 y ss.

(80) Véase los arts. 67, párrafo 5.º, 57, 56 b. y 56 c. del nuevo texto de la parte general del Código penal alemán aprobado por la Ley de 4 de julio de 1969. En Suiza la libertad condicional puede ir acompañada de la imposición de tareas y reglas de conducta y de la medida de vigilancia de protección (art. 38).

(81) Véase O. A. GERMANN, lugar cit., pág. 367.

(82) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, *Exposición*, pág. 51, *Bases*, pág. 34.

(83) 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 cómo 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.

bituales (núm. 6.º). La medida de seguridad prevista era el aislamiento curativo en casas de templaza (3.ª del art. 4.º). “A los ebrios y toxicómanos habituales”, decía el número 5.º del artículo 6.º, “se impondrá el aislamiento curativo en casas de templaza por el tiempo inicial de cuatro meses que podrá prorrogarse por períodos iguales si así lo aconsejan los dictámenes facultativos, que al menos al final de cada uno de aquellos períodos cuatrimestrales, deberán emitirse por providencia del Juez o Tribunal. En cualquiera de los períodos en que se encuentre el interesado, no se completarán los cuatro meses si antes de transcurrir por entero se dictamina su curación. En ningún caso el tratamiento podrá durar más de cuatro años”.

En la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 se prevé la posibilidad de declaración del estado de peligrosidad de los ebrios habituales y los toxicómanos (84). En relación con los toxicómanos se ha suprimido el término habitual, que es realmente supérfluo si se interpreta el término toxicómano en sentido estricto. Es preciso, sin embargo, en ambos casos, que la embriaguez habitual o toxicomanía permita apreciar el estado peligroso del sujeto. La gama de medidas previstas en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social es mayor que en la Ley de Vagos y Maleantes. Según el número 5.º del artículo 6.º: “A los ebrios habituales y toxicómanos se les aplicarán, para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, según proceda, alguna o algunas de las siguientes medidas: a) Aislamiento curativo en casas de templaza. b) Tratamiento ambulatorio. c) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo. d) Obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados. e) Además, a los toxicómanos, incautación de los efectos ocupados y a los ebrios habituales prohibición de visitar establecimientos de bebidas”. La nueva regulación representa en este aspecto un avance. No me parece acertado, en cambio, suprimir el límite máximo de duración del aislamiento curativo en casas de templaza, pues suele estimarse que en la práctica el tratamiento dura a los sumo dos años. El límite máximo de cuatro años era suficientemente amplio. Quizá debiera haberse reducido el límite a dos o tres años en el primer internamiento y haber suprimido todo límite para los ulteriores, si llegaran a producirse por una recaída del sujeto en la embriaguez habitual o la toxicomanía. En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal se prevé únicamente la aplicación a los alcohólicos y toxicómanos de una medida de seguridad de “internamiento en establecimiento adecuado en función de las características subjetivas del agente”. No se hace indicación expresa del tipo de establecimiento,

(84) No me parece correcto aplicar únicamente una medida de seguridad a los ebrios habituales o toxicómanos cuando hubieran quedado exentos de responsabilidad criminal, como sucede en el Código penal argentino, cuando se aprecia la eximente del núm. 1.º del art. 34. Véase, a este respecto, SOLER, *Derecho penal argentino*, II, págs. 62 y ss., 461 y ss. y 481 y ss.

pero ha de tratarse, sin duda, de un clínica criminológica (85). Creo que esta regulación implica un retroceso por su imprecisión y por reducir el catálogo de medidas aplicables.

Hay que hacer notar, además, que la aplicación de la medida de seguridad privativa de libertad (aislamiento curativo en casas de templanza) que es la fundamental del tratamiento tendente a eliminar la peligrosidad de estos delincuentes, sigue siempre, al cumplimiento de la pena tanto en la antigua Ley de Vagos y Maleantes (art. 19) como en la nueva Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (art. 25) lo cual me parece a todas luces improcedente (86). En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal se prevé la posibilidad de sustituir la pena por la medida de seguridad en los supuestos de alcoholismo y toxicomanía (87). A este respecto me remito a lo dicho anteriormente acerca de la relación de la pena y la medida (88).

Otro supuesto de imputabilidad disminuida viene determinado por la sordomudez. En nuestro Código, el sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción está exento de responsabilidad criminal (eximente 3.^a del art. 8.^o): "Cuando éste haya cometido un hecho que la ley sancionare como delito", sigue diciendo el Código, "será ingresado en un establecimiento de educación de anormales". Cuando la sordomudez hubiera determinado únicamente una disminución de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta por una instrucción insuficiente (en el sentido amplio fijado por la jurisprudencia, es decir, la adquirida no sólo por la enseñanza, sino por cualquier medio, incluso por la vida social de relación) (89), se aprecia una eximente incompleta, es decir, una atenuante que puede

(85) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Bases*, págs. 34 y 25 y ss.

(86) En Chile la medida de seguridad de internación curativa para los ebrios consuetudinarios y toxicómanos se aplica después de la pena, pudiendo los tribunales renunciar, incluso, al cumplimiento sucesivo de la medida (artículo 31 de la Ley Chilena sobre Estados Antisociales). Véase NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno*, II, págs. 423 y ss., 426 y 429 y ss.

(87) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Bases*, pág. 34.

(88) En el Código penal suizo, en virtud de la Ley de 18 de marzo de 1971, las medidas para los ebrios habituales y los toxicómanos se aplican siempre antes que la pena (antes se aplicaba, en principio, primero la pena) y se descuenta luego su duración de la de ésta (art. 44). El juez puede disponer luego que deje de aplicarse el resto de la pena. Véase, O. A. GERMANN, *Ob. cit.*, págs. 358 y 367. En el Código Penal italiano y en el Proyecto Gonnella la relación de la medida para los ebrios habituales y toxicómanos (internamiento en una "casa di cura e di custodia"), con la pena es idéntica que para los semienfermos mentales (arts. 95, 219, 220 y 221). Lo mismo sucede en el Código penal alemán, según el texto aprobado por la Ley de 4 de julio de 1969 (arts. 64 y 67). En éste, sin embargo, se dispone (en el núm. 2.^o del art. 64) que dejará de aplicarse la medida de internamiento en un centro de deshabitación si se considera de antemano que el tratamiento no va a tener éxito.

(89) Véase, en este sentido, CÓRDOBA, *Las eximentes incompletas*, Oviedo, 1966, págs. 67 y ss., especialmente pág. 81.

dar lugar a la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito correspondiente (núm. 1 del art. 9.º en relación con el núm. 3.º del art. 8.º y art. 66). Se trata aquí también de una atenuación obligatoria y no meramente facultativa, como en el Código penal alemán (art. 55 del Código penal vigente y 21 del texto aprobado por la Ley de 4 de julio de 1969). Creo, como dije ya antes, que la regulación de nuestro Código es más conforme con el principio de culpabilidad (90). Sería conveniente, sin embargo, introducir en nuestro Código o en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, un precepto permitiendo al tribunal aplicar al condenado al que se aprecie una eximente incompleta, una medida de seguridad de internamiento "en un establecimiento de educación de anormales" por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable. En el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal no se ha previsto tampoco la aplicación en estos casos de una medida de seguridad (91). En cuanto a la relación de la pena y la medida me remito a lo dicho anteriormente en relación con los enfermos mentales, los ebrios habituales o toxicómanos. En cuanto al tipo de centro en que deben aplicarse estas medidas creo que debe tratarse de un centro educativo especial para estos subnormales, como indica nuestro Código, careciendo de sentido el internamiento del subnormal en un hospital psiquiátrico e incluso en un centro de terapéutica social, que son los dos tipos de centros previstos en el nuevo texto del Código penal alemán para los inimputables o los semiimputables (arts. 63 y 65, párrafo 3.º).

En realidad, salvo en lo que se refiere al internamiento en los centros de educación especiales para los sordomudos, no es precisa una regulación expresa de estos casos de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida, dada por una parte su escasa relevancia político-criminal, y por otra, su perfecta inclusión en las fórmulas generales, pues se trata de un supuesto más de falta de capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme a ese conocimiento (92).

Por último, quisiera hacer referencia a una importante innovación introducida en la nueva parte general del Código penal alemán. Se ha previsto la posibilidad de la concesión de la suspensión condicional del cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad

(90) Véase, pág. 56 y nota 58 bis.

(91) Véase, *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal, Bases*, pág. 34.

(92) Véase, en este sentido, SOLER, *Ob cit.*, II, pág. 53, en relación con el Código penal argentino, donde no se hace referencia expresa a la sordomudez (en el núm. 1.º del art. 34). En el nuevo Código penal alemán (arts. 20 y 21) se ha suprimido toda referencia expresa a la sordomudez por estimarse que el art. 55 del Código penal vigente es superfluo; véase, a este respecto, STRATENWERTH, *Ob. cit.*, pág. 156. Tampoco se hace referencia expresa a la sordomudez en el Código Penal chileno (núm. 1.º del art. 10 y núm. 1.º del art. 11) y en el Código penal tipo para Latinoamérica.

(internamiento en un sanatorio psiquiátrico, un centro de deshabitación o un centro de terapéutica social) cuando el juez estime que pueden conseguirse también de este modo los fines de la medida. 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 art. 68 y siguientes). Esta está confiada a un organismo de vigilancia y a un oficial de prueba designado por el tribunal de acuerdo con aquél organismo. La vigilancia tiene un carácter tutelar y de ayuda. El tribunal puede dar instrucciones al organismo de vigilancia y al oficial de prueba, así como órdenes al condenado, referentes a su comportamiento y tendentes a evitar su recaída en el delito. Parece prematuro introducir una regulación similar en nuestro ordenamiento mientras no se inserten en nuestro sistema de *sursis* elementos esenciales de la probation, como la imposición de cargas o tareas, de reglas de conducta y la vigilancia de los delegados de prueba.

Creo, para terminar, 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 penal suizo (art. 45) y en la nueva parte general del Código penal alemán (art. 67 *d* y *e*).

Las drogas y su legislación en España

ANTONIO BERISTAIN

Director del Departamento de Derecho Penal
Facultad de Derecho
San Sebastián

Las páginas siguientes reproducen, bastante ampliado, el informe acerca de la legislación actual española sobre las drogas que, a petición de The World Peace Through Law Center, hemos redactado para la Conferencia Mundial, en Abidjan (del 26 al 31 de agosto de 1973), y para publicarlo junto con el de otras muchas naciones de todas las partes del mundo. El World Peace Through Law Center pretende, como objetivo final, preparar una legislación y cooperación nacional e internacional para resolver los múltiples problemas de las drogas. El destino de nuestro report explica su concisión estilística y la variedad de su contenido. También explica el escaso espacio concedido a las preguntas fundamentales acerca del significado personal y comunitario del consumo (tráfico) de drogas, acerca de las razones en pro o en contra de su incriminación, y acerca de los métodos de prevención y tratamiento.

SUMARIO: 1. Estadísticas y valoraciones acerca de las drogas. A. Aspectos positivos. B. Aspectos negativos.—2. Textos legales.—3. Observaciones terminológicas.—4. Delitos, penas y medidas de corrección y seguridad.—5. Infracciones y sanciones administrativas.—6. El alcoholismo como toxicomanía.—7. Tratamiento predelictual de los drogadictos.—8. Organismos judiciales, administrativos, policiales y sanitarios.—9. Convenio único de las Naciones Unidas.—10. Extradición y resocialización.

1. ESTADÍSTICAS Y VALORACIONES ACERCA DE LAS DROGAS

La solución de los problemas que suscitan actualmente las drogas exige la colaboración de los especialistas de muchas ciencias. El penalista, para legislar y para aplicar la ley en este campo, debe conocer las aportaciones al respecto no sólo de las ciencias normativas, sino también de las ciencias empíricas (criminología, psicología, medicina, farmacología, sociología, etc.). La interdisciplinariedad brinda aquí interrogaciones y respuestas sin cuyo conocimiento no se puede avanzar.

En esta materia las opiniones de los diversos especialistas resultan (como veremos después) enigmáticas, dudosas y con frecuencia contradictorias. Con certeza admitida por todos sólo puede formularse una afirmación: es un problema muy importante por el número de personas afectadas y por el volumen de los intereses en juego (propiedad, salud, orden público, libertad y seguridad, etc.).

Prescindimos aquí de las estadísticas internacionales acerca de las drogas (excluyendo, por ahora, el alcohol), y constatamos únicamente algunos datos referentes a España.

El tráfico (especialmente el tráfico internacional) ilícito de drogas es muy intenso en España por su situación geográfica entre América y Europa, entre África y Europa (1). Los cálculos acerca del volumen del tráfico de drogas ofrecen números muy inferiores a la realidad. La cifra negra aquí es incalculable. Baselga (2) y algunas instituciones oficiales y privadas han elaborado varias estadísticas procurando ser objetivos, pero conscientes de su imposibilidad. A continuación transcribimos y completamos las más importantes:

ESTADÍSTICA 1.^a

Drogas incautadas en España

	1968	1969	1970	1971	1972
Bustaid	—	—	—	—	5 tubos
Cannabis (kilos)	219	905	586	717	895,426
Cocaína (kilos)	—	—	0,8 grs.	1.873	11.558 grs. 4 cigarros
Heroína (kilos)	—	—	—	163	0,505
LSD-25 (tabletas)	—	23	1.553	1.171 (Tabletas) 488 (grs.) 1 (dosis)	1.525 dosis 256 mlg. 250 grs.
Morfina (ampollas)... ..	—	—	81	10	80 grs.
Opio (gramos)	—	2	—	129	200
Plantas «cannabis»... ..	—	—	50	47	80 grs.
Número de decomisos ...	—	347	585	542	538

(1) Sobre las principales rutas internacionales de las drogas clandestinas (con un detallado mapa universal, muy ilustrativo), cfr. J. NEPOTE, *Contra la Internacional de los traficantes, la Internacional de la policía*, en *El Correo de la Unesco* (mayo 1968), p. 23. SABATER, *Peligrosidad social y delincuencia*, Barcelona, 1972, 192-193.

(2) BASELGA, Eduardo, *Los drogadictos*, Guadarrama, Madrid, 1972, páginas 183 y ss. Agradecemos a la Brigada Especial de Estupefacientes y a su Comisario Jefe del Cuerpo General de Policía, don Germán Trinidad Mayor-domo, la amplia información que amablemente nos han facilitado.

Personas detenidas por tráfico o uso ilegal de drogas

	1968	1969	1970	1971	1972
Españoles	404	551	753	781	810
Extranjeros	154	179	496	516	540
TOTAL	558	730	1.249	1.297	1.350 (3)

Si calificamos como adictos a los que usan drogas crónicamente con dependencia psicológica, con dependencia física (necesidad fisiológica de la droga, sin la cual deviene la enfermedad o la muerte) y con tolerancia (adaptación progresiva del organismo por la que éste exige dosis cada vez mayores para sentir efectos similares), hemos de reconocer que en España su número es reducido; sobre todo comparado con el de otros países. Parece exagerado afirmar que «en España existen 30.000 drogadictos, según la Organización Mundial de la Salud» (4). Los estudios

(3) En febrero de 1973 han sido incautadas en Barcelona por la Guardia Civil 2.024,500 kilos de grifa, 36,400 kilos de hachis y 4.117 cápsulas de LSD.

Como punto de contraste se puede recordar que desde el 30 de junio de 1971 al 30 de junio de 1972 han sido detenidos en los Estados Unidos 7.671 traficantes de drogas, se han confiscado 445 kilos de heroína y el valor total de los narcóticos decomisados asciende a 100.000 millones de pesetas.

(4) GRACIÑO, J. A., *En España existen treinta mil drogadictos, según la O.M.S.*, en *Dígame*, de 1 de diciembre de 1970, p. 42.

El número de personas que usan drogas en España aumenta y empieza a llamar la atención en los últimos años. Por eso, los estudios al respecto adquieren recientemente volumen e importancia. Entre las modernas publicaciones —de orientación y contenido muy varios— destacan, además del libro antes citado de BASELGA, las siguientes: Octavio APARICIO, *Drogas y toxicomanías*, Editora Nacional (libros Directos), Madrid, 1972. FERNÁNDEZ ALBOR, *Tráfico de Drogas y Delincuencia Juvenil*, enero-abril, 1972, 232-236. P. LAURIE, *Las drogas*, Alianza Editorial, Madrid, 1969. C. MARTÍNEZ BURGOS, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 5 y 15 de marzo 1972 (*El tratamiento penal del tráfico de drogas*), 25 de mayo 1972 (*La droga o las drogas. Evaluación conceptual*), 5 de julio 1972 (*Clasificación de las drogas*), 15 de noviembre 1972 (*Drogas sicotrópicas*), 25 de enero 1973 (*Alucinógenos (LSD, Mescalina, Psilocibina, etc.)*). MOSTER y otros, *LSD: los secretos de experiencias psicodélicas* (Barcelona, 1968, Edit. Bruguera). MUNO A ROIZ, J. L., *Las Alucinaciones Visuales y su Repercusión Laboral* (en prensa). P. ORIVE RIVA, *Riesgos en la adolescencia*, G. del Toro editor, Madrid, 1972, pp. 358 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, Suplemento a la 4.^a ed. de su *Derecho penal español. Parte especial* (Madrid, 1972), pp. 99 y ss. A. SABATER TOMÁS, *Peligrosidad social y delincuencia*, Nauta, Barcelona, 1972, pp. 203 y ss. J. SANTO-DOMINGO, *Los drogadictos*, en *Cuadernos para el Diálogo*, número extraordinario XXVIII (Delito y Sociedad), diciembre 1971, pp. 31 y ss. LÓPEZ ORUEZABAL, *Drogas*, en "Rev. Obra Prot. Men." (octubre 1971), 5-19.

La Dirección General de la Guardia Civil organizó del 5 al 13 de diciembre de 1969 un "Curso monográfico sobre drogas nocivas", que se publicó en 1970. Los autores de las conferencias son: J. M. MATO ROBOREDO, A. GARCÍA, M. ANDÚJAR, M. DÍAZ-MOR GARCÍA, F. VÁZQUEZ, J. CARNICERO ESPINO, I. RUEDA GARCÍA. Las últimas páginas (181-228) contienen legislación española.

La Real Academia de Medicina, de Madrid, ha organizado, en la primavera de 1972, un ciclo sobre "Drogas toxicomanígenas", y varios coloquios sobre "Psicofármacos y toxicomanías", con la participación de LÓPEZ IBOR, LORENZO-VELÁZQUEZ, PIEDROLA GIL, ROYO-VILLANOVA, etc.

oficiales y oficiosos acerca de los toxicómanos ofrecen cifras mucho menores, entre otras razones porque se refieren únicamente a las personas que usan las drogas legalmente y están controladas por las autoridades. Los datos reales superan a los indicados generalmente en las estadísticas (más o menos oficiales).

ESTADISTICA 2.^a (5)

Toxicómanos activos (controlados) y toxicómanos curados en España

	1965	1966	1967	1968	1969	1970	1971
Activos	1.497	1.087	1.176	1.068	890	884	786
Curados... ..	47	77	31	39	17	29	
Desaparecidos (o muertos)	1.118	1.319	885	993	1.062	862	

ESTADISTICA 3.^a

Toxicómanos activos (controlados) en España, distribuidos por sexo

	1965	1966	1967	1968	1969	1970	1971
Hombres	35%	34%	36%	37%	35%	36%	35%
Mujeres... ..	65%	66%	64%	63%	65%	64%	65%
Número... ..	(1.497)	(1.087)	(1.176)	(1.068)	(890)	(884)	(786)

En el año 1965 el porcentaje de toxicómanos activos clasificados según las drogas usadas fue: opio, 12 por 100; morfina, 41 por 100; oxicodona, 0 por 100; dextromoramida, 11 por 100; metadona, 21 por 100; petidina, 3 por 100; otros, 12 por 100.

En cambio, durante 1970 el porcentaje correspondiente fue: opio, 14 por 100; morfina, 32 por 100; oxicodona, 1 por 100; dextromoramida, 9 por 100; metadona, 32 por 100; petidina, 4 por 100; otros, 8 por 100. Llama la atención el descenso en el uso de la morfina y el aumento en el consumo de la metadona.

En Sevilla, del 5 al 9 de junio de 1972, se celebró el Congreso Internacional de Alcoholismo y Toxicomanías, con intervenciones de: P. Díez (de Canadá), A. FERNÁNDEZ, J. FRAGOSO MÉNDEZ (de Portugal), HERRERO TEJEDOR, RODRÍGUEZ DEVESA, etc., y con ponencias de LÓPEZ SÁIZ (*El alcoholismo y las toxicomanías en el Reglamento de la LPRS*), y MIGUEL POLAINO NAVARRETE (*Comentarios médico-legales y jurídicos-comparativos a la actual legislación española sobre toxicomanías*), etc.

Tribuna Médica publicó, del 24 de marzo al 7 de julio de 1972, una serie de artículos, datos y comentarios de autores nacionales y extranjeros, bajo el título general de "Drogas: no empezar".

(5) El semanario "Redención", de 4 de noviembre de 1972, publica unos datos de la Comisión General de Investigación Criminal, según los cuales en España hay mil doscientos toxicómanos registrados; de ellos, 51 menores de 18 años. Respecto a los drogadictos jóvenes en Madrid, cfr. BASELGA, *Los jóvenes y las drogas*, en "Razón y Fe", abril 1972, 329 y ss.

ESTADÍSTICA 4.^a*Estupefacientes utilizados de manera continuada a finales de 1971*

PRODUCTOS	VARONES		MUJERES	
	Enfermedad	Hábito	Enfermedad	Hábito
Opio	22	4	41	16
Morfina	94	22	119	51
Oxicodona	7	—	6	1
Dextromoramida	21	2	24	8
Metadona	69	14	111	22
Petidina	25	1	26	2
Otros distintos	24	1	49	4
TOTAL	262	44	376	106

ESTADÍSTICA 5.^a*Población controlada por la Brigada Especial de Estupefacientes y clasificada por las drogas que usa*

	1968	1969	1970
Cannabis	90,0%	91,2%	90,6%
LSD-25	0,7%	5,7%	7,1%
Opio (derivados)	5,7%	1,2%	0,8%
Cocaína	0,9%	0,4%	—
Drogas no estupefacientes	1,8%	1,5%	0,9%
Sin identificar	0,9%	—	0,6%
TOTAL	100	100	100

Además de los toxicómanos que observan la legislación al respecto y están controlados por la autoridad, muchas personas usan drogas ilegalmente. Las cifras conocidas manifiestan sólo parte de la realidad.

ESTADÍSTICA 6.^a*Personas detenidas por usar drogas ilegalmente, clasificadas por edades*

	1970	1971	1972 (enero-junio)
Menores de 18 años	80	104	23
Entre 19 - 25 años	596	365	49
25 años y más	379	219	87
TOTAL	1.055	688	159 (5 bis)

(5 bis) En los seis primeros meses de 1972 disminuyó el número de los que usan drogas ilegalmente, debido, quizá, a la entrada en vigor del nuevo artículo 344 del Código penal, introducido por la Ley de 15 de noviembre de 1971. Sin embargo, a final de este año, el número de personas detenidas por usar drogas ilegalmente (777) superó el del año anterior (688).

ESTADISTICA 7.^a*Clasificación del uso ilegal de drogas, por profesiones*

	1968 %	1969 %	1970 %
Estudiantes	3,2	19,0	23,9
Obreros especializados	50,5	31,3	32,4
Profesiones artísticas	1,8	5,5	6,8
Profesiones liberales	1,4	0,5	3,9
Industriales, comerciantes	5,9	6,4	2,5
Administrativos	1,4	3,9	5,7
Ejército	3,2	3,8	2,6
Marina	1,8	2,9	2,5
Agricultores	—	—	0,5
Sus labores	3,2	1,8	1,6
Jubilados	—	—	0,5
Sin profesión	27,6	24,9	9,9
Profesión desconocida	—	—	7,2
	100,0	100,0	100,0

ESTADISTICA 8.^a*Personas detenidas en 1972, con expresión de las profesiones*

Camareros	45
Comerciantes	8
Empleados	259
Estudiantes	239
Liberales	73
Legionarios	13
Marineros	32
Militares (USA)	65
Obreros	280
Sin profesión	296
Soldados	7
Sus labores	33
TOTAL	1.350

El grupo de Orientación de toxicómanos y familias, de la Brigada especial de Estupefacientes, en el año 1972, ha elaborado un estudio acerca de doscientos cincuenta consumidores de drogas, detenidos por tenencia o tráfico en Madrid o en el resto de España (si su domicilio familiar habitual se encuentra en Madrid). Las personas no han sido elegidas; son las que por orden cronológico han llegado al Grupo de orientación. El estudio se apoya principalmente en entrevistas (voluntarias) mantenidas con los interesados y/o con sus familiares. Algunas personas sólo han ofrecido datos a su paso por la Brigada, y luego no han sido localizados por varias razones. Esta dificultad de información, sobre

todo en los apartados que tienen un matiz más personal, explica las lagunas («desconocido») en las estadísticas.

A continuación entresacamos algunos datos acerca de estas doscientas cincuenta personas:

ESTADÍSTICA 9.^a*Drogas consumidas por doscientas cincuenta personas*

	Consumo fundamental %	Experiencias aisladas %
Cannabis (hachís)	88,4	—
Alucinógenos	2,8	29,2
Opiáceos	1,5	6,0
Cocaína	0,4	4,8
Estimulantes	3,2	19,6
Depresores	0,4	8,4

ESTADÍSTICA 10.^a*Edad de los doscientos cincuenta consumidores*

De 14 a 16 años	6,0%
De 17 a 18 años	15,6%
De 19 a 25 años	58,0%
De 26 a 40 años	17,6%
Mayores de 40 años	2,8%

ESTADÍSTICA 11.^a*Origen del consumo de las drogas*

	Varones	Mujeres
Amistades, curiosidad o nuevas experiencias ...	163	35
Legión o servicio militar en África	16	—
Residencia en África o Canarias	3	—
Inducidos por familiares	2	5
Relación amorosa	—	7
Desconocido	10	—
Otros		9

ESTADÍSTICA 12.^a*Nivel económico de los 250 consumidores observados*

Muy bajo	4	Medio-alto	34
Modesto	71	Alto	26
Medio	68	Desconocido	47

Lógicamente los datos conocidos (y los sospechados) de España, y los mucho más voluminosos e intrigantes de otras naciones muestran

la necesidad de aclarar más y más las incógnitas de las drogas. Ello explica también que las grandes organizaciones internacionales —World Peace Through Law Center, Naciones Unidas, Organización Mundial de la Salud, Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Consejo de Europa, etc.—, hayan prestado y sigan prestando especial atención a estos temas, estudiándolos en reuniones y congresos de carácter nacional e internacional. A finales de 1973 aparecerá el volumen segundo de SAGE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM ANNUALS, dedicado al tema *Drugs and the Criminal Justice System*, estudiando la historia de la legislación norteamericana acerca de las drogas, la relación entre las drogas y el crimen, el concepto de responsabilidad penal y el uso de las drogas, el tratamiento de los drogadictos en relación con el Derecho (sistema) penal, y el futuro de las drogas.

Paradójicamente, las numerosísimas publicaciones sobre las drogas no han logrado ponerse de acuerdo en casi ningún punto capital (excepto el que hemos indicado de su importancia). Personalidades autorizadas afirman conclusiones notablemente divergentes y aun opuestas.

Sabemos hoy muy poco acerca de las preguntas fundamentales en este campo: por qué tanto uso de las drogas, por qué tanto proselitismo, qué conductas se deben incriminar, qué conductas se deben permitir, qué significan y qué efectos producen las drogas... Las investigaciones dignas de crédito acerca de estos puntos claves resultan todavía insuficientes para que las autoridades en general puedan tomar posturas definitivas o extremas. Los responsables de la política criminal deben permanecer, especialmente en este terreno, a la expectativa de nuevas aportaciones científicas multidisciplinarias (6).

A) Aspectos positivos

Los aspectos positivos del uso de las drogas —al menos de algunas— merecen, según ciertos especialistas, tanta o más consideración que sus aspectos negativos.

Hoy no se puede seguir manteniendo la opinión antes, en ciertos ambientes, indiscutida de que los usuarios de las drogas acuden a ellas únicamente por bajos móviles hedonísticos. Personas dignas de consideración en las ciencias, en las artes y en la vida pública testimonian que el uso (no abusivo) de las drogas favorece la buena salud, intensifica la creatividad, fomenta las relaciones interpersonales y abre el espíritu a la experiencia religiosa.

Nos limitamos ahora a citar un par de testimonios: Algunos médicos afirman que varias drogas tienen propiedades terapéuticas en el tratamiento de la homosexualidad, del alcoholismo y de la frigidez de la mujer (*love session*, exaltación erótica) (7). El doctor S. R. Schmiege

(6) VAN SWIETEN, *Les frontières de la répression: la drogue*, en "Revue Droit pénal Criminologie", nov.-dic. 1972, pp. 223 y ss.

(7) JOHN CASHMAN, *El fenómeno LSD*, Plaza, Barcelona, 1971, pp. 69 y ss.

recomienda el uso de la LSD como complemento de la psicoterapia porque:

- 1.º Ayuda al paciente a recordar y superar las experiencias traumáticas, tanto recientes como de la infancia.
- 2.º Activa los procesos de reacción de transferencia, al tiempo que permite al paciente discutirlos con más facilidad.
- 3.º Estimula el inconsciente del enfermo de forma que provoca fenómenos fantásticos y emocionales que pueden ser tratados por el médico como si se tratase de sueños.
- 4.º Intensifica la afectividad del paciente, con lo que disminuye el riesgo de intelectualización excesiva.
- 5.º Permite al paciente «distinguir» mejor sus defensas habituales, y a veces permite modificarlas (7 bis).

Muchas sustancias psicotrópicas son y seguirán siendo, según Grigory Avrutski, director del Departamento de Psicofarmacología en el Instituto de Psiquiatría de Moscú, «un maravilloso instrumento en manos de los médicos para luchar mejor contra las enfermedades nerviosas y psíquicas (8). Otros especialistas ven en ellas eficaces remedios contra enfermedades respiratorias, contra el alcoholismo, contra el retraimiento depresivo, etc. (9).

Prescindiendo de las leyendas sirias, egipcias y griegas, así como de las citas de escritores antiguos (Aristóteles, Virgilio, Plinio el Viejo...) y de las conocidas declaraciones de Teófilo Gautier, de C. Baudelaire, o de los otros miembros del «Club de los Hashischiens» (10), abundan hoy los testimonios de quienes como Richard Alpert, T. Leary, Cary Grant, Allen Ginsberg, Paul Soodman, Edgard Friedenberg, Allen Watts, Ropp, Ludlow, Aldous Huxley (especialmente en «Las puertas a la percepción»), William Burroughs, etc., aseguran que las drogas les producen sana euforia, confianza en sí mismos, y activaciones psico-motoras que (junto con la disminución de las barreras inhibitorias) multiplican su capacidad creadora. Los alucinógenos, por ejemplo, según algunos de sus consumidores, ensanchan la conciencia, aumentan la sensibilidad al entorno y a los procesos corporales, desarrollan la capacidad de penetración respecto a la música, y respecto a la belleza. La mescalina, afirma Burroughs, transporta a quien la consume a áreas psíquicas inexploradas, a las que luego es frecuente que sepa volver sin ayuda química (11).

Las relaciones interpersonales (tan obstaculizadas en la actual sociedad de consumo) encuentran notables facilidades en algunos indi-

(7 bis) Citado en CASHMAN, *El fenómeno...*, pp. 65 y ss.

(8) G. AVRUTSKI, *La inquietante popularidad de los tranquilizantes*, en el *Correo de la Unesco* (mayo 1968), p. 23.

(9) LINDSMITH y GAGNON, *Anomie y Toxicomanía*, en "M. B.". CLINARD, *Anomia y conducta desviada*, Buenos Aires, 1967, 175 y ss.

(10) GAUTIER, *Le Club des Haschischiens*, *Feuilleton de la Presse Médicale*, 10, VII, París, 1843.

(11) WILHLIAM BURROUGHS, *El trabajo. Conversaciones con Daniel Odier*, Mateu, Barcelona, 1971, pp. 135 y ss.

viduos con el uso de ciertas drogas, por su capacidad para disminuir la ansiedad y abrir el ánimo a la confianza, al deseo de comunicación y al respeto a los deseos de los demás. Eysenck, en su libro *Crime and Personality* (12), afirma que mediante el tratamiento con bencedrina aumentan la sociabilidad, la cooperación, la atención y la actividad.

También en el campo religioso se aducen declaraciones positivas. Los experimentadores de ciertas drogas opinan que las religiones establecidas se atormentan sin motivo con la madeja de argumentos contradictorios sobre si Dios ha muerto o no. Dios no ha muerto, dicen, ni siquiera está perdido. Se encuentra sencillamente ahí, en los más profundos repliegues del espíritu, ahí donde siempre ha estado. La droga, el más poderoso de todos los sacramentos, abre el camino a la Verdad y a la Divinidad. Y supera un defecto cardinal de las religiones clásicas: éstas predicán lo que se ha de hacer, pero ellas mismas no son fuente de poder ni de vida; no transforman nuestro modo de sentir, la manera como experimentamos nuestra existencia, o nuestra identidad... La experiencia psicodélica pone el proceso del éxtasis místico al alcance de todos (13).

Walter Clark, psicólogo y profesor del Instituto de Teología Nexton, en Andover (Massachussets) después de experimentar una visión como la de Moisés con la zarza ardiente, afirma que las drogas proporcionan un medio de vivir la emoción religiosa, y de estudiarla en el laboratorio.

Los indios mejicanos llaman «carne de Dios» a ciertos hongos alucinógenos, porque comiéndolos crudos les facilitan, en sus ceremonias sacras, sensaciones trascendentales.

Las buenas costumbres sociales y religiosas de algunos pueblos—India, Jamaica, Brasil, etc.—prescriben el uso de drogas que en otros pueblos se considera una conducta desviada y antisocial.

Antes de terminar la exposición de los argumentos «defensores» de las drogas conviene indicar que, según muchos especialistas, la mayor parte de sus efectos negativos dependen principalmente de la personalidad de quien las usa, o de la negligencia de quien controla al consumidor.

Frente a estos y otros similares testimonios de los efectos benéficos de muchas drogas encontramos también constataciones (muy notables en número y en valor) de sus efectos perjudiciales.

(12) H. J. EYSENCK, *Crime and Personality*, Boston, Houghton Mifflin, 1964, pp. 164 y ss. WOLFGANG y FERRACUTTI, *La subcultura de la violencia*, "Fondo Cult. Econ.". México, 1971, 335.

(13) RICHARD H. BLUM, *Drugs, dangerous behavior, and social policy*, en *Task Force Report: Narcotics and Drug Abuse. Annotations and consultants' papers, The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*, Washington, 1967, pp. 64 y ss. LINDESMITH y GOGNON, *Anomie y Toxicomanía*, en M. B. CLINARD, *Anomia y conducta desviada*, Paidós, Buenos Aires, 1967, 153 y ss.

B) Aspectos negativos

La primera de las ocho conclusiones que la Real Academia Nacional de Medicina elevó a la Presidencia del Gobierno como resultado de los coloquios celebrados en Madrid, en marzo y abril de 1972, dice: «La dependencia a drogas es una enfermedad social que está afectando especialmente a la juventud, en la que causa daños físicos, psíquicos y sociales, llevándola a hacer caso omiso de deberes familiares, laborales y morales.»

La *American Psychiatric Association* ha negado toda acción benéfica de ciertas drogas consideradas por otros doctores como recomendables y eficientes en tratamientos terapéuticos (14).

Sutter, Pellicier y Scotto refiriéndose, principal pero no exclusivamente, a las sustancias alucinógenas afirman que el uso de drogas puede perjudicar la salud, disminuir (o perturbar) la capacidad intelectual, impulsar al suicidio... En definitiva, escriben (15), la droga tiene sobre todo el efecto de aflojar los vínculos que unen al individuo con el mundo exterior o con su propia historia... no para orientarlo a empresas nobles (de esfuerzo, de acción) sino a una devaluación de todas las instancias superiores del psiquismo, a una pérdida del autodomínio. La personalidad toxicófila es una personalidad inmadura.

Jacobson y Berlin, después de observar ciento cuarenta y ocho embarazos en mujeres que consumían (como sus consortes) LSD, concluyen que esta droga puede ser peligrosa (hazardous) para la reproducción humana (16).

Autorizados especialistas afirman que algunas de las muertes ocurridas entre los deportistas, sin causa alguna aparente (recientemente, por ejemplo, el fallecimiento en el campo de juego del futbolista Berruezo), pueden deberse al «dopping» que en determinadas circunstancias personales (problemas familiares) o ambientales (excitación del público) desencadena efectos mortales. El «viaje» con LSD, se ha escrito, no es siempre de ida y vuelta. A veces es sólo de ida... al manicomio, a la cárcel o al cementerio (17).

Las drogas, según algunos sociólogos, debilitan y enervan el impulso creador, fomentan la asocialidad y, en muchos casos, llegan hasta la anti-

(14) GEERT-JÜRGENSEN E., *Further observations regarding hallucinogenic treatment*, en *Acta Psychiat. Scand.* 1968, suppl. 203, pp. 195 y ss.

(15) J. M. SUTTER, y PELLICIER, J. C. SCOTTO, *Les substances hallucinogènes*, en *Encyclopédie Médico-Chirurgicale. Affections organiques generales* (Paris, 1970), 37630 F 10, pág. 10.

(16) C. B. JACOBSON y CH. M. BERLIN, *Possible Reproductive Detriment in LSD Users*, en *JAMA* (11 de diciembre de 1972), pp. 1367-1373. Este trabajo se llevó a cabo subvencionado por la Drug Control Division, Office of Scientific Support, Bureau of Narcotic and Dangerous Drugs (USA).

(17) M. GRANIER-DOYEUX, *Del opio al LSD. La larga historia de los alcaloides*, en el *Correo de la Unesco* (mayo 1968), pp. 8 y ss. Harold FINESTONE, *Narcotics and Criminality*, en *Law and Contemporary Problems*, tomo XXII, 1957, 69 y ss. D. W. MAURER y V. H. VOGEL, *Narcotic and Narcotic Addiction*, 3.ª ed., Springfield, Charles C. Thomas, 1969, pp. 262 y ss.

socialidad. Las drogas, dicen, abocan a frecuentes delitos de falsedades (falsificación de recetas, por ejemplo), a delitos violentos contra las personas (lesiones, muertes, imprudencias en la conducción de vehículos a motor), y contra la propiedad (estafas, hurtos y robos para poder comprar la dosis exigida por la adicción psicológica o fisiológica).

En resumen, nadie duda sobre la importancia de los problemas que las drogas plantean en la sociedad de hoy y de mañana. Pero, los conocimientos y criterios de las ciencias empíricas acerca de las drogas (sobre todo respecto a sus efectos para la persona y la convivencia) permanecen todavía inseguros, imprecisos y frecuentemente contradictorios.

En esta materia, según Olievenstein, Solms, y otros muchos (18), estamos científicamente en la edad de las cavernas.

Sobre este terreno tan movedizo, en el que encontramos tantos criterios unilaterales y apasionados, el penalista ha de tomar decisiones que lógicamente abundarán en puntos discutibles y criticables.

El legislador español, consciente de la importancia del tema, le ha dedicado mucha atención, como aparece en la amplia legislación al respecto.

2. TEXTOS LEGALES

Las normas españolas más importantes atañentes a las drogas se encuentran en los siguientes textos legales:

A. Código penal de 1944, texto revisado de 1963, modificado por la Ley 3/1967, de 8 de abril, y por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (Especialmente los artículos 340 bis a 1.º, y 344) (19).

(18) H. SOLMS, *El médico práctico ante las toxicomanías juveniles*, en *Medicina e higiene* (Ginebra, 28 diciembre 1972), pp. 1 y ss.

(19) La Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal (texto sometido a examen por la sección segunda de la Comisión. Gabinete de estudios, Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, diciembre de 1972), en la Base Tercera, núm. 4, establece que:

“Serán considerados inimputables:

Segundo: El que, en el momento de perpetrar el hecho, sufra una anomalía 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 situare en un estado de inimputabilidad para perpetrar el hecho”.

En la Base Décima, núm. 7, dice que:

“En cuanto a las medidas de seguridad substitutivas de las penas, establecerá el Código:

Segundo: La substitución 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”.

B. Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, y adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de las Naciones Unidas (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» (BOE), de 11 de abril, pp. 4806-4809).

C. Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social (publicado en el «BOE», de 6 de agosto, pp. 12551-12557). Principalmente interesan los números 7.º y 8.º del artículo 2, y los números 5.º y 6.º del artículo 6.

D. Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, publicado por Decreto 1.144/1971, de 13 de mayo (publicado en el «BOE», de 3 de junio, pp. 8895-8903).

E. Convenio Unico de las Naciones Unidas de 1961 sobre estupefacientes, suscrito por España y ratificado por Instrumento de 3 de febrero de 1966 (publicado en el «BOE», de 22 de abril de 1966).

F. Decreto de 3 de julio de 1931, nuevamente redactado por Decreto de 27 de mayo de 1932 («Gaceta Oficial del Estado», de 1.º de junio), y aclarado por Orden de 30 de diciembre de 1932. (Estos Decretos regulan el internamiento de los enfermos mentales o de los toxicómanos equiparables a los enfermos mentales).

G. Ley de Contrabando, cuyo texto refundido se aprobó por Decreto de 11 de septiembre de 1953, adaptado a la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963. (Decreto 2.166/1964, de 16 de julio, rectificado el 31 de agosto). Especialmente los artículos 3 y 24.

En España no hay específicas limitaciones constitucionales aplicables al control de drogas, ni en el campo nacional ni en el internacional.

La terminología de estos textos legales merece un análisis especial.

3. OBSERVACIONES TERMINOLOGICAS

El contenido de la palabra droga varía mucho según quien la emplee y en qué contexto. Para el Comité de Expertos de la Organización Mundial de la salud, droga significa cualquier sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o varias de sus funciones (20).

La legislación española en este terreno sigue generalmente, pero no siempre, la terminología del Convenio Unico de las Naciones Unidas de 1961. Concretamente, por *estupefacientes*, según el artículo 2 de la Ley de 1967 se entenderán las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I, II y IV de las anexas al Convenio Unico de 1961 de las N. U. y las demás que adquieran tal consideración en el

(20) Cfr. H. GÖPPINGER, *Kriminologie*, Beck, München, 1971, pp. 158 y ss. PEDROTTI DELL'ACQUA, *Tossicomanie e psicotropi* (Milano, 1972, Giuffrè), páginas 7 y ss.

ámbito internacional con arreglo a dicho Convenio, y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca (21).

Ni el Convenio de 1961, ni el de 1971 (sobre sustancias psicotrópicas), enumeran el alcohol entre las drogas. Tampoco la legislación española. Pero ésta, como veremos detenidamente después, equipara en bastantes casos el alcohol a las drogas.

El Código penal asimila las sustancias estupefacientes a las drogas tóxicas (o venenos), y la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social equipara a ambas los fármacos que produzcan análogos efectos.

Según el artículo 11 de la Ley de 8 de abril de 1967, «se entenderá por *fabricación* de estupefacientes el conjunto de operaciones de obtención de los mismos a partir de la materia prima bruta, su purificación y la transformación de unos productos en otros, así como la obtención de dichos productos mediante síntesis química, y por *fabricación* de preparados de estupefacientes la elaboración de los mismos a partir del producto correspondiente».

Según el artículo 15 de la misma Ley «constituyen tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma». La venta, la *adquisición* y la *enajenación* se incluyen en el tráfico.

El legislador —capítulo VI de la Ley— no define expresamente el uso ni el consumo. Tampoco define la *tenencia* (*posesión*), incriminada en el artículo 344 del Código penal; pero la doctrina (22) limita ésta a la posesión en condiciones tales que, por su cantidad o circunstancias, puede inferirse la intención de un tráfico ilícito, oneroso o gratuito. Además de esta tenencia, el legislador español incrimina también a quien facilite o favorezca el uso de drogas tóxicas o estupefacientes, salvo en los casos autorizados por la Ley de 1967. Y después de estas aclaraciones terminológicas, pasamos a estudiar las infracciones penales y administrativas.

(21) Las normas administrativas posteriores atinentes al tema son: en el campo nacional, la Orden de 31 de julio de 1967 (por la que se incluyen entre las sustancias estupefacientes: la dietil-amida del ácido lisérgico (LSD 25), la mescalina, etc.), la Orden de 17 de agosto de 1967, la Resolución de 15 de marzo de 1968 y la Orden de 25 de junio de 1969. Y, en el campo internacional, el Convenio sobre sustancias psicotrópicas (*Draft Protocol on the Control of Psychotropic Drugs Outside the Scope of the Single Convention on Narcotic Drugs of 1961*), firmado en Ginebra el 21 de febrero de 1971, que dentro del concepto genérico de drogas psicotrópicas enumera 32 sustancias, repartidas en cuatro listas. Cfr. BASSIOUNI, *The International Narcotics Control System: A Proposal*, en *St. John's Law Review*. New York, mayo 1972, núm. 4, pp. 740 y ss. España se adhirió a este Convenio por acuerdo celebrado en Consejo de Ministros el 15 de agosto de 1972.

(22) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte Especial*, suplemento a la 4.^a edición (Madrid, 1972), pp. 92 y ss.

4. DELITOS, PENAS Y MEDIDAS DE CORRECCION Y SEGURIDAD

El Código penal tipifica cuatro figuras delictivas: el tráfico ilícito de drogas, la promoción de su uso, su prescripción o despacho por un facultativo, y la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de estupefacientes.

El artículo 340 bis a del Código penal sanciona la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes con pena compuesta: multa de 5.000 a 50.000 pesetas, y privación del permiso de conducir de tres meses y un día a cinco años.

El artículo 344 (según la nueva redacción de 1971) incrimina a quienes ilegítimamente ejecutan actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general, de drogas tóxicas o estupefacientes, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso, fuera de los casos autorizados con arreglo a la Ley de 1967 (23). Castiga estas conductas con la pena de prisión mayor (privación de libertad de seis años y un día a doce años) y multa de 5.000 a 250.000 pesetas.

Su párrafo 2.º impone, además, la pena de inhabilitación especial (de seis años y un día a doce años) al facultativo que con abuso de su profesión prescribiere o despachare tóxicos o estupefacientes.

Conviene reflexionar sobre el bien jurídico protegido, la naturaleza jurídica, el arbitrio judicial y las sanciones (penas y medidas) de estos delitos.

La ubicación de todas estas figuras en la sección segunda («delitos contra la salud pública») y en la sección primera («delitos contra la seguridad del tráfico»), del capítulo segundo («De los delitos de riesgo en general») (24), del título V, del libro II, de pie para pensar que se protegen única o casi únicamente dos bienes jurídicos: la salud pública y la seguridad del tráfico.

Sin embargo, el texto del artículo 344 muestra que se defienden también, o sobre todo, los bienes económicos y la seguridad general

(23) Según el artículo 22 de la Ley de 1967, los estupefacientes deberán ser usados o consumidos precisamente para el objeto con que hayan sido suministrados por el Servicio o dispensados por las farmacias, considerándose prohibido cualquier cambio o consumo, aunque se lleve a cabo por la misma persona o entidad que haya obtenido legalmente los estupefacientes, a no ser que se obtenga, también reglamentariamente, la autorización o la prescripción necesaria para el nuevo uso o consumo.

(24) El "B. O. E." de 11 de abril de 1967 dice: "Delitos de riesgo en general", pero técnicamente debía decir: "Delitos de riesgo general". Cfr. A. BÉRISTAIN, *El delito de peligro por conducción temeraria*. Notas al artículo 340 bis a (núm. 2), en *Revista de Derecho de la Circulación*, año VII, núm. 6, noviembre-diciembre 1970, pp. 527 y ss.

En cuanto al bien jurídico protegido en el artículo 344, cfr. GIMBERNAT, *La reforma del Código penal y de justicia militar*, en *Cuadernos para el Diálogo*, diciembre 1971, pp. 16 y s.

Este artículo pretende no sólo evitar el ataque real (daños o lesiones) contra la propiedad o la incolumidad corporal de individuos concretos (bienes jurídicos a los que éstos, en cierto sentido, pueden renunciar), sino que pretende también evitar la situación de riesgo general de peligro para la comunidad, por la probabilidad de que se cometa cualquier delito. Presupone, por tanto, que quien facilita el uso (y abuso) de las drogas, abre la puerta a probables conductas delictivas, y con ello (aunque esas conductas no lleguen a realizarse) pone en peligro la seguridad de la colectividad.

Parece infundado afirmar que el artículo 344 describe delitos de peligro, pues no requiere constatar la probabilidad del resultado lesivo. Describe delitos de mera desobediencia, que presuponen (con presunción *iuris et de iure*) el peligro, pero no lo exigen *de facto*.

La legislación penal española no diversifica la tipificación ni la sanción según las clases de drogas o según la cantidad, e incurre así en el craso error de desatender las grandes diferencias que median entre los efectos que producen los alucinógenos (marihuana, hachis, mescalina, LSD-25...), los estimulantes del sistema nervioso central (cocaína, anfetaminas...), los barbitúricos (luminal, veronal, sosegón...), los opiáceos (opio, morfina, heroína...), etc. (25). La diversidad cualitativa y cuantitativa de las drogas puede influir en la mayor o menor gravedad de la sanción *únicamente según el arbitrio del juez* (individualización judicial), dentro de los límites (comunes a todas las drogas) establecidas por la Ley.

En este campo el Código penal tampoco matiza suficientemente las figuras delictivas según la edad de los sujetos y pasivos (como veremos enseguida).

La carencia de diversificación en los tipos legales queda escasa y parcialmente compensada por el amplio (demasiado amplio) arbitrio que este artículo, en sus párrafos 3.º y 4.º, concede a los tribunales. Estos, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán disminuir o aumentar la pena en un grado. Por tanto, la duración de la pena privativa de la libertad que imponga el juez puede oscilar entre seis meses y un día a veinte años, y la cuantía de la multa entre 2.500 a 375.000 pesetas (26). En los casos de extrema gravedad, cuando los hechos se ejecuten en establecimiento público, los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable, podrán decretar la me-

(25) Lo afirmado en el texto no se opone a las atinadas conclusiones de S. COHEN, *The Beyond within, The LSD story*, rechazando la clasificación simplista de drogas "buenas" y "malas". Coincidimos con él en aconsejar al legislador que el laberinto de las drogas evite tanto la prohibición total como la libertad sin límites.

(26) ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1949, pág. 559. A. BERISTAIN, *Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado* (separata de "Rev. General de Legis. y Juris.", Madrid, 1971, Reus, pp. 42 y ss. En este mismo sentido de la posibilidad de sancionar delitos con pena inferior a 5.000 ptas. se manifiesta posteriormente la Consulta de la Fiscalía del T. S. de 9 de noviembre de 1972.

dida de clausura del establecimiento de un mes a un año. Sobra decir que las penas de estos delitos pueden resultar en muchas ocasiones excesivamente graves (27).

Además de la medida impuesta excepcionalmente en el artículo 344 que acabamos de comentar, la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social establece varias *medidas de corrección y seguridad* en supuestos de peligrosidad posdelictual y predelictual, en relación con los estupefacientes. Ahora indicamos algo acerca de la primera, y después hablaremos de la peligrosidad sin delito.

Ante todo conviene aclarar la grave contradicción en que —creo— incurre el legislador cuando, por una parte, en la exposición de motivos de la LPRS afirma que esta ley pretende «eliminar del texto aquéllos estados... que representan una innecesaria superposición al delito, con la consiguiente duplicidad de pena y medida», y por otra parte en su artículado regula varias medidas posdelictuales, como las que en seguida citaremos.

Ante tal antinomía nos mostramos (contra la opinión de varios comentaristas) (28) decididos defensores de la superposición de pena y medida en la generalidad de los casos. Toda medida (penal) de corrección y seguridad, salvo excepciones aisladas, o cuando se refiere a inimputables con atribuibilidad —*suitas*—, pero sin responsabilidad puede imponerse y aplicarse junto con la pena, sin que ello implique vulneración del principio de «*non bis in idem*».

Según el número 8 del artículo 2.º de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, los que promuevan o realicen el ilícito tráfico o fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos (29), y los dueños o encargados de locales o establecimientos en los que, con su conocimiento, se permita o favorezca dicho tráfico o consumo, así como los que ilegalmente posean las sustancias indicadas, si se aprecia en ellos una peligrosidad (social), serán declarados en estado peligroso y se les aplicarán las correspondientes medidas.

(27) La gravedad de estas penas sería todavía más excesiva si siguiese vigente el artículo 75 de la Ley de Ordenación de la Emigración, de 1962 (Decreto de 3 de mayo), que obligaba a imponer en su grado máximo las penas por los delitos contra la salud pública (artículos 341 a 348 bis del Código penal) si se referían a la emigración o si el perjudicado era un emigrante. El artículo 75 de la Ley de Ordenación de la Emigración ha sido derogado por la Ley 33/1971, de 21 de julio, de Emigración, en su disposición derogatoria.

(28) César MARTÍNEZ BURGOS, *El tratamiento penal del tráfico de drogas*, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año XXVI, núm. 907, 5 de marzo 1972, pp. 4 y ss. En general, cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, Madrid, 1972, pp. 155 y ss., con abundante bibliografía. Atinadamente sobre este "tema clave", ANTÓN ONECA, *El Derecho penal de la postguerra*, en Universidad de Salamanca, *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, 167 y ss.

(29) La Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social sigue la terminología del Convenio de 1961 con menos fidelidad que la Ley de 1967 y que el artículo 344 del Código penal.

Las medidas aplicables simultáneamente, son:

- 1.º Internamiento en un establecimiento de trabajo (de cuatro meses a tres años).
- 2.º Incautación del dinero y efectos procedentes.
- 3.º Multa (de 1.000 a 50.000 pesetas).

Además, se les aplicará sucesivamente la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y la sumisión a la vigilancia de los delegados (por tiempo inferior a cinco años). A los dueños de los establecimientos se les clausurará en su caso el local (de un mes a un año) (cfr. LPRS, art. 6, núm. 6.º). Esta última medida, en muchos casos, resultará superflua, pues coincide (si hay peligrosidad) con la que pueden imponer los Tribunales ordinarios en virtud del artículo 344 del Código penal.

La naturaleza jurídica de estas medidas parece híbrida tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*. La incautación, la prohibición de residencia y la clausura, deben considerarse medidas de seguridad. Otras, en cambio (internamiento en un establecimiento de trabajo, sumisión a la vigilancia de los delegados...), más bien de *corrección* y seguridad.

Estas últimas rara vez lograrán su fin reeducativo cuando se aplican a los traficantes, pues tales personas, que generalmente «apadriñan» negocios fabulosos, resultan de muy difícil reinserción social.

En cambio, las medidas de corrección podrán lograr notables resultados positivos en los jóvenes. Por ésta y otras razones, la legislación española acerca de las drogas debía formular normas especiales para tener más en cuenta las diferentes edades en los delincuentes, en los peligrosos y (sobre todo) en los sujetos pasivos de estos delitos. Particular consideración merece la edad juvenil de aquellos a quienes se venden o regalan estupefacientes, o a quienes se inicia en su uso. El legislador debía sancionar especialmente estas conductas, y debía atender con más esmero (y más esperanza) a la reeducación de estas víctimas todavía en período de información. Puede servir de ejemplo el párrafo 1.407 de la *Cannabis Control Act*, de 16 de agosto de 1971, del Estado de Illinois.

Por desgracia, en España no sucede así. No hay normas peculiares para la edad de las víctimas, de los delincuentes o de los peligrosos relacionados con las drogas. En este campo rigen las reglas generales (29 bis). Por tanto, se clasifican los sujetos activos en los tres grupos siguientes:

A) *Los menores de dieciséis años*: Respecto a éstos únicamente son competentes los Tribunales Tutelares de Menores (excepto en la Jurisdicción Militar) que gozan de amplio arbitrio, según su legislación (Decreto de 11 de junio de 1948, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 19 de julio, conteniendo la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores y el Reglamento para su ejecución).

(29 bis) FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Tráfico de Drogas y Delincuencia Juvenil*, en *An. De. Penal*, 1972, 232-236.

B) *Los adultos*: Para el Código penal, como para la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, son adultos los mayores de dieciséis años (30).

C) *Los comprendidos entre dieciséis y dieciocho años*: Según el artículo 65 del Código penal, a los delincuentes comprendidos entre estas edades «se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable».

5. INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Las infracciones administrativas en lo que atañe a las drogas forman dos bloques: las relativas al contrabando y las entorpecedoras de las normas administrativas.

La ley de 1967 (art. 30) determina que las sustancias estupefacientes tienen carácter de artículos estancados. Por tanto, según los arts. 3.º y 4.º de la Ley de Contrabando (y Defraudación), cuyo texto refundido se aprobó por Decreto de 11 de septiembre de 1953, adaptado a la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 (Decreto 2.166/1964, de 16 de julio —rectificado el 31 de agosto—) serán infracciones de contrabando la importación o exportación, tenencia o circulación y demás operaciones realizadas con las sustancias estupefacientes incumpliendo las disposiciones legales.

Tales actos de contrabando serán perseguidos, juzgados y sancionados con arreglo a los preceptos de la Ley de Contrabando. Formalmente, estas infracciones y sus sanciones correspondientes están calificadas en esta ley como administrativas, aunque por su contenido y por los valores protegidos (31) pertenecen, o deben pertenecer, al Derecho penal. La jurisdicción, los tribunales y el procedimiento son exclusivamente administrativos. Según el art. 24 de esta ley (de Contrabando), pueden imponerse las cuatro sanciones siguientes: multa (como sanción principal, su cuantía varía según el valor de los géneros o efectos que sean objeto de la infracción), comiso, separación del servi-

(30) La escasa diferenciación de la legislación patria respecto a la edad del autor de una acción tipificada como delito tiene, en la parte general del Derecho penal español, mayor importancia de lo que parece. Los penalistas modernos destacan cada vez más la necesidad de crear (o reconocer) un estrato nuevo para la infracción del delincuente juvenil. Su estudio debe colocarse fuera de la minoría de edad, dentro del Derecho penal, pero con distinciones de la infracción de los adultos. Este capítulo nuevo debe introducirse, quizá, en el lugar anteriormente dedicado a la atenuante 3.ª del artículo 9 y al artículo 65, pero con autónoma titulación.

(31) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte general*, 2.ª ed., Madrid, 1971, 118 ss. Idem, *Contrabando y defraudación*, en NEJ. T. V., 1953, 282 ss. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español. Parte general*, vol. I. Madrid, 1968, 220 ss.

cio o cargo (estas dos últimas como accesorias) y prisión (como subsidiaria, por insolvencia del culpable).

La nueva redacción del artículo 344 del Código penal al incriminar el «tráfico en general de drogas tóxicas o estupefacientes» incluye dentro de este ilícito penal las acciones que, a tenor de la Ley de estupefacientes de 1967 (art. 15), y de la Ley de Contrabando (artículos 3.º y 4.º), constituyen el ilícito administrativo de contrabando, y plantea así el problema de una posible acumulación de sanciones penales y administrativas a causa de una sola acción.

De lege ferenda hay que respetar el principio de *non bis in idem*, y aplicar únicamente la pena, pues si el contenido de estas infracciones aparece definido y castigado en el Código penal como delito, el concepto de delito debe prevalecer (como afirma la Circular de la Fiscalía del T. S. de 17 de julio de 1968, tratando concretamente del tráfico de drogas), y debe consumir la infracción y la sanción administrativas.

De lege lata la respuesta resulta difícil porque: 1.º la ley de contrabando es una ley penal (aunque arbitrariamente el legislador la haya formalmente despenalizado), 2.º la vaga redacción del artículo 603 del Código penal da pie a interpretaciones opuestas a la que teóricamente aparece como la más justa, 3.º la doctrina de los especialistas no ha logrado una solución clara y convincente a este problema, 4.º la ley de prensa y el artículo 33 de la ley de 1967 abren la puerta a soluciones de doble sanción.

Tienen también naturaleza de infracciones administrativas a tenor de este artículo 33 y del precedente 32, y son sancionadas por la autoridad gubernativa, las *acciones u omisiones contrarias a la efectividad de las normas administrativas* que se dicten por los órganos del Ministerio de la Gobernación. Así, por ejemplo, la inexistencia o la falta de puntualidad, veracidad o exactitud en los registros, partes, declaraciones y demás controles obligatorios. También las ocultaciones y toda clase de entorpecimiento o de faltas de colaboración debida al Servicio de Control, etc.

Por estas infracciones pueden imponerse las sanciones administrativas siguientes:

- Multa hasta 500.000 pesetas.
- Suspensión o revocación definitiva de las autorizaciones, licencias o permisos concedidos por el Servicio de Control de Estupefacientes.
- Resolución de los conciertos, contratos o convenios que el mismo haya celebrado con personas o Entidades privadas.
- Disminución o supresión total de los suministros a los Centros docentes o de investigación.
- Clausura temporal de un mes a un año o definitiva de farmacias, botiquines o establecimientos comerciales o industriales.

— Suspensión para el ejercicio de cargos, profesiones, oficios o actividades relacionadas con la producción, fabricación y tráfico de estupefacientes (art. 34 de la ley de 1967).

El artículo 33 afirma taxativamente (como indicábamos hace poco) que estas infracciones administrativas, de entorpecimiento de las normas dictadas por los órganos del Ministerio de Gobernación, «serán perseguidas administrativamente, sin perjuicio de que puedan integrar delito y ser perseguidas por la vía correspondiente». *De lege ferenda*, repetimos otra vez, esta posible dualidad de sanciones parece criticable o, al menos, necesidad de algunas matizaciones y limitaciones.

Lo dicho hasta aquí respecto a las infracciones penales y administrativas en el campo de las drogas y respecto a sus sanciones debe completarse con algunas observaciones acerca del alcoholismo y acerca del tratamiento predelictual de los drogadictos que no han cometido delito alguno.

6. EL ALCOHOLISMO COMO TOXICOMANIA

Según los especialistas de las ciencias empíricas el alcohol queda incluido indudablemente bajo el concepto genérico de las drogas; y como una de las más nocivas, pues produce dependencia biológica, dependencia psíquica, tolerancia y riesgo grave para la salud pública (31 bis). Sin embargo, el legislador de muchas naciones excluye el alcohol de las listas de las drogas.

Algunas razones de esta divergencia aparecen en el informe técnico de la Organización Mundial de la Salud de 1971. Según este informe «los problemas vinculados a la farmacodependencia provocan una gran variedad de reacciones, tanto a nivel nacional como otros niveles, que con frecuencia parecen responder a intenciones contradictorias. En muchos países es característico a este respecto el caso del alcohol. Los impuestos con que se grava su venta contribuyen a equilibrar el erario público, y la producción de bebidas alcohólicas es el medio de vida de un sector importante de la población. Los gobiernos pueden recurrir a los impuestos para obtener fondos suplementarios o para frenar las ventas (o por ambas razones), pero a veces no se atreven a fijar impuestos muy elevados por el temor de que la disminución de las ventas acarree una pérdida de ingresos...

(31 bis) G. PIEDROLA GIL, *Dependencia a drogas psicotrópicas como manifestación de patología social*, en *Archivos de la Facultad de Medicina de Madrid*, XXII (enero 1973), pp. 38, 50 y ss. (con abundante bibliografía). LUCIO MENDIETA, *Investigación social de las toxicomanías*, en "Criminalia", marzo-abril, 1972, 95 y ss. Como afirma el informe publicado a comienzos de 1973 por la Comisión Estadounidense sobre Marihuana y Abuso de Drogas, presidida por R. P. Shafer, "el alcohol es la droga más frecuentemente usada y más generadora de violencia criminal y de conducción imprudente y temeraria de vehículos de motor".

No es raro que la propaganda comercial ponga de relieve los atractivos del alcohol, mientras la publicidad médica subraya sus peligros».

No es raro, añadimos nosotros, que los científicos constaten datos alarmantes acerca del uso y abuso del alcohol (como de una droga más) sin que los legisladores adopten las normas que lógicamente exigiría la política criminal (32).

Los datos estadísticos antes reseñados acerca de las drogas deben completarse aquí con alguna información —aunque sea breve— respecto al uso y abuso del alcohol en España.

Muchos especialistas consideran al alcoholismo como la toxicomanía más extendida de nuestro país. Cerca de un 20 por 100 de alcoholemias elevadas han sido apreciadas en los cadáveres procedentes de accidentes de circulación. Teniendo en cuenta el número de personas internadas en hospitales y centros psiquiátricos, la frecuencia de mortalidad por cirrosis, etc., algunas estadísticas calculan que un millón de españoles deben considerarse alcohólicos. Otras estadísticas aumentan la cifra hasta un 8,5 por 100 de la población. El número de mujeres es aproximadamente un tercio del de varones.

Nuestro Código penal y nuestras LPRS equiparan sólo parcialmente el alcohol y las drogas.

El artículo 340 bis a del Código penal incrimina la conducción de vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas igualmente que la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o estupefacientes. En cambio, el artículo 344 del mismo texto legal tipifica el tráfico, la promoción y la prescripción de drogas pero no del alcohol. Tampoco el Convenio Unico de 1961, ni la Ley de 1967, ni el Convenio de 1971 se refieren al alcohol.

El Código penal al regular las eximentes —concretamente las debidas a enajenación y a trastorno mental transitorio— no habla del alcohol ni de las drogas en general. Al regular las atenuantes se refiere únicamente a la embriaguez (no habitual).

Tres problemas interesa ahora indicar: 1.º Si la embriaguez del número 2 del art. 9 se refiere sólo a la producida por ingestión de bebidas alcohólicas. 2.º Si en la eximente del trastorno mental transitorio puede incluirse la embriaguez por bebidas alcohólicas. 3.º Si en la eximente del trastorno mental transitorio puede incluirse la «embriaguez» por causas distintas que las bebidas alcohólicas.

Algunos comentaristas interpretan la embriaguez de la circunstancia 2.ª del art. 9, refiriéndola exclusivamente a la producida por bebi-

(32) La política criminal debe regirse por elementos racionales e irracionales. Cfr. NAVARRETE, *Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito*, en *Anales de la Universidad de Valencia*, vol. XXXVI, cuaderno III, curso 1962-63, pp. 70 y ss.

La historia muestra que —con razón o sin ella— las drogas siempre han sido y seguirán siendo compañeras del hombre para aliviar sus preocupaciones y compartir sus alegrías (alcohol), para conciliar el sueño y aminorar el dolor (opio), para calmar el hambre y luchar contra la fatiga (coca, café, mate, ílex, te, pasta guaraná, etc.).

das alcohólicas. Otros no excluyen las psicosis de intoxicaciones por cualquier clase de drogas, y tampoco falta quien las incluye expresamente (33). Probablemente la *voluntas legislatoris* aboga por los primeros, pero la *voluntas legis* por los últimos.

La embriaguez, según algún eminente tratadista, nunca constituye una causa de exención de la responsabilidad criminal (es decir, que no puede incluirse en el trastorno mental transitorio del número 1.º del art. 8), pues de lo contrario quedaría sin contenido y sin sentido la atenuante del art. 9 (núm. 2). Otros autores, en cambio, opinan que la embriaguez plena (excepto la adquirida con propósito de delinquir) productora lógicamente de trastorno mental transitorio, exime de responsabilidad criminal, y la embriaguez no plena, es decir, sin la intensidad suficiente exigida para el trastorno mental transitorio, debe considerarse como eximente incompleta del número 1.º del art. 9. En consecuencia, queda sin posible aplicación la atenuante específica del número 2 del artículo noveno (34).

Algunas páginas dedicadas al problema de la embriaguez y el trastorno mental transitorio delimitan con poca claridad el significado de la palabra embriaguez.

Para quienes entienden por embriaguez la causada por bebidas alcohólicas, el trastorno mental transitorio proveniente de sustancias alcohólicas exime de responsabilidad criminal, pues no hay formulación que lo impida, ya que la atenuante segunda del artículo 9 sólo se refiere a la embriaguez. Parece que la metodología técnico-penal debe equiparar el trastorno mental transitorio proveniente de sustancias alcohólicas con el proveniente de otras sustancias (donde la ley no distingue, tampoco debe distinguir el juez) y debe considerarlo siempre como eximente (salvo cuando se ha buscado para delinquir).

El Estudio preparatorio, de diciembre de 1972, para la reforma del Código penal aclara este problema comprendiendo expresamente dentro de la eximente de anormalidad mental permanente o transitoria la

(33) Cfr. José ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, tomo I, parte general, Madrid, 1949, págs. 305 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español, Parte General*, 2.ª ed. (Madrid, 1971), pp. 498 y ss., pp. 575 y ss.; JUAN DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español. Parte General*, vol. II (Madrid, 1972), pp. 192 y ss.; CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, tomo I (Barcelona, 1972), pp. 410 y ss. Los antecedentes legales: (por ejemplo, el artículo 26 del C. p. de 1822, según el cual la "embriaguez voluntaria y cualquiera otra privación o alteración de la razón de la misma clase no serán nunca disculpa del delito que se cometa en este estado, ni por ella se disminuirá la pena respectiva"), y analogía *in bonam partem* pueden aclarar bastante este problema. Aquí se prescinde del significado de la palabra embriaguez en otros artículos del Código penal (art. 570, núm. 3 y art. 584, núms. 7.º y 8.º). Según el diccionario de la Academia, *embriagar* significa atontar, perturbar, adormecer..., y *embriaguez* significa turbación pasajera de las potencias, dimanada del exceso con que se ha bebido vino u otro licor, y en sentido figurado, enajenamiento del ánimo.

(34) PÉREZ VITORIA, *El "trastorno mental transitorio", como causa de inimputabilidad en el Código penal español*, en *Anuario de Derecho penal*, 1952, pp. 40 y ss. (con referencias bibliográficas).

embriaguez plena y fortuita y la intoxicación por drogas con los mismos caracteres. La Base tercera, en su número 4 dice:

«En consecuencia, serán considerados inimputables: ... Segundo: El que, en el momento de perpetrar el hecho, sufra una anomalía 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.»

La Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, como el Código penal equipara sólo en parte el alcohol a las demás drogas. En su artículo 2.º (núm. 7), continuando la orientación del Código penal de 1928 (art. 90, 8.ª), y de la Ley de Vagos y Maleantes (art. 2.º, 6.º), incluye expresamente a los ebrios habituales entre los toxicómanos. La Ley no equipara los ebrios habituales a los que *usan* drogas o estupefacientes, sino a los toxicómanos (a los que abusan de las drogas o de los estupefacientes) (35). Si se aprecia en ellos peligrosidad, se les aplicarán medidas de corrección y seguridad.

Pero, la LPRS deja fuera de su articulado a los que trafican con bebidas alcohólicas, y a los que fomentan su consumo, distinguiéndolos de los que trafican con drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos. A éstos aplica medidas de corrección y seguridad (si se aprecia en ellos peligrosidad), pero no a aquéllos.

Las medidas impuestas a los traficantes resultarán, como antes indicábamos, poco eficaces. Mejores resultados deben esperarse de las impuestas a los simples drogadictos.

7. TRATAMIENTO PREDELICTUAL DE LOS DROGADICTOS

La legislación española nunca considera delinquentes a los drogadictos por el mero hecho de su dependencia o adicción sino que, según las circunstancias, los somete a tratamiento como enfermos o como peligrosos predelictuales.

(35) Los adictos, por lo general, han abusado de las drogas. Gracias a los fármacos modernos es cada día mucho menor el número de personas que adquieren la adicción por tratamiento médico.

La LPRS al describir como supuestos de estado peligroso "los ebrios habituales y los toxicómanos" se aparta de la LVM que se refería a "los ebrios y toxicómanos habituales". La LPRS (arts. 15 y 16) y el Reglamento (artículos 82, 83, 84, 85 f, 88 y 89) indican el camino para la apreciación de la peligrosidad, en la fase de averiguación, mediante análisis, estudios e informes que estudien las facetas antropológicas, psíquicas, patológicas, familiares, sociales, etc.

A) *Los enfermos* se clasifican en dos grupos, a tenor de la Ley de 1967.

1.º *Los enfermos que necesitan internamiento*. Estos irán a Centros de asistencia especializados que establecerá la Dirección General de Sanidad a través del Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica. Estos Centros tienen por finalidad el tratamiento médico, la desintoxicación, el aislamiento curativo y la rehabilitación (mejor dicho, la reinserción social) de los enfermos (cfr. art. 25 de la Ley).

2.º *Los enfermos que no necesitan internamiento*. A estos enfermos se les administrará dosis extraterapéuticas de estupefacientes dentro de una pauta de desintoxicación (cfr. art. 27 de la Ley).

El internamiento en los Centros de asistencia especializados (desafortunadamente, hasta ahora —enero 1973— no se ha abierto ninguno) se llevará a efecto por orden gubernativa o judicial, por prescripción médica, o por propia voluntad, según la regulación que para los enfermos mentales en general establecen los Decretos de 3 de julio de 1931, y de 27 de mayo de 1932, y la Orden de 30 de diciembre de 1932 (36).

B) *Los peligrosos* predelictuales relacionados con las drogas, es decir, los ebrios habituales y toxicómanos (si se observa en ellos peligrosidad social, a tenor de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social) serán sometidos, para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, según proceda, a alguna o a algunas de las medidas siguientes:

- a) Aislamiento curativo en casas de templanza (hasta su curación).
- b) Tratamiento ambulatorio (hasta su curación).
- c) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo (de un mes a dos años).
- d) Obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado, y sumisión a la vigilancia de los delegados (por tiempo inferior a cinco años).
- e) Además, a los toxicómanos, incautación de los efectos ocupados; y a los ebrios habituales, prohibición de visitar establecimientos de bebidas (por tiempo inferior a cinco años).

El primero de octubre de 1972 sesenta y ocho personas estaban internadas en establecimientos penitenciarios asistenciales, a tenor de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, según detalla la estadística siguiente:

(36) BERISTAIN, A., *Internamiento*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XIII (Barcelona, 1968, Ed. Francisco Seix), pp. 243-245; y más ampliamente, IDEM, *Internamiento*, en *Revista de Derecho Judicial* (1964, abril-junio), páginas 23-35.

ESTADÍSTICA 13.^a*Peligrosos predelictuales internados el primero de octubre de 1972
por alcoholismo o toxicomanía*

	SANCIONADOS		EXPEDIENTADOS		TOTAL	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
Alcohólicos ...	19	2	27	3	46	5
Toxicómanos ..	5	—	10	2	15	2

En resumen, a los enfermos del apartado A se les somete a tratamiento médico-asistencial, mientras que a los peligrosos del apartado B se les aplican medidas jurisdiccionales de corrección y seguridad.

La medida de tratamiento ambulatorio, inexistente en la Ley de Vagos y Maleantes, es una de las inovaciones más acertadas de la LPRS.

Aunque parezca evidente, conviene recordar una vez más (como lo hace recientemente el Vicecomisario para la reinserción de drogadictos del Departamento de la Salud mental de Boston, en Massachusetts) que internar en instituciones penitenciarias a los que dependen de la droga supone ignorar la realidad de este uso ilícito que entraña un comportamiento complejo, detrás del cual actúan fuerzas muy diversas, individuales, familiares y sociales. Recluir en prisión a cierto número de individuos, elegidos arbitrariamente, o lo que es peor, a través de un proceso entretreído de prejuicios sociales, equivale a negarse a conocer las fuentes del problema exterior al individuo (37).

La actual normativa de la LPRS al imponer sanciones penales —es decir, medidas de seguridad, o de corrección, o reparaciones, propias del Derecho penal— sin la condición del previo delito, corre el peligro de violar uno de los postulados más fundamentales del Derecho penal: el postulado de la certeza, de la seguridad jurídica del individuo frente a la arbitrariedad del poder.

El legislador acierta al subrayar la faceta preventiva (mucho más eficaz en los problemas de las drogas que la represiva) pero yerra al considerar como propias del Derecho penal esas medidas que deben permanecer en el Derecho administrativo. El tratamiento penal de las conductas predelictuales aboca a resultados funestos; uno de los cuales puede ser la desatención respecto a los verdaderos crímenes.

Las medidas sociales (no penales) preventivas surtirán gran eficacia si luchan contra los factores etiológicos del actual consumo de drogas, si facilitan a los ciudadanos medios para desarrollar su creatividad (en el campo artístico, social, político, pedagógico...), sus relaciones inter-

(37) Dr. MATTEW, *La sanidad oficial americana ante las drogas*, en *Tribuna Médica*, Madrid, 26 de mayo, 1972.

personales (asociacionismo, medios de libre expresión, facilidades para superar la incomunicación fáctica de la sociedad competitiva...) y su experiencia religiosa (desvinculada de las concepciones teocráticas y míticas). Los medios de comunicación social deben procurar menos sensacionalismo y mayor nivel científico en su información sobre este tema, evitando todo estigma infundado al mero consumidor.

Los encargados de planear o de realizar el tratamiento de drogadictos deben imitar algunos sistemas que han dado buenos resultados en otras naciones. Por ejemplo, los seguidos por SERA (Servicio de Educación y Rehabilitación en Adicción), en el condado de Bronx. A la luz de la doctrina moderna y de las experiencias de SERA y otras instituciones similares que hemos visitado en el verano de 1972, repetimos que urge renovar los métodos tradicionales de tratamiento (38), y nos permitimos formular a continuación algunos principios orientadores para el tratamiento de los drogadictos.

1. Al adicto debe apartársele de la comunidad lo menos posible.
2. Las instituciones destinadas al tratamiento de los adictos deben ubicarse dentro de su comunidad normal de los adictos, o en lugares semejantes.
3. Las instituciones serán abiertas, salvo excepciones en casos de necesidad.
4. Estas instituciones deben contar con personal especializado y experimentado. Los ex-adictos pueden prestar notable ayuda a los sometidos a tratamiento.
5. Cada adicto será sujeto —no objeto— de un tratamiento personal, en función de sus peculiaridades, y desarrollando también su dimensión comunitaria en uno o varios grupos de terapia.
6. Después de lograda la desintoxicación y la liberación de la dependencia (o adicción) convendrá intensificar las sanas relaciones familiares y amicales del sometido a tratamiento.

Para llevar a cabo estos principios se necesita una serie de instituciones y establecimientos que todavía no existen en España. Actualmente sólo trabajan en este campo un reducido número de organismos judiciales, administrativos, policiales y sanitarios.

8. ORGANISMOS JUDICIALES, ADMINISTRATIVOS, POLICIALES Y SANITARIOS

Entre los Organismos judiciales más importantes en el campo de las drogas conviene mencionar: los Juzgados y las Salas de Peligrosidad, la Jurisdicción Ordinaria, y la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Entre los Organismos administrativos principales destaca el Servicio de Control de Estupefacientes, establecido por la Ley de 1967

(38) H. SOLMS, *El médico práctico ante las toxicomanías juveniles*, en *Medicina e Higiene* (Ginebra, 25 diciembre 1972), p. 4.

(arts. 4 y ss.), dentro de los Servicios Farmacéuticos. También colaboran la Dirección General de Sanidad, los Servicios de Aduanas y los Tribunales de Contrabando. (Estos últimos deberían considerarse organismos judiciales.)

El Organismo policial que trabaja con más eficacia es la Brigada Especial de Investigación de Estupefacientes (con un Grupo femenino), creada por la Ley de 1967, dependiendo de la Dirección General de Seguridad, e integrada en la Comisaría General de Investigación Criminal. La Brigada Especial de Investigación de Estupefacientes pretende lograr un mayor contacto con los toxicómanos y sus familiares al objeto de orientarlos a efectos de su desintoxicación, y reinserción social. También pretende controlar las personas que de algún modo están relacionadas con las drogas, así como el tráfico y consumo de éstas. El Grupo femenino de la Brigada trabaja con métodos de psicoterapia más que de policía, con métodos nuevos (38 bis).

En la Comisaría General de Investigación Criminal, la Brigada Especial de Estupefacientes lleva un registro de infractores en esta materia.

Varios organismos sanitarios se ocupan de los problemas de las drogas. Especialmente, la Sociedad española para el estudio científico de las Toxicomanías, y el Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica (creado en 1955).

Estas instituciones sanitarias encuentran orientación y ayuda en las similares de otras naciones y en el Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud. La dimensión internacional de los problemas de las drogas exige lógicamente atención expresa de éste y otros organismos internacionales. También en el campo legal. Las N. U. procuran cubrir esta necesidad por medio de su Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico Social.

9. CONVENIO UNICO DE LAS NACIONES UNIDAS

El gobierno español ha firmado los más importantes documentos internacionales acerca de los estupefacientes, por ejemplo, el Convenio de La Haya, de 23 de enero de 1912; el Convenio de Ginebra, de 11 de febrero de 1925 y 19 de febrero de 1925; el Convenio de Ginebra, de 13 de julio de 1931; el Convenio para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas, firmado en Ginebra el 26 de junio de 1936, enmendado por Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 11 de diciembre de 1946, que entró en vigor el 10 de octubre de 1947,

(38 bis) Los especialistas coinciden en la necesidad de reestructurar los nuevos métodos policiales en la lucha contra la droga. Así, por ejemplo, J. SUSINI, *La drogue et la police: les données du problème*, en *Rev. Scienc. Crim.* 1970, 151 y ss. McDONALD, W. F., *Administratively choosing the drug criminal: Police discretion in the enforcement of drug Laws*, en *Journal of Drug Issues*, primavera 1973, 123-134.

fue ratificado por España el 5 de junio de 1970 y entró en vigor (para España) el 3 de septiembre de 1970; el Protocolo de París, de 19 de noviembre de 1948 (firmado por España el 26 de septiembre de 1955); el Protocolo de Nueva York, de 23 de junio de 1953 (ratificado por Instrumento de 11 de diciembre de 1954); el Convenio Unico de 30 de marzo de 1961 (39)... y últimamente el Convenio de Viena, de 21 de febrero de 1971, al que España se adhirió el 15 de agosto de 1972.

El Convenio Unico de 1961 fue ratificado por Instrumento de 3 de febrero de 1966, y depositado en la Secretaría General de las Naciones Unidas el primero de marzo del mismo año. Entró en vigor, para España el 31 de marzo de 1966. Este Convenio quedó completado por la Resolución de las Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1970.

No hubo reservas por parte del gobierno español. Hubiera sido oportuno aprovechar algunas (no todas) de las posibilidades que ofrece el Convenio (art. 49) a los Gobiernos para reservarse el derecho de autorizar temporalmente:

- a) el uso del opio con fines casi médicos,
- b) el uso del opio para fumar,
- c) la masticación de la hoja de coca,
- d) el uso de la cannabis, de la resina de cannabis, de extractos y tinturas de cannabis con fines no médicos, y
- e) la producción, la fabricación y el comercio de los estupefacientes mencionados en los apartados a) a d) para los fines en ellos especificados.

Estas reservas transitorias, al establecer diferencias entre las varias drogas, podían haber abierto el camino para que la legislación española diferenciase la regulación y la incriminación de las conductas relativas a las diversas sustancias estupefacientes. Hubiera sido el primer paso para un inteligente programa de educación pública que posibilite una legislación mucho más liberal que pronto se impondrá en esta materia; legislación que deje el uso (y abuso) de las drogas (de la inmensa mayoría de ellas) a la libre elección del ciudadano (si es un ciudadano normal), limitándose la intervención de la autoridad a los casos que hayan producido perjuicios notables a la salud o a la convivencia. La historia nos muestra que la sociedad, en este terreno, soporta cada día menos los tabús, por ejemplo, el del alcohol (en tiempos pasados los musulmanes proscrubían las bebidas alcohólicas), el del tabaco (cuyo uso estaba condenado con pena de muerte en el siglo XVII, en Persia; en Rusia, en Turquía, y en algunos Estados alemanes) (40).

(39) UNITED NATIONS, *Multilateral Treaties in respect of which The Secretary-General Performs Depositary Functions, List of Signatures, Ratifications, Accessions, ... as at 31 december 1969*. ST/LEG/SER. D/3 (New York, 1970), pp. 105 y ss.

(40) G. EDWARDS, *Le problème de la dépendence de la marihuana*, en *Practitioner* (febrero 1968), núm. 18, pp. 2747-2756. IDEM, *Le point de vue britannique sur le traitement de l'assuétude à l'heroïne*, en *Lancet* (12 de abril

Las disposiciones penales de este Convenio (art. 36) van encontrando acogida en la legislación española. El inciso 1.º del citado artículo 36 se refleja en la nueva redacción (por ley de 15 de noviembre de 1971) del artículo 344 del Código penal. El último párrafo de este artículo, siguiendo la disposición a III, del inciso 2 del artículo 36 del Convenio, establece que las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en este artículo producirán ante los españoles los mismos efectos que las de éstos, en cuanto a reincidencia.

Todavía no se han incorporado a la legislación española otras disposiciones del Convenio, por ejemplo, la establecida en el apartado a, I, del inciso 2 del artículo 36, deseando que «cada uno de los delitos enumerados en el inciso, si se comete en diferentes países, se considerará como un delito distinto».

De acuerdo con la disposición b del inciso 2 del indicado artículo 36, esperamos que los nuevos Tratados de extradición concertados por España incluyan desde ahora, entre los delitos que dan lugar a extradición, «cualquier delito relativo a la legislación de estupefacientes, sustancias tóxicas o peligrosas, sus derivados y preparados, especialmente el cannabis, heroína, cocaína y drogas sicotrópicas». Así lo establece ya, por ejemplo, el núm. 21 del artículo 2 del Tratado de extradición, concertado por España con los Estados Unidos, de 29 de mayo de 1970, ratificado por Instrumento de 8 de mayo de 1971 («Boletín Oficial del Estado» de 14 de septiembre).

Conviene indicar algo más respecto a la extradición por estos delitos. Concretamente respecto a la extradición y a las medidas de corrección y seguridad, indispensables para la resocialización tan subrayada por el moderno Derecho penal (41).

1969), núm. 7.598, pp. 768-772. Paul CORNIL, *En guise de conclusion*, en *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, nov.-diciem. 1972, pp. 246 y ss. Después de estudiar la línea fronteriza de la represión y el peligro de convertir al usuario en cómplice —por chantaje— del traficante de drogas, P. Cornil se inclina por la descriminalización completa del uso, al menos en ciertas condiciones. En sentido parecido se expresa en sus "Conclusiones" la Comisión Estadounidense sobre Marihuana y Abuso de Drogas, presidida por Raymond P. Shafer, gobernador de Pensilvania, y por Dana L. Farmoworth (vicepresidente), ex director de los servicios de higiene universitaria de Harvard. La Comisión, después de dos años de estudio, fórmula entre otras conclusiones que la sociedad estadounidense ha sobrerrespondido —pre-rresponded— al problema, exagerándolo de una manera afectiva, pasional, incluso solicitando y estableciendo unos castigos máximos que no resuelven nada. La Comisión recomienda un "cambio de mentalidad" para discutir y resolver el problema, pues las formas actuales de enfrentarse con él tienden a perpetuarlo y a crear ansiedad más que soluciones; y afirma que el uso de las drogas aparece en la organización de la vida de sus usuarios para reemplazar algo que falla. *Second Report of the National Commission on Marihuana and Drug Abuse, Drug use in America: problem in perspective*, Washington, 1973, 457 ss. Ya en 1969 se habían expresado en semejante sentido P. B. HUTT y R. A. MERRILL, *Criminal Responsibility and the Right to Treatment for Intoxication and Alcoholism*, en *The Georgetown Law Rev.*, marzo 1969, 835-847.

(41) BASSIOUNI, *The International Narcotics Control System: A proposal*, en *St. John's Law Review*, volumen 46, núm. 4, mayo 1972, New York, páginas 751 y ss.

10. EXTRADICION Y RESOCIALIZACION

Merece encomiarse el principio que se introduce en algunos tratados de extradición, por ejemplo, en el artículo 6 del Tratado de extradición entre España y los Estados Unidos de Norteamérica, según el cual «cuando se solicita la extradición de una persona que en el momento de la demanda sea menor de dieciocho años, la Parte requerida que lo considere como residente y estime que la extradición puede perjudicar la readaptación social y rehabilitación (mejor dicho, resocialización) del reclamado podrá sugerir razonadamente a la Parte requirente que retire la demanda».

Esta cláusula puede y debe tener frecuente aplicación, pues en muchas naciones (y actualmente también en España) aumentan los problemas de los estupefacientes en la juventud. Tales problemas exigen una respuesta más positiva que sólo la unidimensional de la pena. Exigen la aplicación de técnicas modernas de resocialización (42) mediante la aplicación de medidas de corrección y seguridad (penales y administrativas). En este sentido se expresa, respecto a los drogadictos, el Protocolo de Ginebra de 1972 (firmado el 24 de enero) complementario del Convenio Único de 1961.

En la legislación española acerca de la extradición falta la referencia a las medidas (penales o delictuales) de corrección y seguridad. Tanto la Ley de 26 de diciembre de 1958 como los Tratados particulares giran totalmente alrededor del delito y de la pena, olvidando en absoluto (salvo lo indicado antes respecto a la resocialización de los menores de dieciocho años) la existencia de las medidas posdelictuales. Esta omisión responde a que el legislador en este campo (como ha destacado Bassiouni estudiando el tema en general (43), considera al delincuente como objeto y no (o más que) como sujeto de derechos. En este punto es tristemente típica la fórmula del artículo 5 de la Ley española de 26 de diciembre de 1958, según el cual «podrán ser *objeto* de extradición no sólo las personas a quienes se considere responsables de una infracción como autores», etc.

El décimo Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal (Roma, 1969) se manifestó atinadamente a este respecto, y en las conclusiones de la cuarta sesión, IV, 4, a, reconoce y admite la extradición requerida para la ejecución de una medida de seguridad o de una medida de corrección.

El reciente Tratado —año 1972— entre el Gobierno de España y el Gobierno del Reino de Dinamarca, relativo a la ejecución de sen-

(42) G. KAISER, *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle. Legitimation, Wirklichkeit und Alternativen* (Frankfurt am Main, 1972), páginas 6 y ss. A. BERISTAIN, *El delincuente en el Estado social de Derecho. Coordenadas para una reforma penitenciaria* (Madrid, 1971, Reus), pp. 14 y ss.

Desde otro punto de vista, BERGER y LUCKMANN, *La construcción social de la realidad*, trad. del inglés por S. Zuleta, Buenos Aires, 1968, pp. 164 y ss.

(43) BASSIOUNI, *Criminal Law and Its Processes* (Springfield, Illinois, 1969), pp. 542 y ss.

tencias penales, da un paso adelante (aunque indeciso y débil respecto a la técnica dogmática) al tratar de las «inhabilitaciones» (arts. 47-50).

El progreso que supone este Tratado se refleja en varios aspectos: desborda atinadamente el ámbito clásico de la extradición (comprometiéndose los países contratantes a ejecutar la sentencia dictada en el otro Estado contratante); da pie a incluir bajo en concepto de «condena» y «sanción» también algunas medidas de corrección y seguridad, llamándolas «inhabilitaciones»; y exige que la ejecución de la sanción en el otro Estado pueda mejorar las perspectivas de reinserción social de la persona condenada. En sentido parecido se expresan varios Tratados entre países de Europa, por ejemplo Alemania, Grecia, Italia, Noruega y Turquía; la Convención Europea para la vigilancia de las personas condenadas o liberadas bajo condición, de 30 de noviembre de 1964; la Convención Europea sobre el valor internacional de las sentencias penales, de 28 de mayo de 1970; y el Proyecto de Convención Europea sobre la transmisión de procesos penales, de 1.º de marzo de 1971 (44).

Bastantes problemas del oscuro mundo de las drogas y de la difícil resocialización de los sancionados de este campo pueden solucionarse o aminorarse si otros Tratados internacionales (limitando y perfeccionando el Tratado de 1972, entre España y Dinamarca relativo a la ejecución de sentencias penales) equiparan, no total pero sí ampliamente, con buena técnica dogmática, las medidas de corrección y seguridad a las penas, buscando siempre la mejor resocialización del sancionado. Esta apertura puede iniciar un nuevo camino en importantes puntos del futuro Derecho penal español (*).

(44) JESCHECK, *Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts*, en *Festschrift für Maurach* (Karlsruhe, 1972), pp. 579 y ss.; VOGLER, *Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht unter Berücksichtigung der Konvention des Europarats*, en *Festschrift für Maurach*, pp. 595, espec. 605 y ss.; GRÜTZNER, *Les effets dans un Etat européen des décisions pénales rendues dans un autre Etat européen*, en *Institut d'Etudes Européennes, Droit pénal européen* (Bruxelles, 1970), pp. 357 y ss.; BISHOP, *Council of Europe Activity for the Determining of Common Principles in Member States for the Treatment of Offenders*, en *Institut d'Etudes Européennes, Droit pénal européen*, pp. 435 y ss.; SCREVEENS, *Collaboration en matière pénale et tentatives d'harmonisation du droit pénal dans certains groupes d'Etats*, en *Institut d'Etudes Européennes, Droit pénal européen*, pp. 599 ss.

(*) Estas páginas han sido escritas con la colaboración de la Ayuda a la Investigación en la Universidad.

La criminología en los primeros autores clásicos

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Problema previo a resolver será el de considerar si los autores que inician la ciencia del derecho penal han de incluirse o no dentro de la dirección clásica. Si tenemos en cuenta que esta ciencia tiene su origen en Beccaria, deben admitirse como clásicos a éste y todos los posteriores a él, hasta la consolidación de la escuela, pese a la falta de homogeneidad entre sus autores (1).

Escribe Ferri: «Como consecuencia de la generosa y elocuente iniciativa de César Beccaria... el estudio teórico de la justicia penal determinó en toda Italia y después en Alemania, Francia y otros países, la formación de una gran corriente científica que se llamó y se llama en todas partes *la Escuela clásica criminal* desde que yo la denominé así» (2).

Surge la duda entre los penalistas de la Ilustración, que mientras unos autores pretenden incluirlos todos, otros consideran conveniente su separación. Nosotros pensamos que deben incluirse todos, por lo menos los que aportan algo positivo para la ciencia del derecho penal, ya que influirán en los penalistas clásicos posteriores. Podemos considerar como iniciadores de esta corriente a Beccaria, Filangieri, Romagnosi, Feuerbach, Bentham, etc. (3). Quizá el presente trabajo sirva para estimar que estos autores deben quedar fuera de la corriente clásica, ya que en sus obras se ocupan tanto del derecho penal como de la criminología. Sea lo que fuere, lo que se pretende resaltar es que en los iniciadores de la ciencia del derecho penal hay una preocupación por los temas criminológicos, que nos demuestra una vez más cómo ambas ciencias no pueden estar divorciadas (4), y que el penalista no debe olvidar la criminología, ni el criminólogo el derecho penal. Afortunadamente en esta dirección se mueven los penalistas españoles, que aun dando preferencia a la ciencia penal, no se olvidan de la realidad criminológica (5).

(1) SÁINZ CANTERO, J. A.: *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, Barcelona, 1970, pág. 72.

(2) FERRI, E.: *Principios de Derecho criminal*, trad. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1933, pág. 40.

(3) ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, Parte general, Madrid, 1949, página 21; FERRI, ob. cit., pág. 42.

(4) SÁINZ CANTERO, *Derecho penal y Criminología*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia, septiembre, 1958»; SERRANO RODRÍGUEZ, M.: *Estudios penales*, II, Salamanca, 1967.

(5) Véase: RODRÍGUEZ DEVESEA, J. M.^º: *Derecho penal español*, Parte general, 3.^ª ed., Madrid, 1973, págs. 61 y ss.

Estimamos que tanto en los antecedentes de la escuela clásica como del positivismo criminológico hay que tener presente la obra de Beccaria, como se desprende de la exposición que se hace seguidamente de la misma. No fue éste un penalista, tampoco un criminólogo. Se puede decir, en contra, que en su obra no hay antropología criminal, materia con la que se inicia el positivismo. En efecto, así es, pero sí hay mucho de sociología criminal, e incluso bastantes de esos principios tienen hoy plena vigencia. Por otra parte, no olvidemos que la antropología criminal hubo de ceder, por lo que Lombroso terminaría dando mucho más valor al mundo circundante de lo que en un principio le concedió. Además, en la obra de Ferri y Garofalo hay bastantes puntos comunes con lo que ya había expuesto Beccaria. Su libro no ha muerto, muchos de sus principios tanto de derecho penal como de criminología siguen sin resolverse.

Algo similar a lo que venimos diciendo de Beccaria podríamos señalar del primero de nuestros clásicos, Lardizábal, así como de otros autores.

En este trabajo nos vamos a ocupar especialmente de Beccaria, Lardizábal, Romagnosi y otros autores. También vamos a recoger el pensamiento del español Cubí Soler, que aunque nada tiene que ver con la escuela penales ofrece interés en cuanto puede considerársele como precursor de Lombroso.

BECCARIA

De su obra (6) vamos a recoger los aspectos más significativos en el campo criminológico, algunas de cuyas valoraciones tienen hoy plena vigencia.

— Considera el delito como consecuencia de las pasiones humanas. Son éstas tantas y tan imprevisibles que no es posible prevenirlas todas (cap. 6).

— Aunque estima con fin primordial de la pena la prevención general, sin embargo, rechaza su carácter aflictivo. En este sentido se pronuncia la criminología moderna que busca, en su fin de justicia humanitaria, la recuperación para la sociedad del sujeto delincuente (cap. 12).

— Se ocupa de un tema de gran interés, ya en la fase procesal, como lo es el testimonio de los testigos. Capta Beccaria el efecto criminógeno de los testigos, en cuanto que sus manifestaciones pueden afectar a la realidad de los hechos. En la valoración de sus declaraciones ha detenerse en cuenta: capacidad, interés que tenga en decir o no la verdad, amistad o enemistad respecto del presunto culpable. Por ello estima la conveniencia de que haya más de uno.

Este tema, del que tanta preocupación hubo entre los autores du-

(6) BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, versión de J. A. DE LAS CASAS, con introducción, apéndice y notas de J. A. DEL VAL, Madrid, 1968.

rante la primera mitad del presente siglo, hoy ha perdido valor, aunque su problemática sigue en pie (7).

— Considera que el juez, en el terreno de lo criminal, debe ser asesorado, siendo conveniente que conozca algo de la realidad del delito. Estima que no es suficiente conocer la ley, hay que conocer también algo sobre la realidad del delito y del delincuente (cap. 14). Vemos cómo preconiza la formación criminológica del juez penal.

— Hay una valoración de la «cifra negra» del delito, al ocuparse de la calumnia secreta, que no se castiga. También en otros delitos difíciles de probar (caps. 15 y 31).

— Al ocuparse de la abolición del tormento recoge los efectos criminógenos del mismo en relación con las manifestaciones del presunto culpable. Puede servir, dice, para condenar a los hombres débiles pero inocentes, y absolver a los culpables, pero capaces de sufrir la violencia (cap. 16).

— Conoció el efecto negativo del juramento del reo ante el juez, en el que se comprometía a decir la verdad. Se le obligaba a jurar en falso, ya que no era óbice para autodefenderse mintiendo (cap. 18) (8).

— La pena, además de justa, debe imponerse sin demora. La incertidumbre del reo, hasta que la conoce, es un verdadero tormento (cap. 19).

Este problema, que crea situaciones de angustia en quienes están en prisión, todavía no encontró solución. En todos los países se suele demorar en exceso la administración de justicia.

— Tiene en cuenta la peligrosidad del delincuente para la imposición de la pena. Para el hurto simple pide multa; si se comete con violencia, pena privativa de libertad. Considera, no obstante, que por darse este delito especialmente en la miseria puede tener la pena pecuniaria efectos criminógenos, al provocar un aumento de necesidades (cap. 22).

— Se ocupa del problema del ocio (cap. 24).

— Considera que las penas crueles pueden tener efectos criminógenos (cap. 27).

— En relación con la pena de muerte estima que su ejecución apenas tiene efectos de intimidación general. Es mayor la compasión y el desagrado en quienes la presencian que el temor (cap. 28).

— Pide una mejora de las prisiones, de donde debe desaparecer la suciedad y el hambre (cap. 29).

Qué duda cabe que hoy la criminología aboga por una mejora de los establecimientos, en todos los aspectos, indispensable para cualquier sistema de terapia.

(7) Véase nuestro trabajo: *Notas sobre Criminalística*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», julio-septiembre, 1971.

(8) En nuestro proceso no se exige juramento a los procesados, art. 387 L. E. Criminal; así a los hombres buenos, art. 321; intérpretes, art. 440 y 442; militares, art. 429; peritos, art. 474, y testigos, arts. 433 y ss. y 706.

— Se ocupa de un tema de gran actualidad en la criminología: desarrollo y criminalidad (9). Considera que los grandes delitos no suponen la decadencia de un país (cap. 31).

El tema sigue en pie. Precisamente hoy la criminalidad más grave suele darse en los países de mayor desarrollo económico.

— Justifica el porqué el suicidio debe quedar impune, pues de lo contrario la pena caería sobre inocentes o sobre un cuerpo muerto que nada siente (cap. 32).

— Se interesa por el asilo de los delincuentes, del que no se muestra partidario. Considera que entre asilo e impunidad hay poca diferencia. Es partidario de la extradición por considerarla un buen sistema preventivo en la lucha contra la criminalidad (cap. 35).

También el tema es de actualidad, en relación con el delincuente político, así como las dificultades que plantea, no sólo la definición de aquél, sino los problemas que surgen cuando junto al delito político se da otro común.

— Denuncia los efectos criminógenos de la talla (cap. 36).

— Dentro del campo de la criminalística se ocupa del interrogatorio de los presuntos culpables (cap. 38) (10).

— Habla de los delitos que provienen de la naturaleza humana (cap. 39).

En este capítulo se refiere a los delitos religiosos, especialmente de herejía (11).

— Se plantea Beccaria un problema que es hoy de la mayor actualidad. No está conforme con las leyes que prohíben llevar armas. Esto supone, en el campo de la criminalidad, cierta ventaja para el delincuente, en perjuicio de las víctimas, que sin armas es más indefensa. Aumenta el número de homicidios, ya que hay menos riesgo en asaltar a quien se sabe que no dispone de armas que a quien las posee. Estima que estas leyes son criminógenas y no preventivas (cap. 40).

Hoy, en EE. UU. se da un ejemplo de lo contrario. La libertad de poder adquirir y llevar armas —derecho constitucional—, supone un notable aumento de muertes violentas. Ello obedece, principalmente, a que en momentos de provocación exterior se puede hacer uso del arma que se lleva encima; de no disponer de la misma, pasado ese momento de excitación y vuelto el sujeto a la calma, posiblemente se alegre de no haber dispuesto en ese momento de ella. A veces se mata a una persona ante pequeñas provocaciones, no pudiendo justificarse legítima defensa.

Por otra parte, hemos de tener en cuenta que el delincuente contra-

(9) SERRANO GÓMEZ, Desarrollo y criminalidad, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1973, fas. II, en prensa.

(10) SERRANO GÓMEZ, *Notas sobre criminalística*, cit.

(11) Véase: TORÍO, A., *Beccaria y la Inquisición española*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1971, págs. 392 y ss.; TOMÁS VALIENTE, F., nota 34 a pág. 210 de su traducción a la obra de BECCARIA, Madrid, 1969.

la propiedad, que es el más frecuente, nunca tiene interés de matar a nadie— supone mayor responsabilidad, mayor interés de la justicia por descubrir al autor—. Si la víctima dispusiera de un arma, resulta: que el autor suele ser más experto en su manejo; si el delincuente porta armas, las llevará preparadas; si la víctima intenta hacer uso de la suya, es probable que lo haga antes aquél, por lo que el robado caería más veces que los autores, lo que supondría un perjuicio mayor. Por otra parte, el uso de armas por inexpertos supone un riesgo.

Con esto no pretendemos justificar si debe haber o no libertad de disponer de arma corta de fuego, simplemente apuntar sus efectos criminógenos, que son patentes.

— Saca a colación uno de los temas que la criminología actual no encuentra forma de resolver. Nos referimos a la prevención: es preferible evitar el delito que tener que castigarlo. El secreto, dice, no está en prohibir todo lo que pueda llevar al delito, sino establecer una serie de medidas preventivas: iluminar bien las ciudades por la noche, distribuir bien la policía (cap. 11); instruir a los ciudadanos, sanear la administración de justicia, etc. (cap. 41-45).

— No es necesario el perdón y la clemencia siempre que las leyes penales fuesen suaves y el procedimiento adecuado (cap. 46).

Vemos cómo se adelanta al problema actual del derecho de gracia, con repercusiones criminógenas en algunos casos.

De los puntos recogidos anteriormente se desprende el gran valor criminológico de la obra de Beccaria. Por otra parte, muchas de sus observaciones siguen siendo temas de actualidad en la moderna criminología.

LARDIZABAL

Con Lardizábal se inicia la época clásica en nuestro derecho. En su «Discurso sobre las penas», que se ocupa principalmente de éstas —aunque también hay mucho sobre el delito—, es de interés el contenido criminológico, del que cabe destacar:

— Las pasiones de los hombres y su malicia es el origen de todos los vicios y delitos (12).

— Considera que el legislador debe tener presente, al elaborar las leyes, la religión, carácter, costumbres, genio y hasta el clima y situación geográfica, ya que son circunstancias que pueden influir en determinados delitos. Las leyes, penas y códigos deben ser diferentes para las naciones cultas que para las bárbaras (Introd. 3-4) (13).

Plantea aquí Lardizábal un tema de sumo interés, que no se suele tener en cuenta por el legislador penal, a pesar de su valor en el campo del derecho comparado y de la criminología: Las leyes no sirven por igual para todos los países. Aunque hay rasgos comunes en algunos

(12) LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, prólogo, II.

(13) BLASCO Y FERNÁNDEZ MOREDA, F.: *Lardizábal, el primer penalista de América española*, México, 1957, págs. 74 y ss.

delitos, que pueden tener en lo criminológico valor internacional, no debe olvidarse que hay diferencias entre los países; dentro de éstos, en las diferentes regiones, ciudades, barrios y aún en un edificio o grupo de edificios pueden surgir peculiaridades en el campo criminológico que no tienen valor general dentro del país, y, por supuesto, todavía menos en el terreno internacional, aunque pueda haber alguna excepción. Por todo ello, en relación con el derecho comparado, no debe olvidarse la realidad criminal de los distintos países, antes de tomar en consideración ciertos preceptos penales, lo que no siempre es necesario.

— Las penas deben ser prontas (cap. II, 2 y 22), ya que las dilaciones perjudican a los reos (cap. II, 23).

Ya apuntábamos al tratar de esta misma concepción en Beccaria los problemas psicológicos que suele ocasionar la incertidumbre de tardar en conocer la pena impuesta (14).

— Las penas excesivamente graves pueden producir efectos criminógenos, quedando impunes los delitos que se pretende atajar. «Tal es el efecto que entre nosotros ha causado la pena capital impuesta al hurto doméstico, al simple cometido en la Corte (15), y al bancarota fraudulento, que oculta los bienes, o se alza con ellos». Continúa diciendo que el dueño a quien un criado le hurta tiene reparo en denunciarlo porque le parece que la pena es excesiva, se conforma con echarle de casa, lo que beneficia al mismo, quien seguirá hurtando a los demás dueños a quienes sirva. «De esta suerte, en vez de contener los hurtos domésticos la gravedad de la pena sólo sirve para fomentarlos con la impunidad. La experiencia es la mejor prueba de la verdad de este discurso» (cap. II, 15).

Vemos en el texto anterior uno de los motivos del «delito desconocido». Cuando el perjudicado está en desacuerdo con la dureza de las leyes a veces no quiere colaborar con la administración de justicia. Por otra parte, nos señala el método más importante de la investigación criminológica: el experimental.

— En otra parte dice: «si en lugar de la pena de muerte se impusiera otra proporcionada, los robados no tendrían repugnancia en acusar, ni los testigos en deponer: se evitarían muchos juramentos falsos, se castigarían más seguramente los hurtos, y se corregirían muchos ladrones, que ahora acaso se hacen incorregibles por la impunidad, y

(14) Las Partidas disponían que ninguna causa criminal debe durar más de dos años; si el presunto culpable estuvo durante ese tiempo en la cárcel y no se le probó delito alguno debe ser puesto en libertad (Ley VII, Tít. XXIX, Partida VII).

(15) Felipe V, por pragmática de 23-2-1734 estableció la pena de muerte para el autor de hurto, mayor de diecisiete años. Los Magistrados consideraron excesiva la sanción, pidiendo su reforma. Sobre esta problemática véase, CASABÓ RUIZ, J. R.: *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1969, págs. 315 y ss. Sobre efectos criminógenos véase SEMPERE Y GUARINOS, J.: *Ensayos de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, Madrid, 1785-1789, tomo III, págs. 167 y ss.

de hurtos domésticos pasan a cometer otros delitos más graves» (capítulo II, 16).

Del párrafo anterior se sacan una serie de conclusiones criminológicas que se dan hoy en todos los países:

1. El problema de los testigos es acuciante en la actualidad. Son pocos los que quieren colaborar con la justicia, unas veces por las molestias que ello lleva consigo y otras por temor a las posibles represalias del delincuente (16); no faltando casos en que se simpatiza con la víctima o su conducta o el rigor de la ley parece excesivo.

2. El juramento prácticamente no sirve para nada. El testigo miente igual, si tiene intención de hacerlo.

3. Si no se castiga una conducta no hay posibilidad de que la pena cumpla el fin de la prevención general. En el terreno de la ejecución, con miras a la recuperación del culpable, tampoco es posible.

4. Ante la ineficacia de la ley el delincuente continuará delinquiendo en muchos casos, pudiendo pasar a otras conductas más graves. Esta es la evolución normal: si el delincuente no tropieza con obstáculos de la ley, mayor protección de los bienes por parte de los ciudadanos, etc., lo más probable es que se anime a seguir en su vida delictiva, pues el camino es fácil y el riesgo pequeño.

— «Esta es también la causa de la absoluta impunidad de los bancarrotas fraudulentos... Hasta ahora no se ha visto en el patíbulo, como manda la ley, uno de estos tramposos» (cap. II, 17).

En realidad, también nos encontramos hoy ante esta clase de sujetos que, como apuntaba Lardizábal, se burlan de la «justicia y sus acreedores, dejan perdidos a muchos que hicieron confianza en ellos».

El tema, de la máxima actualidad, es de consecuencias graves, ya que las víctimas suelen ser numerosas. Sin embargo, no se ha resuelto el problema, ni aún imponiendo penas más suaves, como indicaba Lardizábal. No ha encontrado el legislador, ni la criminología, la solución para este tipo de criminalidad.

— Para mantener el orden público estima necesario la vigilancia de los malos, su persecución y castigo inmediato (cap. II, 22).

— Considera que las penas crueles no son el mejor remedio para frenar la delincuencia, originando, por el contrario, delitos verdaderamente atroces (cap. II, 29 y 30).

— Sostiene, como fin de la pena, junto a la prevención general, la especial de corrección del delincuente (cap. III, 3, y 4).

Este fin de corrección es el que persigue la criminología, especialmente a través de los sistemas de terapia. Encontramos en esta postura de Lardizábal una concepción correccionalista.

— La ley adecuada busca evitar los delitos, para no tener que castigarlos (cap. III, 5).

Este es un presupuesto de la criminología moderna. Es de mucho más valor evitar el delito que dejar que surja y tener que castigarle

(16) Véase nuestro trabajo, *Notas sobre criminalística*, cit.

después. No olvida la criminología los problemas que esto lleva consigo como son los de tipo social, laboral, familiar, de prisiones, etc.

— La reincidencia supone mayor perversión criminal (cap. IV, II, 54).

— Considera que la pena de muerte sí produce efecto de prevención general (cap. V, II, 15).

Este tema es muy discutido entre los partidarios del mantenimiento de la pena de muerte y los abolicionistas (17).

— Estima que las penas de mutilación no cumplen el fin de escarmiento que se propone con ellas (cap. V, III, 3).

Estas penas han desaparecido, aunque todavía se dan algunos casos en países del tercer mundo.

— La pena de azotes suele ser perniciosa, perdiendo a los castigados en lugar de corregirlos.

Es un hecho cierto que el uso de la violencia lleva consigo un efecto negativo, creando en el sujeto un profundo resentimiento y deseo de venganza.

— En relación con el problema penitenciario escribe: «La experiencia acredita todos los días, que todos o los más que van a presidios y arsenales vuelven peores, y algunos enteramente incorregibles» (cap. V, III, 12 y 30).

Todavía no ha encontrado la criminología solución al contagio moral en las prisiones. Las dificultades son muchas en cuanto a personal especializado, establecimientos y sistemas de tratamiento (18), así como en el conocimiento de la personalidad criminal (19).

— En la ejecución de las penas considera necesario la creación de casas de corrección, donde se deben establecer trabajos proporcionados para los delincuentes; la clasificación de éstos ha de ser más amplia, con el fin de conseguir mayor gama de posibilidades en el tratamiento a seguir con cada delincuente (cap. V, III, 12 y 13).

— Conoció Lardizábal que no todos los delincuentes eran corregibles y que con éstos resulta fracasado todo intento de recuperación. Propone para éstos un sistema especial de ejecución de la pena (cap. V, III, 15).

Hemos de tener en cuenta que es en los jóvenes donde más éxito hay de recuperación. En los adultos las posibilidades son escasas, por

(17) BARBERO SANTOS, M.: *Estudios de Criminología y Derecho penal*, Valladolid, 1972, págs. 148 y ss.; LANDECHO, J. M.^a: *Reflexión criminológica sobre la pena de muerte*, en *Razón y Fé*, diciembre, 1970.

(18) FERNÁNDEZ ALBOR, A.: *Introducción al curso de delincuencia juvenil*, en «Delincuencia juvenil», Universidad de Santiago, 1973, págs. 44 y ss.; PÉREZ VITORIA, O.: *El delincuente psicopático y su tratamiento*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», 1970, págs. 1075 y ss.; RODRÍGUEZ DEVEASA, *Tratamiento psiquiátrico en la delincuencia*, en idem., págs. 1121 y ss.; SÁINZ CANTERO, *Arresto fin de semana y tratamiento del delincuente*, en idem., págs. 1057 y ss.; Véanse otros artículos en revista citada de BUFFARD, HIVERT, LAVASSEUR Y PICCA; GIBBONS, *Delincuentes juveniles y criminales*, trad. Garza, México, 1969, págs. 175 y ss.

(19) CÓRDOBA RODA, J.: *La personalidad en las leyes penales*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», 1970, págs. 1099 y ss.

lo menos con los sistemas de terapia conocidos hasta el momento. Tal vez convendría ensayar con más frecuencia el sistema de arrestos de fin de semana (20), de tiempo libre o la prisión abierta (21), con lo que se evitarían los problemas que plantean las prisiones (22). Sin embargo, no todos los delincuentes son susceptibles de este tratamiento, por lo que los sistemas cerrados no pueden desaparecer por ahora.

— Considera pernicioso la mezcla de todos los delincuentes; la falta de clasificación favorece el contagio moral. Estima, por otra parte, que hay condenados que salen de la prisión pensando que poco o nada tienen que perder, se abandonan en delitos más graves para terminar incorregibles. También denuncia el grave peligro del ocio en las prisiones (cap. V, III, 28 a 32).

Esos problemas son hoy de actualidad; se dan en todos los países, y no olvidemos que algunos del tercer mundo no disponen ni de sistemas de terapia, siendo muy deficientes los edificios, aunque de estas dificultades, en mayor o menor escala, no escapa ningún país.

— Como medida preventiva se pide un determinado control para quienes cumplieron condena en presidios y arsenales (cap. V, III, 18 y ss).

Otra medida de prevención es educar al pueblo y evitar los ociosos y mendigos (cap. V, III, 23).

La falta de instrucción puede ser un factor criminógeno. En cuanto al ocio parece que va a ser un problema grave en los próximos años, con repercusión en el campo del delito.

— Es preferible prevenir que recurrir al rigor de las leyes para corregir. La educación, dice, debe comenzar en la niñez (cap. V, III, 24).

— Advierte del peligro de las multas, penas pecuniarias y confiscación, que de ser inadecuadas pueden llevar a la ruina a una familia, no corrigiendo al delincuente (cap. V, V, 5, 9 y 16).

— Al igual que Beccaria expone los efectos criminógenos del tormento (Cap. VI).

ROMAGNOSI

Hay en la obra de este autor un verdadero programa de prevención general de la criminalidad. Dedicar una de las seis partes en que se divide —la quinta— precisamente a este tema (23). Lo importante,

(20) SÁINZ CANTERO, J. A.: *Arrestos fin de semana y tratamiento*, cit.; SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil*, Madrid, 1970, págs. 328 y ss.

(21) BARBERO SANTOS, M.: *Delincuencia juvenil: Tratamiento*, en «Delincuencia juvenil», Universidad de Santiago, 1973, págs. 167 y ss.

(22) Sobre sustitución de pena por medida de seguridad véase: CEREZO MIR, J.: *Informe sobre el anteproyecto de bases del Libro I del Código penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1972, págs. 787 y ss.; COBO DEL ROSAL, M.: *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español*, en «Revista de Derecho Judicial», 1970, págs. 92 y ss.

(23) ROMAGNOSI, *Génesis del Derecho penal*, trad. CORTINA-GUERRERO, Bogotá, 1956 (la obra original, *Genesi del diritto penale*, es de 1791).

dice, es evitar que el delito surja. Hay que hacer uso de todos los medios necesarios, siempre que no sean nocivos, para impedir la comisión de delitos. La pena debe ser el último recurso. Es injusto y cruel castigar cualquier delito si se pudo evitar (parágrafos 421 y ss.).

Al estimar que el derecho penal mira hacia el futuro, para evitar nuevas infracciones, considera que de tenerse la certeza moral de que el sujeto no volvería a delinquir la sociedad no tendría derecho a castigarlo (p. 263). Vemos cómo se adelanta aquí a un principio que todavía está sin resolver por la criminología. Hemos de tener presente que nadie está libre de poder cometer un delito —pensemos en los de imprudencia—, y que es un hecho cierto que muchos autores, tras cometer su primera infracción, el riesgo de volver a delinquir es muy pequeño, prácticamente nulo. Nosotros somos partidarios de que, salvo en casos muy extremos, a todo delincuente hay que darle una oportunidad, no en el sentido de que su conducta quede impune —pues esto sería algo así como autorizar a todo ciudadano a cometer un delito—, sino en el sentido de aplicar siempre que sea posible la condena condicional, facilidades en el cumplimiento de la pena (arrestos de fin de semana, privación de tiempo libre, prisión abierta o semiabierta, etc., ya apuntados). Todo esto es de gran importancia en el campo de la delincuencia juvenil, precisamente por ser donde en mayor proporción se da el abandono de la carrera criminal, conforme el joven se acerca a la edad adulta (24).

Para Romagnosi, el fin de la pena no es aflictivo, ni de venganza, sino el de evitar que el sujeto vuelva a delinquir (p. 395 y 920). Esta concepción está más cerca de la criminología que de los fines de la pena dentro del derecho penal (25). La criminología busca un fin humanitario de protección a la sociedad —intentando evitar que el delito surja y al individuo delincuente— procurando recuperarle mediante los sistemas de terapia. Vemos cómo Romagnosi se aproxima más a los fines de la pena dentro de la criminología que en el derecho penal. Aunque no habla de tratamiento del delincuente, sí se ocupa de evitar la reincidencia, aunque sea a través del temor de la pena. Hemos de tener en cuenta que ese temor juega un papel importante en el terreno de la prevención especial: muchos no vuelven a delinquir por miedo a verse ante la policía, los jueces o el ingreso en prisión.

Prevención de las causas del delito.—Dedica el capítulo quinto de su obra a la prevención del delito. Considera como primera condición la existencia de un gobierno políticamente fuerte, entendiéndose por tal, dentro del derecho penal, aquel en que «ningún particular, ningún funcionario, ninguna clase de ciudadanos pueda abrigar la esperanza de delinquir impunemente, y, cuando haya delinquido, de conseguir una

(24) SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil*, cit. pág. 10.

(25) Véase: ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, págs. 71 y ss.; BERISTAIN IPIÑA, *Fines de la pena*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», noviembre, 1961.

indulgencia privilegiada» (p. 911). Sin embargo, conoce la realidad de la delincuencia al estimar que nunca desaparecerá, aun con el mayor esfuerzo de los gobiernos; no se puede prevenir y evitar todo (p. 913).

Ese principio mantenido por Romagnosi es de gran interés. La ley debe ser igual para todos. Han de evitarse las injusticias, o por lo menos intentarlo, debiendo comenzar con el ejemplo de los que forman parte de la mecánica gubernamental, como pueden ser los funcionarios. La inmoralidad en los estratos superiores (26) y la crisis de autoridad pueden ser graves. Si el mal ejemplo comienza por ellos, mal se podrá exigir a los administrados que no cometan injusticias. No olvidemos que toda injusticia social es foco de criminalidad. Es deber de los gobiernos crear un ambiente de conciencia social y moralidad, que sería de gran eficacia preventiva, aunque hoy no es fácil en ningún país, por lo que el delito seguirá. De todas formas, aunque se consiguiera una sociedad perfecta el delito no desaparecería, pero sí supondría un freno (27).

Basa su programa de prevención criminal en los siguientes principios: de política, religión, convivencia social y honor. Además de lo ya expuesto cabe destacar:

Hay que proteger al ciudadano, así como darle una gran educación. Determinar los derechos y deberes de los mismos, tanto en la convivencia social como en sus relaciones con la justicia. La política y la justicia social han de estar unidas. Ha de evitarse el derecho del más fuerte y la política arbitraria. La injusticia va unida al delito. Toda política debe respetar y hacerse respetar. La moralidad no se puede improvisar, es algo que se recibe de las generaciones anteriores (p. 928 y ss.). Una forma de prevención es que las leyes civiles ayuden a los ciudadanos en relación con el trabajo, cargos, etc. (p. 1023 y ss.). Considera que la miseria es causa del delito, por lo que una mejora económica puede ser buena medida preventiva (p. 1028 y ss.). La educación es fundamental para corregir los defectos de los sujetos (p. 1054 y ss.), así como para que adquieran buenos hábitos. Esta educación debe ser dada por las leyes, la sociedad y la familia (p. 1074 y ss.). La vigilancia pública es muy importante en la prevención, que debe ir encaminada, no a la persecución del delincuente, sino a evitar que el delito surja (p. 1086 y ss.). Para una buena función preventiva es necesario la coordinación entre educación, vigilancia y recta administración de justicia. Si estas medidas son deficientes el número de delitos aumentará de forma alarmante (p. 1155-1156). La religión, en cuanto afecte interiormente a los sujetos tiene efectos preventivos, ya que los mejora (p. 1159 y ss.).

(26) Recordemos la reciente condena del vicepresidente de los Estados Unidos Spiro Agnew, se le ha impuesto tres años de cárcel y multa de 10.000 dólares, por delito de evasión fiscal. Hubo de dimitir de su cargo y se le ha inhabilitado para el ejercicio de su profesión de abogado.

(27) MAURACH, R.: *Tratado de Derecho penal*, I, trad. y notas de CÓRDOBA RODA, Barcelona, 1962, págs. 38-39; SERRANO GÓMEZ, *Prevención del delito*, en «Policía española», julio, 1973.

Se desprende de lo anterior que en Romagnosi hay todo un programa de prevención general, materia puramente de la criminología y no del derecho penal, mucho de cuyo contenido es aprovechable en los momentos actuales (28). Tiene una visión bastante clara del valor del mundo circundante como factor influyente de la criminalidad. Esta problemática, ya hemos apuntado antes, sigue siendo fundamental entre los temas a resolver por la criminología, en vista de que los sistemas represivos son insuficientes para combatir el delito. Aunque el tema no es nuevo (29), adquiere con este autor una verdadera sistematización.

Aunque en Romagnosi lo fundamental es la prevención general, expone otros aspectos criminológicos, entre los que cabe destacar:

También se ocupa de la prevención especial, basada en el temor que infunde la pena en el delincuente (p. 339, 340, 395, 417, 419, 938), y no se olvida del hombre interior (p. 334).

Hace referencia al impulso criminal, que obedece a distintos factores (p. 473, 483), aunque esos impulsos se pueden contener (p. 334).

Considera como causas del delito la falta de subsistencia, de educación, de vigilancia y de justicia (p. 1021). Resume así su constante insistencia de esos factores, que como otros puntos fundamentales de su pensamiento se repiten varias veces en la obra.

Apunta la existencia de condiciones congénitas en determinados sujetos que puede llevarles a una conducta viciosa o delictiva. En estos casos, dice, es importante una buena educación individual y social (p. 1053 y ss.). Vemos como, aunque de forma incidental, da una solución al tema herencia y criminalidad.

Considera como factores criminógenos el ocio y la vagancia, por lo que sostiene que todos los ciudadanos deben tener un trabajo (p. 1023, 1068, 1093 y ss.). Las leyes injustas suelen tener efectos criminógenos (p. 1122).

Se ocupa de los predelinquentes, en cuanto que hay sujetos que por su conducta tienen muchas probabilidades de terminar en el delito (29 bis). Pide que se establezcan ciertas medidas contra ellos, aunque mantiene que no debe haber excesos por parte del legislador (páginas 1114 y ss.). Se adelanta también al discutidísimo problema actual sobre las medidas de seguridad.

Se ocupa de la estadística criminal, señalando que no tienen valor en cuanto puedan ser utilizadas para fundamentar las causas del delito, que, por otra parte, no son fáciles de poder determinar (30). Vemos cómo se ocupa de uno de los métodos de la criminología, el estadís-

(28) MARTÍN CANIVELL, J.: *Aspectos problemáticos de la prevención y predicción de la delincuencia juvenil*, en «Revista del Instituto de la Juventud», octubre, 1968, y *Prevención del delito*, en idem, agosto, 1971.

(29) ANTÓN ONECA, *La prevención general...*, cit., págs. 9 y ss.

(29 bis) SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil*, cit., págs. 221 y ss.

(30) ROMAGNOSI, ob. cit., págs. 628 y ss.

tico, a la vez que no ignora las dificultades que existen para determinar los factores influyentes de la criminalidad (31).

Conoce un tema tan importante como es la necesidad de tener en cuenta los trabajos de la criminología ante las reformas penales, aunque solamente se refiere a las estadísticas (32).

Discute ampliamente un problema que todavía no se atreve a afrontar la criminología, nos referimos a la relación entre el desarrollo y criminalidad (33) (34).

Hemos visto el gran contenido criminológico en Romagnosi, que no se limita a la prevención general, aunque este sea el aspecto fundamental. La obra constituye una verdadera sociología criminal en su época.

OTROS AUTORES

Filangieri estima que el objeto de las penas no puede ser venganza o expiación. La pena no es suficiente para apartar del delito a algunos ciudadanos. Esto, sin embargo, no debe ser motivo para que el legislador se convierta en un tirano, por lo que se deben dictar las leyes pensando en la mayoría, no en esos supuestos especiales (35). Considera que la pena de prisión debe tener finalidad de corrección, no debiendo ser muy larga, ya que se opondría a la finalidad que persigue. Establecer un sistema de tratamiento (36). Se ocupa de los problemas del procedimiento judicial (37). También se ocupa de problemas sociológicos en cuanto pueden influir en el delito como situación económica, religión, regímenes políticos, clima y costumbres.

También hay en Feuerbach una extensa concepción sociología criminal. Hemos de tener en cuenta que conoció el delito y el delincuente desde diversos aspectos, ya que fue magistrado, profesor y participó en trabajos de codificación. Consideró que es preferible prevenir el delito que perseguirle, dando más valor a prevención general que a la especial (38).

La realidad criminológica podemos encontrarla también en Bentham y otros autores, pero su estudio nos llevaría demasiado lejos. Con la exposición detallada de las obras de Beccaria, Lardizábal y Romagnosi, creemos queda demostrado el valor criminológico en los iniciadores de la

(31) SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil*, cit., págs. 141 y ss.

(32) ROMAGNOSI, ob. cit., pág. 634.

(33) ROMAGNOSI, ob. cit., págs. 635 y ss.

(34) SERRANO GÓMEZ, *Desarrollo y criminalidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1973, fas. 2, en prensa; Véase «Revista Internacional de Política criminal», núm. 27, 1969, pág. 63.

(35) FILANGIERI, C.: *Ciencia de la legislación*, trad. J. Rubio, Madrid, 1822, vol. VI, págs. 14 y ss. (la obra original, *Scienza della legislazione*, se publicó entre 1780-1785).

(36) FILANGIERI, ob. cit., VI, págs. 85 y ss.

(37) FILANGIERI, ob. cit., V, págs. 39 y ss.

(38) FEUERBACH, P. A.: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1801.

ciencia del derecho penal, sin perjuicio de que el carácter científico de la criminología se consiga con el positivismo. La polémica entre las escuelas trajo consigo la separación entre derecho penal y criminología, fijándose los límites de ambas ciencias. Superado ese período ya no es necesario mantener las diferencias, sino que debe buscarse la mutua colaboración, sin perjuicio de que cada una mantenga su integridad.

MARIANO CUBI SOLER, PRECURSOR DE LOMBROSO

Ya apuntábamos que este autor nada tiene que ver con las escuelas penales, sin embargo, lo traemos aquí por ser uno de los precursores de Lombroso (39).

La denominación «delincuente nato» no fue creada por el positivismo criminológico, ni por Lombroso (40), sino por la Frenología, cuyo verdadero iniciador fue Gall (1758-1828) (41). Se basan los frenólogos en el estudio del cerebro, en el que localizan ciertos órganos donde radican una serie de facultades determinantes de la conducta o reacciones de los sujetos.

Cubí Soler emplea el término «delincuente nato», aunque con la denominación de «criminal nato», medio siglo antes que Lombroso. Para demostrar esta realidad (42) vamos a recoger algunos datos de la obra: «*Sistema completo de Frenología*» (43).

Parece que el término se venía empleando y Cubí no estaba muy de acuerdo con él, pues escribe: «cuando el hombre es demente o *criminal nato*, si queremos aún servirnos de este último impropio término». Se observa como lo identifica con los dementes, pues dice «para los dementes, llamados criminales natos» (44).

Ya antes, Gall, al órgano de la «destruictividad» lo denominó también «instinto de matar», ante la propensión que todos tenemos de destruir. Hay una inclinación que va desde la indiferencia hasta el imperioso deseo de matar. Se da en ciertos individuos una propensión al crimen (45).

— Sostiene que las condiciones morales se transmiten de los progenitores a la prole (46), así como hay quien nace con un gran desarrollo de la destructividad, acometividad, etc., «o de alguno de estos órganos con la parte moral y la razón muy defectuosa, cuya organiza-

(39) SÁINZ CANTERO, ob. cit., pág. 155.

(40) El delincuente nato es uno de los diez tipos criminales de LOMBROSO.

(41) Sin embargo, dice CUBÍ que la obra del español JUAN HUARTE: *Examen de ingenios* (Pamplona, 1578) «como tesoro frenológico no tiene precio». Véase CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, 2.^a ed., Barcelona, 1844, pág. 26, nota 45 (1.^a ed. 1843).

(42) CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F.: *Mariano Cubí Soler, antropólogo criminalista español, anterior a Lombroso*, en «Archivos de Medicina Legal», 1928.

(43) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit.

(44) CUBÍ SOLER, ob. cit., pág. 419.

(45) CUBÍ SOLER, ob. cit., págs. 165, 171, 174, 177.

(46) CUBÍ SOLER, ob. cit. pág. 15.

ción constituye naturalmente al ladrón, al violador, al asesino, al estafador y otros criminales. Mientras quedasen desconocidas las causas, y el medio de combatirlas, que han producido semejantes criminales: estos criminales deberían aparecer hasta lo infinito en todas las generaciones» (47). En otro lugar añade: «que son casos análogos al de una irritación cerebral que forma al ladrón, al estuprador, al asesino» (48). En relación con los genios y disposiciones escribe del asesino: «exaltación de la destructividad con deprimida benevolencia... Esta organización debe considerarse como una malformación natural; como la del jorobado, cojo, manco, etc.» (49).

Finalmente cabe destacar el párrafo siguiente: «La frenología acaba de revelarnos que sea cual fuere la naturaleza del alma, sus manifestaciones en este mundo, al menos, dependen de la organización cerebral, y que si esta organización no se mejora en algunos seres, o se les permite reproducirse, el alma manifiesta en ellos aquellas aberraciones que llamamos verdadero crimen, por las mismas leyes divinas que manifiesta en otros, extraordinario talento para las ciencias, las artes y las letras» (50). Sostiene que no existen órganos del crimen (51).

Pero la concepción de Cubí sobre el «criminal nato» no lleva necesariamente a la fatalidad del delito. Su postura, no obstante, se aproxima mucho a la que sostiene la criminología en los momentos actuales, y que se puede resumir: La criminalidad no se hereda, pero sí ciertas condiciones que pueden predisponer a ella (52). No cabe duda, por ejemplo, que hay sujetos que heredan una cierta condición temperamental que les lleva a reacciones más explosivas que en otros. Estos tienen más riesgo de cometer acciones violentas contra personas, o provocarlas, que el ciudadano medio; sus reacciones, ante similar estímulo, son más agresivas que en la media de la población. Sin embargo, esta condición temperamental, en cuanto a la forma de reaccionar, se puede modificar, en beneficio de una actitud más pacífica (53). Sin embargo, esas reacciones pueden obedecer a anomalías psíquicas (54).

Pasamos a ver cómo en la obra de Cubí se refleja lo anterior:

— El hombre, dice, no puede crear, pero sí modificar lo creado por medio de la educación (55).

(47) CUBÍ SOLER, ob. cit., págs. 414-415.

(48) CUBÍ SOLER, ob. cit., pág. 417.

(49) CUBÍ SOLER, ob., cit., pág. 446.

(50) CUBÍ SOLER, ob. cit., pág. 416.

(51) CUBÍ SOLER, *La Frenología y sus glorias. Lecciones de Frenología*, Barcelona, 1852, págs. 322 y ss.

(52) SERRANO GÓMEZ, *Herencia y criminalidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1969, fasc. 3.

(53) También Cubí se ocupó de los temperamentos, *Sistema completo de Frenología*, cit., págs. 71 y ss.; *Lecciones de Frenología*, cit., págs. 378 y ss.; *Elementos de Frenología. Fisonomía y magnetismo humano*, Barcelona, 1849, págs. 50 y ss.

(54) CÓRDOBA RODA, *Las reacciones vivenciales anormales ante la Criminología*, en «Los delincuentes mentalmente anormales», Facultad de Derecho, Madrid, 1961-62, págs. 181 y ss.

(55) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., pág. 23.

— Los efectos producidos por la perversión de las facultades innatas pueden ser corregidos por la frenología. Se adhiere a la postura de Gall en lo siguiente: Hay en algunos hombres inclinación al crimen, pero en estos casos «todavía le queda al hombre poder vencer la cruel propensión de que hablo, o darle una dirección que no sea funesta» (56).

— Dice que la frenología enseña cómo la acción de un órgano o grupo de órganos productora de conductas benévolas o asesinas no destruye la posibilidad de que funcionen los demás órganos de la cabeza. De activar éstos pueden devolver al sujeto su conducta ordenada. Es posible reprimir la acción de órganos preponderantes, ya por circunstancias accidentales, por educación, buenos ejemplos, etc. Sin embargo, hay casos que no tienen solución, son sujetos anormales a quienes se les debe aislar y prohibir la reproducción (57) (58).

Vemos en Cubí una postura bastante razonable en relación con el criminal nato. Sin duda más acorde con la actual criminología que la posición de Lombroso, por lo menos en la primera época de éste. Sin embargo, no parece que el italiano llegara a conocer la obra del español, según se desprende del contenido de la labor de ambos. No es citado por Ferri entre los autores que iniciaron la renovación de la ciencia criminal, a pesar de recoger el nombre de algunos frenólogos como Gall y Spurzheim (59). De todas formas fue Lombroso el creador de la antropología criminal, dando lugar, con el positivismo criminológico, al nacimiento de la criminología como ciencia, sin perjuicio de que existan esos y otros muchos antecedentes.

Hay en Cubí otros pensamientos criminológicos:

— Considera que la frenología puede prestar un apoyo importante a la represión del crimen, corrigiendo defectos mentales, prohibiendo matrimonios entre sujetos cuya moral puede perjudicar a la prole, etcetera (60).

— En el campo de la prevención estima la necesidad de instrucción de los menos dotados para que dejen de cometer delitos (61).

La menor capacidad intelectual supone un mayor riesgo de caer en el delito, no por la constitución del sujeto, sino porque tendrá más dificultades de defenderse ante los múltiples problemas de la vida (62).

— Se adelanta a la concepción actual de la criminología clínica, en cuanto insiste en la necesidad de conocer las causas que llevaron al sujeto al delito, a fin de corregir esos defectos y devolverle a la sociedad en condiciones de hacer vida honrada (63).

(56) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., págs. 170, 172 y ss.

(57) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., págs. 178, 179 y 416.

(58) No acepta de forma absoluta el término incorregible, véase: *Lecciones de Frenología*, cit., pág. 237, nota.

(59) FERRI, *Sociología criminal*, I, cit., pág. 50.

(60) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., págs. 14, 15 y 416.

(61) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., pág. 410.

(62) SERRANO GÓMEZ, *Delincuencia juvenil*, cit., págs. 183 y ss.

(63) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., pág. 413.

— También se adelanta a la polémica actual de si los jueces deben tener conocimientos de criminología. Estima que en el proceso no se consideran las causas del delito, por lo que no hay posibilidad de atajar sus efectos (64).

Este es uno de los problemas graves con los que tropieza la criminología. No se sabe muchas veces el porqué del delito. Hay ocasiones que ni el sujeto conoce el origen de su conducta. Sin precisar bien esas circunstancias no es nada fácil atajarlas. Otra cosa es la existencia de problemas sociológicos que no tienen solución, a pesar de ser conocidos y de su incidencia en el mundo del delito (65).

— También hay en Cubí consideraciones sociológicas del delito, hace referencia a la esclavitud de algunas clases sociales, miseria, ignorancia (66).

— Se muestra partidario de la sentencia indeterminada. El delincuente debe estar recluso todo el tiempo que se estime necesario, hasta que se consiga su instrucción y enmienda (67).

— También hay una dirección correccionalista en Cubí. Considera que el carácter afflictivo de las penas no puede recuperar al delincuente. Lo importante es la prevención y la corrección. Hay que recluir a los delincuentes en lugares que se instruyan y enmienden (68). Considera que el delincuente suele ser un hombre débil, imperfecto, influido por las tentaciones, pero susceptible de corrección y enmienda (69). La ley debe ser «impeditiva», correctiva, curativa; pero nunca jamás castigativa (70). Para el criminal nato pide el aislamiento, no la eliminación (71).

Recogemos, finalmente, un pensamiento de Cubí de extraordinario valor en el campo jurídico-criminológico. Escribe: «La voz libertad, por ejemplo, es palabra que nadie entiende, ni puede menos de entenderse sino a su modo, según su organización, educación, hábitos y otros influjos que en él operan. El hombre de pocos sentimientos morales, escasa educación religiosa, moral, intelectual, cree que la voz libertad quiere decir libertinaje, esto es, dar rienda suelta a sus pasiones animales» (72).

Se presenta en el párrafo anterior la problemática actual del mal uso de la libertad, causa del delito en muchas ocasiones. Ante esta panorámica cabe preguntarse, dentro del terreno del «ius puniendi»: ¿Tendrá la sociedad que ceder todavía más derechos al Estado para conseguir una mayor protección? ¿Será el Estado quien, sin otras consideraciones, se arrogue más facultades? Si respetamos el hipotético

(64) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., pág. 412.

(65) SERRANO GÓMEZ, *Prevención del delito*, cit.

(66) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., pág. 412.

(67) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., pág. 413.

(68) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., págs. 413-414.

(69) CUBÍ SOLER, *Lecciones de Frenología*, cit., págs. 607 y ss.

(70) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., 417.

(71) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., págs. 419-420.

(72) CUBÍ SOLER, *Sistema completo de Frenología*, cit., pág. 302.

contrato social con el Estado habrá que esperar a ver si el ciudadano está dispuesto a ceder más. Ante el notable incremento de la delincuencia se plantea el siguiente dilema: Qué compensa más, el riesgo o la libertad. Es ahí donde ha de buscarse el equilibrio y ver hasta qué punto compensa ceder en los derechos, que el Estado no debe arrebatarse al ciudadano sin su consentimiento.

Jescheck ante la realidad: a mayor libertad menor seguridad —por el mal uso de ésta— es partidario de mantener aquélla, aun a costa de un mayor riesgo para la sociedad. En este sentido, dice, se ha orientado la reciente reforma del Código penal alemán (73). Aun compartiendo este criterio, sin embargo, cabe pensar que difícilmente se podrá hacer uso de unos derechos cuando no exista la suficiente seguridad que garantice su ejercicio. Ante esta situación se ha de tener en cuenta que parece que algunas estructuras sociales y políticas se están quedando anticuadas, con su correspondiente influencia en el derecho penal, y de ahí ese desfase aparente entre libertad y seguridad. Esta problemática, que afecta en mayor o menor escala a todos los países, puede ser muy importante para el futuro del derecho penal y la criminología.

(73) Así respondió JESCHECK a determinada pregunta, formulada en este sentido, en el coloquio que siguió a conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el 25 de marzo de 1972. El contenido de la conferencia está publicado en el ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1972, fasc. III: *La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos, resultados*. trad. RODRÍGUEZ DEVESA.

El Derecho penal económico.

Un estudio de Derecho positivo español (*)

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Doctor en Derecho. Profesor Adjunto de Derecho penal
en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Objeto del trabajo*.—II. *Concepto y contenido del Derecho penal económico*.—III. *Normativa sancionadora en nuestro Derecho positivo vigente*.—1.—*Abastecimientos y precios*. A) Precios. a) Tipos delictivos que tienden a proteger la libertad de la formación de los precios en el mercado. b) Tipos delictivos que tienden a proteger los precios lícitos cualquiera que fuese la forma de su determinación. B) Abastos. C) Competencia en el procedimiento sancionatorio. a) El poder sancionador de la Administración hasta el D. 17 noviembre 1966. b) El D. 17 noviembre 1966. c) Competencia actual de la jurisdicción ordinaria. 2.—*Delitos monetarios*. 3.—*Contrabando*.—IV. *Consideraciones dogmáticas*. 1.—*Poder sancionador de la Administración*. A) Ambito de la potestad sancionadora. B) Posible justificación: la infracción administrativa. C) Lesión de los principios informadores del ordenamiento jurídico. D) Interpretación de los arts. 26 y 603 del Código penal. E) Consideraciones finales. 2.—*Responsabilidad de las personas jurídicas*. V. *Conclusión*. 1.—*Examen crítico de la normativa*. 2. *Consideraciones de lege ferenda*.

I. OBJETO DEL TRABAJO

La expresión *Derecho penal económico* hace referencia a una materia que va tomando paulatinamente carta de naturaleza desde principio de siglo hasta nuestros días. Hoy es una expresión comúnmente utilizada en la doctrina (1) y en la legislación (2) de gran parte de los países europeos.

(*) Este trabajo ha sido presentado como ponencia en el Seminario que, bajo la dirección del catedrático de Derecho penal, don Gonzalo Rodríguez Mourullo, ha tenido lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid bajo el título genérico de "Derecho penal de Sociedades". Este seminario se ha beneficiado de la ayuda a la Investigación.

(1) Baste citar a título de ejemplo, en Alemania, SCHMIDT, Eb., *Das neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, 1950, y JESCHECK, H.-H., *Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht*, en *Juristenzeitung* 1959, pp. 457 y ss. En Italia, CONTI, L., *Diritto penale commerciale*, 2 tomos, Turín, 1965-67, y PEDRAZZI, C., *Notorelle comparatistiche di diritto penale commerciale*, en *L'Indice penale*, 1970, pp. 25 y ss. En Francia, PINOTEAU, Ch., *Législation pénale en matière économique et financière*, París, 1959. En España, SUÁREZ MON-

El presente trabajo quiere ser, en principio, una exposición de la normativa vigente en nuestro país en relación con el llamado Derecho penal económico. Nuestra primera preocupación consiste en establecer las fronteras del concepto que, por su novedad y su falta de madurez histórica, se presenta con límites imprecisos y equívocos. La exposición que a continuación hagamos de la normativa respectiva nos obligará a enfrentarnos, a la vista del derecho positivo español, con los problemas que, también en el derecho comparado, plantea. El intervencionismo del Estado en la Economía ha provocado la existencia de un poder sancionador de la Administración que, al menos en nuestro Derecho, adquiere alarmantes características. Algunas consideraciones tendremos que hacer al respecto habida cuenta de la importancia de la actividad sancionadora de la administración en el orden económico (3). De otro lado, también se ha planteado en términos muy particulares en el ámbito del Derecho penal económico el problema relativo a la responsabilidad criminal de las personas colectivas o sociales. Sobre ello también tendremos que volcar nuestra investigación. Nos preocuparemos más del aspecto jurídico-positivo que del teórico, en el sentido de conjugar la abundante literatura que existe respecto a estos dos últimos temas, con la real regulación que nuestro derecho hace de los mismos.

TES, R.-F., *Particularités des délits économiques dans le droit espagnol, en Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XIII, 1963, pp. 372 y ss. JIMÉNEZ ASEÑO, E., *El nuevo Derecho penal económico*, en *Revista de Derecho privado*, 1950, pp. 788 y ss. QUINTANO, A., *Nueva dogmática del Derecho penal económico*, en *Revista de Derecho mercantil*, 1953, pp. 241 y ss. SAINZ CANTERO, J. A., *Delincuencia económico-financiera, en Delito y Sociedad*, número extraordinario de Cuadernos para el Diálogo, Dic. 1971. También, FERNÁNDEZ ALBOR, A., *El agio arrendaticio*, Madrid, 1969, dedica un largo capítulo al Derecho penal económico (pp. 96 y ss.). Puede consultarse amplia bibliografía general en TIEDEMANN, K., *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?* Gutachten zum 49. Deutschen Juristentag, München, 1972, y JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, I, Buenos Aires, 1964, p. 56.

(2) La legislación penal económica tiene, sobre todo en las épocas críticas de posguerra, una tendencia a la dispersión. De ahí que sea interesante destacar la tendencia a la unidad de la legislación europea. En Alemania unifica la dispersión de normas la *Wirtschaftsstrafgesetz* de 9 julio 1954 reformada por la *Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz* de 24 mayo 1968. En Francia, las ordenanzas 1.483 y 1.484, de 30 junio 1945, repetidamente reformadas. La primera regula las infracciones en materia de Derecho penal económico, principalmente lo que se refiere a los precios, y la segunda atiende al aspecto procesal (constatación, persecución y represión de las infracciones). Una exposición detallada de su contenido, en GOYET, F., *Droit pénal spécial*, 8.^a ed., París, 1972, pp. 799 y ss. En Italia existe en el Código penal un título (VIII) dedicado a los delitos "contro l'economica pubblica, l'industria e il commercio".

(3) Decía SCHMIDT, Eb., *Das neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, 1950, pp. 14-15, que el Derecho penal económico es el punto clave para solucionar la colisión entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. Téngase en cuenta que la *Wirtschaftsstrafgesetz* de 1949 planteaba (§ 6) una diferencia legal entre *Wirtschaftsstrafataten* (delitos económicos) y *Ordnungswidrigkeiten* (contravenciones).

II.—CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO PENAL ECONOMICO

Necesario es para delimitar el objeto de lo que se llama Derecho penal económico esbozar a grandes rasgos el alcance y contenido de esa pretendida nueva rama jurídica llamada *Derecho económico*.

Es necesario tener presente ante todo que no se trata de un Derecho de la guerra y de la revolución. Ciertamente es que cuando se oyó hablar con más insistencia de un Derecho económico fue con ocasión de las dos guerras mundiales. Ello ha autorizado a encontrar una total dependencia, sin duda no exacta, entre la guerra y el nuevo Derecho económico (4). En realidad el nuevo Derecho económico debe de anudarse a las transformaciones ideológicas que se producen desde comienzos de siglo (5) y a las modificaciones de las relaciones económicas (la elevada tecnificación e industrialización, la inflación de las grandes ciudades, la alta tensión del tráfico monetario y de divisas y la, por esta razón, cada vez más crítica formación de precios, etc...) que exigen una distinta organización y una efectiva protección del Derecho (6). El papel de las guerras y las revoluciones se limita a provocar una elevación en la masa del material jurídico económico (7).

De igual modo es necesario desterrar la idea de que el Derecho económico se explica sólo vinculado a regímenes políticos totalitarios (8). Es cierto que aquellas transformaciones ideológicas que considerábamos decisivas en el nacimiento del Derecho económico hacen referencia al cambio de una concepción liberal de la economía con su *laissez-faire, laissez-passer, ne pas trop gouverner*, su concepción fisiocrática de los precios naturales, su entendimiento de la libre concurren-

(4) JIMÉNEZ ASEÑO, E., *El nuevo Derecho penal económico*, en *Revista de Derecho privado*, 1950, p. 789, entiende que de las posguerras "ha surgido un derecho nuevo económico que, determinado por el signo de la pobreza, se preocupa fundamentalmente en mitigar o, si posible fuera, en superar, los graves y grandes problemas de justicia distributiva que la escasez de las materias primas o esenciales para la vida social aquellos conflictos engendraron". En el mismo sentido advertía QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Nueva dogmática del Derecho penal económico*, en *Revista de Derecho mercantil*, volumen XVI, 1953, p. 251, que en sistemas de tipo liberal sólo es posible y conveniente un Derecho penal económico en casos de economía de guerra, readaptación o de crisis.

(5) Cfr. RUBIO, J., *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, página 170.

(6) Cfr. HEDEMANN, J. W., *El derecho económico*, en *Revista de Derecho privado*, XXVII, mayo 1943, p. 278; MULDER, A., *Le droit pénal social économique*, en *Revue internationale de droit pénal*, 1953, pp. 383-389. Una interesante exposición de la situación de la Europa de entreguerras desde el punto de vista político económico, en JANSSENS, E., *Linéaments d'une structure législative propre au droit pénal social économique*, en *Revue Internationale de droit pénal*, 1953, pp. 981 y ss.

(7) Así, HEDEMANN, J. W., *El derecho económico*, cit., p. 279.

(8) Vid. QUINTANO, A., *Nueva dogmática*, cit., pp. 242 y ss. Sobre las relaciones entre Estado y Economía durante el fascismo italiano, vid. BERENINI, A., *Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, en *Trattato di Diritto penale de E. Floriani*, 4.^a ed., Milano, 1937, pp. 7 y ss.

cia en el mercado, etc..., a un más o menos grave intervencionismo estatal (9). Cierta es también que este intervencionismo es la consecuencia de una concepción social del Estado de Derecho de un lado, y del otro de todo un movimiento de evolución histórica caracterizado por el paulatino paso de una Economía individualista (regida por un Derecho patrimonial civil y un Derecho mercantil individualistas) a una economía dirigida estatalmente caracterizada por el *Plan*. Pero hay que tener en cuenta que este dirigismo, dentro de una economía de signo capitalista, *parte de la idea de un mercado libre* para regularlo (10) y de la idea del libre juego de las relaciones privadas «para estimularlas o coartarlas según los casos y, en cualquiera, para encauzarlas» (11). Las actuales relaciones Estado-actividad económica toman un cariz intervencionista, pero en ellas buscan permanentemente una situación de equilibrio la libertad de iniciativa, el orden público económico, la planificación y la acción estatal directa. No se trata, pues, de una rama jurídica que sólo encuentre explicación al socaire del totalitarismo político.

Sobre la precisión del concepto del Derecho económico se han volcado tanto los mercantilistas como los administrativistas. Aquéllos porque constituye dicha nueva rama jurídica la piedra de toque de la crisis del Derecho mercantil (12). Estos, porque la intervención ejercida por el Estado transcurre por cauces, en su mayor parte, de derecho público y de todos es conocido el actual proceso de administrativización del Derecho público (13). Pero parece ser que no se ha conseguido precisión total del concepto e, incluso, se le ha negado al Derecho económico autonomía científica y legal (14).

La expresión Derecho económico era desconocida antes de la primera guerra mundial y es a finales de dicha confrontación bélica cuando nace (15). Desde entonces ha habido abundante literatura afanosa en fijar el concepto y contenido del Derecho económico (16). Las distintas posiciones científicas pueden resumirse de la siguiente forma.

(9) Vid. JIMÉNEZ ASENJO, E., *El nuevo*, cit., p. 789.

(10) Así, HEDEMANN, J. W., *El derecho económico*, cit., pp. 289-290: regula, sobre todo, la contratación imponiendo esquemas fijos de contratos o fijando sólo algunos de sus elementos, como los precios, plazos, tipos de envase, medios y vías de transporte, etc.... Sobre la planificación en general, vid. MANZANEDO, J. A.-HERNANDO, J.-GÓMEZ REINO, E., *Curso de Derecho administrativo económico*, Madrid, 1970, pp. 23 y ss.

(11) RUBIO, J., *Introducción*, cit., p. 170.

(12) Vid. por todos, RUBIO, J., *Introducción*, cit., pp. 167 y ss., y GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, 4.^a ed., Madrid, 1962, pp. 34 y ss.

(13) Cfr. BAENA, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Madrid, 1966, p. 54.

(14) Vid. GUAITA, A., *Derecho administrativo especial*, III, Zaragoza, 1967, página 22.

(15) Vid. HEDEMANN, J. W., *Das Wirtschaftsrecht. Rückblick und Abschied*, en *Homenaje a A. Hueck*, 1959, pp. 378 y ss.

(16) Una exposición desde las posiciones originales de Nussbaum y Hedemann, en SANTOS BRIZ, J., *El derecho económico: concepto, caracteres, contenido*, en *Información jurídica*, oct.-dic. 1971, pp. 19 y ss.

Primero la llamada dirección metodológica que entiende el Derecho económico simplemente como un modo nuevo y más adecuado de analizar jurídicamente la problemática económica de nuestro tiempo (17). De otro lado están aquellos que intentan delimitar objetivamente el contenido del Derecho económico pero con tal amplitud que su autonomía como rama jurídica queda malparada por no responder a los propósitos de investigación y enseñanza ni encontrar correspondencia en una legislación unitaria y coherente (18). Según esta posición el Derecho económico agruparía toda la normativa de Derecho público o privado relativa a la Economía.

La obvia inviabilidad de estas posiciones nos obliga a aceptar una tercera más acorde con las circunstancias que explican el nacimiento del Derecho económico. Es la que lo identifica con el Derecho de la Economía dirigida por el Estado. «Derecho eminentemente público—administrativo— sin que ello suponga, ni que deje de utilizar instituciones originariamente jurídico-privadas que surgieron para ordenar el tráfico económico tradicional, ni, mucho menos, que no ofrezca zonas de grave fricción con el Derecho patrimonial privado» (19). El Derecho económico nace, efectivamente, en una época de importante actividad intervencionista por parte del Estado. Es la época correspondiente al primer tercio de nuestro siglo en la que se producen importantes transformaciones económicas (20) respondiendo al cambio de una Economía de mercado clásica o liberal a una Economía social de mercado (21), y jurídicas para regular la intervención del Estado en el mundo del libre juego de las fuerzas económicas. «Una nueva mentalidad estima que debe exigirse al Estado algo más que la simple garantía de la seguridad de las transacciones: La defensa del bien de la Comunidad, la protección del débil, el restablecimiento del equilibrio alterado por presiones económicas intolerables. Y esta intervención del Estado y de su Derecho en zonas antes abandonadas a la libre iniciativa es la que, en principio, va a denominarse Derecho económico» (22).

A la vista de esto, ¿qué es el Derecho penal económico? El Derecho penal económico es un grado de dicha intervención estatal. Precisamente el grado más intenso de intervención del Estado en la economía utilizando su poder sancionador. La finalidad y la función del Derecho

(17) Defensores de ésta posición se citan a Hedemann en su primera época, Geiler, Krause, Mossa, etc.... Vid. RUBIO, J., *Introducción*, cit., p. 171, nota 61, y POLO, A., *El nuevo derecho de la economía. Su aparición, concepto y relaciones con el Derecho mercantil*, en *Revista de Derecho mercantil*, 1946, p. 387.

(18) Así, Nussbaum, Eichler, etc.... Cfr. RUBIO, J., *Introducción*, cit., páginas 172-173. En España sigue este criterio SANTOS BRIZ, J., *El derecho económico*, cit., p. 21.

(19) RUBIO, J., *Introducción*, cit., p. 174. En nota 65 cita los partidarios de esta posición.

(20) Vid. MULDER, A., *Le droit pénal*, cit., pp. 388-389.

(21) Vid. SANTOS BRIZ, J., *El derecho económico*, cit., p. 17.

(22) RUBIO, J., *Introducción*, pp. 178-179.

penal económico no son otra cosa que la sublimación de la finalidad y la función del intervencionismo estatal en la economía: cumplir las exigencias de una valoración diferente del imperativo de Justicia en orden a las relaciones sociales y económicas. Estas nuevas exigencias se plasman en la necesidad que hoy se siente de proteger la economía en su conjunto, el orden económico, la economía nacional puesta al amparo del nuevo intervencionismo estatal, como conceptos opuestos a los particulares de propiedad, patrimonio y fe contractual (23). Puede afirmarse a este tenor que el objeto de protección del Derecho penal económico es el orden económico (24) entendido como interés del Estado en la conservación de su capacidad productora para el cumplimiento de su tarea y en la conservación del orden legal de la economía tanto en su conjunto como en sus ordenaciones parciales, y entendido como interés del individuo en participar en los bienes de consumo y en el desarrollo de una actividad adecuada a su voluntad profesional de actuación y lucro (25). En definitiva, el Derecho penal económico es el conjunto de normas penales que garantizan el orden económico.

El concepto que manejamos es un concepto doctrinal, que responde más a un deseo, a un deber ser, que a la realidad de nuestro Derecho vigente. Para su estudio agruparemos las normas sancionadoras que protegen el orden económico de manera directa (26) y ten-

(23) El primero que se ha manifestado en este sentido ha sido LINDEMANN, C., *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?*, Jena, 1932, pp. 12 y ss. SCHMIDT, Eb., *Das neue*, cit., pp. 16 y ss., estudia a fondo su posición considerándolo como importante factor de influencia en la ley penal económica alemana de 1949.

(24) El párrafo 3 de la WiStG (ley penal de la economía) de 1954 alemana viene a definir el delito económico como lesión del orden económico especialmente del orden de mercado y precios. Su párrafo 2 obliga a acudir a las características del autor para definir el delito económico (contumacia en la actitud de menosprecio a los intereses públicos de protección del orden económico).

(25) SCHMIDT, Eb., *Das neue*, cit., p. 20.

(26) Existe una larga serie de figuras delictivas de posible inclusión en el Derecho penal económico. Tales son la suspensión o alteración por parte de los patronos u obreros de la regularidad del trabajo, con el fin de perturbar de manera grave la *producción nacional* (núm. 2 art. 222 C. p.); la sustracción de la cosa propia al cumplimiento de los deberes legales impuestos en servicio de la *economía nacional* (art. 562); la falsificación de moneda (artículos 283 y ss.); la infección o contagio de ganado (art. 558, núm. 2), etcétera... Sin embargo, tales delitos protegen el orden económico de una manera indirecta. El atentado económico no es más que el medio utilizado para lesionar el bien jurídico protegido, que es, indudablemente, distinto al del orden económico. En el artículo 222 se trata de proteger la seguridad del Estado (vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, 4.^a ed., Madrid, 1971, p. 693). El artículo 562 trata de castigar una desobediencia al estilo del artículo 238, o una ocultación fraudulenta al estilo del artículo 319 (En este sentido, QUINTANO, A., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, p. 1055). En el resto de los casos es más fácil aún advertir que lo que se protege es algo distinto al orden económico. Existe una tendencia a entender el delito de cheque en descubierto como atentatorio a la economía nacional, pero eso no tiene sentido. No afecta al orden económico sino a un elemento particularizado como es el tráfico mercantil de títulos-

dremos ocasión de comprobar el carácter apriorístico y doctrinal del concepto que manejamos de Derecho penal económico. En primer lugar no funciona enteramente como *Derecho penal* ya que gran parte de las facultades sancionadoras (las más eficaces hoy) han quedado en poder de la Administración; y en segundo lugar no es enteramente *Derecho penal económico* (como Derecho penal especial) porque no está desvinculado del Derecho penal común. En efecto, de un lado el propio Código recoge algunos tipos delictivos y del otro se han creado en muy escasa medida reglas especiales de parte general o de procedimiento.

III. NORMATIVA SANCIONADORA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO VIGENTE

Al contrario que en otros ordenamientos no existe en el nuestro un conjunto de normas sistemático sobre el Derecho penal económico, sino toda una serie de normas dispersas en el tiempo y absolutamente faltas de toda coordinación dentro del Código penal y en leyes especiales. Es necesario advertir que no nos proponemos hacer un estudio pormenorizado de la normativa, sino una exposición de las infracciones económicas en nuestro Derecho. Con ello queremos poner de relieve la dispersión y la falta de coherencia de la normativa que integra el llamado Derecho penal económico. De ahí que nos detengamos preferentemente en los problemas de vigencia de normas, concurso de leyes y determinados problemas especiales (poder sancionador de la Administración y responsabilidad de las personas jurídicas).

Es difícil una forma sistemática de exposición. Hubiera sido conveniente seguir alguna de las clasificaciones tradicionales en la Economía. Sin embargo, ello nos obligaría a desmembrar algunas normas generales y hemos preferido seguir las grandes divisiones establecidas legalmente. Trataremos en primer lugar la materia relativa a precios y abastos para pasar luego a las infracciones monetarias y de contrabando.

1) *Abastecimientos y precios.*

La normativa sancionadora que rige esta materia se caracteriza por la confusión, que «en esta zona punitiva es considerable, y las repeticiones, contradicciones, vaguedades y conflictos de leyes superiores a las que ofrecen otras figuras delictivas» (27). Abastecimientos y precios

valores. El hecho de que sea la comunidad la lesionada no debe llevarnos a confusión. De otro lado, la existencia de un Derecho penal económico como Derecho penal especial se justifica por la necesidad de una regulación específica en algunos aspectos (vid. cap. V) y tal necesidad no aparece en las citadas figuras delictivas.

(27) RODRÍGUEZ DE VESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1032.

se suelen tratar en nuestra literatura conjuntamente. Por razones de estudio haremos nosotros una exposición separada.

A) Precios.

Las normas que sancionan conductas que atentan contra los precios de las cosas objeto de contratación pertenecen al Derecho penal económico en la medida en que se trata de precios en el mercado. Se protege una determinada política en el *mercado* y no el patrimonio individual. De ahí que las conductas que tiendan a alterar o alteren los precios de las cosas en un *acto aislado* de contratación son ajenas al Derecho penal económico, pero serán jurídico-penalmente relevantes en la medida en que se subsuman en uno de los tipos delictivos protectores del patrimonio individual como, por ejemplo, la estafa (28). Sólo cuando se trata de proteger los precios en el mercado estamos en presencia del Derecho penal económico.

Son los arts. 539 a 541 del Código penal y las leyes de 26 octubre 1939 y 20 julio 1963, las normas sancionadoras más importantes en materia de precios (29). La reforma de los arts. citados del Código penal que se hizo por Ley 15 noviembre 1971 plantea problemas de vigencia de normas en relación, principalmente, con la ley de 1939, de difícil solución (30). En materia de precios esta ley especial castiga una serie de conductas similares o idénticas a las castigadas por el Código penal. La tarea de interpretación no es sencilla y debe resolverse partiendo de la siguiente consideración general. La colisión de normas se origina entre el Código y una ley especial por lo que han de jugar papel decisivo por un lado el principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*) y del otro el principio de codificación. El artículo 7 del Código penal consagra, entendido en su más amplio sentido, el principio de especialidad, es decir, el que declara aplicable la ley especial, en lugar del Código penal, en un problema de concurso de leyes. Pero téngase en cuenta que tal principio se encuentra limitado por lo dispuesto en el art. 604 al excluir de su amparo «los preceptos de Leyes penales especiales incorporados al presente Có-

(28) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Suplemento a Derecho penal español. Parte especial*, 4.^a ed., Madrid, 1972, p. 43.

(29) La inclusión de los artículos 539 a 541 en el Tít. XIII del Libro II del Código penal es defectuosa, ya que se refiere a delitos que no atentan contra la propiedad sino contra el sistema político económico que rige en el mercado.

(30) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Suplemento*, cit., pp. 48-49, se inclina por considerar derogada la Ley de 1939, y no le faltan razones (carácter temporal-excepcional referido a la posguerra, según el preámbulo de la Ley, la importancia que se le dio en los debates de la reforma de 1971, el hecho de que la Ley haya dejado de aplicarse hace muchos años, etc...), pero los argumentos no son del todo concluyentes. Si la Ley de 1939, de un lado, y los artículos 539 a 541, reformados en 1971, del otro, se refieren, en alguna medida, a supuestos de hecho distintos no entran en colisión al menos en ese ámbito. En el texto nos referiremos expresamente a la cuestión.

digo». Es decir, el principio de especialidad resulta limitado por el de codificación. Con este punto de partida debemos entender que en materia de precios el Código penal será aplicable en la medida en que la reforma de 1971 haya incorporado los preceptos de la ley de 1939 al Código y, por el contrario, regirá la citada ley especial si tal incorporación ha dejado de hacerse.

Sentada esta premisa pasamos a relacionar las conductas incriminadas en materia de precios.

a) *Tipos delictivos que tienden a proteger la libertad de la formación de los precios en el mercado.*

Se trata de la incriminación de aquellas conductas que atentan contra la libre formación de los precios derivados de la libre concurrencia en el mercado. Es una protección de la libertad de mercado mediante la incriminación de conductas abusivas. Se ha querido ver en estas disposiciones sancionatorias una contradicción con el carácter actual de la Economía de mercado cariz intervencionista. Tal apreciación es equivocada. Cierto es que la moderna Economía tiende al dirigismo estatal pero, como apuntamos anteriormente, no podemos olvidar que nos movemos dentro de una práctica económica capitalista cuyo punto clave es el libre juego de las fuerzas económicas en el mercado (tanto de capitales y de trabajo como de productos). El dirigismo económico en este sistema no obedece a un radical cambio de las concepciones político-económicas (como en los países comunistas) sino a otras motivaciones como la protección del más débil, la preponderancia en determinados casos de los intereses colectivos sobre los particulares, etc... A veces el cumplimiento de estos fines exige la ruptura con la libertad de contratación en el mercado (fijando los precios, por ejemplo), pero otras veces basta con restablecer el equilibrio roto por actividades abusivas intolerables. La protección de la libertad de mercado no se contradice con el intervencionismo estatal en la Economía, sino que, por el contrario, es una forma (precisamente la originaria) de dicho intervencionismo.

Son los arts. 539 a 541 y 574 del Código penal quienes protegen los precios derivados de la libre concurrencia en el mercado (31). Dada

(31) Vid. JIMÉNEZ ASEÑO, E., *El nuevo*, cit., p. 794. Por extensión han de considerarse mercado las subastas públicas a que hace referencia el artículo 539. En realidad la subasta es el mercado libre por antonomasia. Sin licitación libre no se concibe una subasta. Cfr. QUINTANO, A., *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, III, Madrid, 1965, p. 184. El concepto de subasta pública a que se refiere el artículo 539 ha de referirse a aquella a la que concurre cualquier postor y no sólo a las que se realicen en las salas oficiales de subastas creadas por D. 13 abril 1945. En este sentido, QUINTANO, A., *Tratado*, III, cit., p. 190. Téngase en cuenta, también, la amplitud del concepto de mercado del artículo 540 que incluye tanto el mercado de mercancías y productos como el de capitales. No se refiere, sin embargo, al mercado de trabajo ni al mercado exterior.

la finalidad de los preceptos lógico es que las conductas castigadas sean precisamente las abusivas. Se entienden por tales las fraudulentas o violentas: difundir noticias o rumores falsos o tendenciosos y emplear violencia u otra maquinación (32).

En su origen las normas sobre precios del Código penal encerraban una cierta coherencia en relación con la legislación especial ya que se referían únicamente a la protección de la libre formación de los precios. Pero la ley de Prácticas restrictivas de la Competencia de 20 julio 1963 y, sobre todo, la reforma del Código penal de 1971 han venido a romper dicho equilibrio. En efecto, la reforma de 1971 ha entendido que cuando las maquinaciones recaen sobre sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros objetos de primera necesidad la conducta es punible «cualquiera que fuera la forma de determinación del precio» (art. 541). Ello significa que, cuando los precios son determinados por la Administración, también es inculparable la conducta. Pero obsérvese que, en dicho caso, ya no hay razón para reducir las conductas punibles a las fraudulentas o violentas, como en realidad se hace, porque de lo que se trata no es de corregir un abuso que ha roto el equilibrio de la libre concurrencia, sino de sancionar una conducta desobediente a la normativa de fijación de precios que trastoca la política económica del mercado (33). En tal caso también son merecedoras de sanción conductas descubiertas (no fraudulentas o violentas). En otras palabras, cuando se trata de proteger la libre formación de los precios, que presuponen por tanto una libertad de actuación, sólo pueden castigarse las maquinaciones fraudulentas o violentas en cuanto que contradicen e impiden el equilibrio del ejercicio de libertades. Pero si se protegen precios fijados no hay razón para reducir las conductas a las maquinaciones. Por ello resulta también inadecuado que la ley 20 julio 1963 reenvíe a los artículos 539 a 541 del Código penal conductas descubiertas tales como acuerdos, convenios, coligaciones, etc... entre empresas (34), que ya Groizard excluía del tipo del art. 540 del Código penal (35). Razones sistemáticas obligan a separar la protección de los precios de libre determinación de la de los precios fijados administrativamente (36).

(32) Cfr. QUINTANO, A., *Tratado*, III, cit., p. 195.

(33) En este punto se muestra más coherente la ley penal económica alemana de 1954 (WiStG), que distingue, según se trate de precios fijos o de precios derivados de la libre concurrencia. En el § 2 considera como infracción cualquier conducta que infrinja las disposiciones sobre los precios. En el § 2 a) castiga, en algunos casos, la elevación de precios, aprovechándose de una limitación de la competencia o abusando de la situación de fuerza económica.

(34) Artículo 15, 1, c) en relación con los artículos 1, 2 y 3.

(35) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial* citada, p. 471.

(36) Entre el precio libre y el fijado no existe la claridad que podría suponerse, ya que existen diversas formas de control administrativo. Sobre la cuestión se manifiesta ampliamente RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Suplemento*, cit., p. 41. Vid. también la O. 24 octubre 1966.

b) *Tipos delictivos que tienden a proteger los precios lícitos cualquiera que fuese la forma de su determinación.*

1) Toda conducta que intente alterar los precios sobre sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas (37) u otros objetos de primera necesidad (38). El art. 541 del Código penal castiga dichas conductas en la medida en que son calificables de maquinaciones a tenor del artículo 540. El resto de las conductas se regirán por lo dispuesto en el p. 2, art. 4, ley de 1939.

2) Elevación de los precios por cualquier medio, sobre objetos de contratación distintos a los anteriores. Tal conducta está regulada en el art. 3 de la ley de 1939 en la medida en que se trate de conductas no incorporadas al Código. Han de considerarse incorporadas las conductas calificables de maquinaciones a tenor del art. 540, cuando se trate de elevar los precios derivados de la libre concurrencia. Desde el momento en que falta cualquiera de estos dos requisitos (carácter de maquinación y precio formado en la libertad de mercado) rige el art. 3 de la ley de 1939.

Pese a todo, el ámbito del art. 540 del Código penal es de mayor amplitud porque, aunque ceñido a determinadas conductas, castiga no sólo la elevación abusiva de precios, sino también su disminución. Se explica porque el art. 540 trata de proteger principalmente el libre juego de fuerzas económicas y no la posición de una de las partes (consumidor o comprador), por lo que el precepto incide más en el desvalor de acción (maquinaciones para alterar el precio) que ya entraña en sí mismo un desafío a la libertad de mercado, que en el desvalor de resultado (alteración del precio).

3) Esparcimiento de rumores o uso de cualquier otro artificio que pretenda alterar o altere los precios lícitos. Permanece vigente, al igual que en los supuestos anteriores, el art. 4 de la ley de 1939 en la medida en que no se trata de maquinaciones y de precios derivados de la libre concurrencia, en cuyo caso entraría en juego el Código penal. Obsérvese que el art. 574 del Código penal enumera otras formas de ma-

(37) En materia de cobro de primas añadidas al precio de alquiler de una vivienda ha sido derogada, por Ley de 15 noviembre 1971 sobre reforma del Código penal, la Ley de 27 abril 1946, que remitía la conducta al artículo 541 del Código. La trascendencia de la derogación es importante porque de un lado los artículos 540 y 541 del Código fueron profusamente aplicados precisamente en razón del delito previsto en la Ley de 1946, y porque, de otro lado, no se ha incorporado la figura delictiva íntegramente al Código penal. Sobre ello, vid. la clara exposición de RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Suplemento*, cit., pp. 45 y ss., especialmente p. 47. Sobre el delito castigado en la Ley de 1946 hay que tener en cuenta hoy no sólo los artículos 540 y 541 del Código, sino también el Reglamento de viviendas de protección oficial de 24 julio 1968, en cuyos artículos 153 C) 1 y 155 se castiga administrativamente conducta similar. Sobre el delito castigado en la derogada Ley de 27 abril 1946, vid. FERNÁNDEZ ALBOR, A., *El agio arrendaticio*, Madrid, 1969, *passim*.

(38) Sobre lo que se entiende por artículos de primera necesidad, vid. D. 16 febrero 1938, artículo 2 y O. 26 junio 1943, artículo 6 y Ley 26 octubre 1939, p. 2, artículo 4.

quinaciones que completan las indicaciones del art. 540. Habla aquí el precepto de «falsos rumores» y «artificio ilícito» marcando con ello la pauta que sirve para separar tales conductas de las del art. 4 de la ley de 1939 en donde no se hace referencia a tal falsedad o ilicitud.

4) El cierre de establecimientos, coligaciones y otros medios que tiendan a alterar o alteren los precios (39). Entran en colisión el art. 6 de la ley de 1939 y los arts. 539 a 541 del Código penal a los que se remite el art. 15 de la ley de 20 julio 1963 sobre prácticas restrictivas de la competencia. La ley de 1939 rige sólo la conducta de cierre de establecimientos cuando no sea calificable de maquinaciones ni de precios derivados de la libre concurrencia (40). Las coligaciones, convenios, etc..., sea como fueren la conducta y los precios se rige por el Código penal a tenor de lo dispuesto en la citada ley de 1963.

5) A las conductas reseñadas hasta ahora es necesario añadir las castigadas por el D. 17 noviembre 1966 cuya competencia está atribuida a la Administración. El D. 17 noviembre 1966 ha intentado poner en orden todo lo relativo a infracciones sobre precios en el mercado. Por un lado tal intento ha tenido éxito en el sentido de que el decreto constituye una norma sistematizada, pero por otro lado ha creado una situación difícilmente justificable. En efecto, el olvido de la más elemental coordinación ha dado lugar a la duplicidad de tratamiento de las conductas infractoras sobre precios. Las conductas anteriormente señaladas y atribuidas para su conocimiento a los tribunales ordinarios, son ahora sancionadas independientemente por la Administración. Sobre este tema trataremos detenidamente en otro lugar (41).

B) *Abastos.*

Esta materia está regulada principalmente por las leyes de 30 agosto 1946, 26 octubre 1939 y D. 27 septiembre 1946. Del examen de toda la normativa llegamos a la siguiente conclusión analítica en cuanto a conductas incriminadas.

a) Acaparamiento o retención de productos o mercancías (42). El motivo de la sanción estriba no sólo en la evitación del alza de los precios, sino también en la regulación de los abastecimientos, agravada en el período de posguerra. De ahí que no se exija la real elevación de

(39) Sobre los antecedentes históricos de la punición de actividades monopolísticas, vid. JIMÉNEZ ASEÑO, E., *El nuevo, cit.*, p. 792.

(40) Por lo que se refiere a esta conducta y la reseñada en el anterior apartado 3), el requisito de no tratarse de precios derivados de la libre concurrencia no es necesario si se trata de objetos de primera necesidad en los que, conforme al artículo 541 del C. p. es indiferente la forma de determinación del precio.

(41) III C) b).

(42) El concepto ha de deducirse de la interpretación auténtica del artículo 1, Ley 26 octubre 1939, y artículo 2, Ley 24 junio 1941.

los precios y que se castigue el acaparamiento aun cuando con la conducta se persigan otros fines (43).

b) Defraudación en la fabricación o venta de géneros o mercancías falsificados o alterados en calidad o cantidad (44). La diferencia de esta conducta con las castigadas en los arts. 528 y 529, números 2 y 3 del Código penal viene dada por la cualidad del sujeto pasivo. Mientras la ley de 1939 se refiere a defraudar «al público», el Código penal utiliza la expresión de defraudar «a otro». Se trata de la protección de dos bienes jurídicos distintos: el orden económico en el mercado de productos (ley de 1939) y el patrimonio individual (Código penal). No entran en colisión de concurso de leyes porque no tienen los mismos ámbitos de aplicación. Ciertamente es, sin embargo, que puede haber conductas subsumibles en ambos preceptos pero ninguno de ellos podría abarcar exhaustivamente su gravedad (la antijuricidad y culpabilidad) por lo que operaríamos con las reglas del concurso ideal de delitos.

Parece que al término «defraudación» utilizado en la ley de 1939 se le quiere dar un alcance distinto que al usado por el Código penal en los artículos 528 y ss. En aquella ley se trata de proteger el orden económico del mercado, de ahí que lo que se intente evitar no sea tanto un engaño (como en las estafas del Código penal) como un abuso, bien de la buena fe en el tráfico mercantil (45), bien de la situación desventajosa del consumidor. De ahí, pensamos, que quiere castigar la ley de 1939 aun la conducta de quien no oculta la alteración o falsificación, o aun cuando no se produzca un detrimento patrimonial en el particular siempre que se lesione el orden económico de mercado.

c) Los cierres injustificados de establecimientos, coligaciones u otras conductas que dificulten el régimen de abastecimientos (46).

d) La desobediencia, incumplimiento, irregularidad o negligencia en la ejecución de órdenes o disposiciones ministeriales o de las instrucciones que dicte la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes en materia de producción, cambio, circulación o consumo de mercancías (47). El D.-L. 30 agosto 1946 creó esta conducta delictiva cuando ya había sido incluida en el Código penal de 1944 (art. 238)

(43) Por ejemplo, perturbar el normal desarrollo de la economía nacional que el artículo 1, p. 3, Ley del 39, castiga con la pena de reclusión mayor a muerte.

(44) Artículo 5, Ley 26 octubre 1939.

(45) Elemento excluido del objeto de protección de la estafa, al menos por parte de la doctrina. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 434; y, aunque contrario a esta posición, ANTON, J., *Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia*, separata de NEJ, IX, Barcelona, 1957, p. 2.

(46) Artículo 6, Ley 26 octubre 1939.

(47) Artículo 2, D.-L. 30 agosto 1946, que constituye una ampliación de la conducta ya castigada en el artículo 1, Ley 4 enero 1941. La O. 26 junio 1943 sólo comprendía entre los delitos de abastecimientos los comprendidos en la Ley de 26 octubre 1939. Sin embargo, el D.-L. 30 agosto 1946 añade éste, y el D. 27 septiembre 1946, el que reseñamos en el apartado siguiente.

conducta similar castigada por el art. 47 de la Ley de Seguridad del Estado de 29 marzo 1941. La norma del Código penal paradójicamente es más específica que la de la ley especial, ya que hace referencia a los efectos de la desobediencia (perjuicio a la defensa o a la economía nacional, etc...). Sin embargo, no se puede hablar de una relación de especialidad, ya que en la descripción de los hechos se encuentra una diferencia que evita la colisión de las normas. En efecto, el art. 238 se refiere a la desobediencia de órdenes *expresas*, es decir, comunicadas (48), mientras el D.-L. de 1946 se ha de referir necesariamente a las órdenes generales no comunicadas expresamente al infractor. Así se puede explicar la severidad del Código penal (con penas de hasta prisión mayor y multa de 1.000.000 de pesetas) en comparación con el D.-L. de 1946 (arresto mayor a prisión menor).

e) Las falsedades cometidas por particulares o funcionarios en relación con normas de producción, circulación, cambio o consumo de mercancías (49). El art. 1 del D. 27 septiembre 1946 establece que la sanción se impondrá «con independencia de las penas que correspondan a las falsedades cometidas y comprendidas en el capítulo IV, sección primera, del Código penal vigente». En principio parece que la finalidad de esta disposición es la de endurecer el castigo aplicando al mismo hecho dos penas distintas. Sin embargo, el recurso utilizado es un poco absurdo. Mejor hubiera sido establecer en la norma de 1946 penas tan severas como lo exigieran las circunstancias. Lo que no tiene sentido es establecer esta medida endurecedora que lesiona el non bis in idem, cuando las sanciones del decreto de 1946 (arresto mayor a prisión menor) son más benignas que las del Código penal. De todas formas habría que interpretar adecuadamente la salvedad del art. 1 del D. 27 septiembre 1946 y saber si realmente impide la aplicación de las reglas que regulan el concurso de leyes. Si así no fuera, el D. de 1946 se encontraría en relación de concurso de leyes con los arts. 302 y ss. del Código penal, debiendo regir el principio de especialidad (ley especial el D. de 1946).

f) Y en general las infracciones de las reglas de policía dirigidas a asegurar el abastecimiento de las poblaciones (art. 574, número 2 del Código penal).

C) Competencia en el procedimiento sancionatorio.

La competencia para imponer la sanción estuvo atribuida a distintas autoridades (judiciales o administrativas) sin que fuera sencillo precisar el motivo de la atribución a una u otra. La distinta severidad

(48) En este sentido la doctrina dominante: RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 712; QUINTANO, A., *Comentarios* citado, p. 537; TERUEL CARRALERO, D., *El delito de desobediencia a las órdenes particulares del Gobierno (artículo 238 del Código penal)*, en *Anuario*, 1968, p. 307. La doctrina suele citar a su favor la S. 25 abril 1944.

(49) Art. 1, D. 27 septiembre 1946.

de la sanción, no adecuada proporcionalmente a la distinta gravedad de las conductas, no ha sido el criterio utilizado para dicha atribución de competencias.

La jurisdicción militar ha sido desposeída de toda competencia en el tratamiento de las infracciones de abastecimientos (50). Desde el D. 17 noviembre 1966 todas las conductas descritas, excepto las establecidas en dicho decreto, pasan a la competencia de la jurisdicción ordinaria. Pero el citado decreto plantea unos problemas de tipo interpretativo que nos obliga a exponer la situación hasta dicha fecha. Hasta entonces las conductas descritas eran *a la vez* atribuidas a la jurisdicción ordinaria y a distintos órganos de la Administración. Estudiaremos, pues, en primer lugar cuál era el poder sancionador de la Administración hasta 1966; en segundo lugar el significado del cambio efectuado por el D. 17 noviembre 1966, para acabar por exponer la competencia actual de la jurisdicción ordinaria.

a) *El poder sancionador de la Administración hasta el D. 17 noviembre 1966.*

La Orden 26 junio 1943 deslindaba las conductas atribuidas a la jurisdicción ordinaria (que denominaba *delitos* de abastecimientos) y las atribuidas a la Administración, en concreto a las Fiscalías de Tasas (que denominaba *infracciones* de abastecimientos) (51). Tal preocupación que denotaba un loable interés en la diferenciación de competencias (52) se contradice con el poder otorgado a la Administración para la imposición de sanciones a los llamados delitos de abastecimientos. La competencia de la Administración obedecía a razones de ejemplaridad y rapidez en la corrección de las conductas descritas, a la vez que a una total desconfianza en la actividad represiva de la jurisdicción ordinaria. En este sentido son suficientemente ilustrativas las palabras de la Exposición de Motivos de la ley 30 septiembre 1940 (53) que justificaba esta política represiva en la finalidad de evitar «que los trámites jurídicos puedan servir de escudo a los infractores, maestros en las argucias de perturbar o burlar la Justicia con

(50) Originariamente, su competencia era de una gran amplitud. Cfr. MÁRQUEZ AZCÁRATE, J., JIMÉNEZ ASEÑO, E., *Delitos contra el régimen legal de abastecimientos. Legislación penal, procesal y gubernativa concordada y comentada*, Madrid, 1947. Incluso la propia Ley de 26 octubre 1939 otorgaba competencia a dicha jurisdicción para todos los delitos en ella comprendidos pasando a la ordinaria por O. 26 junio 1943, artículo 1, y D.-L. 30 agosto 1946, artículo 9.

(51) Consideraba *delitos* las conductas descritas en la Ley de 26 octubre 1939, e *infracciones* las restantes. El D.-L. 30 agosto 1946 y el D. 27 septiembre 1946 crearon nuevos *delitos*.

(52) Manifestada también en la Exposición de Motivos del D.-L. 30 agosto 1946 al advertir que “conviene delimitar las funciones de las organizaciones aludidas (Las Fiscalías de Tasas, principalmente) y de los Tribunales de Justicia”.

(53) Creadora de la Fiscalía Superior de Tasas.

trámites y retrasos». De lo que se trataba era de imponer una doble vía represiva contra los delitos de abastecimientos de modo que si fallaba la una, dados los «engorrosos» trámites de los procedimientos judiciales, fuera eficaz la otra desprovista de tales trámites. De ahí que en primer lugar se atribuyera a la Administración un poder sancionador acumulable al de los jueces y tribunales ordinarios y, de otro lado, se creará un sistema de deducciones y abonos.

La Administración podía imponer, y acumular, las siguientes sanciones (54): 1) Incautación de las existencias. 2) Multa ordinaria de mil a quinientas mil pesetas o extraordinaria en cuantía superior sin límite. 3) Prohibición de ejercer el comercio o clausura de establecimiento por tiempo fijo o con carácter absoluto. 4) En caso de insolvencia, destino de tres meses a un año a un Batallón de Trabajadores.

Cuando se trataba de multa, inhabilitación para ejercer el comercio y cierre de establecimiento, la sanción impuesta por la Administración serviría de abono a las que impusiere la Autoridad judicial (55).

b) *El D. de 17 noviembre 1966.*

Las disposición final del D. 17 noviembre 1966 deroga «*en todo cuanto se refiera a infracciones administrativas en materia de tasa, precios, abastecimientos o comercio de mercancías o productos*», el sistema normativo anterior. Como hemos podido comprobar no hay deslinde claro entre lo que se entiende por infracción administrativa y

(54) Vid. artículo 4, Ley 30 septiembre 1940; artículo 1, Ley 4 enero 1941; artículo 5, Ley 30 agosto 1946, y artículo 1, O. 26 junio 1943.

(55) Artículo 15, Ley 30 septiembre 1940, y artículo 6, D.-L. 30 agosto 1946. Este D.-L. de 1946, al establecer el sistema de deducción o abono parece ignorar la O. 26 junio 1943, que atribuía definitivamente a las Fiscalías de Tasas, excluyendo a la jurisdicción ordinaria, la imposición de las penas pecuniarias, incautación y decomiso de las mercancías y clausura de los establecimientos comerciales. Sin embargo, parece ser que en 1946 se atendió a la jerarquía de normas y se entendió que la citada orden no podía ir en contra de lo establecido en leyes anteriores, en concreto en la Ley de 30 septiembre 1940.

Para subrayar el severo carácter de la vía represiva administrativa conviene apuntar otras disposiciones endurecedoras como castigar como complicidad la falta de colaboración con la autoridad (artículo 8, Ley 30 septiembre 1940), extender las consecuencias de la sanción a terceros (el artículo 11, Ley 30 septiembre 1940, dispone que "cuando se aplique la sanción de supresión del comercio o industria, el personal dependiente perderá los derechos que pudiera corresponderles por la legislación y disposiciones del trabajo como cómplices del hecho sancionado, si de una manera expresa no se dispone lo contrario en el acuerdo de sanción"), obstaculizar el recurso para cuya interposición se exige el pago de la multa (art. 20, Ley 30 septiembre 1940, añadiendo que si el recurso se considera temerario habrá un recargo automático sobre la multa de un 50 por 100), responsabilizar a los componentes del Consejo de Administración, Directores, Gerentes, aun sin conocimiento de la ilegalidad cometida, y a los dependientes con tal conocimiento, si los delitos se cometen en interés de una persona jurídica o Empresa individual (artículo 2, D. 27 septiembre 1946).

delito en materia de abastecimientos. La Orden de 26 junio 1943 consideró *delitos* los comprendidos en la ley 26 octubre 1939 e *infracciones* las restantes. Más tarde el D.-L. 30 agosto 1946 y el D. 27 septiembre 1946 crearían nuevos *delitos*. A tenor de esta diferenciación las infracciones administrativas declaradas fuera de vigor por el D. 17 noviembre 1966 deberían ser todas las no comprendidas en la ley 26 octubre 1939, D.-L. 30 agosto 1946 y D. 27 septiembre 1946 que, por el contrario, quedarían en vigor.

Pero no es así. El D. de 1966 deroga expresamente las siguientes normas: ley 26 octubre 1939, 30 septiembre 1940, 4 enero 1941, 11 diciembre 1942, D. 27 septiembre 1946 y D. 20 julio 1946 *en todo cuanto se refieran a infracciones administrativas*. Se desprecia, pues, la diferenciación entre infracción y delito establecida por la O. 26 junio 1943 ya que se derogan leyes que, según esta orden, contienen sólo *delitos* de abastecimientos.

La cláusula derogatoria del D. de 1966 preocupa principalmente en relación con aquellas normas citadas que sólo describen delitos (ley 26 octubre 1939, 4 enero 1941 y 27 septiembre 1946) en el sentido de que su conocimiento se atribuye a la jurisdicción ordinaria pero que además facultan a la Administración para la imposición de sanciones acumulables y compensables. No queda claro si se quiere derogar la norma sancionadora en toda su amplitud o sólo la potestad sancionadora de la Administración. Los motivos en que se apoya el D. 17 noviembre 1966 pueden fundamentar la derogación de las normas citadas en toda su amplitud. En efecto, se parte de la situación económica conseguida por el plan de estabilización de 1959 y los nacientes planes de desarrollo, situación que rompe con las premisas que fundamentaban la normativa económica anterior: la autonomía nacional, el proteccionismo y el cierre hacia el exterior. De este modo, como veremos, las conductas castigadas en la posguerra pierden, en muchos casos, su sentido desvalorativo y dañoso. Se parte también de necesidades sistemáticas. Dice la Exposición de Motivos del D. 17 noviembre 1966 que «tan abigarrado cúmulo de disposiciones nacidas en una época de escasez y concebidas con una extraordinaria amplitud, necesitan ser refundidas y sistematizadas en una disposición unitaria adaptada a nuestra actual economía de mercado».

La nueva norma establece en su art. 3 una larga serie de infracciones en materia de disciplina de mercado a sancionar por la Administración. Pueden resumirse en los siguientes grupos: 1) Aplicación de precios ilícitos en las contrataciones. Se intentan proteger los precios fijados o controlados por la Administración. Es la contrapartida del art. 540 del Código penal que protege los precios derivados de la libre concurrencia. Expresamente se declara la acumulación de sanciones (56). 2) La celebración de contratos simulados que encubran

(56) El artículo 2 del D. 17 noviembre 1966, dice: "Los que cometieren una infracción en materia de disciplina del mercado incurrirán en sanción ad-

cualquier forma de pago. 3) Los fraudes en la calidad, origen, peso y medida, etc... de mercancías. Obsérvese que tal conducta es reconducible al art. 528 Código penal y al art. 5 de la ley 26 octubre 1939. 4) Y toda una larga serie de conductas que atentan contra las medidas económicas intervencionistas (57).

Se prevé como sanción única la multa, en cuantía ilimitada cuando se trata del Consejo de Ministros (58). Establece el Decreto la posibilidad de publicar la sanción, los motivos y los nombres de los infractores en el «B. O. E.», de la provincia o del Municipio, y en la prensa diaria. La publicación no se considera sanción y, por tanto, no se regula procedimentalmente, sin embargo, se ha olvidado que, en muchos casos, la publicación entraña efectos más graves para el infractor y una eficacia mayor que la propia sanción de multa. El procedimiento a seguir en la imposición de la multa es el regulado en la Ley de Procedimiento Administrativo, precisando sólo el D. de 1966 algunos aspectos (59).

c) *Competencia actual de la jurisdicción ordinaria.*

En la actualidad la jurisdicción ordinaria se pronuncia sobre todas las conductas enumeradas al principio de este apartado. Como sabemos, en otras épocas, las citadas conductas se atribuían para su conocimiento a la jurisdicción militar o a la Administración con posibilidad de acumular las sanciones según los casos. Hoy, aunque las normas que atribuyen conocimiento a una u otra son distintas, las conductas incriminadas pueden coincidir y, para ese caso, el art. 2, D. 17 noviembre 1966 permite la acumulación de sanciones.

Dado que las normas aplicables en esta materia son leyes especiales en su mayoría, conviene hacer una exposición breve de las sanciones, procedimiento y otras características en ellas previstas.

Las sanciones que con más frecuencia aparecen aplicadas al delito son las de privación de libertad y multa (60). Lo más destacable en las

ministrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponderles”.

(57) Disciplina del mercado, dice la Ley en expresión no muy afortunada.

(58) El Gobernador, hasta 100.000 ptas.; el Director General de Comercio Interior, hasta 500.000 ptas.; el Ministro de Comercio, hasta 5.000.000 de pesetas, y el Consejo de Ministros, más de 5.000.000 de ptas., sin limitación. D. 15 septiembre 1972. Se ha quitado competencia a la Fiscalía Superior de Tasas por D. 26 diciembre 1963 y atribuido al Servicio de Inspección de la Disciplina del Mercado, sustituido, a su vez, por D. 15 septiembre 1972 por la Subdirección General de Comercio Interior.

(59) Como la responsabilidad de los órganos rectores o dirección cuando la infracción “sea imputada a una persona jurídica” (art. 4), de los partícipes en la infracción y de los adquirentes de los productos. Un estudio amplio y detallado del D. 17 noviembre 1966 es el realizado por MANZANEDO, J. A., *Disciplina del mercado*, en *Curso de Derecho administrativo económico* de MANZANEDO, J. A.-HERNANDO, J.-GÓMEZ REINO, E., Madrid, 1970, pp. 593 y ss., especialmente pp. 616 y ss.

(60) La O. 26 junio 1943 atribuyó a las Fiscalías de Tasas toda pena pe-

primeras es que, por un lado, han aumentado los márgenes de arbitrio judicial pudiendo el Juez, por ejemplo, recorrer la pena entre el límite mínimo del arresto mayor y el máximo del presidio menor (61) y de otro lado las penas alcanzan una gran severidad. Así si el delito de acaparamiento se realiza con el ánimo de perturbar el normal desarrollo de la economía nacional, ha de imponerse la pena de reclusión mayor a muerte (62). La multa se fija muy a menudo sobre el valor de las mercancías objeto del delito, en cuyo caso nunca se ha superado la cuantía fijada en el décuplo. Otras veces no se fijan de modo relativo sino absoluto, pudiendo llegar, según el D. 24 enero 1963, a quinientas mil pesetas. Obsérvese que, incluso después del D. de 1966, la Administración puede superar tal límite para conductas similares. Como penas accesorias se prevén el decomiso, la inhabilitación para el ejercicio del comercio o industria y el cierre temporal o definitivo del establecimiento (63).

Pero quizá el efecto sancionatorio más espectacular, a parte de la pena de reclusión mayor a muerte, es la incautación de fortunas. Si en un delito contra el régimen legal de abastecimientos resultare sentencia condenatoria, «llevará implícita la presunción (salvo una prueba en contrario determinada) de que el eventual aumento de fortuna que hubiere experimentado el reo con relación a la que tuviere en primero de abril de 1939, se causó por medios ilícitos y procede declarar la incautación de la diferencia en beneficio del Estado» (64). La incautación podrá hacerse a arbitrio del Juez, aunque haya sentencia absoluta, si el interesado no hizo declaración de bienes durante el proceso o hubo ocultación maliciosa (65). Esta sanción está aún vigente. Treinta y cuatro años de aumento de fortuna pueden ser incautados.

La legislación especial de abastos no ha elaborado una parte general penal pero ha destacado algunos extremos sobre cooperación (66), exclusión de los beneficios de condena y libertad condicionales, y de

cuniaría. Esta prescripción, que por contenerse en norma de inferior rango, no podía contradecir a las leyes, no se tuvo en cuenta.

(61) Artículo 6, Ley 26 octubre 1939 y art. 2 D.-L. 30 agosto 1946.

(62) P. 3, art. 1, Ley 26 octubre 1939. Al atribuir competencia a la jurisdicción ordinaria, la O. 26 junio 1943 ha de considerarse derogado el artículo 13, Ley 30 septiembre 1940, que preveía la pena del delito de rebelión fijada por el Código de Justicia Militar "cuando por los antecedentes y actividades de los infractores contra el régimen o su conexión con elementos revolucionarios o expatriados, existan vehementes indicios del propósito de perturbación del orden o de la economía nacional por los culpables o la trascendencia del hecho, por los graves daños que a la Nación pueda causar, lo merezca".

(63) Artículos 2 y 3, Ley 26 octubre 1939.

(64) Artículo 4, D.-L. 27 septiembre 1946, que detalla un procedimiento especial que ha de llevarse en pieza separada. Vid. también O. 31 octubre 1946.

(65) Artículo 5, D.-L. 27 septiembre 1946.

(66) Art. 7, Ley 26 octubre 1939.

los de redención de penas por el trabajo (67), aplicación retroactiva de la ley (68) y responsabilidad en delito cometido por una persona colectiva (69).

En cuanto al procedimiento es de destacar que no todos los delitos se rigen por la LECr. (70), siendo de aplicación en su mayoría el procedimiento sumario descrito en los arts. 13 y ss. del D.-L. 30 agosto 1946. La acción suele ser pública excepto en el caso del art. 2 D.-L. 30 agosto 1946 (71) en que sólo se puede proceder a requerimiento de la Fiscalía Superior de Tasas (72). Hoy no existe tal Fiscalía (73) y no conozco norma alguna que atribuya aquella facultad a la nueva Dirección General de Disciplina de Mercado. ¿Cómo se procede entonces contra tal delito?

2) *Delitos monetarios.*

En materia de delitos monetarios sigue en vigor la ley de 24 noviembre 1938 tendente a resolver los problemas de contrabando monetario y atesoramiento de moneda y billetes «en concordancia con las exigencias de la guerra» (74). Treinta y cuatro años después de finalizada la guerra sigue vigente. La desidia legislativa que deja aún tan anacrónica norma en vigor es más grave si tenemos en cuenta que el legislador ha manifestado expresamente la inadecuación de algunos de sus tipos a la realidad actual. Con motivo de los Planes de Desarrollo la Ley de 28 diciembre 1963 (art. 37) primero, y luego el D. 9 mayo 1969 (art. 59) disponen que el Gobierno adaptará la legislación vigente sobre delitos monetarios a las nuevas circunstancias creadas por la liberación de transacciones y pagos con el exterior. Tal adaptación aún no se ha hecho.

En la descripción de las conductas prohibidas utiliza la ley el sistema de otras normas de Derecho penal económico: un casuismo exagerado y la constante remisión a normas diversas de distinto rango. Pero se pueden resumir en los dos grupos siguientes: 1) Contrabando monetario entendiéndose por tal la ilícita circulación, comercio, o tenencia de efectos, monedas o divisas, prohibidos. Las conductas pueden reducirse a la evasión de capitales y a la ocultación de oro, divisas, títulos

(67) Artículo 8, D.-L. 30 agosto 1946.

(68) Artículo 3, Ley 4 enero 1941, que la permite para el delito en ella previsto.

(69) Artículo 4, D.-L. 30 agosto 1946. Vid. nota 144 y, en general, todo el apartado IV, 2) de este trabajo.

(70) Según el artículo 11 del D.-L. 30 agosto 1946 sólo los de los artículos 1 y 2, Ley 26 octubre 1939.

(71) Vid. apartado III, 1), B), d) de este trabajo.

(72) Artículo 10, D.-L. 30 agosto 1946. Téngase en cuenta que con anterioridad la O. 26 junio 1943 no permitía a la jurisdicción ordinaria proceder contra ningún delito a no ser en virtud de testimonio remitido por la citada Fiscalía. El D.-L. citado produce el cambio señalado en el texto.

(73) Vid. nota 58.

(74) Exposición de motivos.

mobiliarios o moneda (75). 2) Atesoramiento de moneda, normalmente de curso legal, y billetes del Banco de España (76).

Se atribuye la competencia al Juzgado de Delitos monetarios (77) compuesto de un Juez acordado libremente por el Consejo de Ministros, un Secretario y personal auxiliar, dependiendo del Ministerio de Hacienda (art. 15). El procedimiento es muy peculiar. Puede iniciarse de oficio o por denuncia siendo incoados los expedientes de investigación y esclarecimiento por la Administración del Comité de Moneda Extranjera y por el Ministerio de Orden público (78). Y con esto se acaba la regulación del procedimiento porque «el Juez gozará de libertad procesal absoluta, con la única limitación de no condenar al que no fuere oído, salvo que mediare declaración de rebeldía» (art. 16). Tal libertad contrasta con la regulación minuciosa del procedimiento sumario para algunos delitos de abastos del D.-L. 30 agosto 1946. Cabe recurso, en asuntos de cuantía superior a 10.000 pesetas, ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (79).

La sanción principal es la multa (hasta el décuplo del importe del contrabando o atesoramiento) con la adición de prisión hasta tres años, todo con el máximo arbitrio judicial cuya única limitación es no exceder dichos máximos. Se prevé, como en otros casos, la prisión subsidiaria de hasta un año en caso de impago, y cuando no pudieran hacerse efectivas las sanciones impuestas, el *Gobierno* podrá acordar la privación de la nacionalidad española (80).

La ley de Delitos monetarios no elabora propiamente una parte general y habrá que acudir al Código penal, el cual, con la LECr., se declara supletorio en la disposición final segunda. Sólo se regula especialmente la responsabilidad subsidiaria, en caso de multa, de las personas jurídicas a las que pertenezca como elemento directivo o empleado

(75) Siguiendo a Jiménez Asenjo. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1040. Establece una ampliación de la conducta la Ley 4 mayo 1948, que modifica el artículo 2 de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 agosto 1933, incluyendo a los sospechosos de sustraer a la circulación divisas, mercaderías, etc..., o facilitar las especulaciones sobre las mismas. No ha sido trasladado a la vigente Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

(76) Decimos moneda *normalmente* de curso legal porque la Ley 20 enero 1939 amplió la figura delictiva a la tenencia o comercio de moneda de plata privada de curso legal. Los billetes de Banco se incluyeron en el tipo del artículo 3, Ley 24 noviembre 1938, por Circular de 9 mayo 1939.

(77) Su competencia fue ampliada por D. 20 febrero 1942 al delito de importación o exportación de mercancías sin licencia y su tenencia y circulación, cuando su valor sobrepasara de 50.000 ptas. (Ley 19 diciembre 1951). Al incluir tal conducta entre las infracciones de contrabando por el D. 16 julio 1964 la competencia pasó a los Tribunales de Contrabando.

(78) No conocemos si tal competencia ha sido trasladada al organismo equivalente hoy existente.

(79) Vid. D. 11 enero 1968, en relación con el artículo 56, D. 16 julio 1964.

(80) Como apunta RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1040, nota 6, atenta contra el artículo 20 del Fuero de los Españoles.

el responsable del delito (81), la libertad del Juez en la imposición de la pena y apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, las penas de los cómplices y encubridores y el premio a los denunciantes (82).

3) *Contrabando.*

La Ley General Tributaria de 28 diciembre 1963 ha separado las llamadas defraudaciones de las infracciones de contrabando. Las defraudaciones fiscales son definidas en el art. 80 y pueden ser sancionadas con multa del tanto al triplo de la deuda tributaria defraudada, con un mínimo de 500 pesetas (art. 83) (83).

La Ley de Contrabando (D. 16 julio 1964 que adapta el Texto refundido de 11 septiembre 1953 a la Ley General Tributaria) sublima todas las notas características de nuestro Derecho penal económico. Analicémosla brevemente.

La tipificación de las infracciones (84) es muy prolija y con una abigarrada y confusa sistemática. El art. 3 da una fórmula genérica sobre lo que se entiende por Contrabando que puede resumirse de la siguiente forma: importación o exportación, tenencia o circulación de mercancías y las operaciones realizadas con artículos estancados o prohibidos, sin cumplir con lo regulado al respecto y la exportación no autorizada de obras y objetos antiguos o de arte. Los arts. 11 y siguientes amplían de manera prolija esta genérica descripción.

Las sanciones previstas son, como principal, la multa (hasta seis veces el valor de los géneros o efectos objeto de la infracción (arts. 24 y 30), como accesorias el comiso y la separación del servicio o cargo y como subsidiaria la prisión de hasta cuatro años (85).

Regula la ley ampliamente el procedimiento que es «exclusivamente de carácter administrativo» salvo el recurso contencioso-administrativo

(81) Artículo 8 de la Ley. El D. 2 julio 1964 (art. 23) sobre Regularización de balances, declara a las sociedades que voluntariamente se acojan a lo dispuesto en el D., exentas de las responsabilidades que se deriven de los hechos de la Ley 24 noviembre 1938.

(82) Artículos 6, 7 y 11 de la Ley. El artículo 5 de la Ley lo consideró QUINTANO, A., *Nueva dogmática*, cit., p. 248, como un supuesto de responsabilidad *in re*. En realidad, no se trata más que una determinación del sujeto sobre el que pesa un determinado deber, cuyo incumplimiento acarrea un delito de omisión. El artículo 5 trata de precisar que el deber de depositar, ceder, etc..., el oro, divisas, etc..., comprendidos en el D.-L. 14 marzo 1937 (artículo 1, núm. 3, Ley 24 noviembre 1938) pesa también sobre el albacea o el heredero, o sobre el esposo o el tutor.

(83) Excluimos de este trabajo el delito fiscal por entender que el Derecho penal fiscal está llamado a jugar un papel distinto a lo que nosotros llamamos Derecho penal económico.

(84) La Ley abandona intencionadamente las expresiones de delito y falta, utilizadas en las anteriores leyes de contrabando, y las sustituye por la de infracción.

(85) Un día, por el equivalente del importe del salario laboral mínimo vigente cuando se liquide la condena, Artículo 24.

ante el Tribunal Supremo cuando proceda (art. 59). La jurisdicción para conocer de las infracciones es exclusivamente administrativa (artículo 51) ejercida por los órganos siguientes: Tribunales provinciales de contrabando y su presidente, Tribunales de contrabando de Algeciras, Ceuta y Melilla y sus presidentes, y Tribunal Económico-administrativo Central (86). Nos interesa a nosotros destacar algunos puntos del procedimiento.

Con los detenidos, el Presidente del Tribunal ordenará que ingresen en prisión y si no se produce el fallo dentro de las setenta y dos horas siguientes, deberá otorgar la libertad bajo fianza, o poner al detenido a disposición del Juzgado ordinario, militar o de delitos monetarios (87). Si después de fallado el caso procediera la prisión subsidiaria por impago de la multa, el Abogado del Estado presentará un escrito de petición en el Juzgado de Instrucción decano de la residencia del Tribunal, para que decrete el ingreso en prisión. Si lo denegase cabe recurso de queja ante la Audiencia provincial (art. 92) (88). Los recursos previstos en la ley contra los fallos de los tribunales no suspenden la ejecución de los mismos (art. 104).

El carácter administrativo del procedimiento hace que se declaren normas supletorias las del Reglamento para las Reclamaciones económico-administrativas (disposición final tercera). No se declara, sin embargo, ninguna norma supletoria de derecho sustantivo aunque se ha transcrito materialmente gran parte del Código penal. De todas formas existen peculiaridades dignas de señalar. No le basta a la ley con transcribir la presunción de voluntariedad del Código penal, sino que crea también, para determinados casos, una presunción de dolo (art. 14): declara la responsabilidad subsidiaria para el pago de las multas contra padres, tutores y maridos y regula ampliamente la de las empresas (arts. 21 y ss.); establece la retroactividad de la ley (89) y otorga premios a los denunciantes (art. 97); por último otorga a la comisión de

(86) Estos tribunales suelen estar compuestos por miembros del Ministerio de Hacienda —el Delegado provincial, el Jefe de la Abogacía del Estado, el Interventor, etc.— y un funcionario de la carrera judicial.

(87) Artículo 68.

(88) El lector encontrará seguramente un paralelo con la “entrega al brazo secular” como técnica de la Inquisición.

(89) Disposición final primera. La retroactividad de la Ley de contrabando tiene explicación en la lentitud de la Administración en su actividad. La Ley General Tributaria de 28 de diciembre 1963, en su disposición transitoria 4.^a, establece que se someterán a la Ley de Contrabando de 1953 las infracciones que se sometan hasta el 1 julio 1964. Promulgada la nueva Ley de Contrabando el 16 julio 1964 y publicada en el “B. O. E.” el día 24 del mismo mes y año, no podía abandonar veinticuatro días de impunidad. La mejor solución para esta falta de previsión fue declarar la Ley retroactiva al 1 de julio. Una orden del Ministerio de Hacienda de 28 septiembre 1964 destacó que el artículo 24 (sobre la prisión subsidiaria) será aplicable “con independencia de la fecha en que las infracciones hubieren sido cometidas”. Dicha orden, inexplicable, intenta, pues, superar los límites de retroactividad que la propia Ley prevé.

delitos conexos (90) el efecto de elevar la sanción de la infracción de contrabando a su grado superior.

IV. CONSIDERACIONES DOGMATICAS

1) *Poder sancionador de la Administración*

Las facultades sancionadoras otorgadas a la Administración en materia de Derecho penal económico alcanzan un grado lo suficientemente elevado como para llamar la atención del penalista. El entrecruzamiento de competencias entre la Administración pública y el poder judicial exige ser clarificado. A los efectos que pretendemos nos interesa seguir aquí un método que parta del examen del Derecho positivo para conducirnos a la controversia dogmática. No empezamos por tanto cuestionando si lo que la Administración castiga son infracciones administrativas o criminales, ni tampoco si la sanción que impone es o no una pena criminal, sino que nuestra primera tarea es conocer, a la vista de nuestro derecho positivo, el auténtico alcance del poder sancionador que la Administración tiene en sus manos.

A) *Ambito de la potestad sancionadora*

La Administración para cumplir sus funciones de policía general o de orden público y de policía especial (91) está facultada para la utilización de instrumentos de fuerza. En unos casos se trata de medios encaminados a obligar a la voluntad rebelde a cumplir lo ordenado (92). En otros se trata de «un medio represivo que se pone en

(90) El artículo 10 los enumera para acabar en una fórmula genérica que incluye cualquier delito común y los de contrabando monetario de 1938 cuando "tienen por objeto preparar, perpetrar, ejecutar, facilitar, asegurar o encubrir el contrabando". De los delitos conexos conocerán los Juzgados y Tribunales ordinarios competentes o el Juzgado de Delitos monetarios (art. 57).

(91) Sobre estos conceptos, cfr. GARRIDO FALLA, F., *Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas*, en *Revista de Administración pública*, número 28, 1959, pp. 12-13.

(92) El art. 104 de la Ley de Procedimiento administrativo los enumera: apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva y compulsión sobre las personas. A ellos hay que añadir el lanzamiento o deshaucio administrativo y la utilización de la fuerza pública por razones de orden público. Cfr. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*. Vol. I, 6.^a ed., Madrid, 1973, p. 555. Es necesario tener en cuenta que la multa coercitiva no es una sanción, un castigo, sino una medida que ha de imponerse "para cumplir lo ordenado", según expresión del artículo 107 de la misma Ley de Procedimiento administrativo. En este sentido, afirma FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho administrativo* (trad. de la 5 ed. alemana por Legaz Lacambra. Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge), Madrid, 1958, pp. 403-4, que "la sanción coercitiva constituye fundamentalmente un medio de doblegamiento distinto de la pena criminal, por lo que sería mejor no considerarla pena propiamente dicha. Su aplicación debe ir condicionada por el fin que aspira a producir", añadiendo que el factor decisivo que se toma en cuenta

marcha precisamente porque la obligación no se ha cumplido» (93). Las primeras medidas, las coacciones, *no castigan* una desobediencia al Derecho, sino que *imponen* un determinado hacer ordenado (94). Las medidas represivas, por el contrario, castigan el incumplimiento de una obligación y son las que integran el poder sancionador de la Administración. Apoyándose analíticamente en las distintas relaciones existentes entre el administrado y la Administración se distingue entre *sanciones disciplinarias* (justificadas por especiales relaciones de poder a las que están sometidos determinados administrados y que crea determinados deberes en relación con un servicio público) y *sanciones gubernativas* (95) (explicadas en virtud de los deberes genéricos que los individuos tienen frente al Estado) (96).

El poder disciplinario habita una zona pacífica en relación con el Derecho penal (97). El carácter de sus sanciones (desde la amonestación a la separación del servicio) y el fundamento que las justifica (las relaciones especiales de poder) difieren de los del Derecho penal. De ahí la posibilidad de su acumulación, legal y doctrinalmente reconocida. El tema realmente polémico es el relativo a la potestad gubernativa o correctiva de la Administración, cuyos presupuestos, función y finalidad son de difícil diferenciación de los correspondientes a los órganos jurisdiccionales penales. Trataremos de exponer brevemente cuál es el ámbito de dicha potestad sancionadora.

para determinar la cuantía de la medida coercitiva es "la intensidad de la resistencia opuesta a la Administración, que es lo que trata de romper la sanción coercitiva". Salvando las posibles imprecisiones que surgen del uso de una distinta terminología, lo cierto es que se quiere diferenciar entre medida coercitiva y medida retributiva o de castigo. Es lo que hace el artículo 107 de la Ley de procedimiento administrativo al oponer los conceptos de sanción y multa coercitiva.

(93) GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., pp. 32-34. Sobre esta distinción entre la medida coactiva y las sanciones represivas, vid. también MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal* (trad. de Córdoba), I, Barcelona, 1962, pp. 7 y ss.

(94) MAURACH, R., *Tratado*, I, cit., p. 8.

(95) Siguiendo la terminología del número 3 del artículo 26 del Código penal.

(96) PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en *Revista de Administración pública*, número 67, enero-abril, 1972, pp. 46-47, hace otra distinción. De un lado las sanciones derivadas de los poderes de policía general o especial que coincidirían con las que llamamos en el texto sanciones gubernativas. Del otro las sanciones derivadas de la aceptación voluntaria por el administrado de una especial relación de poder con la Administración entre las que se encontrarían las sanciones disciplinarias y las que se impongan a contratistas y concesionarios. Aunque la clasificación parece ser más completa no es totalmente acertada porque, como apunta GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., p. 17, la sanción disciplinaria no procede siempre de una relación de poder basada en un acto voluntario, sino que a veces se basa en un mandato ajeno a la voluntad. Por ejemplo, el ingreso en el servicio militar en cumplimiento del servicio obligatorio o el ingreso en penitenciaría en cumplimiento de sentencia condenatoria.

(97) PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 46.

En Derecho administrativo rige con carácter general el principio de que «toda actividad administrativa de injerencia en la libertad y propiedad de los particulares necesita un fundamento legal» (98). Con mayor razón tal fundamento legal será necesario cuando tal injerencia constituye una sanción represiva, un castigo.

Hay sanciones que la Administración impone en uso de sus atribuciones gubernativas que tienen un menor impacto polémico con las sanciones propias del Derecho penal. Tales pueden ser la clausura del establecimiento, suspensión de una publicación, publicidad del nombre del infractor, etc. Pero hay otras cuyo contenido es similar a las penas previstas para los delitos y faltas del Código penal. Así la multa, amonestación, privación de libertad, etc. El fundamento legal se encuentra genéricamente formulado en el art. 603 del Código penal, cuyo primer párrafo faculta a la Administración para establecer, *por vía reglamentaria*, penas iguales a las previstas para las faltas en el citado cuerpo legal. Ahora bien, utilizando la excepción del precepto («a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales»), la Administración ha encontrado fundamentos legales específicos para la imposición de toda clase de sanciones.

En efecto, la Administración puede imponer, por ejemplo, multas sin límite de cuantía (99), la pérdida de la nacionalidad española (100) y la privación de la libertad. Esta última sanción se utiliza normalmente como sanción sustitutoria en caso de impago de multa (101). Sin embargo, y pese a que se ha afirmado que en el orden administrativo no existe la menor referencia a la privación de libertad como pena principal (102), también se utiliza con este alcance. Bastaría con citar el art. 603 del Código penal que, al menos en principio y mientras no se haga una adecuada interpretación, faculta a la Administración para imponer la pena de arresto menor. Pero también el art. 7 de la ley penal y procesal de delitos monetarios de 24 noviembre 1938, aún vigente, prevé la privación de libertad como pena principal. Sobre el carácter administrativo del órgano que la impone (Juzgado de Delitos monetarios) no puede haber la menor duda (103).

(98) GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., p. 19.

(99) Así el Consejo de Ministros en caso de infracciones de disciplina de mercado, según el Decreto de 17 noviembre 1966.

(100) Artículo 9, Ley de delitos monetarios de 24 noviembre 1938.

(101) Artículo 24, Ley de contrabando; artículo 20, Ley de orden público, etcétera... Obsérvese que la prisión subsidiaria se regula con mayor severidad que en el Código penal, art. 91.

(102) Así, GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., p. 49. Tampoco la cita como pena principal MARTÍN-RETORTILLO, L., *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 15 y ss.

(103) En este sentido, SUÁREZ MONTES, R. F., *Particularités des délits économiques dans le droit espagnol*, en *Travaux de L'Association H. Capitant*, tomo XIII, 1963, p. 753, quien advierte que el hecho de que el Juez de Delitos monetarios dependa del Ministerio de Hacienda y no del de Justicia prueba que más que un órgano de la Justicia es un órgano de represión en manos de la Administración pública. El propio GARRIDO FALLA, F., *Tratado*

A la hora de exponer el ámbito del poder sancionador de la Administración en uso de atribuciones gubernativas conviene destacar una de sus principales características. La excepción citada del art. 603 del Código penal ha sido utilizada para consagrar la violación del non bis in idem. Son numerosas las leyes que permiten a la Administración la imposición de la sanción gubernativa prevista independientemente de las que impongan los tribunales en razón del mismo hecho (104).

B) *Posible justificación: la infracción administrativa.*

Ante esta situación se ha dicho, con fundado dramatismo, que «no hace falta ya dar ningún paso más para llegar, v. gr., a la imposición de una pena de muerte por vía administrativa», advirtiendo, sin embargo, que «la ley no lo puede todo» (105).

Pero antes de condenar esta entrega de poder represivo por parte del legislativo a la Administración pública nos es obligado indagar si existe alguna justificación. La doctrina se ha preocupado insistentemente en hallar una diferenciación entre un ilícito penal y un ilícito administrativo. Lo que debemos tratar ahora es de saber si el legislador opera con alguna distinción entre ambos ilícitos porque, si así fuera, quedaría legitimada la entrega a la Administración de un poder represivo dirigido a castigar aquellas conductas antijurídicas que constituyesen ilícito administrativo.

El hallazgo de un criterio *sustancial* de distinción es preocupación constante desde Goldschmidt a nuestros días, preferentemente en las literaturas alemana e italiana. No es éste el lugar para hacer una exposición detallada de las distintas posiciones (106) por lo que, y a los

de Derecho administrativo, vol. III, Madrid, 1963, p. 181, conviene en que "los organismos a los que nuestro Ordenamiento positivo atribuye la jurisdicción económico-administrativa forman parte (no obstante, el nombre de *Tribunales*) de la Administración Pública, y el régimen de sus actos es, cabalmente, el régimen jurídico de los actos administrativos". (Paréntesis y subrayado de Garrido Falla.) Y el mismo en *Los medios*, cit., p. 42, nota 74, reconoce en cuanto al Juez especial de Delitos monetarios que "el carácter administrativo de este Juez especial no es discutible". GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Consideraciones jurídico-administrativas sobre las jurisdicciones punitivas especiales*, en *Proceso a la jurisdicción de delitos monetarios y a los tribunales de contrabando. Conferencias organizadas por el Círculo de Estudios jurídicos de Madrid*, Madrid, 1970, p. 73, comparte igualmente la tesis de que el Juzgado de Delitos monetarios es parte de la Administración. Primero porque las alzas se residen en un órgano administrativo (Tribunal económico-administrativo) y segundo porque lo establece un famoso Decreto de competencias de 1 julio 1954 (A. 981) dictado contra el parecer del Consejo de Estado ante un procesamiento de la Audiencia provincial de Madrid al Juez de Delitos monetarios.

(104) Artículo 2 del Decreto 17 noviembre 1966; artículo 18 de la Ley de orden público; artículo 112 de la Ley de régimen local, etc...

(105) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1971, p. 118.

(106) Vid. KRÜPELMANN, J., *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlín, 1966, pp. 158 y ss. ZANOBINI, *Le san-*

efectos que nosotros pretendemos, creemos suficiente conocer la de Eb. Schmidt, por dos razones. De un lado porque ha trabajado motivado por la regulación positiva del Derecho penal económico alemán y del otro, porque resume y continúa una antigua tradición (J. Goldschmidt, A. Schönke, E. Wolf). Su entendimiento puede concretarse en que la característica de la infracción administrativa ha de encontrarse en su indiferencia ética y en la consiguiente ausencia de eticidad en la sanción prevista. Parte, como Goldschmidt, de la oposición entre Jurisdicción y Administración destacando que el delito y la pena criminal son exclusivamente tarea de los órganos de justicia (Sache der Justiz). El delito lesiona intereses vitales jurídicamente protegidos, es decir, *bienes jurídicos*, mientras que la infracción administrativa lesiona los intereses de la Administración en la colaboración del ciudadano, es decir, *bienes administrativos*. El ciudadano tiene el deber de cooperar (se le concibe como Hilfsorgan) con la Administración y si tal deber se lesiona el Estado reacciona para evitar futuras infracciones. La multa como sanción administrativa se diferencia de la pena criminal no sólo nominalmente (Geldbuße en contraposición a Geldstrafe), sino también en su esencia, ya que no puede entenderse como pena, sino como advertencia del deber (Pflichtenmahnung) que presenta unas características de aplicación distintas. Es decir, es un asunto administrativo, se presenta bajo el principio de oportunidad, cabe la posibilidad de ser aplicada a personas jurídicas y no permite la prisión subsidiaria en caso de impago (107).

Las conclusiones a que conduce esta posición han sido contradichas. No es aceptable, en primer lugar, la oposición entre Justicia y Administración (108), y se dijo que no puede negarse que los preceptos administrativos sean preceptos jurídicos y tengan un contenido de justicia (109). De otro lado la distinción entre bienes jurídicos y bienes administrativos no es suficientemente clara. Hay intereses administrativos que por el hecho de que su lesión alcance un determinado grado de intolerabilidad se convierten en bienes jurídicamente protegidos por el Derecho penal. Tal es el caso, por ejemplo, del art. 319 del Código penal. Ha sido abandonado también el entendimiento del ciudadano como colaborador (Hilfsorgan) de la Administración, porque más bien se en-

zioni amministrative, 1924. GARCÍA OVIEDO, C., *Las contravenciones de policía*, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, tomo 149, 1926, pp. 602 y ss. CASABO, J. R., en *Comentarios al Código penal*, de Córdoba Roda, J.-Rodríguez Mourullo, G., I, Barcelona, 1972, pp. 78 y ss. GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., pp. 34 y ss. MONTORO PUERTO, M., *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, Barcelona, 1965, pp. 240 y ss.

(107) Cfr. SCHMIDT, Eb., *Das neue*, cit., pp. 20 y ss., 25 y ss. y 44 y ss. Una exposición detallada y crítica en KRÜPELMANN, J., *Die Bagatelldelikte*, cit., pp. 159-160.

(108) KRÜPELMANN, J., *Die Bagatellaelikte*, cit., p. 168.

(109) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 29.

tiende que es ésta la obligada con la comunidad (110). Por último, la pretendida diferenciación *sustancial* entre pena criminal y sanción administrativa está lejos de ser aceptable. La única diferenciación posible en Derecho español es la de la multa como medida coercitiva y la multa como pena (111), es decir, entre el medio coactivo para obligar al cumplimiento de una obligación y el medio sancionatorio. Cuando la multa se entiende como *castigo* al infractor por el incumplimiento de una obligación estamos en presencia de una pena (112) y no de una simple advertencia. Además las características de aplicación que atribuye la doctrina alemana a la multa administrativa no se cumplen en nuestro Derecho, porque, según nuestra regulación positiva, cabe la prisión subsidiaria en caso de impago (113).

Rechazada hoy mayoritariamente la posibilidad de hallar un criterio *sustancial* (114) no es posible atribuir al legislador la utilización de tal criterio (115).

C) *Lesión de los principios informadores del ordenamiento jurídico.*

El poder sancionador que la Administración pública española ostenta en la actualidad no aparece explicado por el carácter administrativo de la infracción castigada. Obedece simplemente a que ha sido otorgado por el poder legislativo. Ciertamente es que éste no actúa del todo caprichosamente. Hay que reconocer que la sanción que impone la Administración tiende a «reprimir transgresiones que se han producido en un campo cuya competencia y cuidado ha sido previamente encomen-

(110) KRÜPELMANN, J., *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 168. En igual sentido GARCÍA OVIEDO, C., *Las contravenciones*, cit., pp. 620-1: "En el estado actual de la vida pública no se reclama tanto el concurso del individuo en la obra de la Administración cuanto la realización de esta obra en favor de los ciudadanos con el objeto de proporcionarles aquellas condiciones y elementos que les faltan para la satisfacción de sus necesidades."

(111) Vid. nota 92.

(112) En este sentido SAINZ DE BUJANDA, F., *En torno al concepto y contenido del Derecho penal tributario*, en *Anuario*, 1968, p. 103.

(113) Cfr. GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., p. 35, nota 59. En la doctrina italiana también se utiliza el criterio de la convertibilidad para la distinción. Cfr. FROSALI, R. A., *Sistema penale italiano. Parte prima. Diritto penale sostanziale*, III, Torino, 1958, pp. 210 y ss.

(114) Cfr. KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 177, que también lo rechaza y cita a Jescheck y Bockelmann.

(115) Al lado de la diferenciación *sustancial* se han utilizado otros criterios cuantitativos y formales. Ninguno de ellos puede ser utilizado en la tarea que nos ocupa. Los cuantitativos porque nuestro Derecho positivo demuestra fehacientemente que la ley no hace distinción ni en la gravedad de la conducta (basta saber que algunas leyes facultan a la Administración a castigar la misma conducta sancionada por los tribunales de justicia) ni en la de la sanción (la Administración impone penas de la misma gravedad que el poder judicial). Los formales porque constituirían en nuestro caso una petición de principio, ya que lo que tratamos de saber es si la ley, al atribuir determinado poder sancionador a la Administración, lo hace obligado por el carácter administrativo de la infracción.

dado a la Administración» (116) y a ese ámbito se ciñe la potestad sancionadora. No es que la infracción tenga carácter administrativo sino que se produce en un ámbito de actividad administrativa. Ahora bien, este criterio que parece deducirse de nuestra regulación positiva, no justifica, como pretende Garrido Falla, el poder sancionador de la Administración, sino que simplemente se limita a explicarlo. Sigue en pie como antes la dramática duda de si puede llegar la Administración a la imposición de la pena de muerte por vía administrativa.

En realidad el alcance del poder sancionador administrativo en nuestro país constituye una situación anómala en relación con el Derecho comparado (117) e infringe los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico. Se infringe el principio del non bis in idem recogido, entre otras muchas disposiciones (118), en el propio art. 603 del Código penal. De su párrafo segundo se deduce con toda claridad que las leyes no pueden encomendar a la Administración el castigo de los *delitos* previstos en el Libro II del Código penal (119). En materia de *faltas* el citado párrafo no parece tan claro. Sin embargo, el hecho de afirmar que las disposiciones del Libro III del Código penal no excluyen ni limitan las atribuciones que las leyes otorguen a la Administración para corregir gubernativamente las *faltas*, no significa que puedan éstas castigarse de forma acumulativa (120). En este sentido ha puesto de relieve Garrido Falla (121) que el párrafo 2 del art. 603 se limita a declarar competentes tanto a la jurisdicción penal como a los órganos administrativos. Ello implica que la atribución de competencias a una de las jurisdicciones no excluye, en efecto, la competencia de la otra, pero «hay que entender que la aplicación de la sanción de una de dichas vías impide que la misma persona sea sancionada en la otra». «El que la competencia se haya querido atribuir a uno u otro organismo estatal o incluso el hecho menos disculpable de que por una falta de coordinación de las competencias estatales se haya atribuido simultáneamente a las dos jurisdicciones, no puede redundar en perjuicio del ciudadano» (122).

(116) GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., p. 37.

(117) Cfr. PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., passim.

(118) Artículo 666, número 2, LECr., artículo 59 Código penal.

(119) En este sentido, CORDOBA, J., *Nota al Tratado de Derecho penal*, de Maurach, R., I, Barcelona, 1962, p. 20, quien cita además las SS. 16 marzo 1872 y 28 mayo 1874.

(120) Ya se preocupó de esta cuestión SARABIA, J., *Doble penalidad en las faltas*, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, t. 74, 1889, p. 321, repudiando la doble penalización, si bien propone una solución de difícil aceptación. Según dicho autor deben otorgarse a la Autoridad judicial las faltas consumadas y a la Administración sólo las frustradas o intentadas (que están limitadas) del Código penal.

(121) *Los medios*, cit., pp. 40-41.

(122) En este mismo sentido de la falta de coordinación se manifestó la S. 15 febrero 1969, Sala 4.^a, aunque admitió la doble penalización. Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, L., *Sanciones*, cit., p. 17. Vid. también CASTEJÓN, F., *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, Madrid, 1950, p. 71.

Se infringen también nuestros principios constitucionales. Tal es el caso de las sanciones que integran privaciones de libertad en relación con el art. 18 del Fuero de los Españoles que faculta al poder público sólo a una detención preventiva de setenta y dos horas (123). Atentan contra el art. 32 del Fuero de los Españoles las sanciones de multa cuya enorme cuantía puede convertirlas en auténticas confiscaciones de bienes o atentados contra la propiedad sin las garantías de la expropiación forzosa (124). Y otros muchos ejemplos que se podrían poner, como la violación expresa del art. 20 del Fuero de los Españoles realizada por aquella norma que faculta al Gobierno a privar al infractor de la nacionalidad española (125), o la del principio IX del Movimiento Nacional y art. 30 de la Ley Orgánica del Estado cuando se exige el previo pago para la interposición del recurso, etc. Por último, en la medida en que las sanciones que impone la Administración son penas (sobre ello trataremos más adelante), «la potestad punitiva de la Administración aparece en atenta oposición al monopolio jurisdiccional que los arts. 29 y 31 de la Ley Orgánica atribuyen a los jueces y tribunales» (126).

D) Interpretación de los arts. 26 y 603 del Código penal.

Esta es la situación de nuestro Derecho positivo. Nuestro ordenamiento jurídico, al menos en lo que atañe al Derecho represivo, sufre unas contradicciones internas que ponen de relieve la inseguridad jurídica que vive nuestro sistema. Es necesario conformar la actividad administrativa con los principios informadores de nuestro ordenamiento.

El hecho de que la función de la Administración pública sobrepase los límites de la tradicional función ejecutiva del Estado hasta el punto de irrogarse facultades similares a las del poder legislativo (actos reglamentarios) y judicial (actos jurisdiccionales), no impide el carácter residual de la función administrativa. Lo que queda en manos de ésta no puede ser más que el resto de las adquisiciones que los poderes legislativo y judicial han realizado de las facultades del antiguo monarca absoluto (127). Es necesario, pues, determinar el alcance de los poderes legislativo y judicial en materia de represión de infracciones para conocer los límites de actuación de la Administración pública.

La vigencia del principio de legalidad en nuestro Derecho pone de relieve que la materia penal es de exclusivo monopolio del Poder judicial y constituye reserva legal. Determinado lo que se entiende por Delito y pena los límites entre el poder sancionador de la Administración

(123) Vid. GARRIDO FALLA, F., *Los medios*, cit., p. 48.

(124) Vid. PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 89.

(125) Artículo 9, Ley de Delitos Monetarios, 24 noviembre 1938.

(126) PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., pp. 89-90, y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones*, cit., pp. 71-72.

(127) Cfr. GARRIDO FALLA, F., *Tratado*, I, cit., pp. 32 y ss. y 37.

y el Derecho penal quedarán suficientemente fijados. El problema que planteamos rebasa con mucho las pretensiones de nuestro trabajo. Sin embargo, hemos de hacer algunas consideraciones al respecto que justifique la rúbrica que hemos utilizado de *Derecho penal* económico.

Consideramos, con la doctrina mayoritaria, que una definición sustancial de delito (lesión intolerable de bienes jurídicamente protegidos, por ejemplo) sólo tiene valor desde un punto de vista dogmático. Es inevitable tener que ceder ante un cierto positivismo jurídico y reconocer que delito es lo que el legislador considera como tal. En otras palabras, delito es la infracción penada por la ley. La clave ha de encontrarse, pues, en lo que se entienda por pena criminal. A los efectos de diferenciar el ámbito del poder sancionador de la Administración del Derecho penal interesa aquí solamente dilucidar los problemas que plantean los arts. 26 y 603 del Código penal que oscurecen la diferenciación. Una interpretación aclaratoria puede ser la siguiente.

Del art. 603 y del número 3 del art. 26 del Código penal se deduce la posibilidad de que la Administración imponga *penas* (128). En principio puede parecer que el propio Código penal infringe los principios que informan nuestro sistema jurídico pero una observación más minuciosa nos proporcionará una conclusión más adecuada. Que la Administración esté facultada para la imposición de *penas*, entendiendo por tales los castigos dirigidos a la retribución de una conducta antijurídica, es algo que desde ningún punto de vista puede ser discutido. Bastaría con tener en cuenta las penas que se imponen por vía disciplinaria. Lo que ocurre es que nuestro Código penal distingue entre penas criminales y otras que no revisten tal carácter. En efecto, el número 3 del art. 26 determina que *no se reputarán penas* las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, impongan los superiores a sus subordinados o administrados. Decir que no se reputarán como penas significa que no le serán aplicables las disposiciones sobre aplicación, efectos, ejecución, etc... recogidas en el Tít. III del Libro I del Código penal (129). Es decir, que no se reputarán como penas criminales.

(128) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Las exigencias previas del Estado de Derecho para la admisión en España del delito fiscal. Contemplación político criminal y sus posibilidades prácticas, conferencia en el coloquio que bajo el título indicado organizó el Círculo de Estudios Jurídicos de Madrid*, Madrid, 1971, página 95; CASABO, J. R., en *Comentarios*, de Córdoba, J.-Rodríguez Mourullo, G., cit., p. 71.

(129) Ello no impide, sin embargo, que las reglas recogidas en el citado título operen como supletorias. En sentido similar a éste, aunque no idéntico, SALVADOR BULLÓN, P.-SALVADOR BULLÓN, H., *La prescripción de las faltas disciplinarias en Derecho penal español*, separata de la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1952, p. 27. CASABO, J. R., en *Comentarios*, de Córdoba, J.-Rodríguez Mourullo, G., cit., p. 86, entiende que "la infracción administrativa queda sujeta a las reglas generales de Derecho penal. Resultan, pues, plenamente válidas las exigencias de legalidad y de culpabilidad". Si lo que se pretende decir es que las reglas generales de Derecho penal actúan como supletorias me parece acertado. Si por el contrario se quiere afirmar que sólo se rigen

Ahora bien, mientras el Código penal se desentiende de las penas disciplinarias porque su carácter, contenido y fundamento difieren de las propiamente criminales, se ha preocupado de determinar el límite hasta el que puede alcanzar la potestad sancionadora de la Administración cuando se trata de imposición de penas en uso de atribuciones gubernativas. Y no podía ser menos dada la similitud que pueden tener dichas penas con las propiamente criminales debido a la identidad de fundamento, contenido y función. El límite se encuentra, según el art. 603, en las penas previstas para las faltas en el Código penal (130). Se trata de que la Administración no supere dicho límite, pero no de que la Administración pueda en todo caso imponer las mismas penas que las previstas para las faltas en el Código penal. Hay alguna, como la de arresto menor, que de ningún modo puede quedar en manos de un órgano administrativo so pena de atentar contra el art. 18 del Fuero de los Españoles. Esta idea estaba latente ya en 1848 como lo prueba un Real Decreto de 18 mayo 1853 que exigía para las faltas que merezcan pena de arresto que sean «castigadas siempre en juicio verbal».

Hasta aquí lo que se entiende por materia penal queda suficientemente explicado por lo que se refiere a los puntos de fricción con el poder sancionador administrativo. El Código penal sólo admite confusión en relación con determinadas penas leves (multa, reprensión y privación del permiso de conducir en los límites prescritos). El resto de las penas serán reputadas como criminales y les será de aplicación el Tít. III del Libro I del Código penal, entre cuyas prescripciones se encuentra la de que han de ser aplicadas en virtud de sentencia firme (art. 80).

Sin embargo, toda esta construcción se derrumba por la salvedad del propio art. 603: «a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales». Es decir, se admite la posibilidad de que leyes especiales faculten a la Administración a establecer por vía reglamentaria penas mayores a las previstas para las faltas en el Código penal. La salvedad de todas formas es innecesaria ya que resulta elemental que una ley especial pueda contradecir lo establecido en una ley general (el Código penal). Lo que a nosotros nos preocupa es que la excepción del art. 603 debilita en demasía el criterio seguido por el Código en la diferenciación entre penas criminales y penas que no revisten tal carácter. Con

por ellas no responde a la realidad porque ya en principio incumplen el artículo 80 del Código penal. Con ello queremos destacar que la función del artículo 26 no puede ser otra que la de sustraer a las reglas del Código penal determinadas penas que no se reputan como tales.

(130) El artículo 603 responde al deseo de otorgar a la Administración un poder represivo fundamentado en el deseo de una más adecuada distribución de la carga en la Administración de Justicia. Desde su origen el sentido del precepto es otorgar a las autoridades administrativas locales (tomando como partida el sentido ambivalente de los Alcaldes como autoridades judiciales y administrativas) facultades represivas sobre infracciones sin más trascendencia que la que se origina en el lugar de comisión.

la finalidad de mantener el criterio del Código como principio orientador de política criminal proponemos nosotros una interpretación restrictiva de la salvedad que establece el art. 603, en los siguientes términos.

El art. 603 desde su creación en 1848 (art. 493) cumple una función *limitadora* (131). El propio precepto está formulado, desde un punto de vista estilístico, de modo negativo. El párrafo inicial del precepto se preocupa de dejar clara la prohibición a la Administración para establecer, por vía reglamentaria, penas superiores a las previstas para las faltas (132). El segundo párrafo también trata de impedir que la Administración pueda corregir las faltas previstas en el Libro III del Código penal consagrando el principio del *non bis in idem* (133). Esta función limitadora del art. 603 nos permite limitar también la salvedad: «a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales». En efecto, las leyes especiales podrán determinar otra cosa, es decir, podrán facultar a la Administración para *establecer* penas superiores a las previstas para las faltas. La expresión *establecer* que utiliza el art. 603 del Código y el art. 27 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, en lugar de la de *imponer*, nos permite encontrar una coherencia entre la interpretación sistemática de los arts. 26 y 603 que apuntábamos más arriba y la salvedad de este último precepto. De un lado ha de entenderse que tales sanciones (las superiores a las previstas para las faltas) serán en todo caso *penas criminales* (134), es decir, que se reputarán como penas según la expresión

(131) Cfr. PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 71: "El poder sancionatorio, tan paladinamente reconocido en la legislación de régimen local, se pretendió inequívocamente limitar por el Código penal de 1848". Pero no sólo se pueden utilizar estas razones históricas porque las leyes vigentes proporcionan otras. De un lado el estilo negativo del artículo 603 ("no se establecerán penas mayores"); de otro, la expresión utilizada en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere a "los casos... que expresa y *limitativamente* atribuye la ley... a las autoridades administrativas o de policía".

(132) Apunta PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 71-72, que, aunque nacida la disposición con una finalidad limitadora, constituye una ruptura con el principio de legalidad porque la materia penal ya no es exclusivo monopolio del Poder judicial ni constituye reserva legal. A través de esta disposición puede afirmarse que el Reglamento es fuente del Derecho penal. Pudiera salvarse esta observación teniendo en cuenta la diferencia entre penas criminales y no criminales, de modo que sólo estas últimas son las que pueden ser creadas por los reglamentos administrativos. Sea como fuere, téngase en cuenta que el concepto de ley como fuente del Derecho penal no es unívoco. Para algunos autores ley en sentido material, es decir, como fuente del Derecho penal, incluye también los reglamentos. Así, STAMPA, J. M., *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, Valladolid, 1953, p. 182; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1949, p. 89.

(133) Cfr. CASABO, J. R., en *Comentarios*, de Córdoba, J.-Rodríguez Mourullo, G., cit., I, p. 85, quien comenta además las interesantes sentencias 27 noviembre 1916 y 22 y 27 febrero 1918.

(134) No pretendemos establecer una diferenciación sustancial entre pena criminal y pena no criminal (o entre pena y sanciones civiles, administrativas, etcétera...), pero queremos poner de relieve que el legislador ha señalado

del art. 26, y les serán aplicables, por tanto, las reglas del Tít. III de Libro I del Código penal. Inciden, pues, tales penas sobre *delitos* como concepto opuesto a falta y a infracción administrativa. De otro lado y como consecuencia de la aplicación del Tít. III del Libro I del Código penal, la Administración no podrá en relación a las penas que superen tal límite, ejercer facultades jurisdiccionales, ya que el art. 80 del Código penal las atribuye a los tribunales de Justicia. La Administración jugaría el papel, preventivo de la delincuencia y del orden social, que le corresponde, declarando las conductas merecedoras de sanción, persiguiendo e investigando la infracción (como hacen hoy los funcionarios de Hacienda o de Comercio, o hicieron las Fiscalías de Tasas), asegurando los bienes del presunto infractor, etc... Un ejemplo puede encontrarse en el Real Decreto de 22 diciembre 1908 sobre fraude en sustancias alimenticias. Se establecen una serie de prohibiciones en materia de alimentación en interés de la salud pública, detallándose la tarea de la Administración que se reduce a la vigilancia y persecución de las infracciones. Descubierta la infracción, la Administración está facultada para decomisar los géneros (actividad preventiva elemental cuando se trata de géneros alterados) y publicar el nombre del infractor, pero las penas a que se haga merecedor el autor de la conducta sólo pueden ser impuestas por los Tribunales de Justicia.

La interpretación que nosotros proponemos de los arts. 603 y 26 del Código penal pone de relieve que la regulación que sobre esta materia hace el citado cuerpo legal no violenta ninguno de los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico. El criterio del Código es aceptable tanto desde una concepción liberal del Derecho penal como desde el punto de vista de nuestros principios constitucionales. La Administración en uso de atribuciones gubernativas puede imponer penas de similar contenido a las del Código penal, pero nunca superar el límite de las faltas. De otro lado no puede entenderse el art. 603 como un fundamento legal para imponer las penas previstas para las faltas porque la ley no puede facultar a la Administración a imponer, por ejemplo, la pena de arresto menor. Se trata sólo de reconocer que algunas de dichas penas pueden estar de acuerdo con las funciones de policía de la Administración y con los principios informadores de nuestro ordenamiento.

Pese a todos nuestros esfuerzos lo excepcional en nuestro ordenamiento jurídico es el criterio del Código y lo normal es que la Administración supere el límite de las penas previstas para las faltas en vir-

un límite objetivo de diferenciación entre la pena criminal y la pena administrativa. Ante ello resulta inadecuado utilizar una diferenciación formal atendiendo al órgano que impone la sanción. A esta pretensión formalista ha contestado GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones*, cit., p. 72: "Es una simple burla verbal... el pretender que una multa de 10.000 ptas., cuando es impuesta por un tribunal penal, es una pena, pero que cuando es impuesta por la Administración no es una pena, o... que ir a la cárcel no es propiamente una pena porque el Juez de Delitos monetarios no es un juez propiamente, sino que forma parte de la Administración".

tud de leyes especiales. Así lo hemos podido comprobar al estudiar la normativa del Derecho penal económico. Si esto es así, ha de parecer inútil la interpretación restrictiva que hemos propuesto de la salvedad del art. 603. Sin embargo, pensamos que pueda tener un valor de política criminal.

E) *Consideraciones finales.*

a) En la llamada teoría del *Derecho administrativo penal* (135) late como problema nuclear el de la diferenciación entre un ilícito penal y un ilícito administrativo. A la luz de nuestro Derecho positivo tal diferenciación es tarea inútil. En nuestro Ordenamiento se opera con la idea de un Derecho represivo único atribuyendo el legislador las facultades punitivas unas veces a la Administración y otras a los jueces y tribunales sin un criterio aceptable. Sólo encerrándonos en el ámbito del Código penal (con la interpretación apuntada de los arts. 26 y 603) encontramos un campo apropiado para seguir tratando del Derecho administrativo penal (Ver *waltungsstrafrecht*). A nuestro entender su nivel polémico es el de las faltas (136), y así lo fue a lo largo de toda la discusión doctrinal. Tradicionalmente el problema consistió en despenalizar los asuntos bala-

(135) Ha de sorprender al lector la utilización de la expresión *Derecho administrativo penal* en lugar de la más usada, y quizá más correcta como traducción de la expresión alemana *Verwaltungsstrafrecht*, de Derecho penal administrativo. A nuestro entender, detrás de toda esta temática hay siempre un problema semántico que la oscurece, por lo que nos pareció adecuado aliviar de entrada a la difícil cuestión de fondo de imprecisiones terminológicas. La teoría del *Verwaltungsstrafrecht* trató de convertir el ámbito de las faltas o contravenciones en una tarea puramente administrativa. No consistía entonces en crear un Derecho penal administrativo, sino un Derecho administrativo sancionador, represivo. En nuestro ordenamiento existe un Derecho penal administrativo en el sentido de un Derecho penal que castiga conductas lesivas de intereses cuya titularidad directa la detenta la Administración. Tal es el caso del artículo 319 del Código penal. Pero esto no es lo que cuestiona la teoría del *Verwaltungsstrafrecht*, que pretende, por el contrario, la implantación de un Derecho administrativo que regule la imposición de determinadas penas. En este sentido se manifiesta ZANOBINI, G., *Rapporti fra il Diritto amministrativo e il Diritto penale*, en *Scritti vari di Diritto pubblico*, Milano, 1955, p. 141, al advertir que lo que tradicionalmente se incluye en el llamado Derecho penal administrativo es en definitiva Derecho administrativo. La postura que adoptamos en esta cuestión terminológica sigue a la de RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Compendio de Derecho penal*, en preparación. Sobre este aspecto semántico vid. también DEL ROSAL, J., *Ideas sobre la aplicación de los principios de Derecho penal a la infracción tributaria*, en *Anuario*, 1963, páginas 5 y ss.

(136) WOLF, E., *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, en *Festgabe für R. von Franck*, reimpresión de la edición, Tübingen, 1930, página 565, advertía que "insofern hat auch die These vom Verwaltungsstrafrecht als Bagatelstrafrecht ihren berechtigten Kern". En el mismo sentido, KRÜPFELMANN, J., *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 150; y CASTEJÓN, F., *Faltas penales*, cit., p. 59, al afirmar que "las faltas administrativas constituyen el Derecho penal administrativo de Goldschmidt, Raggi y Rocco".

días, es decir, en convertir las faltas de los Códigos penales en infracciones administrativas. Ante esta pretensión, los criterios utilizados para diferenciar el ilícito penal del administrativo, coincidían, en la mayoría de los casos, con la diferenciación entre delito y falta (137). De ahí, también, que la mayor parte de los criterios sustanciales de diferenciación eran en el fondo criterios cuantitativos (138). En realidad la diferencia sustancial de ambos ilícitos tiene que ser materia propia de estudio al referirse al concepto de delito o a la antijuricidad. La teoría del Derecho administrativo penal, en su expresión más genuina, trata simplemente de plantear una cuestión de despenalización allí donde el carácter del ilícito se presenta como menos preciso.

b) A la luz de nuestro Derecho positivo lo que llamamos Derecho penal económico no es en realidad *Derecho penal* nada más que en una mínima parte. En la mayor parte de los casos se trata de *Derecho administrativo*. Sólo mantenemos la denominación por el prurito de otorgar un valor al menos teórico a la interpretación apuntada de los artículos 26 y 603 del Código a cuyo tenor las penas superiores a las previstas para las faltas son en todo caso penas criminales a imponer por los órganos de Justicia mediante un procedimiento criminal. Pero conforme a nuestro Derecho positivo no es así. En materia de precios, en la práctica sólo opera la Administración (D. 17 noviembre 1966) y lo mismo ocurre en materia de delitos monetarios o contrabando.

c) Hemos podido comprobar, pues, que la ley «lo puede todo» operando al margen del criterio del Código, de los principios constitucionales y del resto de los principios informadores del ordenamiento jurídico. Solamente el atentado a los principios constitucionales podría permitir que entrara en la lid un instrumento limitador del poder de la ley, pero en nuestro Derecho sólo es posible en el estrecho ámbito del recurso de contrafuero.

2) Responsabilidad de las personas jurídicas.

A) El problema de la responsabilidad de las personas jurídicas ha adquirido una especial relevancia en el marco del Derecho penal. El planteamiento teórico, cuyo auge polémico pertenece a otras épocas, versa sobre la posibilidad de hacer responsable a la persona jurídica de la comisión de un delito. El primer problema corresponde necesariamente a la capacidad de la persona jurídica para cometer un delito,

(137) Tal coincidencia es muy normal en la literatura española. Tratan la cuestión como diferenciación entre delito y falta, CASTEJÓN, F., *Faltas penales*, cit., pp. 17 y ss., TERUEL CARRALERO, D., *Las faltas*, Barcelona, 1956, páginas 20 y ss., y GARCÍA OVIEDO, C., *Las contravenciones*, cit., pp. 602 y ss.

(138) Cfr. KRÜPELMANN, J., *Die Bagatelldelikte*, cit., p. 165. Esta misma acusación hace a Impallomeni, ALIMENA, *Principii di Diritto penale*, Napoli, 1910, vol. I, p. 257.

en definitiva a la posibilidad de cometer acciones jurídico-penalmente relevantes. Coincidiendo con la corriente pancivilista que anegaba todas las disciplinas jurídicas, la polémica giraba en torno a la incorporación al Derecho penal del concepto de voluntad manejado para el negocio jurídico y que podía ser referido tanto a la persona natural como a la jurídica. Hoy la cuestión está zanjada. La voluntad como elemento integrante de la acción jurídico-penal está considerada desde un punto de vista psicológico, no normativo, por lo que sólo puede ser atribuida a una persona física (139). Ante esta tesitura se niega de plano la capacidad de acción de la persona jurídica en el ámbito criminal (140) y por tanto la posibilidad de ser penalmente responsable (141).

(139) Cfr. BETTIOL, G., *Diritto penale. Parte generale*, 7.^a ed., Padova, 1969, p. 224. Una exposición detallada de las distintas posiciones doctrinales en BARBERO SANTOS, M., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas?* en *Revista de Derecho mercantil*, 1957, pp. 286 y ss.

(140) Tiene razón RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1971, p. 317, cuando afirma que "no puede negarse que las personas jurídicas tienen capacidad para realizar acciones jurídicamente relevantes", pero de lo que se trata es de saber si tales acciones pueden ser penalmente relevantes.

(141) Además de la falta de capacidad de acción se alude también a otras incapacidades. Por ejemplo, incapacidad para sufrir el reproche que integra el juicio de culpabilidad jurídico-penal o para sentir el sentido retributivo de la pena y el desvalor ético-social que entraña. Vid. a modo ilustrativo y para señalar el sentir mayoritario de la doctrina moderna, JESCHECK, H.-H., *Lerhbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1969, p. 156; BETTIOL, G., *Diritto penale*, cit., pp. 223 y ss.; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, I, Madrid, 1949, pp. 152 y ss., y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 317 y ss., quien además apunta que en nuestro derecho las normas del procedimiento penal no permite hacer efectiva la responsabilidad criminal en la persona jurídica. Que en nuestro derecho sustantivo no se reconoce más responsabilidad que la individual lo corroboran los artículos 174 a 176, 238 y 499 bis del Código penal. Sólo en un caso, artículo 265, se prevé una medida contra la persona jurídica: la disolución. Sin embargo, no está considerada como pena. Constituye una medida administrativa más de las que autorizadamente imponen los tribunales de justicia (como las medidas de seguridad predelictuales). La disolución como medida tiene su origen en el artículo 19 de la Constitución de 1 junio 1869 y fue recogida con carácter general por el proyecto Silvela de 1884. Cfr. SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales*, Madrid, 1927, pp. 126 y ss. Según saldaña (p. 56), el proyecto Silvela fue considerado en la doctrina europea como un caso de reconocimiento de la capacidad criminal de las personas jurídicas y se siente inclinado a considerar la disolución como pena (p. 129), y no como simple medida administrativa, en razón de ser impuesta por los tribunales. Sin embargo, en el proyecto Silvela no está claro que se reconozca la capacidad criminal de las personas jurídicas ni que se entienda la disolución como pena. Es significativo que el artículo 25 del proyecto comience estableciendo que "la responsabilidad criminal por los delitos o faltas es individual". De otro lado, L. Silvela, auténtico autor del proyecto (vid. ANTÓN, J., *Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español*, en *Anuario*, 1972, fascículo II, p. 259), en su obra *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente*, 2.^a ed. Parte primera, Madrid, 1903, p. 163, niega la capacidad penal de las personas jurídicas (por su incapacidad para ser imputable) y niega que la disolución sea una pena (criticando el nombre de *pena* que le da el artículo 19 de la Constitución). Por último, el proyecto Silvela

Sin embargo, la actuación de la persona jurídica en el mundo del Derecho origina una serie de problemas al sistema punitivo. En efecto, la persona jurídica puede realizar actos o negocios jurídicos que pueden constituir el elemento central de una conducta penalmente típica. Una persona jurídica puede quebrar conforme al art. 520 del Código penal, o importar o transportar conforme al art. 238, etc... La necesidad que tiene el Derecho penal de responder a este tipo de conductas unido a la irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas obliga a adoptar vías adecuadas. Desde un plano teórico la solución ha de encontrarla la ley diferenciando entre el órgano que realiza el acto jurídico y la persona que resulta obligada por el mismo. De este modo si bien no se puede proceder penalmente contra la persona jurídica cabe la posibilidad de dirigir la responsabilidad criminal contra la persona física que integra el órgano. Esta solución, sin embargo, tropieza con dos tipos de dificultades.

De un lado el hecho de que en ocasiones el tipo penal exige requisitos que sólo cumple la persona jurídica pero no su órgano. Tal es el caso, por ejemplo, de la quiebra fraudulenta del art. 520. Los actos que determinan el carácter fraudulento de la quiebra son realizados por el órgano mientras que es la persona jurídica quien detenta el carácter de «quebrado». No es posible, pues, proceder contra ninguno de los dos. Solamente una regulación positiva expresa puede solucionar este problema derivado de la actuación en representación de otra persona. En nuestro Derecho, al contrario que en otros países (142), carecemos de una regulación con carácter general al respecto. Un intento particular de solución lo ofrece la ley de contrabando de 16 julio 1964. Pero el expediente utilizado no es el más adecuado en cuanto procede directamente a ampliar el concepto de autoría. El art. 20 castiga como autor, entre otros, 3.º a «los que aseguran o hacen asegurar, de cuenta propia o por encargo de otro, cualquier acto u omisión que sea constitutivo de infracción». Esta ampliación de la autoría permite solucionar algunos supuestos en los que se exigen requisitos que no cumple el representante, sino la persona jurídica representada. Piénsese, por ejemplo, en la infracción consistente en la importación de taba

no incluye la disolución entre las penas, sino entre lo que llama complementos de la pena o consecuencia del delito. Cfr. ANTÓN, J., *Los proyectos*, cit., p. 274.

Sobre las medidas que el Derecho comparado admite en relación a sociedades mercantiles, cfr. CONTI, L., *Diritto penale commerciale*, vol I, Torino, 1965, pp. 7 y ss. En el Derecho anglosajón existe una marcada tendencia a afirmar la responsabilidad penal de las corporaciones, asociaciones y demás entes supraindividuales. Sobre ello, vid. BARBERO SANTOS, M., *Responsabilidad penal*, cit., pp. 304 y ss., y notas de YÁÑEZ ROMÁN, P.-L., a la recensión de la obra de LEIGH, L. H., *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, London, 1969, en *Anuario*, 1972, fasc. I, pp. 185 y ss.

(142) El tema de la actuación delictiva en representación de otra persona (Handeln für einen anderen) ha sido estudiado profusamente, y con cierta exclusividad, por la doctrina alemana, por la razón de estar regulado en la *Ordnungswidrigkeitengesetz*, de 24 mayo 1968, parágrafo 10, y haber sido incorporado al Código penal alemán, parágrafo 50 a), por el proyecto de 1962.

cos sin haberlos presentado en la Aduana (n.º 4, art. 11). No se trata de la importación de tabacos por quien no esté autorizado, sino simplemente de la importación sin haberlos presentado en la Aduana. Es decir, requiere que la importación sea realizada por la persona jurídica que detenta el Monopolio de Tabacos. Este requisito no lo cumple el órgano que asegura la conducta delictiva y, pese a ello, por aplicación del art. 20 resulta responsable en concepto de autor.

De otro lado aparece una segunda dificultad de tratamiento que se produce no sólo en el caso de que medie en la conducta delictiva una persona jurídica sino también otras entidades supraindividuales como la empresa. Se trata de la dificultad de la prueba. Dentro de la gran empresa existen una serie de delegaciones y de representaciones de un órgano a otro que producen, unido al agobio de trabajo, una actuación mecánica en las firmas y en las aprobaciones de lo actuado por órganos inferiores. Todo ello complica la investigación sumarial y el recto hallazgo de la persona cuya culpabilidad resulte totalmente probada (143). De ahí que las leyes prefieran operar con presunciones de culpabilidad (dolo) partiendo, en la mayoría de los casos, de la apreciación objetiva de una negligencia derivada de la existencia de los deberes de vigilancia y cuidado que todo órgano empresarial tiene al aprobar actuaciones. Nuestras leyes no regulan la cuestión con carácter general, pero se han pronunciado repetidas veces al respecto principalmente en el ámbito del Derecho penal económico. En este caso no se trata tan solo de regular la atribución de responsabilidad en el caso de que el aspecto nuclear de la conducta haya sido realizada por una persona jurídica, sino de establecer presunciones de culpabilidad cuando la operación constitutiva de delito ha sido realizada por una entidad compleja como la empresa. De este modo se puede afirmar que lo que preocupa a las leyes penales no es tanto el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas como el de resolver un problema de prueba de la culpabilidad cuando la conducta delictiva se diluye entre las personas físicas que integran los órganos de una entidad compleja como la empresa. Es explicable que el tema haya preocupado especialmente alrededor de la infracción económica ya que las conductas sancionadas son cometidas normalmente por empresas (importación, exportación, producción, transporte, venta, etc...). No nos pronunciamos sobre el juicio que merece la utilización de presunciones de culpabilidad sino que nos limitamos a constatar nuestra regulación jurídica y explicar sus motivaciones.

En Derecho penal económico se encuentran prescripciones especiales en los delitos de desobediencia a órdenes del Gobierno de los artículos 238 del Código penal y 4 del D.-L., 30 agosto 1946 (144). Par-

(143) Cfr. TIEDEMANN, K., *Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, Comunicación presentada al 49 Deutschen Juristentag, München, 1972, pp. 55-56.

(144) El artículo 238 dice así: "cuando los hechos previstos en este artículo fueren cometidos por Sociedades, Empresas o Entidades análogas, se

tiendo de la dificultad de prueba establecen presunciones de culpabilidad con alcances y fórmulas distintas. Tal distinción pone una vez más de relieve la falta de coordinación de la normativa que integra el Derecho penal económico. Mientras el art. 238 presume la culpabilidad de los directores, gerentes o encargados del servicio de que se trate y de los componentes del Consejo de Administración cuando los hechos previstos fueren cometidos por sociedades, empresas o entidades análogas, el art. 4 del D.-L. de 1946 presume la culpabilidad de las personas que constituyen el órgano que conforme a los Estatutos asuma la representación cuando los hechos se cometieren por una persona colectiva. Obsérvese que, mientras en un caso (D.-L. de 1946) sólo se tienen en cuenta las personas colectivas, en el otro (Código penal) incluye entidades sin personalidad jurídica (145). De otro lado la presunción de culpabilidad tiene en ambas normas distinto alcance y fundamento. La del D.-L. de 1946 se basa en el carácter de representante que asume el órgano en relación con la persona colectiva y admite cualquier prueba en contra de la presunción. La del art. 238 del Código penal se fundamenta, en un caso, en el conocimiento de la orden incumplida y no admite más prueba en contrario que la del desconocimiento de dicha orden, y, en otros, en la culpa in vigilando y no admite prueba en contrario (146).

impondrán, en sus respectivos casos, las penas señaladas a los Directores, Gerentes de las mismas o Encargados del servicio de que se trate, así como a los componentes de los Consejos de Administración, siempre que éstos tuvieran conocimiento de la orden incumplida". Y el artículo 4 del D.-L. de 1946, dice: "Cuando se cometieren por una persona colectiva, se presumirán responsables, salvo prueba en contrario, las personas que constituyan el órgano que conforme a los Estatutos asuma la representación de la entidad, aunque la misma hubiere sido delegada."

(145) La falta de criterio común se pone también de relieve si tomamos en cuenta la Ley de 4 enero 1941, que, a nuestro entender, debe considerarse derogada por el citado D.-L. de 1946, ya que éste castiga la misma conducta con ciertas ampliaciones. Sin embargo, conviene transcribir el artículo 2 de la Ley de 4 enero 1941 a efectos de subrayar la citada falta de criterio. "Las sanciones que correspondan a las empresas podrán alcanzar a los Gerentes, Directores, Inspectores, Jefes principales y empleados de las mismas, siempre que se compruebe que ha habido por lo menos lenidad o falta de celo en la vigilancia del cumplimiento de las órdenes". Obsérvese que se refiere a las empresas y no a las personas jurídicas, demostrando con ello la falta de cuidado en la regulación de esta materia a la vez que la identidad de tratamiento que parece querer darse a la persona jurídica y a la empresa en general. De otro lado, obsérvese también que del párrafo transcrito parece deducirse la posibilidad de que la sanción se aplique conjuntamente a la empresa y sus órganos. Situación absurda y ridícula que pudo haber motivado la corrección de la Ley por el D.-L. de 30 agosto 1946, porque el artículo 1 de la Ley de 1941 impone para el delito de desobediencia que está tratando las penas de la Ley de 26 octubre 1939, entre las que se encuentra la de privación de libertad. Aplicar la pena de privación de libertad a una empresa sería llevar muy lejos las cosas.

(146) Una última prueba del confusionismo la depara el D. 27 septiembre 1946, en que se castigan determinadas falsedades relacionadas con los abastecimientos, cuyo artículo 2 extiende la pena de arresto mayor a prisión menor no sólo al autor del hecho, sino a los componentes del Consejo de

B) Los supuestos vistos hasta ahora parten del principio jurídico-penal de la irresponsabilidad de la persona jurídica y demás entidades supraindividuales, o lo que es lo mismo, del principio de la personalidad de las penas. Pero la legislación económica, al no tener una idea clara de la diferencia entre infracción criminal e infracción administrativa, admite la responsabilidad supraindividual. Se ha preocupado de que la responsabilidad de las personas jurídicas o de las empresas se declare solamente cuando son competentes para imponer la sanción exclusivamente las autoridades administrativas y cuando se trata de penas pecuniarias.

En esta materia operan las normas primero con el criterio de eficacia haciendo responsables no sólo a los autores materiales de la infracción, sino también a las personas jurídicas, empresas u otras entidades que mediaren en la conducta infractora fundamentándose bien en una ampliación del concepto de autoría (147), bien por entender que existe una omisión del deber de vigilancia y cuidado (148). En segundo lugar se opera con la idea de que la sanción pecuniaria no sólo tiene un sentido de castigo, sino también de resarcimiento del daño a modo de responsabilidad civil. De ahí que se declare la responsabilidad subsidiaria de la entidad en caso de impago de la multa (149). No ha de parecer extraño que, en casos, tenga la multa un doble sentido de sanción y de resarcimiento. Téngase en cuenta que en las infracciones económicas perjudicado y sujeto pasivo coinciden en la Administración pública (delitos de contrabando) o en la Comunidad (delitos de precios, abastecimientos, etc...). Dado que la sanción de multa beneficia al propio perjudicado al incrementar el tesoro público, razones de simplificación pueden aconsejar no distinguir entre resarcimiento del daño y pago de sanción pecuniaria (150). De todas formas, en último extremo, no es

Administración, Directores, etc..., sólo por el hecho de que el delito redundara en beneficio de una persona jurídica o empresa individual.

(147) El artículo 4 del D. 17 noviembre 1966, sobre disciplina de mercado, parece considerar autores tanto a los órganos como a la propia persona jurídica. "Cuando una infracción administrativa en materia de disciplina de mercado sea imputada a una persona jurídica podrán ser consideradas también como responsables las personas que integren los órganos rectores o de dirección de la misma."

(148) Así, el artículo 21, número 3, de la Ley de Contrabando. "También las empresas y compañías en general serán responsables subsidiarias del importe de las multas impuestas por infracciones que hubiesen cometido sus empleados o dependientes en el ejercicio de sus funciones, cuando éstos carecieren de patrimonio en que hacerlas efectivas".

(149) Artículos 21 y 22 de la Ley de Contrabando y artículo 8 Ley 24 noviembre 1938 Las sociedades que se acojan a lo dispuesto en la Ley de Regularización de balances (D. 2 julio 1964, artículo 23), estarán exentas de las responsabilidades que se deriven de hechos incurso en las dos leyes antes citadas.

(150) En la legislación económica francesa también se establece la responsabilidad subsidiaria de las empresas por las confiscaciones, multas y costas que se impongan. Cfr. GOYET, F., *Droit pénal spécial*, 8.^a ed., París, 1972, página 809. Sobre el carácter de la multa como resarcimiento, cfr. SOULEAU, Ph.,

necesario acudir a este doble carácter que la multa ostenta en algunos casos para declarar la responsabilidad subsidiaria de las personas jurídicas o empresas, porque en los supuestos a que nos referimos la multa no se entiende como pena criminal, sino como sanción administrativa por el formal argumento de estar aplicada por la Administración.

V. CONCLUSION

1. *Examen crítico de la normativa.*

El contenido del llamado Derecho penal económico ofrece desde cualquier punto de vista un espectáculo desolador. La mayor parte de las normas encuentran su origen en plena guerra civil en cuya época, y años posteriores, podrían resultar explicables todos sus defectos: falta de sistemática, utilización de distintas fuentes normativas, multiplicidad de los órganos represivos (Jurisdicción ordinaria, especial, Administración), duplicidad de normas y sanciones, confusión sobre la vigencia, etcétera. Desaparecidas las circunstancias excepcionales que explicaron esta situación debió hacerse un esfuerzo de clarificación y sistematización pero no se hizo (151). Por el contrario, las únicas reformas que se acometieron nos han conducido a una patológica desviación de la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, situación anómala sin parangón en el Derecho europeo, de la que sólo puede liberarse con una profunda reforma. En efecto, el legislador sólo se preocupó de poner en orden el poder sancionador de la Administración que, con tan adecuada promoción, fue adquiriendo un empuje arrollador (152). Mientras tanto los tribunales ordinarios, en cuya actuación no parece tener confianza el legislativo, se ven en la difícil tesitura de aplicar normas confusas y contradictorias, cuya aplicación resulta injusta por estar pensadas para épocas de excepción.

Las normas que atribuyen competencia a la jurisdicción ordinaria no pueden acomodarse a nuestra concepción del Estado de Derecho ni a los principios informadores del Derecho penal. Su vigencia en todo caso carece de sentido cuando han desaparecido las causas que le dieron origen. A ello hay que añadir una abigarrada proliferación de

Infractions économiques, en *Juris Classeur. Lois pénales annexes. Commentaires*, t. II, fasc. I, p. 17.

(151) Tras la segunda guerra mundial se encontraron en similares situaciones todos los países europeos, y de inmediato procedieron a la sistematización. Vid. nota 2.

(152) PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 82, hace observar que "no hay ley básica o reglamento que al lado de las regulaciones materiales no establezca una cohorte de sanciones", calificándolo del "fenómeno más relevante de la moderna legislación administrativa". En sentido similar, HERNANDO DELGADO, J., *La exportación. Manual de su regulación jurídico-administrativa*, Madrid, 1973, p. 273, si bien entiende que es una exigencia del "ordenamiento jurídico administrativo" para ser completo.

normas con la consiguiente falta de rigor, de unidad y de sistema (153); persecución preferente de efectos intimidantes (154); despego del principio de legalidad mediante el abundante empleo de leyes penales en blanco que se remiten a disposiciones administrativas (ya en vigor o de futura creación) de inferior rango, el empleo de características normativas vagas e imprecisas, la aceptación de la retroactividad de la ley desfavorable, la ampliación del arbitrio judicial en el procedimiento y la falta de proporción al estipular las sanciones (155).

Sin lugar a dudas la crítica más importante del Derecho penal económico ha de referirse a la potestad sancionadora de la Administración. La utilización de procedimientos administrativos en la aplicación de sanciones que, como en nuestro caso, constituyen auténticas penas criminales producen resultados de todo punto inadmisibles. A título de ejemplo pueden citarse la indeterminación de los plazos en el proceso, habida cuenta de que la acción carece de caducidad para la Administración, la falta de una regulación expresa sobre la prescripción de infracciones y sanciones, y por último la total falta de garantías en que se encuentra el recurrente debido a la presunción de legitimidad del acto administrativo impugnado, la posibilidad de la *reformatio in peius* y la exigencia del previo pago (156). Si a ello añadimos la independencia de las sanciones administrativas en relación con las que impongan los tribunales ordinarios penales, tenemos completo el cuadro que presenta el Derecho penal económico.

Hay un dato objetivo que no es peculiar de nuestro país con el que se debe contar: la tendencia del poder ejecutivo a hacerse con el mayor número de resortes que le permitan mayor comodidad en su función. Ante este hecho, y para cumplir la coordinación de funciones que declararan nuestros principios constitucionales, el poder legislativo y el judicial deberían operar como guardianes del guardián y detener esa tendencia ahí donde lo exigen no sólo la Constitución sino también los principios informadores de nuestro Ordenamiento jurídico (157). Pero no es así. La tendencia natural de acaparamiento de poder por la Admi-

(153) Cfr. SUÁREZ MONTES, R. F., *Particularités*, cit., p. 732.

(154) De ahí, por ejemplo, que hubiese una especial preocupación por la publicidad. El artículo 23 de la Ley 30 septiembre 1940, hoy derogada, exigía "la máxima publicidad, insertándose copia, por espacio de un mes, en las tablas de anuncios de todos los Ayuntamientos de España".

(155) Vid. SUÁREZ MONTES, R. F., *Particularités*, cit., pp. 738 y ss., donde realiza una detallada crítica.

(156) Vid. HERNANDO DELGADO, J., *La exportación*, cit., pp. 290 y ss., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones*, cit., pp. 78 y ss.

(157) JANSSENS, E., *Linéaments*, cit., p. 1014, advierte contra los que pretenden desmembrar el poder legislativo entregando a los poderes públicos las facultades reglamentarias y desmembrar el poder judicial confiando a organismos nuevos el poder sancionador, que "el poder judicial, que logró, ante la opinión pública, el crédito al que tiene derecho, después que se adapte a la profunda evolución social que se opera, seguirá siendo el guardián más fiel y seguro de los derechos imprescriptibles de la personalidad humana y principalmente de las libertades individuales".

nistración resulta, desde mediados del siglo pasado, reconocida por la legislación y santificada por la Jurisprudencia y la doctrina (158).

Cierto es, sin embargo, que cualquier actitud que la judicatura adopte en contra de esta situación sólo nos llevaría a resultados contraproducentes. Hay ejemplos ilustrativos al respecto. La sala tercera del Tribunal Supremo se ha declarado incompetente para resolver los recursos contra actuaciones del Tribunal Económico-administrativo Central (que a su vez es Tribunal de apelación de los fallos del Juzgado de delitos monetarios y de los Tribunales de Contrabando) por entender que se trataba de materia penal (159). Tal resolución loable en cuanto reconoce el carácter penal de las sanciones impuestas por la Administración, sólo consigue empeorar la situación del condenado que queda imposibilitado de recursos ante los tribunales ordinarios ya que no cabe recurrir contra un acto administrativo ante la Sala segunda del Tribunal Supremo. De otro lado los tribunales ordinarios no aplican, desde hace tiempo, las normas integradoras del Derecho penal económico (160). Tal situación también loable porque las citadas normas no fueron pensadas para circunstancias como las que goza ahora nuestra economía, produce, sin embargo, la consecuencia del desprestigio de la ley y, lo que es aún más grave, la inseguridad jurídica (161). De todas formas

(158) Por utilizar las palabras de PARADA, J. R., *El poder sancionador*, citado, p. 74.

(159) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones*, cit., p. 75, y sentencias de la sala tercera del T. S. de 28 enero 1960, 19 noviembre 1959 y 31 marzo 1959, en que se declara la sala incompetente para recursos en materia de delitos monetarios.

(160) TERUEL CARRALERO, D., *El delito de desobediencia*, cit., p. 307, advierte que el D.-L. 27 septiembre 1946 no ha sido aplicado. RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial. Suplemento a la cuarta edición*, Madrid, 1972, p. 49, dice, respecto de la Ley 26 octubre 1939, que había dejado de aplicarse hace muchos años. Ya en 1948 se apeló, en un recurso ante el T. S., al desuso de la Ley de 26 octubre 1939. Vid. S. 12 mayo 1948. Los artículos 539 a 541 del Código penal también son de escasa aplicación. Sin embargo, se aplicaron profusamente por remisión de la Ley 27 abril 1946 (cobro de primas en el alquiler de viviendas). El desuso también afectó a las normas que otorgaban poder sancionador a la Administración hasta el D. 17 noviembre 1966. Así lo señala MANZANEDO, J. A., *Disciplina del mercado*, citado, p. 600.

(161) Sin embargo, el desuso no está motivado en la inadecuación de la ley a las circunstancias actuales, sino en otros motivos. Por ejemplo, la dificultad de la investigación sumarial para imponer penas como la de incautación de fortunas o las multas proporcionales al daño o al beneficio del infractor. O la ineficacia de las penas por su excesiva severidad. Tal ineficacia se ha destacado incluso para épocas calamitosas. PATÍN, M., *Reflexions sur la legislation économique*, en *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 1949, p. 2, al comentar la severidad de las penas en la ordenanza francesa de 30 junio 1945, advierte lo siguiente: "se encontraba uno expuesto, en cada momento de la vida cotidiana, a un haz de penalidades draconianas, y de otro lado, normalmente inaplicables por la propia razón de su exageración, se tomaba hábito al peligro y se dejaba de tenerlas miedo". SUÁREZ MONTES, R. F., *Particularités*, cit., p. 734-735, precisa que, pese a la severidad de las penas, "los resultados son, sin embargo, poco brillantes. El número de las infracciones cometidas es superior de una manera abrumadora a la cifra de las

justo es reconocer que el camino de la inhibición no es el único que está en manos del Poder judicial. Por el contrario puede enfrentarse directamente con la cuestión de dos maneras.

De un lado podría negarse expresamente la aplicación de la mayor parte de las normas del Derecho penal económico cuya competencia se le concede. Argumentos los hay. Bastaba apelar a las cláusulas derogatorias del D. 17 noviembre 1966, cuyo posible alcance hemos tratado anteriormente. Pero no es necesario acudir a este expediente. Las leyes que tratamos se confiesan en sus preámbulos como leyes de guerra y posguerra (162). De ahí que los hechos que contemplan no puedan ser hoy cometidos. Una elevación de precios en el mercado actual no puede subsumirse en la conducta que castiga la Ley 26 octubre 1939 en donde los conceptos de precio, elevación y abuso nada tienen que ver con los actuales. Y atesorar monedas de cuproníquel en cantidad superior a la normal es hoy conducta de distinto significado al que tuvo cuando entró en vigor la Ley de Delitos monetarios.

De otro lado el juez tiene en sus manos la posibilidad de servir de freno al poder sancionador de la Administración en base a su anti-constitucionalidad. Así podría operar el Tribunal que conozca de los recursos contencioso-administrativos contra actos sancionatorios de la Administración, o los tribunales correspondientes, negándose a la petición de ingreso en prisión del autor de una infracción de contrabando por impago de la multa. También se podría utilizar el argumento de la anticonstitucionalidad de las jurisdicciones especiales y el hecho de que la Ley 28 diciembre 1963 y el D. 9 mayo 1969 han declarado la inadecuación de la Ley de Delitos monetarios a la realidad actual al disponer que el Gobierno adaptará la legislación vigente de Delitos monetarios a las nuevas circunstancias creadas por la liberación de transacciones y pagos con el exterior.

Con todo una tal actitud del poder judicial no solucionaría la cuestión. Sólo una reforma legal profunda puede satisfacer las exigencias del Estado de Derecho y las exigencias de tratamiento de la relevante delincuencia económica.

2. Consideraciones de *lege ferenda*.

Una reforma adecuada de la materia que constituye lo que llamamos Derecho penal económico exige la contestación previa a dos pre-

que han sido realmente perseguidas y sancionadas; ello es debido en gran parte a la severidad excesiva y al rigor de las propias sanciones". JIMÉNEZ ASEÑO, E., *El nuevo*, cit., p. 798, por el contrario, intenta explicar la severidad de la sanción: "la contumacia, profusión y profundidad de las infracciones (en materia de abastos) impuso el acentuar el rigor de la represión, buscando en el terror a la pena el remedio a la escandalosa especulación criminal por abusiva con la miseria nacional".

(162) El D.-L. 27 septiembre 1946 parte del hecho de "la penuria de artículos y productos fundamentales para la vida de los españoles". La Ley 26 octubre 1939 apela a "las consecuencias naturales de toda iniciación de posguerra". Y la Ley de 24 noviembre 1938 apunta "a las exigencias de la guerra".

guntas fundamentales: las causas del poder sancionador de la Administración en esta materia y las necesidades para una eficaz lucha contra la delincuencia económica.

A) No hay que buscar respuesta a la primera pregunta en razones políticas, ya que si éstas pueden encontrar lugar adecuado en materia de policía general o de orden público, resultan desplazadas por razones más modestas cuando se trata, como en este caso, de policías especiales (viviendas, abastos, mercado, etc...). De un lado la ausencia en el Derecho penal de sanciones adecuadas a la infracción económica como lo demuestra por ejemplo la ineficacia de la pena tradicional frente a la persona jurídica (163) y del otro la inadecuación de nuestro sistema judicial penal para el tratamiento procesal de infracciones que se producen en un campo cuyo cuidado había sido previamente confiado a la Administración. Se ha dicho que el nuestro es «un sistema rígido... pensado y diseñado, según parece, para corregir cualquier infracción, menos las infracciones a la legislación administrativa» (164).

La respuesta a la primera pregunta exige, pues, dos objetivos de reforma: otorgar al Derecho penal (económico) de medidas adecuadas y eficaces contra el infractor y acomodar el procedimiento penal ordinario de modo que no obstaculice la labor de la Administración pública (165). Conseguido esto, la desposesión de todo poder punitivo a la Administración no la dejaría desarmada ya que encontraría, ante los tribunales penales, la fuerza y eficacia suficientes como para

(163) Sin embargo, no se debe pensar que el paulatino acaparamiento del poder sancionador por parte de la Administración se deba solamente a razones de mejor eficacia en la lucha contra la infracción. No se puede olvidar el hecho de que un calificado sector de la delincuencia económica (delincuencia de cuello blanco) tiene una especial influencia en las claves de dirección de la comunidad y que está interesado en privar a la sanción del desvalor ético-social y de los efectos (piénsese en los antecedentes penales en orden a la reincidencia, etc...) propios de las penas criminales.

(164) PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 83.

(165) La reforma del procedimiento penal en este punto ha sido estudiada certeramente en el tantas veces citado trabajo de Parada, pp. 85 y ss. Se apunta la necesidad de una mayor relevancia procesal del funcionario público cuando se trata de castigos de infracciones que afectan al sector de la Administración en que está encuadrado. Las razones son claras: la dificultad de una materia que sólo un especialista puede conocer (de ahí que en otros ordenamientos se propugne la creación de una policía especial económica con similares poderes a la policía judicial. Vid. JANSSENS, E., *Linéaments*, citado, pp. 997 a 999) y el hecho de que el Ministerio Fiscal se haya convertido más en defensor de la sociedad, del interés general que del Estado. La defensa de éste se encomienda al Abogado del Estado, que carece de todo privilegio procesal. De ahí que el funcionario público se haya convertido en juez penal. Por último, se apunta la necesidad de hacer menos rígido el principio de legalidad. Se trata de admitir, por ejemplo, la condena sin proceso por consentimiento del sancionado, haciéndolo más rápido y menos costoso. O de admitir la transacción entre la Administración y el infractor mediante el pago por parte de éste de una determinada cantidad (Cfr. además de Parada, CASTEJÓN, F., *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, Madrid, 1950, páginas 42 y ss.

defender sus intereses frente al infractor. De este modo la Administración dejaría de ejercer funciones punitivas en donde hasta ahora se mostraba como juez y parte, y el Derecho administrativo dejaría de ser un Derecho penal de segundo orden (166). Mención aparte merece el problema de las facultades represivas mínimas que concede a la Administración el art. 603 del Código penal, porque entronca con toda la problemática del pretendido Derecho administrativo penal. La solución depende del concepto que se tenga de la función de policía de la Administración. Si se restringe a un carácter preventivo sus sanciones no podrán alcanzar nunca el carácter retributivo y de castigo de la pena (167).

B) Es necesario también encontrar respuesta al problema de la represión de la delincuencia económica. Para ello resulta imprescindible el manejo de los resultados criminológicos sobre este tipo de delincuencia (168). La abundante cifra negra en este tipo de delitos responde a la astucia del infractor, a sus efectos contagiosos al implicar en la infracción a los propios funcionarios que manejan los controles económicos, a la falta de reproche ético por parte de la comunidad y a la propia categoría social del infractor. Todo ello pone de relieve que la eficacia de una pena severa (en contados casos aplicada) es menor que la de una adecuada prevención mediante la intensidad en la persecución del delito la eficacia de su descubrimiento y la celeridad procesal y de ejecución. Y en el capítulo de sanciones hay que tener en cuenta que antes de la pena como última ratio del Derecho, existen otras medidas de mayor

(166) Decía VRIJ, M.-P., *Le droit sanctionneur*, cit., p. 423, que ya que la Administración es la primeramente lesionada "está lejos de ser el juez ideal". GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones*, cit., p. 83, dice que "no es el Derecho administrativo un Derecho penal de segundo orden, sino que es sencillamente un Derecho con otros fines, con otros objetivos, concebido para otras necesidades, pero no adecuado para acoger en sí estas técnicas sancionatorias".

(167) Parece que se está tomando conciencia entre los administrativistas que el castigo de la infracción poco tiene que ver con las funciones de la Administración. En este sentido, PARADA, J. R., *El poder sancionador*, cit., p. 45, nota 7, hace la advertencia de que "urge... desmitificar el concepto y funcionalidad de la policía administrativa como técnica de intervención, precisando que tiene un carácter meramente preventivo". De ahí que la sanción administrativa no pueda entenderse más que, a lo sumo, como medida para remover un obstáculo a la actividad administrativa, para quebrantar una voluntad que se opone al funcionamiento de la Administración. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones*, cit., p. 68. La sanción administrativa en este sentido tiene el mismo carácter que los medios para ejecutar los actos administrativos (por ejemplo, la multa coercitiva).

(168) El estudio criminológico no es objeto de este trabajo. Cfr. el estudio y la bibliografía citadas en los recientes trabajos de TIEDEMANN, K., *Welche strafrechtliche Mittel*, cit., pp. 19 y ss. y 53 y ss.; y DEL ROSAL, J., *Derecho penal de sociedades anónimas*, Madrid, 1971, pp. 201 y ss. Una exposición detallada de los caracteres criminológicos de la delincuencia económica en SAINZ CANTERO, J. A., *Delincuencia económico-financiera*, en *Delito y Sociedad*, número extraordinario de Cuadernos para el Diálogo, diciembre 1971, pp. 13 y siguientes.

eficacia. No es difícil que en la infracción medie una empresa o una persona jurídica. Ante ella existen sanciones administrativas (multa, cierre de establecimiento, revocación de autorización, pérdida de licencia, decomiso, etc...) de mayor eficacia, quizá, que las penales.

En resumen, una futura reforma del Derecho penal económico exige dos tomas de posición. Una de prevención que necesita una Administración celosa y provista de personal especializado en las distintas materias económicas. Otra frente a la infracción que exige una gradación de medidas que coloquen a la pena como última ratio del Derecho, última razón esgrimida para imponer el orden. El Derecho penal económico operaría en último lugar. Para que lo ocupe eficazmente necesita estar provisto de todos los instrumentos adecuados exigidos por el tipo de delincuencia contra la que lucha. En primer lugar, como en el resto de los países europeos, necesita una serie de leyes básicas sistematizadas sobre abastos, precios, mercado de capitales y mercado exterior (169). En segundo lugar necesita una parte general que regule, de distinta forma que el Derecho penal común, algunas cuestiones para adaptarse a la delincuencia económica. Así la autoría y participación cuya necesidad de amplitud ha sido destacada, la responsabilidad criminal de los órganos de las personas jurídicas (170), la prescripción de delitos y penas, etc... Por último un procedimiento peculiar que dé cabida a los funcionarios especializados de la Administración con un relevante papel en la defensa de los intereses de la Administración pública.

Entendemos, pues, que el futuro Derecho penal económico ha de ser configurado como un Derecho penal especial (171).

(169) La exigencia de actualización es imperiosa porque ya no existen, tras la estabilización de 1959 y los planes de desarrollo, aquella concepción nacionalista (en el sentido que tenía este término en la posguerra) de la economía, sustituida hoy por la moderna orientación tecnológica. La economía de posguerra giraba en torno a principios como la subordinación de las fuerzas económicas al bien supremo de la nación, la autonomía económica nacional, el proteccionismo y el cierre al exterior, etc... Vid. SUÁREZ MONTES, R. F., *Particularités*, cit., p. 734.

(170) "Caballo de batalla decisivo del Derecho penal económico." QUINTANO, A., *Nueva dogmática*, cit., p. 259.

(171) En este sentido, el VI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, Roma, 1953, citado por QUINTANO, A., *Nueva dogmática*, cit., p. 264.

SECCION LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY SOBRE NEGATIVA A LA PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR (*)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES ESPAÑOLAS

Por acuerdo del Consejo de Ministros ha sido remitido a esta Presidencia el *proyecto de ley sobre negativa a la prestación del servicio militar*, el cual, conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley Constitutiva de las Cortes Españolas, es de la competencia del Pleno de las mismas.

En su consecuencia, se ordena su envío a la Comisión de Defensa Nacional para su estudio, así como su publicación en el "Boletín Oficial de las Cortes Españolas", con arreglo a lo preceptuado en el número 2 del artículo 63 del vigente Reglamento.

Los Procuradores, cualquiera que sea la Comisión a que pertenezcan, podrán, en uso del derecho que les confieren los artículos 7.º y 67 del Referido Reglamento, presentar las enmiendas que estimen pertinente formular a la totalidad o al articulado del proyecto, en el plazo de veinte días, contados a partir de la fecha siguiente a esta publicación.

En la Secretaría de las Cortes se halla a disposición de los señores Procuradores la documentación remitida por el Gobierno con el citado proyecto de ley.

Palacio de las Cortes, 19 de julio de 1973.—El Presidente, *Alejandro Rodríguez de Calcárcel y Nebreda*.

* * *

La declaración VII del Fuero de los Españoles proclama, a título de honor, la obligación de servir a la Patria con las armas, obligación que tradicional y universalmente se considera el primer y principal deber del ciudadano con la nación a que pertenece, y que en España se halla reiterado y desarrollado en la Ley General del Servicio Militar de 27 de julio de 1968.

El legislador no ha previsto el tratamiento penal de la negación expresa a cumplir esta obligación. Pero desde hace algún tiempo se repite, de forma esporádica y limitada, el hecho de reclutas que al incorporarse a Cuerpo se niegan a vestir el uniforme, hecho que se ha venido castigando con arreglo al artículo 328 del Código de Justicia Militar, como desobediencia a supe-

(*) Cfr. *B. O. de las Cortes Españolas*, núm. 1.288 [26 de julio de 1973], 33176-31378.

rior (1), lo que ha dado lugar a que cumplida la pena y devueltos al Ejército respectivo, en mérito de las accesorias, se haya repetido el hecho, provocándose así una serie de condenas sucesivas, cuyo final sólo puede preverse con la llegada de la edad en que se pasa a situación de licencia absoluta, si antes no se contrae una causa de inutilidad.

Bien se advierte que la acción finalista del agente no es el mero desacato a la orden particular del superior de que vista el uniforme, sino el más amplio propósito deliberado de dejar incumplida, en términos absolutos, aquella primordial obligación de servir a la Patria con las armas. Por ello se hace preciso llevar a nuestro ordenamiento penal militar este tipo delictivo, constituido por la expresa negativa a prestar el servicio militar. A tal efecto se señalan las penas adecuadas, según el hecho tenga lugar en tiempo de paz o en tiempo de guerra o territorio declarado en tal estado; se establece la correspondiente exclusión del servicio en cada supuesto por cumplimiento de la condena, ya que la infracción del deber de prestarlo es precisamente la razón de penalidad, y se incluye como efecto de ésta la incapacidad que para el ejercicio de derechos, cargos y funciones públicas y para el establecimiento de relaciones contractuales y laborales con Entidades públicas, señala el artículo 108 de la Ley General del Servicio Militar, y para ejercer la docencia y obtener licencia de uso y tenencia de armas, reduciendo la posibilidad de rehabilitación a la retractación efectiva de su conducta delictual.

En su consecuencia, se incluye en el texto vigente del Título XII, Tratado II del Código de Justicia Militar (2), un capítulo V bis, bajo la rúbrica "negativa a la prestación del Servicio Militar", integrado por el artículo 383 bis, redactado en los términos que en la parte dispositiva se expresan.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del Vicepresidente del Gobierno, somete a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo primero. Se incluye en el texto vigente del Título XII, Tratado II del Código de Justicia Militar, un capítulo V bis, bajo la rúbrica "negativa a la prestación del Servicio Militar", integrado por el artículo 383 bis, con el siguiente texto:

(1) Dentro de los "Delitos contra la disciplina militar" [título X del Tratado II del Código de Justicia Militar], el artículo 328 tipifica una de las formas del delito de desobediencia: "Fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, el militar que desobedezca las órdenes de sus superiores relativas al servicio de armas, mariner o aeronáutico, incurrirá en la pena de seis años de prisión militar a veinte de reclusión militar.

No tratándose de órdenes relativas al servicio de armas, mariner o aeronáutico, incurrirá en la pena de seis meses y un día a seis años de prisión militar".

(2) El Título XII del Tratado II del CJM incrimina los "delitos contra los fines y medios de acción del Ejército" [abandono de servicio, delitos contra los deberes del centinela, abandono de destino o residencia, desertión, inutilización voluntaria para el servicio, denegación de auxilio, usurpación de funciones y uso indebido de uniforme militar, y negligencia].

CAPITULO V BIS

Negativa a la prestación del servicio militar

ARTÍCULO 383 BIS

El español que, declarado Soldado o Marinero útil rehusara expresamente, y sin causa legal cumplir el servicio militar, será castigado:

1. Con la pena de cuatro años de prisión si el hecho ocurriera en tiempo de paz.

2. Con la pena de reclusión si tuviese lugar en tiempo de guerra o en territorio declarado en estado de guerra, salvo lo que dispongan los bandos de movilización o declaratorios del estado de guerra.

Dichas penas no llevarán consigo las accesorias militares previstas en los artículos 218 y 219 del Código de Justicia Militar, pero sí las demás que correspondan, y la incapacidad del condenado, mientras no fuere rehabilitado, para ejercer derechos políticos, ostentar cargos o funciones públicas del Movimiento Nacional, docente o sindicales, y para establecer relaciones laborales y contractuales de todo orden con Entidades Públicas, o subvencionadas, o intervenidas por el Estado, Provincia o Municipio, Entidades paraestatales o autónomas y con las Corporaciones de Administración local, así como para obtener licencia de uso y tenencia de armas. La rehabilitación sólo podrá obtenerse mediante el cumplimiento efectivo de las obligaciones militares

Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará excluido del servicio militar, excepto en caso de movilización por causa de guerra o declaración de estado de guerra.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. En las causas que se hallen en tramitación, por hechos comprendidos en la presente Ley, se aplicará la norma penal más favorable, y para su determinación se dará audiencia al procesado, asistido de su defensor, para que opte por la aplicación de uno u otro precepto y sin que se retrotraiga el trámite procesal, se proseguirán las actuaciones hasta la celebración del Consejo de Guerra.

En aquellas causas en que haya recaído sentencia que se encuentre pendiente de aprobación se dará audiencia al procesado en la forma expuesta, y de optar por la aplicación de esta Ley, se dispondrá la celebración de un nuevo Consejo de Guerra, con anulación de la sentencia recaída.

Si el reo hubiese sido ya condenado en otro u otros procedimientos se aplicará la conmutación establecida en la transitoria tercera.

Segunda. Los condenados, en una o varias causas, a penas de cuatro o más años de privación de libertad y que lleven cumplido un mínimo de cuatro

años, podrán solicitar de la autoridad judicial la aplicación de la presente Ley, con los efectos dispuestos en la misma.

La Autoridad Judicial, con su Auditor, oyendo previamente al Fiscal Jurídico-Militar, conmutará la condena o condenas impuestas, por la que lleve efectivamente cumplida, y declarará su exclusión del servicio militar, su inhabilitación en los términos previstos y ordenará su inmediata excarcelación.

Tercera. Los condenados en una o varias causas a penas inferiores a cuatro años de duración seguirán cumpliendo normalmente sus condenas, y de incurrir en el delito comprendido en la presente Ley, podrán solicitar de la Autoridad Judicial, y ésta acordará, con las mismas formalidades y audiencia, la conmutación de la pena que se les impusiera, por otra cuya duración sea la diferencia entre ambas.

Jurisprudencia penal 1971

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Profesor Adjunto de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid
y Vicesecretario del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales»

§ 1. Artículo 1.º, **Voluntariedad.**

“**Sin la malicia o dolo puede haber y hay voluntariedad con la culpa, la de los preceptos que regula ésta al completarse el artículo 1.º del C. p. con los artículos 565 y 586 del C. p., integrándose así la voluntad criminosa, bien con el dolo —la forma más grave— o con la culpa; todo ello como enseña la doctrina de esta Sala**” (S. 17 mayo 1971). Cfr. en sentido idéntico: SS. 17 marzo 1934, 21 marzo 1944, 8 marzo 1946, 28 febrero 1948, 28 noviembre 1955, 28 enero 1970.

§ 2. Artículo 3.º, **Formas imperfectas de ejecución.**

El tipo penal contemplado en el artículo 341 [delito contra la salud pública], encierra **un delito de riesgo o peligro que no precisa de acaecimientos físicamente perceptibles con cambio en el mundo externo**, bastando la situación de riesgo, por lo que **de existir resultado material típico penalmente, se penaría en concurso de delitos** (9 marzo 1971).

“**Los delitos de riesgo o de peligro, a diferencia de los de resultado, no admiten formas imperfectas de ejecución**”; bastando para su consumación la manifestación externa de cualquier acto que dé a conocer aquella situación (S. 19 mayo 1971).

El delito contra la salud pública, previsto en el 341 del C. p., y concebido como **delito de peligro, se consume por la mera actividad inicial de tráfico**, sin necesidad de que se realice la venta de la droga de un modo específico o concreto, ni tampoco de su pago, bastando se conozca que ha quedado a disposición del adquirente que pretende enajenarla posteriormente (9 marzo 1971).

Se rebasan los límites de la tentativa y se entra en el terreno de la frustración, cuando la procesada ha practicado todos los actos que deberían producir como resultado la muerte (S. 25 marzo 1971).

“**Mal puede haber desistimiento en la tentativa, cuando se ha llegado ya al terreno de la frustración**” (S. 25 marzo 1971).

§ 3. Artículo 8: 1.º, **Trastorno mental transitorio (Embriaguez).**

Para que la embriaguez posea fuerza de circunstancia eximente es menester:

— que produzca en el sujeto una **situación de trastorno mental transitorio, de base patológica o psíquica**, por su honda repercusión en las facultades mentales.

— que sea **plena, completa y total**, con anestesia moral y física, anuladora de la voluntad y perturbadora del entendimiento.

— que sea, por último, **fortuita**, es decir, ocasionada por mero accidente, **sin intención deliberada de producirla y sin culpa**, descuido o negligencia por parte del sujeto activo del delito (S. 14 mayo 1971).

§ 4. Artículo 9: 9.ª, **Arrepentimiento espontáneo.**

Esta circunstancia de atenuación de la responsabilidad criminal exige como elemento o presupuesto subjetivo el que el sujeto actúe movido por nobles impulsos de puro y verdadero arrepentimiento (S. 13 mayo 1971).

§ 5. Artículo 9: 10.ª, **Atenuantes por analogía.**

“Caracterizada la personalidad del delincuente, autor de un delito de apropiación indebida, como **psicópata-abúlico**, con capacidad de conocimiento y de autororientación en el sentido de la norma, pero con capacidad de autodeterminación disminuida por la hipobulia, ello impide hablar aquí de **exercción completa o incompleta, pero no**, en cambio, de una **atenuante por analogía** del número 10. del artículo 9 del C. p., de significación análoga a la 1.ª del mismo artículo, en relación con la número 1.ª del artículo 8 del mismo cuerpo legal (S. 21 abril 1971).

§ 6. Artículo 10: 1.ª, **Alevosía.**

La agravante de alevosía va referida a la **dinámica del agente** (elemento objetivo) y agrava por la **mayor culpabilidad** que éste manifiesta por su cobardía y perfidia (elemento subjetivo) (S. 10 mayo 1971).

§ 7. Artículo 10. 13.ª, **Nocturnidad.**

La existencia de la noche matiza el hecho con unos caracteres que lo tiñen de una **facilidad de comisión para el autor**. Por lo que, según reiterada doctrina del T. S., “siendo de noche, **no importa que se señale la hora de comisión del delito**, cuando se aprovecha la noche bascada de propósito para cometerlo, sin que sea obstáculo el hecho de que el lugar estuviese iluminado” (S. 10 mayo 1971).

§ 8. Artículo 10: 13.ª, **Despoblado.**

La agravante de despoblado ha sido correctamente aplicada —según declara el T. S.— en los delitos de coacción y de hurto cometidos con ocasión de llevar los procesados a la mujer, víctima del suceso, a un **lugar alejado de**

todo vecindario, con intención de cohabitar uno solo con ella en virtud de lo previamente pactado y bajo precio convenido. Y, mientras lo realizaban, en el camión, el otro procesado sustrajo del bolso de la víctima la cantidad convenida y otras 1.500 pesetas (S. 13 mayo 1971).

§ 9. Artículo 10: 14.^a, **Reiteración.**

La circunstancia agravante de reiteración —declara el T. S., fijando su criterio comparativo en el catálogo legal de penas asignadas a los delitos debatidos— ha sido correctamente aplicada en el delito de hurto (arresto mayor), por haber sido el culpable condenado anteriormente por el delito de abandono de familia (arresto mayor y multa) (S. 27 mayo 1971).

§ 10. Artículo 10: 15.^a, **Multirreincidencia** (61: 6.^a).

El que anteriormente hubiese sido condenado el procesado por un delito de escándalo público y otro de abusos deshonestos engendra la circunstancia agravante de doble reincidencia. Contra lo que no cabe alegar que el delito de prostitución por el que ha sido recientemente condenado haya sido incorporado al catálogo delictivo en la reforma penal de 1963, ya que, al delinquir el culpable (en 1967), había sido anteriormente condenado por dos delitos que vienen comprendidos en el mismo título del Código penal, dándose una perfecta homogeneidad entre las condenas anteriores y la actual por venir incluidas las tres en el título IX del libro II del Código penal bajo la rúbrica de “**delitos contra la honestidad**”. No cabe, pues, hablar de retroactividad desfavorable para el condenado (S. 1 marzo 1971).

§ 11. Artículo 10: 16.^a, **Allanamiento de morada.**

Para apreciar esta circunstancia agravante basta con que el delito se cometa en el hogar del ofendido, **sin que sea preciso que el agente posea la intención de menospreciar el hogar de aquél, ni cualquier otra motivación subjetiva;** bastando que conozca la calidad de ajeridad de la morada y el querer dolosamente cometer el delito, después de haber entrado en ella con el permiso del morador (S. 24 marzo 1971).

§ 12. Artículo 11, **Circunstancia mixta de parentesco (Agravante).**

Ha sido correctamente aplicada, al acreditarse la existencia del vínculo parental, tratándose, además, de **delitos contra las personas** y en base a las circunstancias existentes, que agravan la conducta del procesado al ultrajar la pureza y honestidad de una **niña hermana de su mujer** (S. 13 mayo 1971).

§ 13. Artículo 14: 1.^o, **Autoría (mediata).**

“Si es autor de la infracción criminal el que mediante su actuación, activa u omisiva, realiza el tipo de lo injusto personal, será “**autor inmediato**” el que ejecuta directa, física y personalmente el delito; y “**autor mediato**” el que, sin ejecutar dicha actividad, causa, sin embargo, el resultado, sirviéndose de otra persona como medio o instrumento para la perpetración ejecutiva; en cuyo

supuesto, por ser más revelante su voluntad (**animus doli faciendo**) que el que-hacer material secundario, se **estima como autor directo e incluido en el número 1.º del artículo 14 del C. p.** (S. 12 mayo 1971).

§ 14. Artículo 14: 3.º, **Cooperación necesaria (Diferencia con complicidad).**

La diferencia entre la cooperación descrita en el número 3.º del artículo 14 del C. p. y la complicidad (art. 16) se halla **“en el grado de eficacia de los actos realizados, con referencia al resultado concreto”** (S. 18 diciembre 1971).

§ 15. Artículo 19, **Responsabilidad civil “ex delicto”.**

“Extinguida la responsabilidad penal por prescripción del delito y dictada sentencia absolutoria, no puede hacerse un pronunciamiento condenatorio en el orden civil, al faltar el apoyo necesario de la condena penal” (S. 22 marzo 1971).

§ 16. Artículo 22, **Responsabilidad civil subsidiaria.**

La responsabilidad civil subsidiaria **“ex delicto”** nace y es exigible cuando se da la presencia de dos requisitos: existencia de una **relación de dependencia** entre el responsable directo y aquel a quien dicha responsabilidad se atribuye y **comisión del delito cumpliendo el sujeto activo el cometido o servicios propios de esa relación** (S. 19 mayo 1971).

§ 17. Artículos 27, 29, 31, 36, 37, 41, **Inhabilitación especial.**

Al desaparecer en el Código penal de la República el **carácter de perpetuidad** que las penas de inhabilitación poseían en el Código de 1870, si se compara la regulación los artículos 27, 30 y 36 a 42 de aquel Código penal se hacen de las penas de inhabilitación especial y suspensión para cargos públicos, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio, con la regulación actual, se deduce que, dada la misma redacción legal y los efectos sustancialmente idénticos que producen tales penas, **son cualitativamente unas mismas sanciones principales o accesorias** —de acuerdo con el doble carácter que les otorgan los artículos 27, 29 y 31 del C. p.—, diferenciándose **tan sólo cuando actúan como principales por la duración cuantitativa de su cómputo principal**. Esta coincidencia cualitativa determina que, cuando el C. p. impone, como hace el artículo 417, la pena principal de inhabilitación especial, con sus efectos previstos en los artículos 36, 37 y 41 —y, además, los de prestar servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos públicos o privados—, no es procedente, al imponer como otra pena principal la de prisión mayor o menor o arresto mayor, pronunciar como pena accesoria de estas últimas la de suspensión, porque ésta viene integrada por sus efectos comunes, o absorbida por la de inhabilitación especial. Si no fuese así, se produciría un **“bis in idem”**, duplicándose las mismas penalidades (S. 9 diciembre 1971).

§ 18. Artículo 68, **Concurso de leyes (estafa y falsedad en documento privado).**

No siempre que el delito del **“falso documental”** es medio necesario para

la comisión de otro delito, debe desplazar éste a la falsedad, puesto que esto equivaldría a negar la posibilidad del concurso real y heterogéneo entre especies delictivas como la falsedad y estafa. Ello no obstaculiza el que los diversos comportamientos falsarios puedan unificarse cuando concurren las conexiones objetivas y subjetivas necesarias (S. 29 septiembre 1967). Del mismo modo que pueden aglutinarse las diversas acciones defraudatorias a las cuales las anteriores falsarias sirven de medio comisivo. Por tanto, si la falsedad recae en un documento privado, la especial exigencia de un perjuicio patrimonial en potencia o actual destipifica el delito de estafa al que tiende la falsificación, viniendo entonces a apreciarse concurso de normas, en lugar de concurso de delitos. De forma que si el principio de alternatividad acogido en el artículo 68 atribuye mayor pena al delito de estafa, prevalecerá esta calificación sobre la de falsedad en documento privado (S. 8 octubre 1970). Por lo que, en definitiva, sólo cuando el delito de estafa tenga señalada pena superior a la fijada en el artículo 306 para segunda. **Debiendo retrotraerse al concurso de delitos cuando estemos en presencia de documentos públicos y oficiales** (S. 2 marzo 1971).

§ 19. Artículo 71, Concurso de delitos.

No debe aplicarse el precepto debatido, cuando concurren delitos o faltas, pues ello equivaldría a hacer una interpretación extensiva prohibida en materia penal, ignorando el criterio legal de coexistencia de dos delitos en relación de medio a fin, para, por el contrario, aplicarlo indebidamente a complejos integrados por delitos y faltas (S. 12 abril 1971).

§ 20. Artículo 93, Condena condicional "ex arbitrio iudicis".

El autor de la Audiencia desestimando el recurso de súplica, que denegaba la concesión de la condena condicional en un supuesto de imposición de penas de 4 años, 4 meses y 1 día de destierro y multa de 25 pesetas a un delito de injurias graves a un particular, **no es recurrible en casación, puesto que no existe un precepto legal que autorice el recurso** —según exige el artículo 848, 1.º de la LECrim—, en base a la concepción del instituto como "un beneficio como concesión discrecional del juzgador o con carácter graciable" (S. 3 mayo 1971).

§ 21. Artículo 94: 1.º, Condena condicional "ex necessitate legis".

Reitera nuestro T. S. que para que pueda aplicarse la condena condicional por ministerio de la ley es menester que concurren "además aquellos requisitos del artículo 93", es decir: los presupuestos generales básicos que regulan la concesión del instituto "ex arbitrio iudicis".

Por ello, aunque para la aplicación de la condena condicional "ex lege" se precise, además, la concurrencia de una exigente incompleta, "la función de ésta no queda agotada en los casos de penas privativas de libertad no superiores a una año"; ni tampoco tiene por qué ir acompañada de otra atenuante muy calificada para que el tribunal pueda extender la concesión de la condena condicional a penas de hasta dos años de privación de libertad. Pues ello sig-

nificaría, en primer término, que el Tribunal se vería privado, en los casos de condena condicional por ministerio de la ley, **del necesario arbitrio que le concede el artículo 93; párrafo último, del C. p.**; y, en segundo, **que se consideraría a la eximente incompleta de rango inferior a las atenuantes muy calificadas**, siendo así que éstas últimas pueden motivar o no la rebaja de la pena en uno o dos grados —de acuerdo con la regla 5.^a del artículo 61—, mientras que las eximentes incompletas **provocan siempre y de modo imperativo** dicha rebaja, según el tenor del artículo 66.

En síntesis, la preceptiva del artículo 93 de nuestro C. p. vigente rige también para los casos de aplicación de la condena condicional “**ex necessitate legis**”, previstos en el artículo 94 del C. p., **incluyendo, además, la facultad concedida por el último párrafo del artículo 93 al tribunal para extender dicho beneficio hasta el tope de penas privativas de libertad de dos años de duración, sin necesidad del plus de otra atenuante calificada** (S. 8 febrero 1971).

§ 22. Artículo 94: 2.º, Condena condicional “**ex necessitate legis**”.

En lo que respecta a la aplicación de la condena condicional por ministerio de la ley, en los casos contemplados por el número 2.º del artículo 94 del Código penal, el T. S. reitera la doctrina sentada, a este respecto, en un caso similar al planteado ahora, por la S. 22 enero 1970, según la cual, en la frase “**en los delitos que se persiguen a instancia del agraviado**”, empleada por dicho precepto, el concepto “**instar la persecución de un determinado delito**” ha de entenderse como “**el ejercicio de la acción penal por medio de la correspondiente querrela criminal**”. Y, por consiguiente, es necesario circunscribir el ámbito del precepto que se examina **a los delitos que únicamente pueden ser perseguidos mediante querrela del agraviado**, no a los que no precisan tal requisito, aunque no puedan reputarse públicos, sino semipúblicos, cuando la facultad de denunciarlos venga a limitada a ciertas personas o entidades, encargadas de velar por el patrimonio moral de los menores que el Estado no deja sin protección ante el posible abandono de sus guardadores o representantes.

De acuerdo, pues, con la normativa ínsita en el párrafo último del artículo 443, el T. S. parece limitar el alcance de la interpretación dada al concepto “**instar la persecución de un determinado delito**” a **los supuestos en que la víctima u ofendido sea un menor y, además, se trate de delitos atentatorios contra la honestidad de tales menores** (como estupro, etc...), en base a que la concesión del perdón del ofendido requiere, según dicción literal del 443, ser aprobada por el Tribunal o por el Ministerio Fiscal. De otro modo, concluye la sentencia, “**se burlarían por entero las previsiones del legislador, que no confiando en el perdón del representante de la menor, dejaría de evitar la impunidad del culpable lograda merced a esta sencilla vía de la solicitud de ese mismo representante, de la concesión de condena condicional**” (S. 13 diciembre 1971).

§ 23. Artículo 104, Responsabilidad civil “**ex delicto**” (en aborto con resultado de muerte).

Aunque en el delito de aborto con resultado de lesiones graves se excluye la declaración de responsabilidad civil indemnizatoria en favor de la abortada

—por el contrasentido que supone que una coautora resultara enriquecida a costa de sus cooperadores en el aborto criminal—, **no sucede así**, por el contrario, **en el supuesto de aborto con resultado de muerte**. En éste no cabe imaginar que la abortada, víctima real del delito, quisiera, ni por asomo, ese resultado letal, por lo que es evidente la **justificación de la responsabilidad civil contraída por los ejecutores supervivientes**, en virtud del artículo 19 del Código penal. **Pero no en favor de la abortada, sino de sus familiares, titulares, según el artículo 104, de la indemnización**, en cuanto éstos no consintieron el delito ni sus consecuencias y son realmente los perjudicados moral y materialmente por la muerte de su pariente. Finalmente, la indemnización no se rige por las normas y pautas de la herencia, sino por el perjuicio irrogado (S. 17 diciembre 1971).

Consentido el aborto por la grávida, no acabe acordar a su favor una indemnización por las lesiones sufridas —como había acordado la Audiencia— y con cargo a la persona que realizó las maniobras abortivas, según ha declarado la Sala 2.^a en casos de lesiones graves con ocasión de realizarse el delito de aborto (S. 12 mayo 1971). En sentido idéntico: S. 23 noviembre 1971.

§ 24. Artículos 105, párrafo 2.º, y 101: 3.º, **Responsabilidad civil “ex delicto”**.

El número 3.º del artículo 101 del C. p. remite el concepto “**indemnización**” a la **noción de perjuicio** de la que son titulares los perjudicados a tenor del artículo 105 del mismo cuerpo legal; de forma que si bien suelen serlo de ordinario los herederos, **no es imposible**, sin embargo, **que determinados herederos no resulten perjudicados por la muerte de su causante hereditario, por cuanto es distinto el concepto de la herencia y el del perjudicado por el delito**, tal y como se infiere de los artículos 103 y 104 del C. p. (S. 16 marzo 1971).

Es doctrina reiterada por la Sala 2.^a del T. S. que el **asegurador no es perjudicado por el delito** —y, por tanto, no puede ser parte—, **puesto que el vínculo del asegurador no se produce “ex delicto”, sino solamente “ex contracto”** (S. 16 marzo 1971). Cfr. en sentido idéntico: SS. 9 diciembre 1968, 13 junio 1969, 1 diciembre 1969 y 30 octubre 1970.

§ 25. Artículo 119, “**Autoridad**” (**concepto**).

Las agresiones contra Abogados y Procuradores relacionadas con el ejercicio de sus funciones no justifica la extensión a los mismos de la más peculiar y enérgida protección del artículo 119 del C. p. —definitoria del concepto de funcionario público desde el punto de vista jurídico-penal—, por cuanto a **ninguna de esas dos categorías profesionales se las puede encajar en el concepto de autoridad pública según el referido precepto**, por tratarse, en suma, de “profesiones liberales de mera postulación o representación ante los Tribunales, de índole bien distinta a la pública función de la Administración de justicia desempeñada por los juzgadores, funcionarios y los miembros del Ministerio Fiscal” (S. 18 marzo 1971).

§ 26. Artículo 173: 2.º, **Asociaciones ilícitas**.

“La «E. T. A.» es una agrupación prohibida por programar la subversión

violenta para desmembrar de la unidad de la patria parte de su territorio”, habiendo realizado el inculpaado actividades de autor punibles en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 174 del Código penal (S. 13 mayo 1971).

173: 3.º, **Asociaciones ilícitas.**

“La rama juvenil de las «Comisiones Obreras», entidad que persigue la mutación de la estructura estatal por el uso de la fuerza”, encuadra en el tipo penal contemplado (S. 24 mayo 1971).

§ 28. Artículo 184, **Detención ilegal (por funcionario público).**

En un supuesto de detención ilegal practicada por un Suboficial del Cuerpo de Policía Municipal, la Audiencia aprecia la existencia del delito previsto en el artículo 184 del C. p., y el T. S. confirma la sentencia, incidiendo en los siguientes extremos: Para la existencia de esta figura delictiva se precisa: que **la detención sea arbitraria y sin fundamento legal alguno; y que la inexistencia del delito sea palpable y evidente.** Ya que, si existe, al menos en apariencia, un delito o motivo bastante para estimar racionalmente que la persona detenida tomó parte en la comisión de un delito, faltaría entonces el dolo específico de la infracción contemplada. Aunque después se llegue a demostrar la inocencia del detenido o el error padecido al calificar judicialmente y de forma provisional los hechos que dieron lugar a tal detención (S. 17 diciembre 1971).

§ 29. Artículos 231: 1.º, 232: 2.º, **Atentado a la autoridad.**

“El juez de paz es “autoridad”, por razón de mando y por ejercer jurisdicción propia, según el artículo 65 del Decreto orgánico de 19 de junio de 1969; de modo que si acudió al lugar del suceso en virtud de denuncia, viéndose amenazado e insultado soezmente por el procesado, concurren los elementos objetivo y subjetivo que determinan el **delito de atentado a la autoridad**” (S. 24 marzo 1971).

§ 30. Artículo 239, **Blasfemia.**

El tipo del artículo 239 del C. p. se llena cuando se blasfema el Santo nombre de Dios en presencia de numerosas personas, por lo que se dan los tres elementos requeridos por el tipo: **publicidad, ofensa a la Divinidad y grave trascendencia y escándalo entre los circundantes.** No procede degradar este delito a la calidad de la falta del número 1.º del artículo 567, por cuanto ésta viene reservada para **las blasfemias sin publicidad y que no supongan grave escándalo público** (S. 2 marzo 1971). En sentido similar, S. 15 febrero 1960.

§ 31. Artículo 303, **Falsedad en documento mercantil.**

De acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala 2.ª del T. S., son documentos mercantiles, a los efectos de aplicar el artículo 303 del C. p., **“todos aquellos que expresen una operación de comercio o que sirvan para demostrar derechos de naturaleza mercantil”.** Vienen comprendidos, por tanto, en dicha categoría.

conceptual no sólo los documentos regulados en el C. de c. o en otras leyes mercantiles, sino también todos aquellos que se derivan de operaciones mercantiles o que hayan de surtir efectos en las mismas, como los libros de contabilidad de los comerciantes, aunque no hayan sido legalizados o registrados (S. 11 mayo 1971). En sentido similar: SS. 18 octubre 1968, 26 enero 1965, 15 abril 1970, 2 noviembre 1970.

§ 32. Artículo 303, **Falsedad en documento público u oficial.**

El presupuesto objetivo de este delito o **condición especial de su punibilidad es el daño real en la vida jurídica, al menos potencialmente**, al darse aptitud al sujeto activo para provocar un perjuicio cierto. Por consiguiente, **sólo la falsedad esencial es la reprochada penalmente, y no la accidental e inútil**, que no resulta protegida penalmente, por constituir una mera inautenticidad formal sin consecuencias. Por esta vía se llega a reducir los límites de la falsedad penal con arreglo a **la calidad y efectos de la inveracidad**, para extenderla solamente a **aquellas mendicidades documentales en las que realmente se quebrante el interés público, sufran las indispensables garantías de veracidad y se destruya la fehaciencia y vocación probatoria de las pruebas preconstituidas** (6 marzo 1971).

§ 33. Artículo 325, **Acusación falsa.**

Los elementos fácticos integrantes de esta figura delictiva, como la intención dolosa y los deseos de perjudicar a la otra parte, están presentes en el caso contemplado, porque el procesado imputó unos hechos que, de ser ciertos, habrían constituido un delito de hurto. De ahí que, según el T. S. deba apreciarse la existencia del delito de acusación falsa (S. 2 marzo 1971).

§ 34. Artículo 341, **Delito contra la salud pública.**

La figura delictiva descrita en el artículo 341—calificada o agravada por razón de objeto material: drogas tóxicas o estupefacientes— viene integrada por: a) un injusto penal de riesgo y de peligro; b) de mera actividad; c) **tendente a proteger a la salud pública y colectiva** que se ve, así, atacada por este tráfico ilícito; d) **la consumación de esta figura delictiva se produce, pues, con cualquier acto de la cadena de los que dan lugar o contribuyen a este tráfico in-moral, que van desde la elaboración del producto hasta la puesta material a disposición de los adictos a la droga**; e) **la tendencia, al serlo con propósito de difusión o de venta, es por sí sola consumativa del tipo delictivo** (8 marzo 1971).

§ 35. Artículo 364, **Infidelidad en la custodia de documentos.**

“El propósito de sustraer, destruir u ocultar es lo que forma el **elemento subjetivo culpabilista del delito del artículo 364 del C. p.**; y, junto a la **finalidad lograda** respecto al objeto típico y **el daño a tercero o a la causa pública**—erigida en **condición objetiva de punibilidad**—, perfecciona este delito (2 abril 1971).

§ 36. Artículo 394, **Malversación.**

El delito de malversación, tipificado en el artículo 394 del C. p. implica la sustracción realizada o consentida por un funcionario público —**elemento subjetivo**— de los caudales o efectos públicos —**elemento objetivo**— que aquél tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones —**elemento normativo de lo injusto**—. A este concepto de malversación —propia— se asimila punitivamente la impropia, del artículo 396, que supone la aplicación a usos propios o ajenos de los mismos caudales o efectos, puestos a cargo del mismo funcionario, de no realizarse el reintegro dentro de los diez días siguientes a la incoación del sumario. Al ser la malversación un delito contra la propiedad por parte del funcionario que sirve al Estado, Provincia o Municipio, podrá darse sólo cuando con la conducta de apoderamiento se lesionen los intereses patrimoniales de tales organismos, lo cual se dará sólo cuando los caudales o efectos públicos tuvieren jurídicamente la estimación de tales, bien por hallarse ingresados en las arcas oficiales, bien por estar destinados a ingresar materialmente, al haber sido recibidos por el funcionario competente, como sucedería con los impuestos firmes recaudados y todavía no ingresados en el patrimonio de dichas entidades. Lo cual no se da en este supuesto concreto, en que las cantidades fijadas por vía del impuesto, para adquirir el carácter de caudal o efecto público se requiere que el gravamen económico se halle legalmente establecido y que el acto administrativo de la tributación sea firme, pues de otra forma faltaría la base legitimadora del impuesto y éste no tendría carácter de caudal o efecto público (8 marzo 1971).

La **inconcreción del crédito embargado** pone en tela de juicio no sólo la cuantía, sino también, incluso, la existencia misma del crédito pretendido; por lo que, en definitiva, no puede existir este delito (S. 24 marzo 1971).

§ 37. Artículo 399, **Malversación impropia.**

El delito previsto en este precepto requiere la presencia de una serie de presupuestos de naturaleza diversa:

— **personal:** el cargo de depositario nombrado judicialmente, que equivale al ejercicio de función pública en el inculpado.

— **objetivo:** la existencia de bienes embargados o retenidos, que adquieren la condición de caudales públicos, aunque originariamente hubiesen sido privados; que el depositario sustraiga o consienta en que otro lo haga los caudales o efectos públicos que tenía a su cargo, como embargados o depositados.

— **formales:** la aceptación del cargo de depositario con obligación jurada de conservar los bienes a disposición del juez, una vez que se le entreguen para su custodia efectiva, y aunque coincidan las personas del depositario y del dueño de los referidos bienes (1 diciembre 1971).

§ 38. Artículo 411, párrafo último, **Aborto con resultado muerte.**

El delito tipificado en el párrafo 3.º del artículo 411 es de naturaleza compleja: **intencional** en lo que respecta a la existencia de la voluntad de causar el aborto; pero innecesidad de que los resultados tipificados (muerte o lesiones

describas en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 420) hayan sido queridos, bastando que el autor acepte esta posibilidad para que se dé la figura delictiva referida, sin que pueda aplicarse el artículo 50, pues “al querer el aborto, se quiso, cuando menos implícitamente, sus posibles consecuencias lesivas”. Ya que, aunque estamos en presencia de un delito de resultado, no debe ignorarse que en la “*mens legis*” ha pesado bastante el peligro que supone y pueden acarrear las prácticas abortivas (S. 11 marzo 1971).

§ 39. Artículo 420, 1.º, **Lesiones.**

La expresión “*imbécil*” utilizada por el artículo 420, núm. 1.º, al efecto de calificar las lesiones graves, no debe entenderse como comprensiva de toda clase de perturbación mental de tipo permanente. Debiendo incluirse en tal precepto el **trauma craneal determinante de un estado demencial permanente**, de la misma naturaleza o acaso más grave que la propia imbecilidad a que alude el texto legal referido (13 diciembre 1971).

§ 40. Artículo 430 (en relación con 429: 1.º, 2.º y 3.º), **Abusos deshonestos.**

El delito de abusos deshonestos es un **delito formal o de simple actividad y se consuma por la misma realización del acto**. Por lo que, al ser dos los actos libidinosos realizados, deben sancionarse con total independencia (S. 11 diciembre 1971). Cfr. en sentido similar: SS. 21 enero 1970 y 2 octubre 1970.

La modalidad del delito de abusos deshonestos previsto en el artículo 429, 3.º, no exige otro requisito que la edad de la víctima no exceda del límite de doce años, expresando el precepto que existe el delito, **aun faltando alguna de las características previstas en el artículo 429, 1.º y 2.º**; es decir, aunque no se emplee fuerza o intimidación, ni la ofendida se hallase privada de razón o sentido, lo que implica, a su vez, que el asentimiento de la víctima es totalmente irrelevante a tal efecto (S. 22 marzo 1971).

Al ser el sujeto pasivo menor de doce años, los actos deshonestos practicados con él encuadran perfectamente en el tipo del artículo 429, 3.º, y en del 430 del C. p., por cuanto este **último precepto comprende los abusos deshonestos de personas de uno y otro sexo**. De modo que si el menor hubiese sobrepasado los doce años, pero no los veintitres, el delito sería el de **corrupción de menores previsto en el artículo 452 bis b), 1.º del C. p.**, que tal vez debería haber sido aplicado por el Tribunal a quo (S. 24 marzo 1971).

Abusos deshonestos (No se aprecia delito continuado).

Aunque las ocasiones en que el acusado cometió el delito no se concretan en número, **sí se alude a tres veces**, por lo que deberán apreciarse tres delitos de abusos deshonestos. En consecuencia, no puede aplicarse la doctrina del delito continuado “cuando los diversos delitos están individualizados o diferenciados” (S. 4 marzo 1971).

Abusos deshonestos (concurso con escándalo público).

Aunque la apreciación de ambos delitos es perfectamente compatible—según declara la S. 1 julio 1968—, **no existe, sin embargo, tal compatibilidad**,

cuando la “comoción o perturbación en los sentimientos de morigeración y recato” se produce no por “la producción pública de escenas repugnantes”, sino porque el conocimiento de tales escenas por la sociedad se debe más bien directamente a referencias de la víctima de tales abusos deshonestos. Falta, pues, en este supuesto el presupuesto de la publicidad generador del delito de escándalo público, ya que la comoción social no surgió por la presencia de la indecencia pública, sino por el conocimiento de la misma por conductos extraños, “distintos al propio y directo de la sociedad” (S. 12 marzo 1971).

En todos los delitos contra la honestidad existe una lesión del pudor público. De modo que cuando éste resulta ultrajado y este ultraje está específicamente protegido surge la tipicidad de la infracción contemplada” (S. 25 marzo 1971).

Diferencia entre delito y falta de abusos deshonestos (429, 1.º, 430 y 567, 3.º).

El delito de abusos deshonestos tipificado en el artículo 430 del C. p. requiere la presencia de dos elementos: **un presupuesto anímico o intencional** (la manifestación del deseo libidinoso o del móvil lúbrico del agente) **que opera como un elemento subjetivo de lo injusto**. Y, en segundo, en adecuada relación causal con el anterior, **un presupuesto real u objetivo**, concretado en su acción sobre otra persona—de uno u otro sexo—, lesionando su pudor y libertad sexual, sin llegar a intentarse el acceso carnal (S. 8 marzo 1971).

La diferencia existente entre el delito de abusos deshonestos y la falta contra el orden público prevista en el artículo 567, número 3.º, del C. p. estriba: en que **el primero es una conducta que lesiona la honestidad como bien jurídico protegido**, requiriendo que la lesión opere sobre un sujeto pasivo determinado, lo que individualiza, en suma, la lesión (se lesiona el pudor individual de la joven y no el orden público). La falta contra el orden público implica, en cambio, **un sujeto indeterminado, colectivo, sin individualización posible**, por tanto, **del bien jurídico protegido: se ofende a la moral pública sexual, a las buenas costumbres, pudor o decencia pública**. Finalmente, la diferencia entre ambas infracciones se debe también a la **operabilidad de módulos cuantitativos**, de acuerdo con la gravedad o levedad de la lesión generada, sin atender a la presencia o ausencia de propósitos libidinosos en el agente, requisito que puede estar presente en ambos casos (S. 8 marzo 1971).

§ 41. Artículo 431, Escándalo público.

Debe apreciarse, aún cuando la sociedad no ha tenido conocimiento directo de la reproducible conducta homosexual desplegada por los dos procesados, sino a través precisamente de los comentarios jactanciosos de uno de ellos, “lo que provocó unánime repulsa de la colectividad, cuya ofensa a ese sentimiento de pudor colectivo es justamente la que recoge el tipo penal del artículo 431” (5 marzo 1971).

El atentado al pudor público se da respecto al sujeto pasivo aludido en tal precepto, cuando la exhibición de los órganos genitales ante dos niñas ha sido vista, además, por dos mujeres adultas, como representantes de la colectividad (S. 25 marzo 1971).

Los **actos de homosexualidad** a los que se aplica el precepto debatido no

precisan la exigencia de publicidad, ya que “basta la mera trascendencia para que el delito exista mientras afecte sólo a los propios interesados” (S. 28 mayo 1971). Cfr. en idéntico sentido: SS. 20 octubre 1908, 29 febrero 1957, 21 mayo 1969, 29 septiembre 1969.

Rechaza nuestro T. S. la aplicación del artículo 452 en el caso debatido, propuesta por el recurrente, por “no haber sido perseguido, en forma tal delito”, **apreciando, por el contrario, el delito de escándalo público**, en base a que, suprimido en la redacción actual del artículo 431 del C. p. el requisito, exigido por el artículo 433 del C. p. de 1931—cuyo tenor requería que los delitos de escándalo público sancionados en dicho precepto no se hallasen expresamente comprendidos en otros artículos del mismo Código penal—, comete este delito **quien, casado, introduce en su domicilio, aprovechando la ausencia de su mujer legítima, a una mujer soltera con la que convivió materialmente, originando la consiguiente reprobación en el pueblo, al ser “un ataque público y notorio a la institución del matrimonio monogámico, base y fundamento de nuestra sociedad...”** (S. 1 abril 1971).

§ 42. Artículo 431, **Escándalo público en concurso con favorecimiento a la prostitución.**

Los hechos constitutivos del delito de favorecimiento a la prostitución (descrito en el artículo 452 bis del C. p.) pueden, a su vez, ser constitutivos del delito de escándalo público, porque los bienes jurídicos lesionados en ambos supuestos son distintos: en el primer supuesto, el favorecimiento a la deshonestidad o el comercio carnal venal; en el segundo, la moralidad comunitaria, por lo que, si existe publicidad, es posible el concurso de delitos (S. 31 mayo 1971).

§ 43. Artículo 436, párrafo 1.º, **Estupro.**

“En la ejecución de este tipo de delitos contra la honestidad media una **concorde voluntad entre varón y mujer** en cuanto que resuelven cohabitar y, en efecto, cohabitan. Pero no cabe olvidar que, por los medios engañosos ejercitados por el varón, la voluntad de éste le responsabiliza criminalmente, mientras que **la de la mujer ha sido viciosamente captada por las maquinaciones del seductor...**” (S. 28 mayo 1971).

Las relaciones formales de noviazgo—pese a la corta edad de ambos sujetos—, con la estupro, mujer honesta, menor de veintitrés años, y la accesión carnal, previa promesa de matrimonio, tipifican el delito previsto en el artículo 436, párrafo 1.º, del C. p., aunque después la estupro hubiese contraído matrimonio con otra persona (S. 23 marzo 1971).

Esta figura delictiva precisa la concurrencia de los presupuestos **de edad y honestidad en la mujer**. Pero, además, requiere también **que el engaño** empleado por el sujeto activo, dirigido a yacer con ella, **sea eficiente**, como se da en el caso de la existencia de un noviazgo previo (S. 27 marzo 1971).

La **honestidad** como presupuesto del delito de estupro es una **presunción iuris tantum** (27 marzo 1971).

El T. S. reitera la presunción de que **“las relaciones formales de noviazgo entre personas que pueden contraer matrimonio sin impedimento alguno lle-**

van implícita la promesa o el compromiso moral de contraerlo, ya que, de otro modo, aquellas relaciones carecerían de finalidad". Si, por tanto, prevaliéndose de tal situación se consigue tener acceso carnal con mujer menor de veintitrés años y luego no se cumple la promesa matrimonial, se perfila de modo nítido el engaño característico en la configuración de este delito (S. 4 diciembre 1971). Cfr. en idéntico sentido: SS. 19 octubre 1970, 3 diciembre 1971, 15 diciembre 1971, 17 diciembre 1971 y 18 diciembre 1971.

Junto al tipo básico de estupro de seducción o de engaño, el C. p. vigente sanciona otros tipos de estupro autoritario o de prevalimiento, y entre ellos el llamado de prevalimiento paternal o jerárquico, introducido por la Ley de 6 de noviembre de 1942.

En esta figura, el engaño característico del estupro se ve sustituido por el prevalimiento paternal o jerárquico, que viene así a constituir un elemento coactivo característico de la situación o relación de dependencia laboral en que se encuentra la mujer ofendida respecto a su patrono o jefe. El prevalimiento es, pues, inherente a la situación de dependencia o subordinación de la víctima, sin que sea necesaria una coacción de rango superior, que determinaría su elevación a una figura delictiva de mayor gravedad. Debiendo, por consiguiente, verse la *ratio legis* del precepto en el "simple prevalimiento económico por parte del patrono y el correlativo temor al despido por parte de la ofendida" (S. 25 marzo 1971). En sentido idéntico: SS. 6 marzo 1963, 6 octubre 1969.

§ 44. Artículo 436, párrafo último, 434 y 435, **Abusos deshonestos.**

La colocación sistemática de éstos preceptos en el capítulo III—estupro y corrupción de menores—del Título IX, relativo a los delitos contra la honestidad—donde viene incurso la punición del estupro cometido por maestro encargado de la educación de doncella mayor de doce años y menor de veintitrés con la anuencia de ésta—, justifica la aplicación del párrafo último del 436 a los supuestos en que el sujeto pasivo posea la calidad fisiológica de varón comprendido en las edades mencionadas, ya que el precepto referido exige ciertamente la calidad de varón en el sujeto activo, pero no la de hembra en el sujeto pasivo víctima de tales abusos deshonestos no violentos. Por consiguiente, en tales supuestos el sujeto pasivo puede revestir la calidad fisiológica de ambos sexos (S. 27 marzo 1971). Cfr. en sentido similar: SS. 5 marzo 1966, 10 diciembre 1968.

§ 45. Artículo 443, **Condición procesal de punibilidad.**

La denuncia de la agraviada o de la ofendida en los delitos de estupro y raptó contemplados no exige plena capacidad civil, estimándose como equivalente a la misma la comparecencia ante la Policía para dar cuenta de los hechos (S. 27 mayo 1971).

§ 46. Artículo 444, **Indemnización a favor de la ofendida.**

Cometido el delito de estupro, el artículo 444 establece que los reos de este delito serán también condenados por vía de indemnización a dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda (S. 1 abril 1971).

§ 47. Artículo 449, **Adulterio.**

El tipo penal del artículo 449 requiere el yacimiento de mujer casada con varón que no sea su marido. Por lo que la expresión **“hacer vida marital” implica el ayuntamiento carnal**, equivalente al contenido del verbo **yacer** (S. 15 marzo 1971).

§ 48. Artículo 452, **Amancebamiento.**

En el supuesto contemplado se dan los elementos de la **subsistencia del vínculo matrimonial entre los cónyuges**—pese a la separación legal, que, en cualquier caso, no disuelve el vínculo—, **la publicidad y notoriedad del amancebamiento y el conocimiento por la acusada de la existencia del matrimonio**. (S. 26 octubre 1971).

“El que ante unos vecinos de una casa de una determinada ciudad, alejada del domicilio conyugal de la esposa legítima, figurase el acusado como esposo de su concubina, no genera la notoriedad del irregular trato carnal; **no habiendo, pues, la trascendencia que, a título de notoriedad requiere el cuestionado precepto**, con la consiguiente situación de escándalo y vilipendio social para la esposa agraviada” (S. 4 mayo 1971).

En el supuesto contemplado por la S. 22 diciembre 1971, los procesados habían sido ya condenados por amancebamiento en 1965 a las penas de un año de prisión menor el varón, y seis meses y un día la mujer. Y, según se infiere del resultado de hechos probados, **“persistiendo en la idea que en aquel entonces les guió, reanudaron sus relaciones sexuales bajo el régimen de convivencia, que han venido manteniendo en su piso, cual marido y mujer, por los cuales eran tenidos por el administrador del inmueble, el vigilante de la casa, el sereno y el vecindario, ante el que se presentaban como tales, siendo sorprendidos en la vivienda por la policía, encontrando al varón en el lecho, con bata a la mujer y en cuna y litera a los hijos menores que habían...”**.

La moderna doctrina sentada a este respecto por nuestro más alto Tribunal, considera que, **“restablecidos en nuestro ordenamiento penal por Ley de 11 de mayo de 1942 los delitos de adulterio y amancebamiento, con su peculiar configuración ochocentista, se exige para el segundo de dichos entes penales el aditamento de la notoriedad que en el texto vigente viene a sustituir al del escándalo del texto anteriormente derogado”**, lo que significa, en suma, la trascendencia del delito al cuerpo social.

El T. S. casa, pues, la sentencia del Tribunal **a quo**, estableciendo una nueva tesis, al negar el elemento de **escándalo o notoriedad** exigido por el artículo 452, pues **“ambos procesados, al cambiar de residencia a otra ciudad, determinaron que “lejos de trascender la relación adulterina al medio social en que vivían, fue recatada sigilosamente por éstos, amparándose en el anonimato de la gran ciudad para fundar otra familia, siquiera ilegítima, sin estridencias, ni escándalo, hasta el punto de ser tenidos en el concepto público como marido y mujer, lo que bien a las claras revela la falta de notoriedad de la reprobada unión y la consiguiente ausencia de afrenta pública para la mujer legítima, lo que impide la subsunción de la conducta en el tipo penal del artículo 452 del C.p.”**.

Así, pues, el bien jurídico protegido por el tipo penal del 452 engloba no sólo la **fidelidad conyugal**, sino también la **honra pública de la mujer legítima**, como se deduce de “la injuria y escarnio que resultan de aquellas situaciones descritas en el artículo 442 para ésta, obligada a soportar el intrusismo de la manceba en la propia casa conyugal”. En consecuencia, si el cónyuge infiel y su pareja “**aparentan una ordenada convivencia matrimonial o pseudo-matrimonial**—ocultando en el círculo social en que viven su verdadero estado civil y la ilegítima relación que les liga”—**falta el segundo elemento necesario para integrar el tipo del amancebamiento**, pues no se produce la ofensa a la mujer legítima, al faltar, por ende, “**la notoriedad o trascendencia de la relación adulterina exigida por el tipo penal, que rinde así anacrónico tributo a la desigualdad de trato en el adulterio del varón y otorgando mayor gravedad punitiva al de la mujer...**” (22 diciembre 1971).

§ 49. Artículo 452 bis, **Delito relativo a la prostitución.**

El tipo del artículo 452 bis b) comprende no sólo la **prostitución en sí misma considerada**, sino también “**otra forma de corrupción**”, alternativa a esta última del tipo, que se llena con la **corrupción de menores** (1 marzo 1971).

Corrupción de menores y escándalo público.

La reforma penal de 1963 introdujo en los delitos relativos a la prostitución en general y en la corrupción de menores en particular innovaciones sustanciales. Una de ellas es la **supresión de la nota de habitualidad** que define el artículo 452 bis b); de tal forma que si antes sólo podría referirse a quien de manera asidua se dedicaba a mediar en el tráfico carnal o actividades corruptoras de menores de veintitrés años, hoy, con esa habitualidad o sin ella, puede quedar incurso en los actos promovedores o facilitadores de la prostitución o de la corrupción **quien lo hace de manera aislada**. Por lo que si en esta figura de la corrupción, de mayor amplitud que la anterior, se sanciona a quien favorece la corrupción de forma aislada y accidental, con mayor fundamento se incluye al “**propio corruptor**”. La exclusión en ocasiones de los protagonistas de la relación sexual (S. 21 octubre 1967) se debió a supuestos de hecho distintos al contemplado, en lo que se contemplaba era la “**facilitación de medios para satisfacer los deseos deshonestos de un tercero**”, previsto en el número 2.º del artículo 452 bis b), y no obsta a que en el número 1.º del referido precepto se incluya al que “**satisface su apetencia sexual, si con ello lleva al menor a la situación degradante que trata de evitar el precepto**” (5 marzo 1971).

§ 50. Artículo 457, **Injurias.**

Falta el **animus injuriandi** cuando el procesado, partiendo de que los odontólogos pretenden atribuirse el estar en posesión de una titulación especial inexistente en realidad, se limitó a afirmar que no hay base para titularse especializado en cirugía maxilofacial por los solos estudios de la Escuela de Odontología (S. 8 mayo 1971).

§ 51. Artículo 487, **Abandono de familia.**

No basta el incumplimiento de deberes como consecuencia del abandono material del domicilio conyugal y la consiguiente ruptura de la convivencia familiar para que concurra el tipo del artículo 487 del C. p. Es preciso, además, que tal abandono hubiese sido voluntario y malicioso, no provocado por el miedo (S. 21 abril 1971).

§ 52. Artículo 489 bis, párrafo 3.º, **Omisión de socorro.**

El delito de omisión de socorro agravado, cuando la víctima lo fuese por accidente causado por el que omitió el auxilio debido, requiere que “el conductor del vehículo tenga conocimiento de que ha ocasionado un atropello en el que puede haber víctimas”, ya que “el más elemental deber de solidaridad humana le obliga a comprobar su existencia y la situación de necesidad o de auxilio en que pueden encontrarse” (S. 8 mayo 1971).

§ 53. Artículo 505: 3.º, **Robo con fuerza en las cosas.**

Iniciado el delito de robo con fuerza en las cosas, y amordazado y atado después el vigilante, fue correctamente aplicado el artículo 505: 3.º en relación con el artículo 504: 1.º y 2.º del C. p.; pues aquella violencia ejercida en la persona es de mucho menor rango que la del apoderamiento de 950.000 pesetas en metálico y efectos valorados en 12.000 pesetas; conducta que, al llevar aparejada la pena de presidio mayor por su cuantía absorbe al de violencia en las personas (presidio menor según el art. 501: 5.º) (S. 26 mayo 1971).

§ 54. Artículo 510: 2.º, **Robo con fuerza en las cosas (llave falsa).**

Es falsa, en lo que respecta a la configuración del tipo delictivo del artículo 504: 4.º en relación con el 510 del C. p., la llave que el propietario tenía oculta en el hueco de unos ladrillos (S. 17 diciembre 1971).

El concepto de llave falsa es amplio, por razón de la misma indeterminación inherente a la palabra sustraer, el cual implica, en este caso, toda utilización de la llave legítima en contra de la voluntad del dueño, sustrayéndola al uso a que el propietario la destina (S. 23 marzo 1971).

§ 54 bis. Artículo 514, **Hurto.**

Distingue la doctrina de la Sala 2.ª del T. S. entre el delito consumado y el delito agotado de hurto: pues el agotamiento del delito consiste en que el reo disponga libremente de lo robado o hurtado y consiga el fin lucrativo propio de estos delitos. Mientras que la consumación requiere tan sólo que los objetos robados permanezcan por algún tiempo en poder material del sujeto activo y fuera de la disposición patrimonial legítima de su dueño (S. 13 mayo 1971).

§ 55. Artículo 514: 1.º, **Hurto.**

El hecho de que no conste o no esté determinado el sujeto pasivo de este delito no determina la desaparición del tipo, el cual, al hablar precisamente del

“apoderamiento” lo refiere a cosas muebles “ajenas”, vocablo el último no referido a una persona concreta o determinada, sino más bien a **todo lo que “está fuera del patrimonio del culpable”** (S. 13 diciembre 1971).

Según declara el T. S., comete el tipo del 514, número 1.º, quien, tras haberse efectuado en su cuenta bancaria, por error de un empleado del banco, un abono de 100.000 destinado a otra cuenta distinta y realizado por el titular de esta última cuenta, plenamente cerciorado de la improcedencia del mismo y de la existencia del error, se apresura a disponer del dinero en días inmediatos, en su particular provecho, siendo inútiles las gestiones del Banco para que lo reintegrase. Por lo que “esta conducta manifiesta la existencia de dolo penal y supera el cuasi-contrato del cobro de lo indebido por la presencia de la antijuricidad y culpabilidad criminal” (S. 15 diciembre 1971).

§ 56. Art. 516: 2.º, **Hurto con abuso de confianza.**

Según la redacción del artículo 516: 2.º, basta que exista el abuso de confianza para que se configure la agravación específica del número 2.º del 516 C. p., ya que ha desaparecido del texto vigente la distinción de que ésta fuera o no grave. Ahora basta, por tanto, la infracción de los deberes de lealtad que engendran las relaciones de convivencia o de dependencia con la subsiguiente mayor facilidad operativa delictual (S. 23 marzo 1971).

Diferencia entre hurto con abuso de confianza y la apropiación indebida.

La diferencia entre estas dos especies delictivas radica en que: **en la apropiación indebida** la cosa ajena llega al culpable **en virtud de un título que le convierte en poseedor temporal o tenedor legítimo de ella; en el de hurto, en cambio, no se da tal desplazamiento legítimo de la posesión**, aunque la cosa esté al alcance o en las manos de persona no titular para su manejo, **por cuanto no hay posesión jurídica, sino simple uso o manipulación de la cosa al servicio del dueño de ésta** (S. 20 diciembre 1971).

§ 57. 516 bis, **Hurto de uso.**

En el hurto de uso que supere el plazo de las 24 horas, la punición ha de fijarse ateniéndose al **valor intrínseco del vehículo**, según resulta de la interpretación literal del artículo 515 y del 505 del C. p. Ya que el artículo 516 bis, por razones de política criminal, ha derogado los normales criterios de económica, no atendiendo al perjuicio realmente sufrido o lucro cesante, sino **al valor total del carruaje sustraído**, aunque lo haya sido temporalmente y en mero uso (S. 21 diciembre 1971).

§ 58. Artículo 516 bis, párrafo 3.º, **Hurto de uso.**

Esta preceptiva **no exige el ánimo de apropiación indebida**, bastando por el contrario con el **mero uso**, aún **sin ánimo de hacerlo propio, sin la debida autorización del dueño** (S. 13 abril 1971).

§ 59. Artículo 519, **Alzamiento de bienes.**

Los elementos integrantes de este delito, según el tenor del artículo 519 del C. p. y la doctrina jurisprudencial sobre el mismo, son:

- El **principio de responsabilidad patrimonial** plasmado en el artículo 1.911 del C. c., según el cual “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes o futuros”.
- El **dolo penal presunto en el hacerse con sus bienes**, haciéndolos desaparecer de su responsabilidad patrimonial con la finalidad y maliciosa de volver ineficaz dicha responsabilidad, constituyéndose en insolvencia real o fingida.
- **No es necesario, sin embargo, el efectivo ejercicio de las acciones pertinentes por parte de los acreedores tendentes a hacer efectivo sobre el patrimonio del deudor los créditos de que eran titulares los acreedores perjudicados por el alzamiento** (S. 24 marzo 1971).

§ 60. 523, **Insolvencia fraudulenta.**

Aunque no llevar los libros obligados de comercio no es delito de insolvencia fraudulenta si no concurre, además, el **ánimo del comerciante de defraudar a sus acreedores —dolo específico de este delito**, según declara la S. 13 junio 1959—, en el caso contemplado sí se da esta figura delictiva (S. 10 diciembre 1971).

§ 61. Artículo 528, **Estafa.**

El fraude ínsito en el engaño necesario para delito de estafa no es incompatible con los negocios civiles y mercantiles. En la *praxis* criminal es frecuente la tipificación como tal delito de negocios privados que se criminalizan, siendo entonces necesario que la “celebración del negocio se efectúe con el deseo unilateral y preconcebido por parte del agente de servirse de él y de su mera apariencia externa para enriquecerse ilícitamente (S. 5 marzo 1971).

§ 62. 529: 1.º, **Estafa.**

Concurre en el caso contemplado la tipología esencial del delito de estafa: **el engaño, el ánimo de lucro y el perjuicio** (S. 28 mayo 1971).

Diferencia entre estafa y apropiación indebida.

La tipicidad del delito de apropiación indebida queda integrada por la incorporación al patrimonio del culpable de lo que éste recibió **en depósito comisión o por cualquier otro título que engendre obligación de devolver o entregar a otro.** Siendo, por consiguiente, totalmente necesario **el acto de entrega de la cosa en virtud de negocio lícito**, del cual resultará después perjudicado el *dominus*.

La estafa, por el contrario, se efectúa mediante el **engaño consistente en creer verdaderos el negocio, la cualidad o bienes que se fingen para mover así la voluntad del sujeto pasivo.** Lo cual es precisamente lo que realizó el procesado al fingir la existencia de asegurados, simular pólizas de seguros que

no se habían concertado, consiguiendo mediante el engaño de aparentar unos contratos imaginarios, la defraudación punible en el artículo 529, número 1.º, del C. p. (S. 22 marzo 1971).

La venta por el procesado de una concesión administrativa a terceros con perjuicio para sus consocios o condueños integra el delito de estafa del artículo 531 del C. p. Sin que represente obstáculo alguno el hecho de que aquél fuese el detentador exclusivo de la titularidad de tal concesión, cuando lo cierto es que se había pactado civilmente la copropiedad de la misma. Asimismo, tampoco constituye obstáculo la naturaleza mueble de la propiedad, ya que el párrafo 2.º del artículo 531 del C. p. alude indistintamente a cosas muebles o inmuebles (S. 27 abril 1971).

§ 63. Artículo 534, **Infracción del derecho de autor (Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879, artículos 1 y 2: 1.º).**

El delito de infracción del derecho de autor **no exige** como elemento del tipo la **determinación del valor de la defraudación, ni tampoco del perjuicio causado** (S. 8 mayo 1971).

§ 64. Artículo 535, **Apropiación indebida.**

Elementos característicos del delito de apropiación indebida son: 1) **La apropiación ilícita de una cosa mueble ajena poseída por título que genere obligación de devolverla.** 2) **El abuso de confianza con ánimo de lucro, constitutivo del dolo específico de este delito.** 3) **La relación de causalidad entre ambos elementos.** 4) **El perjuicio real o efectivo y concretamente determinado.** Y, en lo que concierne a este último extremo, aunque es jurisprudencia de la Sala 2.ª del T. S. la exigencia de un perjuicio cierto y conocido en el delito de apropiación indebida, y, en consecuencia, la exigencia de una previa liquidación de cuentas que acredite aquél detrimento económico; sin embargo, tal liquidación carece de objeto, si el perjuicio puede determinarse en su cifra mínima (S. 1 abril 1971).

Los elementos precisos para la existencia del tipo del artículo 535 del Código penal son: 1) **El dolo específico del delito, encarnado en el quebrantamiento de la confianza depositada por sus compañeros en el sujeto activo.** 2) **Y el enriquecimiento injusto del que se deriva un perjuicio consiguiente para aquéllos** (S. 5 marzo 1971).

El **dolo específico** de este delito lo constituye el quebranto de la confianza concedida por la empresa al procesado (S. 4 marzo 1971).

Aunque es cierto que el procesado adeudaba a la entidad denunciante una cantidad, no lo es menos que esa sociedad también era deudora, por otros conceptos, del procesado en cantidades superiores. Por lo que **falta el dolo necesario** para la figura delictiva de apropiación indebida (S. 26 abril 1971).

El delito de apropiación indebida exige **la tenencia previa de la cosa por el agente**, de modo que la acción de apropiársela viene representada por **una pura decisión volitiva del "accipiens"**. Decisión que, para no quedar en la esfera interna de los pensamientos, ha de trascender al exterior; siendo, a este respecto, el **acto dispositivo de la cosa confiada por el "tradens"** el más sig-

nificativo y rotundo en orden a **manifestar la voluntad de apropiación y en orden a fijar el momento consumativo del delito**, después del cual, los pactos, renunciaciones y transacciones **inter partes** podrán afectar a la responsabilidad civil **ex delicto**, pero no a la penal. Por lo que, al exigirse para la tipicidad de este delito la existencia de un perjuicio cierto y conocido y la previa existencia de una liquidación de cuentas que acredite aquel detrimento económico, dicha liquidación carece, no obstante, de objeto, si el perjuicio puede determinarse, al menos en su cifra mínima, o es el propio imputado, el que, con su conducta evasiva, impidió la liquidación de cuentas o la dificultó mediante una actuación falsaria sobre los antecedentes documentales y cambiales (S. 1 abril 1971). 1971).

Las **titularidades contractuales del delito de apropiación indebida** son señaladas en “**numerus apertus**” por el art. 535 del C. p.; operando en cualquier caso el **título posesorio como elemento objetivo-normativo** de este delito, pues viene insito en el verbo **recibir** empleado por el referido precepto (S. 22 marzo 1971).

De ahí que los actos o negocios jurídicos que impliquen la **transmisibilidad de la propiedad de efectos o cosas** —pues si tales objetos han de devolverse obligatoriamente, según exigencia expresa de dicha norma, su devolución sería del todo imposible de haberse transferido el dominio— caen fuera de esta infracción. En consecuencia, el **ámbito de la apropiación indebida se reduce a la simple titularidad posesoria concedida por el “dominus” al sujeto activo y constreñida por la vinculación restitutoria, según pacto o voluntad unilateral del propietario transferente, que resulta incumplida por el adueñamiento antijurídico** (S. 22 marzo 1971).

No existe el delito tipificado en el art. 535 del C. p. cuando no puede determinarse con exactitud la **ajenidad de la cosa objeto material del delito**. Por lo que, aunque el **contrato de sociedad** da origen a situaciones jurídicas, que, como las de mandato, administración y depósito, hacen posible la apropiación indebida de los bienes o fondos sociales, es, pese a ello, **necesaria su condición de sociales o comunes, para que puedan resultar ajenos** en la parte que proporcionalmente excedan a la participación del socio gestor a quien se imputa el delito de apropiación indebida. De forma que si no llegaron a ser ingresadas en el haber común las cantidades percibidas por el procesado —a causa de que tales cantidades procedían de obras ajenas por completo al ámbito social—, no es posible entonces afirmar el carácter de ajenidad de tales cantidades. Y si, además, no fue practicada la liquidación definitiva de la sociedad, cuando ambos socios dieron por terminada la misma, faltará igualmente la base precisa para fijar la cuota de participación de cada uno en el activo o pasivo del ente social (S. 11 marzo 1971).

El **poder en cuestión, representaba un acto en fraude de acreedores desde el punto de vista civil, por cuanto tendía a detraer del activo de la empresa un elemento patrimonial en perjuicio de la masa de acreedores**; aparte de constituir, también, un incumplimiento del Convenio por el deudor, sancionado específicamente en el artículo 17, párrafo último, de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922. Desde el **prisma jurídico-penal** aparece también como **delictivo**: bien como **apropiación indebida**, cuanto el recurrente

distrajo un dinero que debía ingresar en la masa de bienes de la suspensión, dando conocimiento del cobro a la Comisión Liquidadora; bien como *estafa*, habida cuenta de que el cobro indebido se logró con un poder que indujo a engaño a la empresa. Pero, al implicar pena idéntica, cualquiera de las dos tesis es válida (S. 30 abril 1971).

Un incumplimiento contractual no posee otro alcance que el de un ilícito civil, de modo que no llega de este modo a integrar lo típicamente penal (S. 18 mayo 1971).

Coincidentes ambas voluntades contratantes en el *pactus reservati dominii*, éste implica la mera entrega de las “posesión” de la cosa al comprador y con ello una de las situaciones contempladas en el artículo 535 del Código penal. De modo que la infracción por el “*accipiens*” de tal pacto de reserva de dominio, al vender el objeto del contrato, sin haber abonado todo el precio, da lugar a un quebranto de la posesión de la cosa y al delito de apropiación indebida (S. 3 marzo 1971).

Diferenciación entre hurto y apropiación indebida.

En base al diverso significado de los verbos “*tomar*” y “*recibir*” empleados por los artículos 514 y 535 del Código penal para definir respectivamente los delitos de hurto y de apropiación indebida; en base también al carácter de la posesión de las cosas en relación con tales preceptos, de modo que en el primero la posesión es ilegítima en todo momento, mientras que en el segundo la posesión viene precedida por un estado de legitimidad derivada de un contrato de depósito, comisión, administración o algún otro título que produzca obligación de devolver las cosas o entregarlas a otro: la Sala 2.^a del T. S. ha establecido reiteradamente que “no comete hurto y sí apropiación indebida quien no emplea una dinámica comisiva de sustracción, sino que incorpora a su patrimonio o hace suyo lo que recibió en alguna de las formas expresadas y viene poseyendo con arreglo a Derecho, aunque esa posesión sea precaria, transitoria y en nombre ajeno”. Puesto que la infracción tiene lugar no en el momento de la posesión, sino en el de la disposición, cuando precisamente se produce el desplazamiento patrimonial ilícito e infringe el sujeto la confianza que le había sido otorgada (9 marzo 1971).

§ 65. Artículo 535 bis, **Cheque en descubierto.**

La protección penal del cheque no alcanza al caso en que se entregue aquél en el momento de contraer una deuda como garantía de su cumplimiento, cualquiera que sea la fecha que se le ponga al mismo. Porque, de esa forma, se le despoja al cheque de su función de “*medio de pago*”, aparte de que su entrega en ese instante lleva implícito el conocimiento por parte del acreedor de la carencia de fondos en poder del librado (S. 10 abril 1971).

La legislación penal española no exige para la protección penal del cheque que éste sea librado contra un Banco, ya que puede serlo contra una Caja de Crédito y Ahorro, establecimiento autorizado por la Ley de 2 de enero de 1941 para realizar operaciones bancarias (S. 11 diciembre 1971).

Aunque la práctica bancaria da el nombre de “*cheques*” a los librados de plaza a plaza, y el de “*talones*” a los girados dentro de la misma plaza,

el **tratamiento jurídico de ambos documentos aparece unificado** por el artículo 543 del C. de c. (S. 11 marzo 1971).

Por su **carácter formal, este delito, cuyo bien jurídico protegido es el tráfico mercantil, carece de contenido patrimonial**, debiendo respetarse la situación civil preexistente en el momento de la comisión del delito, para reclamar en la vía correspondiente (S. 12 marzo 1971).

El delito de cheque en descubierto del 535 bis, párrafo 1.º, incardina la exigencia de tres requisitos: 1) **el elemento real u objetivo**, concretado en que el instrumento se entregue en pago para extinguir o liberar una obligación precedente, en función de contraprestación literal y onerosa de la misma; 2.º) **el ideal o psicológico**, consistente en entregar el cheque al librador al tomador a sabiendas de la falta de provisión de fondos con que abonarlo en el momento de su presentación al cobro; 3.º) **El espiritual del engaño** sufrido por el tomador al descubrir el ardid de que es objeto, pues ha de creer que recibe un título o valor de pago efectivo y no una mera promesa de abono diferido; lo cual sucedería si conoce ya la carencia de fondos y acepta, no obstante, el cheque (S. 12 abril 1971).

Si el cheque fue emitido en pago; si a quien lo emitía constaba la carencia de fondos para hacerlo efectivo a su vencimiento; y era, en suma, consecuencia de una obligación preexistente, se dan todos y cada uno de los elementos requeridos por el 535 bis, párrafo primero, del C. p., **aunque el cheque fuera postdatado** (2 marzo 1971).

“La no expresión de las fechas de dación de los talones dados en pago no es presupuesto del tipo del cheque en descubierto, puesto que no priva a tales documentos de ser portadores de sendos mandatos de pago refridos a los plazos pertinentes del artículo 537 del C. de c. por obligaciones que el librador contrajera y exigibles a la sazón” (S. 10 diciembre 1971).

Si bien el artículo 535 bis, del C. p., castiga el dar en pago un cheque a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro no habrá provisión de fondos suficientes para hacerlo efectivo, **no puede, sin embargo, encajar en esta figura de delito la conducta de quien, una vez librado el cheque y existiendo provisión de fondos, da al Banco una orden de bloqueo” de los fondos de su cuenta corriente**. Ya que este extremo venía previsto en el párrafo 3.º del artículo debatido según aparecía redactado en el proyecto, pero fue después suprimido por la Comisión legislativa, que no lo estimó digno de protección penal. Dándose, en consecuencia, una conducta atípica, salvo, claro está, que el **“bloqueo, previsto “ab initio”, se efectuara con el ánimo de defraudar y como un medio engañoso y psicológico de la estafa** (S. 12 mayo 1971).

· § 66. Artículo 540, **Maquinaciones para alterar el precio de las cosas.**

El concepto de **prima**—según se infiere de la antigua Ley de 27 de abril de 1946, artículos 1.º y 2.º, en relación con los artículos 540 y 541 del C. p.—debe entenderse en sentido amplio como **“toda cantidad e dinero o de bienes de otro carácter recibida por el arrendador con independencia y al margen de la renta legal contractual propia del alquiler de viviendas** (S. 7 mayo 1971).

§ 67. Artículo 543, **Usura (encubierta).**

Este delito **no exige que el préstamo usurario se encubra con otra figura contractual** distinta, sino tan sólo que **ese mismo préstamo sea una ficción** en sus manifestaciones externas (S. 22 mayo 1971).

§ 68. Artículo 546 bis a), **Receptación (autónoma).**

Los párrafos 1.º y 3.º del precepto mencionado definen dos delitos perfectamente diferenciados: a) La **receptación genérica**, integrada por los elementos siguientes: 1) el conocimiento de la perpetración de un delito contra los bienes; 2) y el aprovechamiento de sus efectos en beneficio propio.

b) La **receptación específica**, caracterizada por la habitualidad del reo, vieniendo incurso en ella tres clases de personas, según el 546 bis b): —en atención a su calidad jurídica o profesional—; dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público (S. 23 marzo 1971).

§ 69. Artículo 564, **Excusa absolutoria (Parentesco).**

El parentesco no excluye el ánimo de lucro en los apoderamientos efectuados entre parientes. Y sólo en ciertos grados de muy próxima relación parental —no en este caso, en que el sujeto era sobrino segundo de la víctima—, que, en otros casos, puede venir calificada por la convivencia, aquí inexistente, da lugar a una exclusión de la punibilidad por razones de política criminal generadora de la excusa absolutoria (S. 22 marzo 1971).

La suerte de copropiedad familiar en que suele asentarse esta ausencia de punibilidad falta en el caso contemplado, según declara nuestro T. S., por cuanto si los padres de uno de los coautores de un robo con violencia en las personas se beneficiaron de parte del producto del robo, incurrieron en el **delito autónomo de receptación**, siendo inaplicable el artículo 546 del C. p. en base a que no sólo “los efectos receptados provenían de un delito (el de robo), sino también, y sobre todo, porque el perjudicado es, en este caso, un extraño ajeno por completo a la relación familiar (S. 6 mayo 1971).

§ 70. Artículo 565, **Imprudencia temeraria.**

La **imprudencia temeraria** se diferencia de la simple por la intensidad de la culpa, sin que pueda influir en tal diferenciación la mayor o menor gravedad del resultado producido o la presencia o ausencia de infracciones reglamentarias, si bien influyen lógicamente en la entidad de la pena. La delimitación entre ambas viene dada por la calidad, más o menos grave, del riesgo o peligro creado, imprevisión manifestada o extensión e importancia de la cautela omitida, es decir, la temeridad se deja ver por la gravedad del riesgo afrontado o peligro creado, por la mayor imprevisión del agente y de la cautela obligada, que dará así lugar a una culpa más intensa (8 marzo 1971).

Hay **imprudencia temeraria e incluso un posible dolo eventual**, cuando el conductor de un automóvil, que ve a un peatón en el centro de la calzada para cruzarla, no disminuye la marcha, ni hace maniobra alguna para evitar el

atropello, continuando impertérrito el camino, causándole la muerte al peatón (S. 22 marzo 1971).

§ 71. Artículo 565, párrafo 5.º, **Imprudencia temeraria con agravante de profesionalidad.**

La agravante específica de profesionalidad consiste en la impericia o ineptitud para el manejo del vehículo (S. 28 mayo 1971). Cfr. en sentido idéntico: S. 2 febrero 1962.

Dicha agravante requiere no sólo que el conductor infrinja el artículo 17 del Código de la Circulación, sino también que su **imprudencia vaya unida de modo directo a los deberes profesionales de pericia** (S. 21 diciembre 1971).

§ 72. Artículo 586, 3.º, **Imprudencia (falta).**

La falta de imprudencia prevista en el artículo 586, 3.º, supone tan sólo un **ligerísimo descuido en relación con un resultado imprevisible** (S. 4 marzo 1971).

INDICE ALFABETICO

- Abandono de familia, 51.
Aborto, 23, 38.
Abuso de confianza, 56.
Abusos deshonestos, 40, 44.
Acusación falsa, 33.
Adulterio, 47.
Agravante de profesionalidad, 71.
Alevosía, 6.
Alzamiento de bienes, 59.
Allanamiento de morada, 11.
Amancebamiento, 41, 48.
Apropiación indebida, 5, 56, 58, 62, 64.
Arrepentimiento espontáneo, 4.
Asociación ilícita, 26, 27.
Atentado, 25, 29.
Atenuantes por analogía, 5.
Autoría, 13, 14.
Autoridad, 25, 29.
Blasfemia, 30.
Circunstancia mixta de parentesco, 12.
Coacciones, 7.
Comisiones obreras, 27.
Complicidad, 14.
Concurso de leyes, 18, 40.
Concurso de delitos, 19.
Condena condicional, 20, 21, 22.
Condición objetiva de perseguibilidad, 45.
Condición objetiva de punibilidad, 35.
Cooperación necesaria, 14.
Corrupción de menores, 40, 49.
Cheque en descubierto, 65.
Delito agotado, 54 bis.
Delito complejo, 38.
Delito consumado, 2, 40, 54 bis.
Delito continuado, 40.
Delito contra la salud pública, 2, 34, 38.
Delito formal, 2, 34, 40, 65.
Delito de peligro, 2, 34.
Delitos semipúblicos, 22.
Delito relativo a la prostitución, 42, 49.
Delito de resultado, 2, 38.
Delito de tendencia sexual, 40.
Desistimiento, 2.
Despoblado, 8.
Detención ilegal, 28.
Embraguez, 3.
Enajenación mental incompleta, 5.
Escándalo público, 30, 40, 41, 42, 49.
Estafa, 18, 61, 62.
Estupro, 12, 43, 44, 45, 46.
Excusa absoluta, 69.
Falsedad, 18, 31, 32.
Frustración, 2.
Homosexualismo, 41.
Hurto, 54 bis, 64.
Hurto de uso de vehículos de motor, 57, 58.
Imbecilidad, 39.
Imprudencia, 70, 71, 72.
Infidelidad en la custodia de documentos, 35.
Infracción de los derechos de autor, 63.
Inhabilitación, 17.
Injurias, 50.
Lesiones, 39.
Llave falsa, 54.
Malversación de caudales públicos, 36, 37.
Maquinaciones para alterar el precio de las cosas, 66.
Multirreincidencia, 10.
Nocturnidad, 7.
Oligofrenia, 39.
Omisión de socorro, 52.
Parentesco, 12, 69.
Partido Comunista, 27.
Perdón del Ofendido, 22.
Presunción legal de voluntariedad, 1.
Prostitución, 7, 42, 49.
Psicopatía, 3, 5.
Reincidencia, 10.
Reiteración, 9.
Receptación, 68.
Responsabilidad civil, 15, 16, 17, 23, 24.
Robo, 53, 54.
Separatismo, 26.
Tentativa, 2.
Transtorno mental transitorio, 3.
Usura, 67.
Voluntariedad, 1.

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^a del Tribunal Supremo)

Primer cuatrimestre de 1971

FERNANDO GISBERT CALABUIG
Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: Principios del proceso penal: A. Principio de legalidad procesal. B. Principio acusatorio. C. Principio de contradicción. II. PARTE GENERAL: 1. *Organo jurisdiccional*: A. Jurisdicción: a) Delimitación con la Jurisdicción militar. b) Extensión de la Jurisdicción: Principio de personalidad: Nacional que delinque en el extranjero. B. Competencia: a) Lugar de comisión. b) Delitos conexos. 2. *Las partes en el proceso penal*: A. Partes acusadoras: Efecto de la incomparecencia al juicio oral. B. Postulación procesal: El Procurador no es funcionario público.—3. Objeto del proceso: A. Pluralidad de delitos: Conexidad. B. Alcance de la reparación del daño. 4. *Nacimiento, desarrollo y terminación del proceso penal*: A. Nacimiento del proceso: “Notitia criminis”. Denuncia ante funcionario de policía. B. Desarrollo del proceso: Pruebas: Testigos: *Proposición correcta*. C. *Terminación del proceso*: Sentencia: a) Doctrina general. b) Narración correcta de los hechos probados. c) Planteamiento de la tesis. d) Cuantía de los perjuicios: a’) Principio de congruencia. b’) Subsanación de errores aritméticos: e) Aclaración de sentencia: Límites de esta vía.—III. PARTE ESPECIAL: 1. *Procesos ordinarios*: Juicio común por delitos: A. Artículos de previo pronunciamiento. B. Denegación de pruebas: Plazo para formular la protesta: 2. *Juicio de faltas*: Efectos de la sentencia en causa posterior por delito. 3. *Impugnación del proceso*: Recurso de casación: A. Resoluciones contra las que procede. B. Recurso del Fiscal en beneficio del reo. C. Exigencias del escrito de preparación: a) Sobre los particulares del documento auténtico. b) Sobre la promesa de constituir depósito. D. Inadmisión de cuestiones nuevas. E. Casación por infracción de Ley: a) Al amparo del artículo 849, número 1.º b) Al amparo del artículo 849, número 2.º: a’) Doctrina general sobre documentos auténticos. b’) Diligencia de inspección ocular. c’) Documentos posteriores a la sentencia impugnada. d’) Otros documentos. F. Casación por quebrantamiento de forma: a) Al amparo del artículo 850, número 1.º: Casuística sobre de-

negación indebida de pruebas. b) Al amparo del artículo 850, número 2.º: Testigo condenado como responsable civil subsidiario. c) Al amparo del artículo 851, número 1.º: a') Falta de claridad de los hechos probados. b') Contradicción entre los hechos declarados probados. c') Predeterminación del fallo. d) Al amparo del artículo 851, número 3.º: No resolución de todas las cuestiones planteadas.

I. INTRODUCCION

Principios del proceso penal: A. *Principio de legalidad procesal:* El artículo 1.º de la L. E. Crim. consagra el principio de la legalidad procesal, porque sólo permite el enjuiciamiento de los actos punibles, y su punición por la jurisdicción ordinaria a quien estén atribuidos, de acuerdo a sus normas comunes o a las especiales, y en virtud de sentencia de Juez competente; pero este principio procesal no impide, así como tampoco los artículos 839 y 842 de la propia normativa, que sin juzgarse al rebelde en proceso común, se hagan las declaraciones fácticas indispensables que se refieran al mismo, cuando están tan íntimamente ligadas a las del procesado que se juzgue que resulte imposible prescindir de ellas, para perfilar la posible responsabilidad de éste, porque de otra manera se imposibilitaría juzgarle como exigen las leyes, estableciendo un privilegio indebido, y ello sin razón alguna, porque las declaraciones que sobre el rebelde se hagan a tal fin, no vinculan el juicio soberano que sobre la conducta del mismo se tenga que hacer en su día, si resulta habido y sometido al proceso penal. (Sentencia 23 marzo 1971.)

B. *Principio acusatorio:* El principio acusatorio que rige el proceso penal, inspirado en el equilibrio de la ausencia de un interés protegido ejercitado en el adecuado momento, de la vinculación a los propios actos, de la fijeza y seriedad del debate, y de la indispensable lealtad procesal, exigen que las partes acusadoras de instancia, no puedan traer a casación, sobre los mismos hechos objeto de su pretensión punitiva, valoraciones penales, que no solicitaron ante el Tribunal inferior, pidiendo castigo por delitos más graves que los acusados o de distinta condición, porque de autorizarse tal manera de proceder, se cambiaría sustancialmente la inmutable posición acusadora, y se violaría el indispensable principio de contradicción, que es el eje del proceso criminal, y que evita la indefensión del acusado, pues se eludiría su oposición —audiatur altera pars— y se falsearía la facultad revisora de la casación que ha de efectuarse sobre los problemas de calificación planteados ante la Audiencia, para saber si ésta aplicó o no las normas alegadas, pues mal pudo infringir, dando vida o dejando de utilizar, normas no invocadas en la pretensión de condena, como era menester, a no haber hecho uso de la extraordinaria facultad que le concede el artículo 733 de la L. E. Crim. (Sentencias 22 enero y 12 marzo 1971.)

El proceso penal está gobernado por el principio acusatorio que se inspira en el equilibrio de las partes que en él intervienen, pues las acusadoras deben fijar en el escrito de conclusiones definitivas del artículo 732 de la L. E. Crim., las peticiones que determinan concretamente el alcance y límite de las infrac-

ciones que se solicita penar del Tribunal, y de sus consecuencias civiles, que no pueden siquiera ser objeto de variación en el informe oral, como dispone el artículo 737, por haberse cerrado el ciclo acusatorio, mientras que la defensa del procesado, conociendo el alcance de estas pretensiones, puede adecuar sus pruebas y defensa a cuanto se le imputa; prohibición de tesis divergente que tampoco puede consentirse en casación, variando sustancialmente la posición acusatoria de instancia y solicitando castigar un delito distinto del patrocinado ante la Audiencia, por ausencia de interés protegible y de legitimación por la vinculación a los propios actos y por la fijeza y seriedad del debate, gobernado por la lealtad procesal, pues en definitiva, toda cuestión nueva que se plantee en casación, falsea la contienda, el juicio y la decisión si se aceptare y violaría el añejo y esencial principio de la contradicción —*audiatur est altera pars*— que protege al acusado contra la indefensión, con agravio de derechos procesales de oposición, falseando, a su vez, la función revisora de esta Sala, que se ha de realizar sobre las cuestiones formuladas ante el Tribunal inferior y por él decididas, para conocer si aplicó o no las normas sustantivas alegadas, pues mal pudo infringir preceptos no pedidos aplicar, ni delitos que no fueron objeto de la debida pretensión acusatoria. (Sentencia 22 enero 1971.)

C. *Principio de contradicción*: El desarrollo del proceso penal obedece a los esenciales principios de la acusación y de la contradicción. (Sentencias 12 y 23 marzo 1971.)

II. PARTE GENERAL

1. *ORGANO JURISDICCIONAL*: A. *Jurisdicción*: a) *Delimitación con la Jurisdicción militar*: El conocimiento del proceso penal seguido a consecuencia del fallecimiento de una persona, por el atropello de que fue objeto en una vía pública por una motocicleta de la Agrupación de Tráfico, conducida en acto de servicio por un Guardia Civil, está atribuido a la Jurisdicción militar y no a la ordinaria, puesto que aquella es competente, por razón de la persona responsable, para conocer de las causas que se instruyan por toda clase de delitos, contra los militares en servicio activo de acuerdo con las previsiones del núm. 1 del art. 13 del Código de Justicia Militar, sin que se trate de figura exceptuada en favor de otras jurisdicciones por la norma del artículo 16 del propio ordenamiento, por lo que el conflicto suscitado entre el Juzgado de Instrucción y la Autoridad Judicial Militar debe resolverse en favor de ésta, no siendo, bajo otro aspecto, atendible el razonamiento obstativo invocado por el primero de tales órganos, puesto que la existencia o inexistencia de responsabilidad penal respecto de la persona aforada sólo puede proclamarla la jurisdicción realmente competente, atribución que nunca puede depender de la conclusión afirmativa o denegatoria que merezca aquel interrogante. (Auto 16 febrero 1971.)

El conflicto jurisdiccional surgido por rehusar la Autoridad Judicial Militar y el Juez de Instrucción el conocimiento de los daños causados a varios automóviles de propiedad particular y de lesiones leves a dos personas por el camión E. T. 43.731, conducido por un soldado, se ha de resolver en el sentido

de fijar la competencia en la jurisdicción ordinaria y concretamente en dicho Juez de Instrucción, porque aunque el vehículo que el aforado conducía causara los expresados resultados a consecuencia de brusco viraje que hiciera con aceleración de velocidad, surge de las actuaciones la versión de haber tenido lugar estas maniobras por haberse interpuesto inopinadamente en su marcha el autobús que pilotaba un paisano, que cruzó por delante del vehículo militar, o cuarto de un convoy de diez debidamente anunciado, sin esperar el paso de éste, pues ante esta imputación que la investigación realizada hasta ahora no permite excluir, apartando de una posible responsabilidad al no aforado, ha de prevalecer la preferencia y atracción del art. 11 de la L. E. Crim. en atención a lo que, por otra parte, prescribe el art. 19, núm. 2.º, del Código Castrense, independientemente de lo que sobre culpabilidad de uno y otro conductor se resuelva en definitiva. (Auto 25 marzo 1971.)

b) *Extensión de la Jurisdicción: Principio de personalidad: Nacional que delinque en el extranjero:* Si ejercitando el Estado el derecho de legítima defensa somete a la jurisdicción española a los nacionales y extranjeros que fuera de su territorio cometan alguno de los delitos especificados en el artículo 336 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial, e inspirado en el principio de la justicia penal universal, autoriza el enjuiciamiento de españoles por delitos contra la honestidad cometidos más allá de sus fronteras, cual enseña el art. 448 del C. P. vigente, no podía ser indiferente ante ciertos delitos realizados fuera de España por español contra extranjero, hallándose el culpable en su suelo, porque repugnando a la moral la infracción y alarmando a la sociedad por implicar grave violación del derecho natural que la rige, daría asilo a seres peligrosos que al no poder entregar a Tribunales extraños por impedirlo sus propias leyes, como en la actualidad el artículo 3.º de la de extradición de 26 diciembre 1958, asumiría el riesgo de probable alteración de la paz interna y del orden jurídico establecido por él; de ahí que ante "aut dedere, aut punire"; o entregar o punir por sí mismo, llegue a la última solución requiriendo en el artículo 340 en relación con el anterior inmediato de dicha Ley Orgánica la querrela de la parte ofendida o de cualquiera de las personas que pueden presentarla conforme a las Leyes, como garantía de que los hechos merecen ser considerados por su importancia y trascendencia; que el delincuente se halle en España sin haber sido absuelto, indultado o condenado en el extranjero, y que el delito sea tal en el lugar de ejecución y grave según las leyes propias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 341 de la repetida Ley. (Sentencia 14 abril 1971.)

B. *Competencia:* a) *Lugar de comisión:* Aunque la presunta maquinación para delinquir se iniciara en Zaragoza, la fase consumativa de entrega del cargamento de alfalfa, cobro de su importe y apoderamiento del precio engañosamente obtenido, tuvo lugar en Bilbao, todo lo cual supone que de acuerdo con la tesis de la Fiscalía del Tribunal Supremo corresponde la instrucción de este proceso al Juzgado núm. 1 de Bilbao y en su día la decisión a la Audiencia de Bilbao, de conformidad con el número 2.º del artículo 14 de la L. E. Crim., pues fuese donde fuese ideada la comisión del delito e incluso se realizaran los actos preparatorios, donde se comete, donde la perpetración se consuma, es donde se llevan a cabo los actos de material y jurídica ejecución,

teniendo entonces el carácter de "inequívocos" delictuales, pues los anteriores eran todavía "equivocos", pues tratándose de un delito de estafa donde se engañó eficazmente al perjudicado con ánimo de fraudatario; donde se obtuvo el lucro ilícito pretendido fue en Bilbao, sin perjuicio de las repercusiones que todo ello pudiera producir en las relaciones contractuales entre el dueño de la alfalfa y su definitivo adquirente. (Auto 22 marzo 1971.)

b) *Delitos conexos*: Para precisar el Juez competente, a fin de que conozca de las causas penales, con exclusión de los demás Instructores distribuidos geográficamente en el territorio nacional, el criterio principal del fuero preferente lo fija el número 2.º del artículo 14 de la L. E. Crim. en favor de aquel que tenga jurisdicción en el partido en que el delito se haya cometido—*forum delicti commissi*—, y tratándose de dos o más delitos independientes o autónomos, realizados en distintos partidos, conocerán de los sumarios, los Jueces en que cada uno de los mismos se perpetrara, según regla establecida en la doctrina de esta Sala, y para los supuestos de que no se halle precisado el lugar de comisión de la infracción criminal, se utilizará el criterio subsidiario o supletorio fijado en el art. 15 de la misma; pero estas disposiciones primarias generales, ceden su efectividad, en el supuesto frecuente, de pluralidad de acciones delictivas de uno o varios delincuentes, en concurso real de infracciones penales, porque exista una abrazadera que los vincule entre sí, de manera más o menos plena, pero evidente, por su conexidad sustantiva, que origina en lo procesal la consecuencia, de agrupar la investigación de la diversa dinámica y de los resultados distintos, en un solo proceso, del que conocerá un único Juez Instructor, y no los distintos Jueces de los diversos partidos en donde la acción y el evento se produjeron, a cuyo fin, la Ordenanza procesal, en su artículo 17 describe los casos de dicha conexidad procesal, y en el 18 precisa el Instructor que subsumirá toda la competencia, con base en el criterio principal que es el Juez del Territorio en que se efectuó el delito que tenga señalada pena mayor, subsidiariamente a aquel que teniendo los delitos igual pena, primero comenzare la instrucción de la causa, y supletoriamente, el que determine con su criterio el superior jerárquico de los que resultaren competentes, para haber conocido por separado, de cada uno de los delitos estimados conexos. (Auto 1 marzo 1971.)

2. *Las partes en el proceso penal*: A. *Partes acusadoras*: Efecto de la *incomparecencia al juicio oral*: Obedeciendo el desarrollo del proceso penal, a los esenciales principios de la acusación y de la contradicción, que exigen, de un lado, la formulación por las partes acusadoras de la oportuna pretensión de condena, y de otro, conocida ésta, la necesaria posición de defensa por la persona inculpada, para que a medio del debate se esclarezca el "dubio" del hecho o conducta presuntamente delictiva, y su adecuada calificación jurídica, para alcanzar el reproche de culpabilidad judicial, o la exoneración de la responsabilidad pedida, es evidente que resulta acto procesal esencial, la calificación delictual de aquéllas partes acusadoras, que haga posible el debate contradictorio, bien sea la oficial, ejercitada por el Ministerio Fiscal, o bien la privada o pública, realizada por sujetos particulares, perjudicados o no, por la infracción criminal. Dentro del procedimiento de urgencia, regulado en los

artículos 779 y siguientes de la L. E. Crim., según la redacción otorgada por las leyes de 8 junio 1957 y 30 julio 1959 primeramente, y por la de 8 de abril 1967 en la actualidad, el art. 796 de aquéllas y el 798 de ésta, exigen que la pretensión acusatoria se formule, al solicitar la apertura del juicio oral, por el Fiscal o el querellante particular, a medio de la llamara calificación provisional, que no supone más que una valoración provisoria de las partes referidas, de acuerdo a la interpretación de las pruebas existentes, en el sumario y a su interina estimación jurídica, que permite abrir el debate contradictorio, llegar al juicio oral, y surgir la oposición real, y cuya eficacia se subordina indudablemente, al acto posterior, establecido en el artículo 800, número 3.º, y que se desarrolla al final del juicio oral, una vez contempladas en éste las justificaciones oportunas de superior entidad, pues la norma imperativamente dispone que las partes formularán por escrito sus conclusiones definitivas, o la modificación de las provisionales, lo que significa que en este momento se genera la única alegación esencial del proceso penal, y que ha de ser la base de la resolución final a dictar por el órgano jurisdiccional, alegación de la que no es posible prescindir, por suponer la manifestación de voluntad definitiva de la parte que ratificando, modificando o sustituyendo íntegramente la antes previsoramente efectuada, determina el verdadero contenido de la pretensión punitiva, siendo entonces y sólo entonces, cuando por conocerse el resultado del juicio puede y debe realizarse con eficacia definitiva. Si una parte acusadora privada, luego de efectuar la calificación provisional, estando debidamente citada, no comparece en el juicio oral, no toma parte en su desarrollo, y no produce el indispensable escrito de calificación definitiva, tal y como ordena dicho artículo 800, número 3.º, de la ordenanza procesal penal, es evidente que ha de estimarse que desiste de la acusación particular, porque llamada a dar eficacia a su calificación meramente provisoria y de efectos limitados —pues es interina y no puede subsistir, ni valer, sin alzarse en calificación definitiva— no lo efectúa, abandonándola y dejándola sin hacer a medio de la voluntad integradora que signifique la utilización de la definitiva pretensión de condena, por lo que por acto concluyente y de significación inequívoca, deja de cumplir, con lo que le era exigido, abandonando la acusación de manera tácita, y, dejando de ser parte acusadora, porque cuando tenía que definitiva y esencialmente serlo no expresó la voluntad que la ley exige entonces, para que el acto provisorio antecedente, pudiera tener eficacia definitiva y que sin ella es invalidado. (Sentencia 23 marzo 1971.)

B. *Postulación procesal: El Procurador no es funcionario público:* Inveterada doctrina de esta Sala, atinente a casos de Abogados y Procuradores en cuanto sujetos pasivos de agresiones u ofensas relacionadas con el ejercicio de sus funciones impide la extensión a los mismos de la peculiar y más enérgica protección penal derivable de la genérica fórmula del artículo 119 del vigente Código, definitoria del concepto de funcionario público a efectos repressivos, en la que no resulta posible encajar ninguna de ambas respetables categorías de asistencia técnica a los justiciables, por tratarse—incluso en el ámbito estrictamente forense— de profesiones liberales de mera postulación o representación ante los Tribunales, de índole bien distinta a la pública función de Administración de Justicia desempeñada, dentro de los mismos, por

los juzgadores, y al también público servicio de auxilio directo a dicha actividad llevado a cabo por los funcionarios dependientes de cada órgano jurisdiccional, a más de los miembros del Ministerio Fiscal, revestidos, también a estos efectos, del carácter de Autoridad, por disposición expresa y terminante del precitado artículo 119; sin que pueda bastar, en contrario, la consideración aducida en el documentado recurso de la acusación particular de ser a veces estos profesionales libres asimilados a los funcionarios públicos y penalmente responsabilizados como tales, por lo que —en su parecer— debieran gozar, a la recíproca, de idéntica protección penal, argumento insuficiente, con sólo reparar en ser tales supuestos no de orden común y ordinario, por genérica aplicación del tan citado artículo 119, sino de carácter taxativo y excepcional, a virtud de preceptos específicos, cuales son los artículos 360 y 361, relativos a determinadas figuras de prevaricación denominada cuasi-judicial por la doctrina. (Sentencia 18 marzo 1971.)

3. *Objeto del proceso*: A. *Pluralidad de delitos*: *Conexidad*: Los supuestos de actuaciones plurales delictivas, constituyentes de concurso real de delitos porque el mismo sujeto activo realizaba varias acciones generadoras de diversas infracciones criminales, que estando relacionadas entre sí, producían la consecuencia de ser objeto de un tratamiento penal unitario, ya que se agrupaban y resolvían en un solo procedimiento —artículos 17, 18 y 300 de la L. E. Crim.— al suceder a la conexidad material o sustantiva, la adjetiva, haciéndose indivisible el proceso penal, del que conocía un solo Juez y se decidía en una sola sentencia, se hallaban regulados en la regla 2.^a del artículo 70 del Código penal, en su texto revisado de 1963, y también con anterioridad, estableciéndose un sistema de acumulación jurídica, con absorción, y efectos en la ejecución de la pena, que operaba como una reincidencia privilegiada en cuanto a su menor penalidad, al determinar que, el máximo de la condena del culpable, no podía exceder del triple del tiempo por el que se impusiere la más grave de las penas, dejando de cumplir las que excediesen, desde que las ya impuestas, cubrieren el máximo del tiempo predicho, que nunca podría superar los treinta años. La Ley de 6 abril 1967 agregó a la indicada regla 2.^a del artículo 70 del Código penal, un nuevo apartado, estableciendo “que la limitación se aplicará, aunque las penas se hubieren impuesto en distintos procesos, si los hechos por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo”, siendo la causa de ello, así como la de ampliar el contenido del número 5.^o del artículo 17 de la L. E. Crim., y la de establecer un procedimiento adecuado para fijar el límite de cumplimiento de las penas, en el artículo 988 de la misma, en caso de condenas en diversos procesos, por hechos que pudieran agruparse en uno solo, la que muy expresamente determina la exposición de motivos, y relativa a una restrictiva interpretación jurisprudencial de aquella antigua norma penal, al exigir que las múltiples infracciones que se incriminasen a un propio agente, se hallaren relacionadas entre sí por una cierta conexión y se hubieren tramitado conjuntamente en un solo proceso, haciéndose que el beneficio para el reo fuera hipotético, por depender muchas veces del azar, y del evento policial o de criterios judiciales dispares, el enjuiciamiento en uno o varios procesos, lo que originaba, con harta frecuencia, conclusiones injustas, que tales reformas

sustantiva y procesal tratan de paliar o impedir, no sólo ampliando el tipo penal y creando un cauce adecuado, sino repudiando toda hermenéutica de tal derecho del delincuente, de signo contrario a su concesión, o que impulsiera excesivas limitaciones, que cambia por un sistema y criterio generoso y caritativo, a la vez que humanitario, que es el mismo que el Juez deba manifestar al enjuiciar, tendiendo a favorecer el beneficio en tanto sea posible, cuando precise y valore las circunstancialidades que le rodean, y sus condiciones intrínsecas de manifestación. Ese nuevo párrafo del artículo 70, regla 2.ª, del Código penal, como se ha indicado, exige “hechos que por su conexión pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso”, cuya fórmula casi literalmente se reproduce en el párrafo 3.º del artículo 988 de la ordenanza procesal, que se refiere también a “hechos que pudieran haber sido objeto de uno solo”; lo que produce la consecuencia de que para otorgar o determinar la procedencia de la limitación en el cumplimiento de las penas impuestas en procesos distintos, se haya de recurrir necesariamente, y poner el acento en la precisión de si los delitos separadamente juzgados eran conexos entre sí y pudieron técnica y procesalmente agruparse en procedimiento penal único, y en el sentenciarse todos a cuyo fin ha de estarse a cuanto dispone el artículo 17 de la citada ley adjetiva que enumera y describe de manera exhaustiva los delitos conexos. Dentro de la conexidad material intrínseca que establece el artículo 17 acabado de citar, el número 5.º del mismo, asimila a aquélla la conexidad subjetiva, poniendo su nexo en la unidad del inculcado de las diferentes infracciones realizadas, pero exigiendo además y complementariamente un doble presupuesto: A) Que los diversos delitos que se imputen a una persona, al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, tengan analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal. B) Y que las causas diversas incoadas por los diversos delitos no hubieren sido hasta entonces sentenciadas. Como el nexo subjetivo indicado —unidad de persona inculpada en todos los delitos— no es bastante para conseguir la conexidad del número 5.º del artículo 17 de la ordenanza procesal, y la Ley acumulativamente requiere en disyuntiva, además, o que las distintas infracciones criminales tengan entre sí vínculos y relaciones no precisadas en aquella norma o presenten en sus concretas estructuras, aun siendo diferentes elementos de parecido o semejanza que tampoco se determinan en la misma, es evidente que esa relación o analogía tan vaga y difusa, se deja, por remisión expresa, a la libre apreciación valorativa del Tribunal, que ha de partir en abstracto, en la relación delictual, de la presencia de una abrazadera o encadenamiento objetivo entre todos los hechos constitutivos de las diversas infracciones penales que deben tener a su vez un eje común intencional y finalístico, mientras que en la analogía no exigirá tan precisa vinculación, bastando que los delitos sean meramente semejantes entre sí, por su peculiar naturaleza, bien jurídico violado, homogeneidad, o modo de actuar del agente, sin otras superiores exigencias, debiéndose de operar en tan compleja precisión, con criterio relativo y circunstancial en cada supuesto concreto, para conocer el nexo entre los diversos delitos imputados a la misma persona, en los distintos procesos y determinar si pudieron ser objeto de uno solo, pero manifestando el juzgador siempre un criterio interpretativo “*in bonam partem*”, como antes se indicó, pleno de benignidad y humanitarismo, porque así lo requiere la dog-

mática penal en general, y las normas indicadas en particular, dada su finalidad y reforma, y porque a su vez lo impone los efectos a que conducen los principios de unidad procesal, de la rapidez de la justicia y de la economía del procedimiento, sin perjuicio alguno para la defensa del reo, de todo lo que deriva la repulsa de los criterios rígidos y principios generalizadores prohibitivos, que contrarían la facilitación de la acumulación conexiva. (Sentencia 14 enero 1971.)

B. *Alcance de la reparación del daño*: Reiteradamente ha declarado esta Sala y una vez más debe mantenerse ese criterio, que las restituciones-reparaciones e indemnizaciones civiles, según los artículos 19, 101, 103 y 104 del Código penal, son consecuencia obligada del delito y tienen su fundamentación filosófica en que por razón del delito se hayan producido los hechos que requieran en el aspecto civil restituir, reparar el daño causado, o indemnizar perjuicios, pero todo ello en función de ser consecuencia inmediata directa o indirecta, de la comisión del delito, y esto sentado en los dos primeros supuestos tipificadores del delito de emisión de cheque en descubierto constatados en el artículo 535 bis del Código penal, en que el pago fingido por la entrega del cheque corresponde a obligaciones preexistentes, el daño y perjuicio que supone el impago de la contraprestación crediticia no nace por la emisión del cheque preexistente, pues, no fue el libramiento del cheque el medio engañoso y fraudulento de que se valió el agente, como ocurre en el supuesto tercero del propio artículo, para conseguir la entrega de aquello por lo que nacía la obligación dineraria que en el cheque en descubierto se finge saldar sin que tenga tal pago realidad efectiva, pero sin que el derecho al reembolso de lo debido nazca de la emisión del cheque, sino de la aludida obligación antecedente, de tal manera que por el impago del talón el acreedor ni gana ni pierde cosa alguna manteniendo vivo y eficaz su derecho a reclamar lo debido, y sin que los procesos penales sean medio adecuado para efectividad de obligaciones civiles cuando éstas no nacen necesaria y estrictamente de la comisión de un delito. (Sentencia 12 febrero 1971.)

4. *Nacimiento, desarrollo y terminación del proceso penal*: A. *Nacimiento del proceso*: "Notitia criminis": *Denuncia ante funcionario de policía*: Conocidos los hechos por la madre de la menor que tenía a su cuidado la niña por ausencia del padre, se dedicó en unión de unos familiares a localizar al autor de la infracción y una vez que lo lograron dieron cuenta a la Policía Urbana que procedió a su detención; relato que pone de manifiesto la actividad desplegada por quien a la sazón tenía bajo su potestad a la ofendida para que se procediera en forma contra el inculcado, que eso es lo que implica toda denuncia, poner el hecho que se supone delictivo en conocimiento de las autoridades, pudiendo hacerse ante funcionarios de policía y verbalmente de conformidad a lo dispuesto en los artículos 264 y 265 de la L. E. Crim., como ocurrió en el caso que motiva el presente recurso, teniendo declarado esta Sala que basta la denuncia de la madre para tener cumplido el requisito del artículo 443 del Código, cuando el padre declara en el proceso sin formular oposición ni reparo alguno al curso de las actuaciones. (Sentencia 23 abril 1971.)

B. *Desarrollo del proceso: Pruebas: Testigos: Proposición correcta:* El artículo 656 de la L. E. Crim., aplicable tanto a los procesos comunes como a los de urgencia, exige categóricamente que la prueba de testigos se proponga por las partes en el escrito de calificación provisional, adjuntando lista de las personas, con sus nombres, apellidos y domicilios de que intenten valerse en el juicio oral, y como esta norma impone esa designación "nominatim" como ineludible a cada parte, no es extraño que la doctrina de esta Sala, con reiteración no contradicha, no admite como forma la proposición, la abstracta adhesión de unas partes a la prueba testifical propuesta por otra, exigiendo siempre que se especifique, individualice o nombre a los testigos de que intenten valerse, aunque sean los mismos propuestos anteriormente por otra, no siendo posible por tanto aceptar fórmulas que contengan el defecto insubsanable de no concretar directamente la personalidad de quienes son propuestos, ni aquellas otras, de reservarse el derecho a utilizar la prueba testifical de las otras partes, aunque éstas la renuncien, pues ello contraría el espíritu de precisión e individualización exigido por dicha norma y supone una corruptela procesal inadmisibles. (Sentencia 19 enero 1971.)

C. *Terminación del proceso: Sentencia:* a) *Doctrina general:* Toda sentencia judicial, como acto esencialmente lógico y jurídico, de manifestación del poder "decidendi" del órgano jurisdiccional penal, que reproche o no, la conducta humana juzgada como acto escrito de voluntad dirigido a las partes y necesitado de publicidad debe estar íntegramente constituido, y muy especialmente en los hechos probados, de los que deriva la calificación jurídica y el fallo posterior, por una redacción gramatical, inteligible y racional, que se comprenda semántica y léxicamente y que elimine toda oscuridad, incoherencia y ambigüedad, que la haga ininteligible en todos o algunos de sus pasajes importantes de la narración fáctica, pues de suceder así, incurrirán en el defecto que señala el artículo 851, núm. 1.º, de la Ordenanza procesal, que debe purgarse, anulando la resolución, para su nueva y adecuada redacción, que elimine tal vicio, y que permita hacer, sin duda, el juicio calificador, y decretar el reproche judicial de la conducta, o estimarla no incurso en las normas penales sancionadoras. (Sentencia 22 febrero 1971.)

La sentencia penal, como acto lógico y jurídico, alcanza el trascendente fallo, reprochando o no la enjuiciada conducta humana, sometida al proceso criminal, como consecuencia de la previa calificación técnica de ella efectuada, al trasluz de las normas típicas penales, y que tiene a su vez que apoyarse y derivar esencialmente de la descripción de la misma en los hechos probados, establecidos según la convicción psicológica del Tribunal sentenciador, por lo que esta narración fáctica, como piedra angular de este importantísimo juicio, debe manifestar una redacción clara, precisa, inteligible y racional, en su léxico y sentido semántico, que repudie y margine toda oscuridad, confusionismo, ambigüedad e incoherencia que viciosamente impida conocer su sentido y dificulte la calificación penal, e incluyan en un fallo no asentado en base segura, porque en este último supuesto se originará el quebrantamiento de forma que delata el artículo 851, número 1.º, de la L. E. Crim., y que impide la formación racional y justa del reproche culpabilístico judicial. (Sentencia 12 febrero 1971.)

b) *Narración correcta de los hechos probados*: Para cumplir lo ordenado en la regla 2.^a del artículo 142 de la L. E. Crim. y no incidir en la causa de casación que ofrece como primera el número 1.^o del artículo 851, los Tribunales han de exponer clara y terminantemente los hechos que han de ser calificados para dejar establecido lo que es estimado delictivo o lo que se entiende penalmente irrelevante y facilitar a la Sala de casación la misión revisora que le está atribuida; mas lo que no cabe exigir, so pretexto de oscuridad narrativa, es que los juzgadores amplíen sus relatos si la omisión no crea oscuridad ni impide advertir a través de lo expuesto y de manera cierta lo que se reputó probado, porque además de que en tal caso no cabe decir que se cometió el quebrantamiento de forma, pudiera suceder que la prueba, por insuficiente, no brindara posibilidad de llenar el supuesto vacío fáctico sin violentar la conciencia del Tribunal sentenciador que es la que ha de operar para la valoración de la practicada, según el artículo 741; y entendiéndose que al decir la sentencia que el recurrente se afilió a la E. T. A. en fecha no concretada, limitando su actuación a dar cobijo a distintos miembros de la misma, a cotizar y a trasladar consignas a otros cofrades, expuso los hechos en forma procesal correcta. (Sentencia 6 febrero 1971.)

c) *Planteamiento de la tesis*.—Asentándose el proceso penal, sobre el esencial principio acusatorio, que permita la defensa del reo e iguale a las partes dentro del debate, dirigido a la justa resolución del "dubio", es lógico que se impida sancionar a los Tribunales punitivos, por un delito más grave que el que hubiera sido objeto de acusación, a menos que previamente se haya hecho uso de la facultad establecida en el artículo 733 de dicha ordenanza procesal planteando la tesis, pues así lo proclama expresamente, bajo amenaza de quebrantamiento de forma, el artículo 851, número 4.^o, de la misma; pero esta limitación no tiene razón de ser, cuando el Juez penal estime la presencia de circunstancias atenuantes o agravantes, no solicitadas o acusadas por las partes, ya que dicho artículo 733, en su párrafo 3.^o, expresamente permite a aquél su aceptación y valoración de oficio, al no alterar la naturaleza jurídica de la figura delictiva calificada, concediéndole un libre arbitrio, para recoger las que estime presentes, en las conductas juzgadas, sin precisión de que dichas partes las propugnaren con sus pretensiones previas, y poniendo en poder del Juzgador un medio muy eficaz de libertad de criterio para mejor valorar lo acaecido, que pueda atender a conocer y sancionar la verdadera dimensión en estimativa penal de lo ocurrido, con superior justicia y sin lesión de ningún derecho.

Otorgando a su vez efectividad a esta posición doctrinal, bien conocida y mantenida en esencia, entre otras, en Sentencias de 4 diciembre 1934, 22 noviembre 1935, 30 mayo 1949 y 25 abril 1955, es evidente que procede rechazar el segundo motivo del recurso, apoyado en dicho artículo 851, número 4.^o de la Ley de ritos criminal, puesto que el Fiscal le acusó como autor del delito de aborto agravado del artículo 415 del C. P., en relación con el 413, sin circunstancias modificativas, y solicitó para él la pena de seis años de prisión menor y multa de 200.000 pesetas, además de la inhabilitación especial, y la Audiencia le impuso menor pena, porque redujo aquélla a cinco años y cinco meses, y la multa a 50.000 pesetas, por lo que cuantitativamente no puede

asegurarse que le penara por delito más grave, sino el mismo y en menor extensión sancionadora, y si jugó de oficio la agravante de precio, pudo estimarla —y contra su existencia en motivo de fondo no se recurre—, por permitirle la dicción del artículo 733 citado, y la doctrina de esta Sala, sin que ello produzca el quebrantamiento de forma denunciado, al margen de todo apoyo legal. (Sentencia 25 enero 1971.)

d) *Cuántía de los perjuicios*: a') *Principio de congruencia*: Aun cuando los artículos 103 y 104 del C. P. facultan a los Tribunales para regular con plena soberanía, el importe de los perjuicios morales provenientes de delito, se sobreentiende, salvo casos de extraordinaria excepción, ha de verse limitado dicho libre arbitrio a los pedimentos efectuados por las víctimas o por los que accionen en su nombre, en el supuesto contemplado a lo solicitado por el Ministerio Fiscal, cifrando la indemnización civil a favor de los herederos del fallecido víctima del accidente, en la suma de 300.000 pesetas por ser preciso conozca el procesado la cantidad que se le reclama, dándole posibilidad de defensa, alegando cuanto convenga a su derecho, según lógicamente se desprende de todo sistema acusatorio, basado no solamente en preceptos de carácter sustantivo penal, sino también apoyado en otros de naturaleza procesal, en armonía con lo dispuesto en los artículos 650 y 742 de la L. E. Crim., determinando se concrete la cuantía de los perjuicios causados, para poder llegar a concederlos y se resuelvan en congruencia con los escritos de conclusiones definitivas. (Sentencia 27 enero 1971.)

b') *Subsanación de errores aritméticos*: Resultando clara y terminantemente de la narración histórica que la defraudación se elevó a 6.089.149 pesetas, el fallo concedió, no obstante, a la entidad perjudicada una indemnización de 4.589.149 pesetas; diferencia debida, sin duda alguna, a que en la operación aritmética de suma se omitió como sumando la cantidad de 1.500.000 pesetas importe de uno de los cheques indicados en el ap. C), que el procesado, en su exclusivo provecho, cobró; incidió, pues, el Tribunal "a quo" en error y es de estimar que el único motivo del recurso, por cuanto que no se va contra facultad discrecional del juzgador que fuera utilizada en base de un mal o daño sin fijación fáctica económica en el "quantum", sino en defensa de la verdad procesal contenida en los hechos probados para dar a la Sociedad defraudada la correspondiente satisfacción económica por vía de indemnización, que no por la de reparación por no existir cosa recuperada que poder devolver. (Sentencia 5 febrero 1971.)

e) *Aclaración de sentencia: Límites de esta vía*: Las sentencias criminales asentadas primariamente sobre la adecuada descripción del acaecimiento humano enjuiciado, no pueden en su narración de hecho contener contradicciones entre dos pasajes, que se excluyan entre sí, lógica y semánticamente, por oponerse, repeliéndose recíprocamente, al resultar de imposible coordinación por su insalvable antitetismo, pues de suceder tal desviación, se produciría el quebrantamiento de forma establecido en el artículo 851, número 1.º, de la Ordenanza procesal; y esta contradicción puede producirse, entre lo declarado en el hecho probado de la sentencia y el auto aclaratorio de la misma, determinado en el artículo 161 de la citada Ley de ritos, porque al tratarse por ésta de dar sentido a cualquier concepto oscuro, suplir cualquier omisión o recti-

ficar alguna equivocación importante, sin llegar nunca a la variación de la resolución que se aclara, ni a alterar fundamentalmente su fondo, lo que debe producir es una complementación de aquélla en su expresividad y sentido, y si se rebasa tal alcance, produciendo una "contradictio in terminis", entre el hecho probado de la sentencia y el fijado aclaratoriamente por el auto posterior, con oposiciones insalvables entre ellos, o variaciones no consentidas por la misma virtualidad y alcance de la aclaración, se produce tal defecto, y sus nocivas consecuencias tienen que ser corregidas a medio de la anulación de las resoluciones, para que se proceda a eliminarlas, dejando persistente el relato del hecho probado del variado o contradicho, para que el juicio calificador sea puro y bueno, así como el adecuado acuerdo imperativo, y debidos ambos a lo que el derecho manda y la lógica impone. (Sentencia 12 febrero 1971.)

III. PARTE ESPECIAL

1. PROCESOS ORDINARIOS: *Juicio común por delitos*: A. *Artículos de previo pronunciamiento*: La pretendida nulidad de actuaciones no puede ser materia del artículo de previo pronunciamiento, dado los términos estrictos del artículo 666 de la Ley, donde dice que serán "tan sólo" objeto de artículos de esa clase las cuestiones que enumera. (Auto 22 enero 1971.)

B. *Denegación de pruebas*: *Plazo para formular la protesta*: Aunque el artículo 659 de la L. E. Crim. no señale el plazo durante el que debe efectuar la protesta que permita, en su día, interponer el recurso de casación contra los autos denegatorios de la admisión de pruebas en el proceso ordinario, la jurisprudencia de esta Sala, en sus Sentencias de 17 junio 1932, 3 febrero 1951 y 15 febrero 1963, ha señalado el de cinco días como máximo, porque es el que se concede para recurrir contra los autos de las Audiencias, pues además nunca pueden quedar sin plazo el ejercicio de los derechos y el indicado es suficientemente amplio a tal fin; y como el auto denegatorio de la prueba propuesta por el recurrente, se le notificó a su Procurador el 20 enero 1968, y su protesta la formuló en escrito de 10 febrero siguiente, es obvio que la ejercitó cuando su derecho estaba precluido, por lo que no puede examinarse la procedencia de su primer motivo apoyado en el número 1.º del artículo 850 de la L. E. Crim. por faltar la condición habilitante, exigida tanto en el artículo 855, párrafo 3.º, como en la causa 4.ª del artículo 884 de la misma, debiendo inadmitirse. (Sentencia 23 marzo 1971.)

2. JUICIO DE FALTAS: *Efectos de la sentencia en causa posterior por delito*: Resolviendo la pretensión ejercitada por las partes acusadoras, la sentencia penal satisface, positiva o negativamente, el "ius puniendi" del Estado, condenando o absolviendo al inculpado, en resolución que, al ganar firmeza, genera el trascendente efecto de crear la cosa juzgada, en relación con los hechos y conductas que fueron objeto de ella de forma tal que ningún órgano jurisdiccional puede valorar otra vez los propios actos, admitiendo a examen pretensiones idénticas, en nuevo y distinto proceso que el anterior, ya que el esencial principio humanitario del "non bis in idem", imposibilita dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes, sobre el propio tema o el mismo objeto procesal, en atención a los indeclinables derechos de todo ser humano, de ser

juzgado únicamente una vez por su actuación presuntamente delictiva, y a la importante defensa de los valores de seguridad y justicia, que dominan el ámbito del proceso criminal. La imposibilidad de dos procesos diferentes y de dos resoluciones distintas sobre el mismo objeto procesal —efectos negativo y positivo de la cosa juzgada— sobre la base de las identidades, subjetiva, objetiva y de pretensión —*eadem personae, eadem res, y eadem causa petendi*— con el efecto característico de no poder seguirse y decidirse un proceso posterior, cuando se haya resuelto con firmeza otro anterior, exige además otro presupuesto indispensable, cual es que la resolución precedente haya sido dictada por Juez que posea jurisdicción y competencia objetiva suficiente, para actuar y decidir, pues si la sentencia la dicta un Juez Municipal, que sólo la posee para conocer de los juicios de faltas, y fallar sobre infracciones veniales, según el artículo 14, número 1.º, de la L. E. Crim., haciéndolo en relación a hechos que deban calificarse como estrictos delitos, atribuidos en su conocimiento exclusivamente a los Jueces de Instrucción o a las Audiencias Provinciales, en los números 2.º y 3.º de dicha norma, es evidente que, por radical ausencia de jurisdicción resulta nula tal resolución, que no puede impedir que se persiga posteriormente el propio hecho valorado como delito, por ser la decisión dictada con notoria incompetencia, y en virtud de una pretensión distinta, de la que con arreglo a ley vinculante, correspondía ejercitar, ya que tales Jueces municipales carecen ciertamente de facultades para conocer de los delitos, y sus decisiones no pueden producir sobre éstos los efectos de la cosa juzgada, porque no le está atribuido el deber de juzgarlos, por lo que su conocimiento y decisión se ejercitó indebidamente y con desafuero, sobre ellos por el procedimiento de las faltas; nulidad de pleno derecho, por carencia de jurisdicción, que impide que pueda purificarse la sentencia anterior, por el consentimiento de las partes, a no recurrirla de manera ordinaria o extraordinaria, por tratarse de un acto nulo, al que afecta lo dispuesto con carácter general, en el artículo 4.º del Código Civil, y al que el orden público procesal impide toda clase de convalidaciones, sean expresas o sean tácitas, al no poder aquellas partes disponer con eficacia en materia que sobrepasa a sus particulares intereses, e ingresa en los derechos públicos jurisdiccionales improrrogables. Esta doctrina, que bajo la fórmula de que la sentencia dictada en un juicio de faltas, absuelva o condene no produce excepción de cosa juzgada, en la causa posterior por delito, en que se proceda por el mismo hecho y contra el mismo inculpado, por ausencia de jurisdicción en el Juez Municipal para fallar sobre ésta más grave infracción criminal, ha sido establecida en sentencias de esta Sala de 30 septiembre de 1886, 27 enero 1887, 12 enero 1906, 31 enero 1925 y 12 abril 1930, que desconoció, sin razón alguna, la resolución recurrida, por lo que dando aplicación a la posición jurídica hasta aquí expuesta. (Sentencia 24 marzo 1971.)

3. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: *Recurso de casación*: A. *Resoluciones contra las que procede*: El recurso de casación se construye en la L. E. Crim., con base en el principio de la legalidad, porque en los artículos 847 y 848 se determina circunscritamente, las resoluciones que pueden ser objeto del mismo, sin posible extensión a otros supuestos que los “*numerus clausus*” enumerados

dentro de su diverso articulado y en el segundo de tales norma sólo consiente que se articule la casación, por infracción de ley contra los autos definitivos, en los casos en que la misma ley lo autorice de manera expresa, por lo que resulta indispensable que al formularla se precise la norma que permita el recurso, y que ciertamente ésta, de manera clara y directa, lo conceda. Dando efectividad a esta doctrina, es claro que procede no admitir la formulación del recurso de casación que se propone con apoyo en el artículo 849, número 1.º, y violación del artículo 4, e imprecisa cita del artículo 676, todos de la ordenanza procesal, ya que en ninguno de los artículos que regulan las cuestiones *prejudiciales* —3 a 7 de la propia Ley— se otorga expresamente y como era menester, recurso de casación, contra las resoluciones que dicten las Audiencias inadmitiendo las que se hubieren propuesto, y el referido artículo 676 se remite al 666 que determina circunscritamente los artículos de previo pronunciamiento que regula y sus efectos, y recursos, en ninguno de los cuales se acoge “*nominatim*” como era menester, las cuestiones *prejudiciales*; siendo este criterio de inadmisión de recurso de casación, contra las decisiones sobre cuestiones *prejudiciales*, el sostenido con reiteración y sin excepciones, por esta Sala, en sus resoluciones, entre otras, de 16 abril 1888, 14 mayo 1895, 8 noviembre 1899, 18 diciembre 1901, 25 octubre 1916, 21 marzo 1917, 1 mayo 1941, 1 junio 1944, 3 marzo 1955 y 13 enero 1969, que incluso niegan la procedencia de tal recurso, al dictarse la resolución de fondo, con cuestión *prejudicial* dentro del proceso, sobre éstas, porque sólo sirven para reflejar hechos, y no pueden ser objeto de errores de derecho de carácter sustantivo, que son las que dan lugar a la casación ejercitada por la vía de dicho art. 849 núm. 1.º. (Auto 12 enero 1971.)

B. *Recurso del Fiscal en beneficio del reo*: En uso de la excepcional facultad, que como última y suprema garantía confiere a los recurrentes en casación, económicamente débiles, el artículo 876 de la L. E. Crim., a pesar de la respetable opinión de los dos Letrados previamente designados en torno de oficio, el Ministerio Fiscal, en beneficio de los condenados, ha interpuesto el presente recurso, que de otra manera hubiera tropezado con el obstáculo *difficilmente* superable de la posición, contradictoria de la impugnación que mantuvo como parte acusadora el Fiscal de instancia, pero que no vincula en el presente, puesto que aunque interpuesto y defendido este recurso por el Ministerio Fiscal, no lo hace en posición acusadora, sino como muy bien recalca la Ley, en defensa de los recurrentes inasistidos, siendo por consiguiente, por medio de esta ficción legal un recurso de parte distinta al Ministerio Fiscal y soslayándose así en buenos términos de Derecho, la aparente y en contradicción que supondría que contra unidad del Ministerio Fiscal se hubiera en conclusiones de instancia solicitado el abono de indemnizaciones civiles como consecuencia del ilícito libramiento de cheques en descubierto, y que en el recurso, siguiendo acertadas directrices de la Fiscalía del T. S., se impugne la *concesión, en el fallo controvertido, de indemnizaciones civiles* que como seguidamente se va a razonar no debían decretarse, pues repetirlo importa. no es igual la posición que mantuvo el Ministerio Fiscal en la instancia que en esta contradicción, pues en aquélla ejercía su función acusatoria y en ésta en otra variante de sus deberes actúa protegiendo a los desvalidos en el proceso,

encabezando y defendiendo la posición de los recurrentes, estando subsanada la falta de presentación de copias. (Sentencia 12 febrero 1971.)

C. *Exigencias del escrito de preparación*: a) *Sobre las particulares del documento auténtico*: El párrafo 2.º del artículo 855 de la L. E. Crim. obliga a quien impugna la sentencia de instancia por error de hecho en la apreciación de la prueba, a designar en el escrito de preparación, sin razonamiento alguno, el particular o particulares del supuesto documento auténtico que revele el aducido error, y no puede suplir esa exigencia por apreciaciones subjetivas sobre lo que, a su juicio, el referido documento demuestre, pues que la equivocación del Tribunal "a quo" al establecer sus declaraciones fácticas ha de quedar en dicho momento procesal denunciada con la precisa designación de las contrarias e indubitadas del documento que las comprenda, a fin de que, en su momento, pueda la Sala de casación contemplar unas y otras declaraciones —que no las de la sentencia y las de apreciación del impugnante— para descubrir si entre ellas existe verdadera contradicción e incompatibilidad, y ver, en su caso, si se omitieron en la sentencia extremos de hecho resultantes del documento auténtico que debieron comprenderse en ella. (Auto 28 enero 1971.)

b) *Sobre la promesa de constituir depósito*: En el artículo 857 de la L. E. Crim contiene dos párrafos para los dos supuestos en que puedan encontrarse los recurrentes, el primero referido a los solventes, donde se exige que en el escrito de preparación de los recursos de casación se consigne la promesa de constituir el depósito que establece el artículo 875, y el segundo para los declarados en estado de insolvencia, en donde se impone la obligación de pedir al Tribunal que se haga constar expresamente tal circunstancia en la certificación de la sentencia que se expida para tramitar el recurso, y se contraiga además la obligación de responder del importe del depósito que se deba constituir si "se llegase a mejor fortuna", requisitos que fueron omitidos en el escrito presentado a nombre del procesado Alberto C., donde sólo se decía que formulaba la promesa de constituir el depósito que establece el citado artículo 875, sin hacer la menor referencia a su estado de insolvencia ni contraer la obligación mencionada, con lo que se infringió al preparar el recurso ese artículo 857, quedando incurso en la causa de inadmisión cuarta del artículo 884 de la misma Ley procesal; sin que pueda estimarse subsanado tal defecto con la promesa que se hace sobre el particular en el escrito de interposición, no sólo por no ajustarse al concepto de obligación exigido por la Ley, y estar hecha en forma dubitativa olvidando la declaración de insolvencia que contiene la sentencia, sino porque ese requisito en unión del otro de la petición dicha, han de consignarse en el escrito de preparación y no después, acarreado su omisión el defecto procesal de impedir la admisión del recurso de acuerdo con el citado artículo 884 que así lo ordena de un modo preceptivo en los casos en que no se hayan observado los requisitos que la Ley exige para su preparación. (Auto 11 marzo 1971.)

D. *Inadmisión de cuestiones nuevas*: Las partes acusadoras de instancia no están autorizadas para plantear en casación cuestiones nuevas, que pudieron y debieron formularse ante el Tribunal de instancia y ante el que se concreta el "dubio" y el "petitum", porque si se permitiera anacrónicamente el ejercicio

de nuevas pretensiones punitivas o civiles, variando sustancialmente el ámbito del debate, se protegería un interés "per saltum" y se desconocería la vinculación a los propios actos, así como la fijeza y seriedad del proceso y la necesaria lealtad procesal, con lesión indudable del principio acusatorio que gobierna esencialmente todo el proceso criminal, y que se inspira en el equilibrio de las partes que en él intervienen, a fin de evitar la indefensión del acusado, porque con el cambio pretensional en la casación se eludiría su oposición y buena defensa, falseándose la función revisora que ha de realizarse sobre las pretensiones y calificaciones efectuadas ante la Audiencia y por ella resueltas. (Sentencia 12 abril 1971.)

E. *Casación por infracción de Ley*: a) *Al amparo del Artículo 849, número 1.º*: Si el artículo 849, número 1.º, sólo admite el recurso por infracción de ley, cuando se hubiere aplicado indebidamente, o dejado de aplicar un precepto penal de carácter sustantivo, u otra norma jurídica del mismo carácter que deba observarse en la aplicación de la ley penal, es obvio que se refiere, en el primer inciso, a preceptos contenidos en las Leyes Penales especiales, a que se remite el artículo 7 del mismo cuerpo legal, y en el segundo, a preceptos sustantivos, que se han infringido al igual que los penales, porque estos últimos no se aplicaron en relación con aquellos preceptos sustantivos no penales, que los integraban o complementaban de manera obligatoria e imperativa, y cualquiera que sea su condición —civil, mercantil, administrativa canónica, etc.—; por lo que ambas normas penales y extrapenales complementarias deben siempre ponerse y estar en relación constitutiva o integradora. (Auto 29 abril 1971.)

b) *Al amparo del artículo 849, número 2.º*: a) *Doctrina general sobre documentos auténticos*: Para que en casación se puedan cambiar, alterar o agregar los hechos declarados probados en la sentencia que por su soberana convicción psicológica establezca la Audiencia, interpretando en conciencia con libre criterio el resultado de las pruebas articuladas en el proceso penal, es enteramente indispensable que los nuevos hechos a proclamar, deriven de indiscutibles documentos auténticos, por su constitución formal y por su inequívoco valor intrínseco, que hayan sido indebidamente preteridos, sin que les afectare el conjunto de la otra prueba, y además que esos nuevos o alterados hechos sean trascendentes por oponerse a los declarados beneficiosamente, en favor de la parte que los invoque, siendo, por tanto, no inútiles y por fin que tienen que resultar directamente expresados en la prueba preconstituida, sin poder recurrir a aventuradas deducciones, extensiones o presunciones que determinan un resultado que no está expuesto determinadamente en el documento invocado y veraz. (Sentencia 23 marzo 1971.)

Sólo puede atenderse por la vía del número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., al documento auténtico, cuando sea radicalmente cierto, veraz y fehaciente, a la vez que pretérito y no desvirtuado por otras pruebas, para que se acoja su contenido y se modifique la convicción psicológica de la Sala sobre los hechos probados, expuestas, pues sólo así manifestará el error sufrido en la apreciación de las justificaciones procesales; pero a tal fin, es necesario que el documento literosuficiente, proclame una radical y diferente oposición entre su contenido cierto, y lo que el relato judicial exprese, de manera directa

y clara, sin necesidad de recurrir a hipótesis o deducciones más o menos aventuradas, que puedan ser falibles, y que impiden dotarle de la exactitud indispensable para suprimir la libertad de creencia fáctica del Juzgador. (Sentencia 30 enero 1971.)

Los documentos auténticos, para que demuestren el error evidente en que haya podido incurrir el juzgador, requieren que contradigan esencialmente los hechos declarados probados por éste, sobre circunstancias influyentes en el delito o en las responsabilidades que configuren al mismo o de él deriven, y además que esa modificación de su libre convicción, por haber preterido pruebas preconstituidas de certeza indudable, surja con evidencia y claramente, sin necesidad de recurrir a deducciones o presunciones, más o menos lógicas, pero que por integrar a medio de juicios, no directos, su contenido, puede dar lugar a inveracidades, o a valoraciones de mera posibilidad, ajenos a la certeza precisa. (Sentencia 12 marzo 1971.)

Son documentos auténticos a efectos del recurso de casación del número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim. aquellos que por su origen procedan de las personas legitimadas para dar fe de sus actos y que reúnan las indispensables formalidades intrínsecas, manifestando por su contenido extrínseco una justificación o fe, de indudable certeza, por ser plena e inatacable, al hacer perenne un acaecimiento hacia la posteridad, con acomodación absoluta entre su expresión y lo sucedido en la vida real, por contener una declaración de absoluta verdad, y no una mera manifestación de voluntad. (Sentencia 16 febrero 1971.)

b') *Diligencia de inspección ocular*: Para que el documento auténtico no contradicho por otras justificaciones probatorias, pueda actuar por el cauce del número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., borrando la apreciación notoriamente errónea del órgano jurisdiccional que al sentenciar omitió su privilegiado contenido o ilógicamente lo desvirtuó al efectuar la valoración de las pruebas y la exposición de su íntimo y personal resultado del proceso de convicción psicológica, requiere para su acogida, cuando se trate de la diligencia de inspección ocular en accidentes de tráfico, que en ella consten claramente expresados los datos omitidos en la resolución, que tengan condición de objetivos y ciertos, por observarse de "visu" e inequívocamente por el Juez. en su cuantía, medida o localización, y siempre con idéntica a como estaban en el momento de acaecer el evento, pues sólo así representan verdades intrínsecas indiscutibles, que no pueden desconocerse por reflejar una realidad topográfica o material detallada e indudable, pero no pueden servir a tal fin las meras deducciones sobre ellas establecidas, o afincadas en bases inciertas o mutables, o las presunciones que contengan una opinión más o menos fundada de probabilidad o posibilidad, por ser incompatibles con la verdad absoluta, dado su falibilidad y abocamiento al error, pues este modo de proceder no es viable para oponerse a la libre formación de la conciencia, de la que goza la Audiencia en la interpretación de la prueba, que por tanto no puede destruirse. (Sentencia 15 abril 1971.)

c') *Documentos posteriores a la sentencia impugnada*: El recurso de casación fundado en el número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., además de

exigir que el escrito de preparación del mismo se precise el documento auténtico y sus particulares que demuestren el error de hecho, por imponerlo así el párrafo 2.º del artículo 855 de la propia ordenanza, también requiere indudablemente por su propia literalidad y naturaleza que la equivocación evidente del Juzgador se deba a que, en la apreciación de las pruebas, haya preterido el prevalente contenido de un documento de tal clase que el Tribunal tuviera a su disposición en las actuaciones, antes de dictar sentencia, pues de otra manera con arreglo al contenido de aquéllas no se pudo equivocar, razón por la que no puede impugnarse por dicha vía el posible error, con apoyo en documentos posteriores a la resolución recurrida, y que la Sala no tuvo presentes, y, por tanto, no pudo conocer al fallar, siendo el único cauce posible para este especial supuesto, el que marca el recurso extraordinario de revisión establecido en el número 4.º del artículo 954 de la citada Ley de trámites, que permite la acogida de nuevos hechos o elementos de prueba no valorados en el proceso penal, y que evidencien la inocencia del condenado, que tiene requisitos peculiares y diferentes a los del recurso de casación. (Auto 12 enero 1971.)

d') *Otros documentos*: Como la certeza que ha de integrar al documento auténtico, debe derivar de su mismo contenido al proclamar para todos una verdad incontrovertible, por encerrar una realidad que no pueda ponerse en duda, es evidente que de esta condición no participan ni las resoluciones judiciales dictadas en procesos civiles en cuanto a los razonamientos más o menos acertados de los Jueces sobre valoración de pruebas, por tratarse de una mera opinión personal, y aun con mayor razón, cuando han sido revocadas y dejadas sin efecto por Tribunal Superior, ni tampoco las demostraciones, informes y resoluciones del Registro de la Propiedad Industrial, concediendo un modelo industrial en relación a si es distinto o no de otro anterior, pues de acuerdo con los artículos 165, 166 y 183 de la Ley citada, se conceden sin examen previo de novedad, ni utilidad y sin perjuicio de terceros, por lo que la apreciación de sus acuerdos no es vinculante para los Tribunales, y constituye una prueba más a valorar discrecionalmente y sin privilegio alguno sobre las otras articuladas, aun con superior razón cuando se trate de poner de relieve las diferencias o coincidencias entre modelos diversos, que por ser una cuestión fáctica pertenece a la libre estimación soberana de la Sala de instancia, que apreciara ponderando el conjunto de la prueba. (Sentencia 30 enero 1971.)

F. *Casación por quebrantamiento de forma*: a) *Al amparo del artículo 850, número 1.º: Casuística sobre denegación indebida de pruebas*: Dado que el Tribunal de instancia no exteriorizada en el auto denegatorio las razones que le han servido de base para rechazar las pruebas propuestas, pues se limita en la parte dispositiva del mismo, sin ninguna argumentación que le sirva de fundamento en el lugar adecuado de la resolución, a decir; después de admitir las pruebas declaradas pertinentes en el primer considerando, declarándose la impertinencia de las demás propuestas por las partes en sus respectivos escritos de calificación, por lo que examinadas con detenimiento las actuaciones y las razones que expone el recurrente en apoyo de sus pretensiones, se llega a la conclusión de que es conveniente admitir en parte las pruebas que le fueron denegadas para evitar la indefensión alegada por el im-

pugnante en acusaciones tan graves como las que se le hacen, con penalidad de suma gravedad, pues tienden las dichas pruebas a servir de cimiento al propósito del procesado de acreditar su inocencia, al ponerse de manifiesto la autenticidad o no de determinados recibos que pueden representar un indebido ingreso al Tesoro por el recurrente; quien sea la parte perjudicada, ni la Diputación Provincial o el Tesoro Público, e incluso que no exista la defraudación, por la que aparezca de la resolución del recurso Económico-administrativo que inició aquella Corporación; la posible veracidad de unos pagos realizados por contribuyentes, y por unos recibos que no estaban incluidos en las relaciones de las cuentas presentadas fueron cobrados con posterioridad a los contribuyentes, y la no intervención del recurrente en la rendición de cuentas del primer semestre de 1960. Toda esa prueba podrá dar o no el resultado favorable que espera el recurrente o pueda incluso o serle desfavorable o resultar inocua y su práctica no merma las facultades de la Sala sentenciadora para apreciar la prueba en su conjunto y con arreglo a su conciencia única y guía y límite de su actuar, pero son de tal importancia, que en asunto de tanta gravedad, es conveniente su práctica para no producir la posible indefensión del procesado, siendo de acoger todos los que en el recurso propone, a pesar de su complejidad y abundancia, excepto los que presenta en el apartado A), referente a acreditar los cheques pagados por varios Bancos, con cargo a las cuentas corrientes del recurrente, pues el mismo reconoce que se han tenido presentes en la valoración de la prueba y se proclama en el relato que entregó como avalista la cantidad que justifica e incluso superior. (Sentencia 25 enero 1971.)

Se solicitó como prueba orden del Juzgado de Talavera para hacer constar testimonio de diversos particulares del juicio ejecutivo seguido contra el procesado, que se admitió para librar carta-orden al Juzgado, lo que no aparece cumplimentado, y en el acto del juicio oral se pidió la práctica de la prueba, que al no ser admitida determinó protesto de la parte que con tal prueba trataba de demostrar que el procesado entregó bienes a un legítimo acreedor, pero no lo hizo maliciosamente desaparecer; motivo a cuya admisión se ha adherido el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, y que debe ser acogido porque, en efecto, no cuidó el Tribunal de Instancia, después de librar el oportuno despacho al Juzgado de Talavera de la Reina, de cuidar la reclamación de la devolución del mismo para antes del juicio oral, y pedida la suspensión por la parte para su aportación, fue denegada, sin dar lugar a la parte que pudiera probar lo que se proponía, por lo que la sentencia consignó como hecho probado que hizo desaparecer todos sus bienes, habiendo en este caso, según la doctrina de las SS. de 6 mayo de 1960 y 30 abril 1965, una indefensión. (Sentencia 9 febrero 1971.)

b) *Al amparo del artículo 850, número 2.º: Testigo condenado como responsable civil subsidiario:* Se aduce que fue citada para el juicio oral en concepto de testigo, pero no con el carácter de responsable civil subsidiaria; por no haber sido declarada como tal, por lo que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones, no la consideró como tal, pero, no obstante todo ello, el Tribunal de instancia la condena como tal responsables civil subsidiaria de las consecuencias económicas de la muerte de una persona que montaba la motocicleta

que se dice en los hechos probados, resultando que esta condena se ha pronunciado sin haber sido oída la parte recurrente; motivo de impugnación que ha apoyado en todo el Ministerio Fiscal, y que es de acoger, porque la parte interesada recurrente manifiesta que pretendió ser parte en el procedimiento presentando escrito que no fue proveído, y que sólo asistió al juicio en concepto de testigo, aunque en realidad era también perjudicada por los daños sufridos en el autocar de su propiedad que conducía el procesado, y como en virtud de la doctrina de esta Sala —SS. de 4 marzo 1941, 29 mayo 1945, 14 noviembre 1964 y 17 noviembre 1965—, en este motivo de recurso están incluidas en el motivo casacional las normas de vicios “in procedendo” que son análogas o de mayor entidad que las previstas en el precepto legal, y aquí hay que entender que no puede condenarse a parte alguna sin ser previamente citada y ser oída, procede aceptar el motivo de quebrantamiento formal que se alega, para evitar resultado contrario a los principios más elementales del proceso, y en consecuencia reponer las actuaciones en todo lo que sea necesario para que, declarándose en su caso responsable civil subsidiario a la parte recurrente, se celebre nuevo plenario y juicio en que figure la recurrente con tal carácter, siguiendo después los trámites legales. (Sentencia 23 febrero 1971.)

c) *Al amparo del artículo 851, núm. 1.º: a) Falta de claridad de los hechos probados:* Toda sentencia que resuelva un proceso penal, como acto lógico y jurídico trascendente, ha de manifestar la indispensable claridad en su contexto, y muy especialmente en la descripción de las conductas juzgadas en los hechos probados, de manera tal, que su redacción resulte comprensible, inteligible y racional en su léxico y sentido semántico, sin presentar confusivismos, oscuridades o inconexidades, que impiden comprender su sentido, y dificulten su calificación penal, en cuestiones que resultan esenciales para valorar el alcance de los acaecimientos sometidos a la decisión del Juzgador, pues si esa ausencia de claridad se refiere a descripciones inocuas, o relativas a conductas no juzgadas, o incluso absueltas de toda responsabilidad, sin recurrirse contra ellas, no producen el grave efecto que la falta de comprensión genera, por la vía del quebrantamiento de forma que ampara el artículo 851, núm. 1.º, de la L. E. Crim., ya que carecen de significación para el juicio de reproche culpabilístico, hacia el que se orienta la suprema decisión judicial de la sentencia. (Sentencia 28 enero 1971.)

(La claridad de las sentencias que pongan fin al proceso penal, necesaria para su comprensión, calificación y justicia, que permita conocer y ponderar el juicio del órgano jurisdiccional que la dictó y que suponga un relato de sus hechos probados lógico, inteligible y gramaticalmente racional, que sea contrario a la oscuridad, ambigüedades e inconexiones, que exige positivamente evitar: el artículo 851, núm. 1.º, de la L. E. Crim., bajo pena de quebrantamiento de forma, no puede confundirse con el deseo de las partes, de que se agregue a tales resoluciones hechos, datos o detalles, que los juzgadores, soberanamente no creyeron necesario consignar o que no estaban comprobados, pues tal falta no significa ausencia de claridad, y tiene otros cauces de manifestación procesal, distintos al indicado, de contornos netos y definidos. (Sentencia 13 febrero 1971.)

Las conductas humanas juzgadas penalmente, para que puedan ser objeto de justa valoración calificadora, que las reproche o libere de sanción punitiva,

han de estar claramente descritas en los hechos probados, a medio de un relato lógico y comprensible, de acuerdo al significado semántico de las expresiones y conceptos empleados, que marginen toda oscuridad, confusión o ambigüedad, que impida realizar en óptimas condiciones aquel trascendente juicio, pues de producirse estas inconexidades opuestas a la claridad, se incurre en el defecto de quebrantamiento de forma que acoge el núm. 1.º del art. 851 de la L. E. Crim.; pero esta protección de contenido cierto no puede extenderse más allá de su alcance esencial, fijado normativamente, y por consiguiente no es procedente cuando el relato de hecho de la sentencia sea claro y comprensible, quererlo ampliar o complementar con otros hechos que se dicen no recogidos y que debieron ser narrados también, pues si se trata de omisiones absolutas de cuestiones propuestas en instancia por las partes y que no se resolvieron, deben plantearse a medio de la casación que autoriza el núm. 3.º de dicha norma, y si se refieren a complementaciones parciales, entonces el camino es el del núm. 2.º del art. 849 de la misma ordenanza procesal, si existen en el proceso documentos auténticos que hayan sido preteridos y no desvirtuados por otras justificaciones, pues además estas agregaciones buscadas, no afectan a la realidad del relato efectuado por el Tribunal ni a su claridad, aunque puedan tener significación en cuanto al contenido total de la conducta juzgada, la que excede dicho núm. 1.º del art. 851. (Sentencia 16 febrero 1971.)

La falta de claridad arranca directamente de la omisión padecida en la redacción de la resultancia fáctica, del elemento subjetivo indispensable, para poder establecer acertadamente la tipificación de los delitos, si los procesados en el momento de entregar sus respectivos cheques bancarios al acreedor, conocían o no la existencia de fondos de cobertura en poder del librado para ser hechos efectivos y en su caso si lo realizaron a sabiendas o por negligencia, antecedentes necesarios para la calificación jurídica adecuada, por estar íntimamente relacionada con la cuestión a resolver; procediendo, por consiguiente, casar la sentencia recurrida que se anula, devolviéndose la causa a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, para que proceda a dictar nueva sentencia, cuidando de subsanar los defectos citados, pronunciándose afirmativa o negativamente sobre el esencial extremo del conocimiento de los procesados de la cobertura dineraria en poder del librado, cuando fueron entregados los talones bancarios. (Sentencia 26 abril 1971.)

Limitándose la sentencia "a quo" a declarar como hechos probados la manifestación que la menor hizo a su madre relativa a los actos que con ella realizara el procesado, pero sin hacer alusión fáctica alguna a la real intervención del imputado en tales hechos denunciados, es obvio que falta el antecedente necesario para resolver la cuestión en el fallo absolutorio que se pronuncia y, por ende la terminante y clara expresión de los hechos básicos para dicho fallo tal como se postula en el motivo casacional de forma contenida en el artículo 851, 1.º, inciso primero, de la L. E. Crim., en relación con la regla 2.ª del artículo 142 de la misma Ley Procesal, máxime si como denuncia el Ministerio Fiscal al alegar aquel motivo de quebrantamiento de forma, la sentencia de instancia nos dice luego en su primero y básico "considerando" que aquellos hechos declarados probados no son constitutivos del delito de abusos deshonestos ni de ningún otro, "por no haber resultado acreditada, en absoluto, la

realidad intrínseca de los mismos": con lo que quedamos sin saber si lo no acreditado es la realidad de la manifestación de la menor —después de afirmada, como probada, su existencia— o que no se ha llegado a probar el contenido de tal denuncia de la adolescente a su madre, lo que engendra ambigüedad y confusionismo incompatibles con aquella nitidez de la narración fáctica que la haga luego perfectamente compatible y congruente con la *quaestio iuris* y la conclusión o fallo de la índole que fuere, absolutorio o condenatorio; lo que obliga a esta Sala a estimar el motivo denunciado y ordenar que se reponga la causa al trámite de dictar nueva sentencia en que se observe la prevención procesal a que se contrae tal motivo. (Sentencia 14 abril 1971.)

La sentencia "a quo" no expresa clara y terminantemente los hechos que se consideran probados y, más concretamente, si la culpa de la colisión entre el camión y la bicicleta fue del procesado o de la víctima, pues afirmándose que el procesado conducía el camión por la carretera de Madrid a Cádiz, en tramo de 7,30 metros de anchura, con paseos terrizos y en subida, discutiendo en el mismo sentido que el ciclista, hombre de sesenta y cinco años, al que se propuso adelantar avisándole previamente con el claxon y que en el curso de la maniobra de adelantamiento, sin vehículo en dirección opuesta que pudiera dificultarla, ya que no se alude en el relato a tal obstáculo que, de existir, sería esencial constatarlo, se produjo la colisión entre el guardabarros posterior derecho del camión y el manillar de la bicicleta, lo que determinó la caída de ésta y la proyección de su conductor sobre el pavimento, sufriendo el ciclista como consecuencia fractura de la base del cráneo, causa de su fallecimiento en el mismo día; parece desprenderse que el procesado, sin causa plausible, pues en otro caso debió desistir del adelantamiento, lo verificó sin dejar el mínimo espacio de un metro entre ambos vehículos que ordena el reglamento circulatorio en su artículo 31, consecuencia lógica que, sin embargo, trata luego de eliminar la sentencia recurrida cuando afirma no haberse acreditado debidamente la distancia que mediara entre el camión y la bicicleta, ni las circunstancias concurrentes en la descrita colisión, siendo así que la versión dilemática del suceso no admite esta evasiva, ya que, bien fue el conductor del camión con espacio de maniobra suficiente, dada la anchura de la vía y tráfico despejado, quien no dejó la suficiente distancia en el momento de rebasar la bicicleta, o fue el ciclista quien por viraje o movimiento de oscilación brusco e incontrolado se echó sobre el camión, siendo de advertir, por lo demás, que el conductor de un vehículo de carga, como es un camión, debe extremar la precaución de guardar la distancia de seguridad prescrita en todo adelantamiento que realice, distancia que justamente se ordena en previsión de posibles desvíos propios de la marcha inestable de vehículos de dos ruedas, como son las bicicletas y motocicletas, por lo que al dejar en la penumbra el relato probatorio tan importante extremo para decidir o no la culpabilidad del procesado, en contra de lo ordenado en la regla 2.^a del artículo 142 de la L. E. Crim., complementada por la O. de 5 abril 1932, que en su apartado 8.^o prescribe que se acentúe la minuciosidad en la descripción de los hechos cuando de delitos de imprudencia se trate, y como en casos análogos ha estimado esta Sala —S. de 30 septiembre 1966, entre otras—, se impone la revocación de la sentencia recurrida y que se repongan las ac-

tuaciones al trámite de dictar nueva sentencia, como consecuencia de tal acogimiento casacional. (Sentencia 2 febrero 1971.)

b') *Contradicción entre los hechos declarados probados*: El quebrantamiento de forma que autoriza el núm. 1.º del artículo 851, inciso segundo, de la L. E. Crim., de producirse contradicción entre dos pasajes de los hechos probados, ha de ser de tal entidad, que las precisiones de conducta o juicios que emitan, se excluyan entre sí lógicamente y semánticamente, por oponerse de manera irreconciliable, repeliéndose recíprocamente, por no poder ser al mismo tiempo ciertas y falsas, derivando un antitetismo insalvable para la buena comprensión del Juzgador, que se encuentra con frases o conceptos que se destruyen al ponerlos en relación y que son de imposible coordinación; y si éste es su contenido, aparece claro, que ha de tratarse de meras cuestiones de hecho y nunca jurídicas, que tienen su vía en los recursos de fondo, y que además la alegación de la contradicción no puede servir, para proponer el examen e interpretación de pruebas obrantes en las actuaciones, tratando de desvirtuar las aseveraciones de la narración establecida por la convicción psicológica de la Sala de instancia, pues ello repugna a la esencia y alcance de este motivo, que no consiente esas desviaciones impropias de su contenido. (Sentencia 30 enero 1971.)

El vicio de forma que acoge el inciso 2.º del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., se produce, porque exista contradicción entre dos diferentes pasajes de los hechos declarados probados por el Juzgador de instancia, de manera tal, que las precisiones de conducta que respectivamente contengan, se excluyan entre sí, lógicamente y semánticamente, por oponerse de manera irreconciliable, repeliéndose recíprocamente, por no poder ser al mismo tiempo ciertas y falsas, derivando un antitetismo insalvable para la buena comprensión, pues las frases o conceptos enfrentadas, se destruyen al ponerse en relación, resultando imposible su coordinación; y de este contenido deriva, que ha de tratarse siempre de cuestiones de hecho y no jurídicas, y que no puede por medio de este motivo discutirse la posibilidad de realización de la acción dinámica del delincuente, cuando interviniendo varios, tenga manifestación plural, pues ello afectará a otras causas de casación, en especial a la ausencia de claridad, pero no a la indicada, ya que no puede decirse que la simultaneidad de las conductas o su sucesión temporal suponga "strictu sensu", contradicción alguna, y sí a lo más determinación de autoría. (Sentencia 1 abril 1971.)

La contradicción entre dos pasajes del hecho probado de la sentencia que se excluyen lógicamente y semánticamente, por oponerse entre sí, repeliéndose por su antitetismo insalvable y de imposible coordinación, que genere el vicio amparado en dicho artículo 851 núm. 1.º de la ordenanza procesal, porque algo no pueda ser y dejar de ser al mismo tiempo, no se pueda producir cuando se refieran los pasajes diversos a la determinación de conductas personales cambiantes cronológicamente y a fenómenos de atención compleja con distintas manifestaciones según estadios sucesivos en el tiempo, o a dicho fenómeno psíquico-físico, que puede existir sobre algo de lo observado más o menos difusamente y dejar de darse en otras manifestaciones a las que debía atenderse. (Sentencia 26 abril 1971.)

c') *Predeterminación del fallo*: Los conceptos jurídicos predeterminantes del fallo que prohíbe emplear en los hechos probados el artículo 851, número 1.º, de la L. E. Crim., porque elimina el mecanismo lógico argumental de la resolución, anticipando anacrónicamente la condena, son aquellas palabras, frases o vocablos que manifiestan estricta condición técnico-jurídica penal, con las que el legislador dio nombre o definió la esencia de la infracción criminal que expresa en el tipo, resultando su semántica significación, únicamente aprehensible a los juristas, y no a las personas de cultura común, porque no son propias del lenguaje ordinario, que es el que se debe utilizar al describir las conductas juzgadas, de lo que deriva que el quebrantamiento no existirá, si se repiten algunas palabras de la norma, que por su significación no son exclusivamente jurídicas ni tampoco cuando eliminadas mentalmente del relato fáctico, existan suficientes elementos descriptivos en él, como para decretar en adecuada calificación la existencia del delito reprochando, porque entonces resultaría inútil la casación, con la anulación y reposición de las actuaciones al momento de dictar sentencia, para corregir lo que en ella puede efectuarse, sin nuevas agregaciones de datos y economía de tiempo y actividad. (Sentencia 24 marzo 1971.)

Los conceptos jurídicos en los hechos probados que predeterminen el fallo de las sentencias criminales y que autorizan el quebrantamiento de forma establecido en el núm. 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., sólo lo constituye, como reiteradísimamente ha establecido la doctrina de esta Sala, cuando se usen expresiones o términos valorizados de estricta condición técnico-jurídica, que están empleadas en el tipo penal aplicado para tipificar la conducta juzgada, y que además constituyan la esencia de la infracción criminal, porque su significación semántica sólo sea aprehensible a los juristas y no también a las personas de cultura común, por resultar expresiones propias del lenguaje vulgar, pues sólo de aquella manera producirán la consecuencia prohibida de eliminar el mecanismo lógico argumental de la resolución con anacrónica anticipación de la condena; por lo que ni el de expresiones de condición jurídica no penal ni de palabras usadas por las normas reglamentarias aplicadas en la sentencia, ni por fin las de uso común, pueden dar lugar a ese vicioso proceder, repudiado bajo sanción tan severa. (Sentencia 26 abril 1971.)

La expresión "sin hallarse legalmente habilitado para ello", contenida en la narración histórica y referida a la actuación del recurrente, si bien indica ilegitimidad, no se contrae a la penal precisamente, pues ni está recogida en el tipo aplicado ni es equivalente a las comprendidas en él. (Sentencia 25 febrero 1971.)

Las palabras "vino apropiándose", utilizadas en la declaración de hechos probados de una sentencia condenatoria por delito de apropiación indebida es incorrecta, al ser el verbo "apropiar" nuclear de este tipo delictivo, según el concepto que del mismo da el Código, como se razona por el recurrente, pero no es suficiente esa incorrección para dar contenido al recurso de quebrantamiento de forma basado en la sustitución de los hechos por conceptos jurídicos predeterminantes del fallo cuando en el relato hay otras frases que prescindiendo de aquella locución, dan a conocer el hecho de la apropiación, idea de la que no puede prescindirse en la narración fáctica, ya que de otro modo

la sentencia sería incongruente, al condenar sin una declaración expresa de que el inculcado dispuso de la cosa ajena que tenía en su poder, o no habría posibilidad de castigar esta clase de delitos si se omitía tal declaración; y como ya se ha dicho por esta Sala que la simple coincidencia de palabras de la sentencia con las utilizadas por la Ley no es suficiente para tachar a aquélla de defectuosa, porque los Tribunales han de utilizar, al igual que el legislador, las palabras usuales del lenguaje para dar a conocer los hechos y las cosas con los nombres que le son propios, no hay que buscar en el uso de una palabra un motivo de casación, sino en el hecho de que suprimida esa palabra la narración quedaría sin contenido para tipificar el delito, cosa que no acaece en el caso que se contempla, donde se dice además que el procesado aplicó a atenciones propias el numerario y cheques que recibía como Jefe de ventas de determinada empresa, frase suficiente por sí misma para tipificar el delito por el que ha sido condenado. (Sentencia 8 febrero 1971.)

d) *Al amparo del artículo 851, núm. 3.º: No resolución de todas las cuestiones planteadas:* La Sala no tenía que resolver sobre los extremos que solicitó el recurrente referidos a las imputaciones que se hacían en la querrela que sirvió para iniciarlo, toda vez que lo que procede resolver en la sentencia que pone fin al juicio oral, es sobre las cuestiones planteadas en los escritos de calificación. (Sentencia 25 enero 1971.)

Se denuncia la falta de resolución de un punto de debate, pues en las conclusiones definitivas la parte recurrente formuló afirmación de que el Banco y sobre los mismos hechos a que se refiere esta causa, formuló querrela contra el procesado, tramitándose sumario en el que fue condenado el querrellado, resolución pendiente del recurso de casación, por lo que se alegaba que por un mismo hecho se iban a tramitar dos causas distintas contra la misma persona del inculcado; recurso también apoyado por el Ministerio Fiscal, y al que del mismo modo hay que acceder, porque efectivamente hecha en su tiempo tal alegación nada se recogió del extremo tan interesante y se dejó de resolver lo pertinente, desconociéndose si se trataba del mismo o diferente hecho. habiéndose expresado por el Letrado de la parte recurrente en el acto de la vista, que el recurso de casación se resolvió, dando lugar a la absolución del procesado, lo que pone también de relieve la necesidad de recoger este extremo trascendente para los efectos de la presente resolución. (Sentencia 9 febrero 1971.)

Las cuestiones no resueltas se concretan en la alegación de la eximente número 8 del artículo 8.º del C. P. y en las atenuantes números 1.ª, 4.ª y 10.ª del artículo 9 (artículo éste no citado por cierto en las conclusiones de la defensa ni en el escrito de interposición del recurso), a lo que hay que oponer que parte de tales alegaciones se hicieron de modo incompleto e intrascendente, pues, como es harto sabido, tanto las eximentes incompletas del número 1.º del artículo 9, como las atenuantes por analogía del número 10 del mismo artículo han de ser puestas en relación con las eximentes del artículo 8: las primeras y con las atenuantes específicas del artículo 9 las segundas, sin cuya conexidad carecen de base y efectividad; y, en segundo lugar que cuando la sentencia "a quo" señala en el "segundo considerando" que sólo concurre

(Termina en la pág. 214)

FERNANDEZ ALBOR, CASTILLO CASTILLO, SAINZ CANTERO, BARBERO SANTOS, RODRIGUEZ DEVESA: «Delincuencia juvenil». Universidad de Santiago de Compostela, 1973, 214 págs.

Este libro comprende una serie de conferencias sobre el Curso de Delincuencia Juvenil que se celebró en Vigo —agosto, 1972—, organizado por la Universidad de Santiago, bajo la dirección del profesor Fernández Albor, jefe del Departamento de Derecho penal, Criminología y Ciencia penitenciaria.

Antes de entrar en el contenido de los diferentes trabajos que componen la obra cabe resaltar que los penalistas españoles no han olvidado la Criminología. Siempre, salvo contadas excepciones, se han ocupado también de temas criminológicos, aunque, como es lógico, al ser profesores de Derecho penal, vengan dando preferencia a esta disciplina. En el presente libro tratan de un tema de actualidad, como lo es la delincuencia juvenil, fundamental en la criminalidad de todos los países y base de la delincuencia adulta. No olvidemos que, aunque gran parte de los delincuentes abandonarán el delito conforme se van haciendo mayores y van consolidando su personalidad, a la vez que se integran en el mundo laboral y social de los adultos, otros seguirán su carrera delictiva. Por todo ello, los países que tengan problema grave de delincuencia juvenil, pocos años después lo tendrán de adulta, pues en mayor proporción que en épocas anteriores los jóvenes seguirán delinquiendo cuando se conviertan en adultos. Hoy ese problema existe a escala internacional, por lo que no es difícil prever la gravedad en un futuro inmediato del mundo del delito.

Lo importante es evitar que el joven caiga, así como ayudar a los que ya delinquieron. La tarea no es fácil. De ahí que la prevención, y en especial el tratamiento, sea una preocupación que se aprecia en todos los trabajos de los penalistas recogidos en este libro, labor que se ve completada con la participación en este curso de un sociólogo, materia indispensable en el estudio de la criminalidad.

FERNANDEZ ALBOR, A.: «Introducción al Curso sobre Delincuencia Juvenil, págs. 11 y ss.

Expone el autor las dificultades que lleva consigo el estudio de la delincuencia juvenil, entre otras cosas por su constante evolución. Se advierte que no deben equipararse los términos joven delincuente y gamberro; éste es más amplio, y comprende también a sujetos que han superado la edad juvenil. Se hace una exposición de los factores influyentes de la criminalidad, que abarca desde los puramente genotípicos —con todos los problemas que presenta en el campo de la inadaptación—, pasando por los referentes al mundo exterior del sujeto, como la familia y otros relacionados con el mundo

circundante, en el que cabe destacar la provocación que suponen las grandes urbes.

Distingue entre los jóvenes delinquentes no organizados y la denominada actuación en banda, que supone una estructura jerárquica y determinada organización. Las bandas, que prácticamente sólo se dan en la zona urbana, suelen estar integradas por jóvenes procedentes de las clases humildes, aunque en los últimos años se aprecia una notable participación de chicos pertenecientes a clases acomodadas. Hay rasgos que diferencian al que actúa de forma aislada y al que lo hace en banda; éstos suelen tener mayor complejidad, son extrovertidos, exceso de narcisismo, etc.

En cuanto a los delitos que con más frecuencia cometen los jóvenes, tras ocuparse el autor de aquellos que se caracterizan por el vandalismo, lesiones, delitos sexuales y otros, presta especial interés a los delitos contra la propiedad, por ser los más numerosos, entre los que cabe destacar hurtos en grandes almacenes y sustracción de vehículos.

Se afronta un problema de máxima actualidad en el campo de la criminología: desarrollo económico y criminalidad. Se recogen los efectos negativos de ese desarrollo en cuanto inciden en la conducta desviada del joven, por lo que se considera de gran interés orientar a la juventud en la integración de la nueva estructura social, con el fin de evitar conductas delictivas. Para conseguir esto es muy importante el tratamiento, en el que han de participar la familia, la escuela y el Estado.

Termina este trabajo con una exposición de la delincuencia juvenil en España. Se advierte que, aunque hay rasgos comunes en el campo internacional, cada país tiene sus peculiaridades. España, con menor incremento que otros países, no quiere decir que no tenga problema de delincuencia juvenil. Se ocupa de la evolución de ésta y su tratamiento dentro del sistema español.

Hace Fernández Albor en su trabajo un estudio de la delincuencia juvenil desde todos los campos, abarcando —al estilo de la criminología anglosajona— toda la problemática, pues comprende desde los factores endógenos, pasando por la vida real del delito en el terreno juvenil, hasta terminar con el tratamiento del joven para su posible recuperación.

CASTILLO CASTILLO, J.: «Sociedad alienadora y juventud delincuente», páginas 63 y ss.

Se ocupa el autor de la posición del individuo en la sociedad y de su influencia sobre la estructura de la misma, de la formación de la personalidad del sujeto, así como de la problemática de la desviación en los miembros de una sociedad en relación con la posición individual y respecto a estratos más altos. Tienen interés los grupos subculturales y los motivos de su aparición, que suponen una forma de evasión de la realidad social. La marginación de esos grupos culturales pueden llevar a conductas desviadas, a veces delictivas.

En el terreno de la delincuencia juvenil juega un papel importante la postura que adopten los sujetos frente a la norma; que se acepte o no el orden legal establecido. La conducta desviada, que supone una desviación de las normas del grupo, puede ser inconformista o aberrante. En el primer

caso hay una oposición pública a la norma, con intención de modificarlas, no hay interés propio; en el segundo caso se busca un interés particular, la desobediencia a la norma no es pública, sino encubierta.

Se ocupa el autor de las teorías que pretenden justificar la etiología de la delincuencia juvenil, las psicológicas, que se refieren al sujeto en sí y su caudal hereditario, en cuanto pueden influir en el comportamiento. Las teorías sociológicas, por el contrario, se ocupan del mundo circundante al sujeto que delinque, en relación al influjo que puede tener en la conducta criminal, prestando especial interés a la carencia de medios económicos. Hace referencia al «role-theory», en cuanto la conducta va encaminada a conseguir el reconocimiento de ciertas personas por las que se tiene interés.

Termina el trabajo ocupándose de la prevención del delito y tratamiento del joven delincuente. Se resalta la importancia que puede tener que se le asigne o no al menor el papel de delincuente y la situación más favorable respecto a su corrección. También se hace referencia al influjo que tiene en el joven el propio sistema correccional, como puede ser la selección del personal.

El profesor Castillo trata en su trabajo de un tema tan importante como es la influencia que puede tener en la delincuencia juvenil la formación de personalidad, así como el mundo circundante.

SAINZ CANTERO, J. A.: «Trabajo de jóvenes y menores y delincuencia», páginas 111 y ss.

Se divide este estudio en tres partes. La primera se ocupa de consideraciones generales sobre la etiología de la delincuencia juvenil y la importancia del trabajo en los jóvenes. Se resalta que los factores influyentes en la delincuencia juvenil son diversos, en los que juegan causas endógenas y exógenas. Se aclara la concepción tradicional que consideraba fundamental la influencia económica de tipo familiar, cuando era deficiente; que no es así se demuestra cuando se observa cómo los países de mayor desarrollo económico son precisamente los que presentan mayor índice de delincuencia juvenil, participando en la misma notable porcentaje de chicos pertenecientes a familias acomodadas. El trabajo puede influir en la delincuencia juvenil, no por sí solo, sino cuando se asocia a otros factores. Por otra parte, hay trabajos que afectan a unos sujetos y no influyen para nada en otros. La elección prematura de trabajo realizada más por el influjo de la proximidad de otras personas que por las aptitudes, no puede resultar acertada en muchos casos, por lo que la adaptación será difícil; también en las profesiones intelectuales puede haber inadaptación, aunque los motivos son diferentes al del mundo obrero.

La parte segunda se ocupa del trabajo como factor influyente en la delincuencia juvenil. En principio, la juventud ha de enfrentarse a las dificultades que lleva consigo el conseguir un puesto de trabajo que agrade. No siempre hay libertad de elección y las posibilidades de satisfacer la vocación se ven limitadas por la falta de medios familiares, escala de valores tradicionales, posibilidades de formación y la demanda de trabajo. Esta elección condiciona e impide que el joven se apoye en el trabajo para formar su

personalidad, así como para poder afirmarse en la sociedad de los adultos. Otros problemas son la incorporación temprana en el mundo laboral, los oficios moralmente peligrosos, efectos psicológicos del desempleo y la adaptación o no en el trabajo. Todo esto puede influir en la conducta desviada de los jóvenes. Se demuestra el efecto negativo del trabajo y su incidencia en la criminalidad juvenil a través de unas consideraciones en el campo internacional y en el nacional, con especial referencia de la investigación realizada en Andalucía Oriental.

La última parte trata del trabajo de jóvenes y menores y la prevención de la delincuencia. Para evitar los efectos negativos del trabajo, dice el autor que convendría la orientación y formación profesional de los jóvenes que pasan del mundo escolar al laboral. Por otra parte, ha de evitarse lo que tradicionalmente ha venido ocurriendo con la revolución industrial, al emplear chicos de corta edad en trabajos propios de adulto, así como los que pueden ocasionar riesgo para la salud o moralidad del joven.

Se ocupa Sáinz Cantero de un tema de gran interés en la conducta desviada y delincuente de los jóvenes, que, además, ha sido poco estudiada por los criminólogos. El mundo laboral es de suma interés en el campo de la delincuencia juvenil, como lo demuestra el que la mayor parte de los jóvenes delincuentes no tienen trabajo, les falta especialización o trabajan de forma esporádica. Es fundamental para la prevención del delito.

BARBERO SANTOS, M.: «Delincuencia juvenil: tratamiento», págs. 141 y ss.

El trabajo se divide en tres partes. En la primera se hace una breve exposición histórica del tema, que abarca desde la consideración que tuvo el joven en Roma, pasando por el período medieval, hasta la época de la Codificación. En general, hubo un trato de favor para el menor, en relación con las penas aplicables, aunque el cumplimiento se realizara en establecimientos comunes. A partir de la segunda mitad del siglo XVI empieza a tomar importancia la enmienda del delincuente, con la creación de algunos centros de corrección. Desde finales del siglo XVIII aparecen leyes relacionadas con los menores, de lo que se hace eco el Código penal francés de 1791 y el napoleónico de 1810. El discernimiento comienza a tener importancia y supone el comienzo de una individualización penal. En el siglo XIX es cuando se inicia la corriente humanitaria en pro del joven.

La segunda parte trata de las principales características del sistema tutelar o protector. Con la creación del primer Tribunal de menores en Estados Unidos (1899) se inicia la jurisdicción especializada sobre menores, que con la aparición de diversos reformatorios y sistemas de tratamiento especial se puede decir que comienza una nueva época en el terreno humanitario del joven infractor. También es cierto que todo este fenómeno se vio impulsado por la problemática que planteaba la nueva estructura social americana, debido al desarrollo industrial, con la separación de clases sociales, los cambios de estructura familiar, laboral, social y económica. En los primeros años del presente siglo el ejemplo americano se extendió por otros países, especialmente europeos, creándose tribunales para menores con jurisdicción especializada. También en España. Sin embargo, todavía se observan deficiencias

respecto a los menores, como pueden ser en la detención e incluso en el procedimiento, de que se hace una exposición de los sistemas más avanzados, así como las medidas a adoptar y sistemas de tratamiento. Se hace especial referencia al tratamiento en libertad «probation» y a los «borstal», así como al sistema posinstitucional.

La última parte trata del reconocimiento de las garantías individuales en la jurisdicción tutelar. Se tiende a conseguir una mayor garantía jurídica para los menores, deficiente en algunos aspectos e inferior a la del adulto. Entre nosotros sostiene el autor que los jueces deben ser de la carrera judicial y especializados, pudiendo intervenir solamente cuando los hechos cometidos por los menores sean constitutivos de delito; en el proceso se deben observar las garantías procesales; ha de ampliarse el tratamiento penal para jóvenes adultos; penas y medidas indeterminadas deben desaparecer.

Reconoce Barbero Santos que aunque se ha conseguido mucho en relación con el menor delincuente, todavía existen deficiencias que deben superarse, incluso en el terreno de los derechos individuales, en la detención y en el proceso, sin olvidar lo mucho que todavía queda por hacer en un aspecto tan importante como es el tratamiento, fundamental para la recuperación del joven caído.

RODRIGUEZ DEVESA, J. M.ª: «Problemática jurídica de la delincuencia de menores», págs. 187 y ss.

En principio se plantea el problema del concepto del delito en la delincuencia de menores, partiendo del artículo 9-1.º, A), de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Aquí se recoge la concepción restringida, que equivale a encuadrar la delincuencia de menores en aquellas infracciones que cometidas por un mayor de edad penal serían delito (o falta). Advierte el autor que han de tenerse muy en cuenta estas consideraciones, pues, además, es necesario que no concurra ninguna causa de exención de la responsabilidad criminal, situaciones que también deben amparar al menor.

La exclusión que se hace en el citado artículo de la LTTM sobre delitos y faltas cometidos por los menores de dieciséis años y que sean atribuidos a la jurisdicción castrense por el Código de Justicia Militar, se resuelve por el autor de la forma siguiente: Nada dice al respecto el número 2, artículo 8.º, del Código penal, tampoco el CJM, por lo que la lógica y la remisión que hace el artículo 257 de este Código al penal demuestra la manifiesta contradicción entre la LTTM y el Código penal.

En cuanto a las infracciones administrativas cometidas por menores, se pone de manifiesto el desajuste entre la LTTM y el resto del ordenamiento jurídico, así como lo poco acertado que resulta este punto.

Se recoge también, en materia de detención y prisión preventiva, la discordancia entre la citada Ley de menores y la de Enjuiciamiento criminal. Se hace referencia a la falta de coordinación entre la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y la LTTM, pues mientras la primera determina la aplicación de una medida cuando se den los presupuestos recogidos en la misma, en la segunda —artículo 9-1.º, C)— el Tribunal de Menores tiene facultad potestativa para intervenir o no. Por otra parte, entre las medidas que se pueden impo-

ner por el TTM no figura el internamiento en establecimiento de preservación para enfermos mentales o deficientes mentales peligrosos. El Reglamento de la LPRS, en disposición adicional, pretende resolver esa falta de armonía, sin conseguirlo. Devesa llega a la conclusión de que los menores de dieciséis años que no se hallen comprendidos en el artículo 9 de la LTTM no podrán ser sometidos a una medida de seguridad distinta de las recogidas en el artículo 17 de esta Ley, aunque se den los presupuestos de la LPRS.

Se recogen los problemas que se plantean para los mayores de dieciséis años y menores de veintiuno en el inciso último del párrafo segundo del número 2.º, artículo 8.º, del Código penal, en el artículo 65 de éste y en el número 14, B), del artículo 2.º de la LPRS. También se estudia la responsabilidad civil «ex delicto» de los menores, así como a la Ley Orgánica del Estado y la competencia atribuida a los Tribunales Tutelares de Menores.

De «*lege ferenda*» se pide: Que los TTM reduzcan sus funciones a las tuitivas, despojándoles de la facultad punitiva, declarativa o restrictiva de derechos. Reformar las deficiencias que se señalan en las Leyes y Códigos citados, debiendo tener presente las nuevas corrientes legislativas. No se puede privar al menor del derecho que tiene a la educación y a la seguridad jurídica.

Con el trabajo de Rodríguez Devesa se termina y completa esta obra sobre delincuencia juvenil. Es la primera vez que entre nosotros se aborda, de forma exhaustiva, la problemática existente en nuestro ordenamiento legal respecto del menor y el joven delincuente. Es fundamental realizar las reformas que se indican.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

GALLINO YANZI, Carlos: «La antijuricidad y el secreto profesional». Buenos Aires. Víctor de Zabala, editor. Buenos Aires, 1972.

Don Carlos Gallino Yanzi es Juez de la excelentísima Cámara Federal de la ciudad argentina Resistencia y también catedrático de Derecho penal en la Universidad Nacional del Nordeste. Reúne, pues, la experiencia de la Administración de Justicia (con la consecuencia del sentido realista proporcionado por la profesión judicial) y la especulación investigadora a que suelen ser dedicados los profesores universitarios. En el opúsculo reseñado nos explica su doble preocupación: como Juez, «para no quitar ninguna coma a los preceptos jurídicos» cuando se enfrenta con la vida real, y también, como catedrático, por la teoría de la antijuricidad, que don Luis Jiménez de Asúa ha trasplantado a la Argentina.

Los primeros capítulos de la obra reseñada nos exponen, como necesario preliminar, la naturaleza de la antijuricidad, concepto genérico del Derecho y no específico del Derecho penal, analizando su naturaleza y objeto, esencia de la misma, con otras investigaciones complementarias sobre su problemática, así como del negativo de la misma en las causas de justificación, con especial estudio del estado de necesidad supralegal a partir de la sentencia del Reichsgericht, año 1927, que, con motivo de un aborto practicado para conjurar un grave peligro de la vida o salud de la mujer embarazada, declaró empero aquel supuesto. El cual y otros análogos, ya de conflictos entre bienes objetivamente iguales, o cuando se hace primar la apreciación subjetiva del que se salva, son

examinados en varios supuestos. Comparando varios casos con citas de Welzel, hace notar las fórmulas más amplias del Código argentino, análogos a los que han sido examinados por los penalistas alemanes para apreciar el estado de necesidad inculpable.

El título V de la obra comentada se ocupa extensamente de la colisión de deberes con efectos justificantes del secreto profesional; problema examinado por el autor en los Códigos y Proyectos argentinos aportando abundante legislación comparada referente a Leyes, Proyectos y doctrinas de comentaristas pertenecientes a varios países (Argentina, Italia, Francia, España, etc.).

El título VI, dedicado a los casos prácticos sobre la colisión de deberes y el secreto profesional, es el de mayor contenido y utilidad para los prácticos.

Como conclusión, escribe el Magistrado y catedrático Gallino Yanzi las siguientes palabras, que transcribo por encontrar en ellas la fórmula lapidaria expresiva de aquella unión entre la teoría y la práctica que debe ser enseña del penalista:

«El instante socialmente tenso en que vivimos trasciende al derecho, por más que nos esforcemos en crear «casos de gabinete» desprovistos de semejanzas con otros ocurridos en la vida real, la reminiscencia o la suspicacia de los lectores conspirará contra nuestro empeño de no asociarlo a otros ocurridos. Ello ha forzado nuestra rigurosidad conceptual, por lo que hemos creído previamente necesario esclarecer la naturaleza de lo injusto, evaluar sus consecuencias, sobre todo en lo que se refiere a la «colisión de deberes con efectos justificantes», porque ambas concepciones extremas, tanto la eminentemente positiva, como la transida de equidad, fuerza en el primer supuesto a restarle al derecho justicia y en el segundo seguridad.

Como juez me preocupó aquella objeción de Beling en su «Lehre von Verbrechen», «por cierto que es hermoso que el derecho se mantenga en armonía con otros reguladores de la vida... Pero si no es así, a la validez jurídica de los preceptos no puede quitársele una coma». Como en el otro extremo las sentencias del juez Magnaud, decidido a resolver los problemas suplantando la justificación por la equidad.

La positividad de la ley, por la positividad misma, nos conduce al «dura lex, sed lex», cuyo criterio regulador y garantizador de la libertad hace crisis en Alemania en épocas de Adolfo Hitler, pero también la bondad angélica del magistrado francés nos recuerda que, adoptado como pauta generalizada, conduce a la inseguridad y con ello a la pérdida de la libertad.

La teoría de que «la antijuricidad es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico particular o universal, cuyo fundamento y ponderación se determinan en y por las normas de cultura reconocidas por el Estado», pretende lograr el coronamiento de una doctrina, que la trasplanta brillantemente a América el profesor doctor Luis Jiménez de Asúa y que cuidadosamente la han cultivado sus discípulos.»

J. A. O.

GARMENDIA, J. A.: «Esquema del delito en España». Ed. Plaza. Madrid, 1973, 252 págs.

Nos encontramos ante una obra de gran interés en el campo de la sociología criminal. Sin embargo, no menos valor ofrece desde el terreno de la etio-

logía del delito, pues trata de reflejar los factores influyentes de la delincuencia española, como consecuencia de los cambios estructurales de la sociedad actual. El trabajo se orienta, de forma especial, a la problemática que lleva consigo los movimientos migratorios, así como las desviaciones producidas como consecuencia de las modificaciones en los grupos primarios de la sociedad.

Trata la parte primera del comportamiento desviado y anomia. En la desviación del comportamiento es de sumo interés el cambio sufrido por los grupos primarios, como pueden serlo la familia o la vecindad. El sujeto tiene ahora más contacto con otros grupos y menos con su familia. La pérdida de cohesión familiar hace debilitarse un valladar importante en el terreno de la desviación, que hasta hace poco venía sirviendo de freno a la criminalidad. Pero esas estructuras se debilitan ante las nuevas formas de urbanización y el desarrollo industrial. Debido a estos cambios se puede predecir una disminución de los delitos contra las personas y un incremento de los ejecutados contra la propiedad.

Se ocupa la parte segunda del comportamiento desviado en la relación campo-ciudad y en los movimientos migratorios. El sujeto que marcha de la zona rural a la urbana abandona una serie de esquemas de valoración que allí tenía. La ciudad es distinta y ha de enfrentarse ahora a nuevas estructuras, como pueden ser la racionalización del comportamiento, más impersonalidad en sus relaciones sociales, etc. Los movimientos migratorios interiores llevan consigo un mayor índice de criminalidad. En cuanto a la emigración exterior, pese a que la desviación existe, la criminalidad es menor. Estima el autor que este índice más bajo no supone que el sujeto se ha integrado, o que lo hace con mayor facilidad. Esa integración resulta más rápida cuanto mayor nivel cultural y laboral tiene el emigrante, lo que también lleva consigo un mayor índice de agresividad. Se hace un estudio de la criminalidad del obrero español en Alemania y se llega a las siguientes conclusiones: Suelen tener el índice de capacitación más bajo —con excepción de los portugueses—, son los que peor conocen el idioma alemán, aspecto de gran valor para la integración; también dan el índice inferior de criminalidad entre los demás obreros emigrantes; sin embargo, ese porcentaje se eleva notablemente cuando los delitos se cometen entre los propios nacionales emigrantes, dando el porcentaje más elevado de los delitos contra la moral; representa su criminalidad una estructura rural, como reflejo de su procedencia.

La parte tercera se ocupa del comportamiento desviado: anomia y fatalismo. La frustración tiene mucha importancia en la inclinación al consumo de alcohol y estupefacientes, así como en la delincuencia. Los primeros son un refugio para quienes se consideran fracasados. En el consumo de drogas o estupefacientes no tradicionales hay que pensar en la influencia del turismo. El suicidio se da con más frecuencia en la zona rural que en la urbana, más entre casados que en solteros, más en varones que en mujeres. La tasa de suicidios nos demuestra una diferencia conflictiva entre los habitantes de la ciudad y los de la zona rural.

Se hace en la parte siguiente un estudio de la delincuencia juvenil española. Estima el autor que los procesos de urbanización e industrialización llevan consigo una serie de conflictos, siendo uno de ellos la delincuencia juvenil. Aparecen determinadas subculturas, como consecuencia de esos cambios, que

llevan a situaciones de desviación. La estructura familiar sufre cambios notables debido a la nueva división del trabajo, así como a un mayor contacto de sus miembros con otros grupos sociales, especialmente los más jóvenes. Estos cambios se dan con más frecuencia en las clases modestas, precisamente en las que se aprecia un mayor índice de criminalidad. La delincuencia juvenil hay que considerarla, en la mayor parte de los casos, como un período de transición a la vida adulta. Cuando el joven no se siente discriminado por la edad, cuando se integra en el mundo laboral de los adultos, contrae matrimonio, etc., en la mayor parte de los casos abandona el delito. Se hace eco de la participación de la mujer en la delincuencia, con índices muy bajos, aunque estima que en lo sucesivo esas cifras aumentarán debido al progreso de la diferenciación funcional. Hay dos tipos de delincuencia juvenil: una que procede de la rebelión y otra generada por el tipo de evasión.

La última parte de la obra se refiere al comportamiento desviado: estratificación y control social. La criminalidad de «cuello blanco» supone más dificultades en su persecución, por lo que el delito desconocido es mayor aquí que en la delincuencia de los estratos más bajos de la sociedad. Hay, por otra parte, una mayor tolerancia de la sociedad hacia aquéllos. En cuanto a las medidas a adoptar para recuperar al delincuente, estima el autor que no son suficientes los sistemas de terapia, deben ser completados, ya que no se puede olvidar el mundo circundante al sujeto, que en buena parte influyó en su conducta desviada. Termina la obra con una serie de consideraciones sobre la evolución de la sociedad española, que debido a la modificación de sus estructuras aparecerán determinados conflictos, imposibles de evitar, que influirán en la desviación y conducta criminal de algunos sujetos. Es mucho más importante tratar de encauzar la desviación que perseguirla.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

MARINUCCI, Giorgio: «Il reato come "azione". Critica di un dogma». Milano, 1971. Dott. A. Giuffrè Editore. 250 págs.

En esta extensa monografía no se trata, como confiesa su autor, de proponer una nueva teoría de la acción, sino sólo de «distinguir "lo vivo" de "lo muerto" en la vieja controversia sobre el tema de la acción» (18). Para alcanzar esta meta comienza Marinucci exponiendo de manera muy gráfica la crisis del concepto de acción. La abundante bibliografía sobre el tema y la disparidad de posiciones adoptadas ha aparecido a los ojos de juristas ajenos al Derecho penal como un «babilónico caos lingüístico». Las acusaciones que el concepto de acción ha soportado sobre su dudoso valor sistemático, práctico (Arthur Kaufmann puso de relieve que en los proyectos de reforma de un nuevo Código penal alemán no se encuentra noticia alguna sobre la polémica de la acción) y didáctico (de Schmidhäuser es la anécdota de los estudiantes alemanes que al cambiar de Universidad se preocupan de saber, para evitar sorpresas desagradables, si el Catedrático de Derecho penal de la localidad es un finalista o un causalista) obligan al autor a tomar en cuenta aquella dirección que se inclina por una posible renuncia del concepto de acción. Rechaza, sin embargo, Marinucci una posible renuncia a priori porque cumple un pa-

pel dogmático, aunque fuera modesto, y por exigencias del Derecho positivo. Si el Código penal italiano en el capítulo dedicado a las formas de responsabilidad distingue entre acción y omisión, la polémica sobre el concepto de acción ha de tener al menos un valor en la interpretación del Derecho vigente. De lo que se trata principalmente es de ver la viabilidad y utilidad práctica y dogmática de un concepto «unitario» de acción.

El método que Marinucci preconiza para quien aspire a construir un concepto unitario de acción exige primero una regla negativa: abandonar la pretensión de un concepto «prejurídico» de acción. Las numerosas, diferentes y antitéticas concepciones que sobre la acción humana se manejan con puntos de vista no jurídicos (filosóficos, histórico-políticos, sociológicos y psicológicos) imposibilitan el hallazgo de un concepto prejurídico de acción que cumpla las numerosas funciones que los penalistas le exigen (función definidora, clasificadora, delimitadora, etc.). Por el contrario, y remontándose a Binding, cree que un concepto de acción ha de estar vinculado estrechamente al Derecho positivo, advirtiendo que la viabilidad de un concepto general y abstracto de acción (como de cualquier otro de parte general) depende de que fije o no las características comunes de los tipos de delitos. En concreto, que encuadre tanto los delitos de acción como los de omisión, los dolosos como los culposos.

Para Marinucci toda la polémica sobre el concepto de acción sufre de una contradicción interna consistente en conciliar lo inconciliable: el «no anticipar las características generales del delito», como exigencia del carácter «neutral» desprovisto de valor que, desde Beling, se atribuye a la acción, con la necesidad de darle un contenido material. Contradicción que cree observar en la concepción naturalística de Liszt y Beling al «anticipar en el concepto de acción el contenido general de los acontecimientos penalmente relevantes» (55). En las actuales concepciones sociales (finalístico-social y objetivo-social) de la acción apoya la acusación de anticipar valoraciones, de un lado, en que han transformado la polémica sobre la acción en una discusión sobre «la esencia del ilícito penal en su globalidad» (62). Pone como ejemplo el argumento que utiliza Welzel ante la acusación de no abarcar el finalismo los delitos culposos donde falta una finalidad jurídico-penalmente relevante, quien advierte que dicha objeción sólo es válida desde la premisa de asentar el ilícito culposo sobre el desvalor de resultado. Una respuesta de esta clase, dirá Marinucci, pone de relieve «la confusión del problema relativo a la estructura (causal, final, social, etc.) de la acción con el problema relativo a la esencia material del ilícito penal» (67). De otro lado destaca las anticipaciones de valoraciones propias del juicio de culpabilidad. El finalismo anticipa el dolo a la esfera de la acción de tal modo que cuando queda excluida la acción se excluye realmente una acción típica dolosa: «la famosa enfermera de los finalistas» que, sin sospecharlo, ocasiona la muerte del paciente inyectando una dosis excesiva de morfina, no realiza una acción «de una bien determinada hipótesis legal: el homicidio doloso» (88). La teoría social de la acción anticipa la culpa: quien aplica un tratamiento terapéutico conforme a la «lex artis» produciendo un resultado letal, no realiza una acción, pero, precisamente, porque no realiza una acción de homicidio culposo.

Negada la función definidora del concepto unitario de acción porque anticipa valoraciones posteriores, se preocupa Marinucci de demostrar la irreducibilidad de la acción positiva y la omisión y de la acción dolosa y culposa a

un concepto unitario. Sin embargo, frente a este fracaso, cree ver en la polémica sobre la acción resultados positivos de entre los que destaca, en primer lugar, el hecho de que su propio fracaso (el de conseguir una concepción general y unitaria) obligue a un «construcción separada» en cuatro partes: acción dolosa, acción culposa, omisión dolosa y omisión culposa. Esta construcción separada, ya utilizada en parte por Radbruch, que distinguía en el ámbito de lo injusto la acción y la omisión, y por los finalistas, que distinguen el ilícito doloso del culposo, ha ganado mucho desde el punto de vista didáctico («banco de prueba de toda sistemática jurídica») como lo prueban los manuales de los finalistas y el de Jescheck. La polémica sobre la acción nos ha traído también como resultado positivo una especial preocupación por la infracción culposa y la omisión, formas delictivas de creciente importancia, a la vez que se han aportado nuevos criterios hermenéuticos de los tipos legales de parte especial. La polémica, pues, no ha sido valdía.

Marinucci, al hacerse partidario de la «construcción separada» del sistema en cuatro partes, se preocupa ampliamente de demostrar sus ventajas, especialmente en el estudio de la estructura del dolo y de la culpa. De este modo «se decreta el fin del "monopolio" de aquella visión sistemática de tipo "clasificador-categorial", inaugurada por Liszt, sobre el modelo del sistema de las plantas de Linneo» (147). Y, de la mano de Radbruch, propondrá el paso de una sistemática «categorial» a otra «teleológica». Frente a quienes piensan en el sistema teleológico como método de estudio, sobre todo de la parte especial, Marinucci destaca su valor en la parte general. Así, por ejemplo, para explicar la doble relevancia (en el tipo de injusto y en la culpabilidad) del dolo y la culpa, o para destacar la importancia del fin en la sanción penal. Solamente con la relación teleológica entre la especie de sanción y la estructura del tipo de delito pueden tratarse adecuadamente los problemas político-criminales que se plantean, por ejemplo, al tratar de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de la punición de los actos preparatorios, de la responsabilidad por el hecho, etc.

En el análisis crítico sobre la teoría de la acción sólo le resta a ésta una función: la negativa de exclusión de aquellas conductas que de ningún modo son relevantes a efectos jurídico-penales. Para Marinucci ésta era principal preocupación de algunos penalistas en la definición de la acción. Así Hegler puso de relieve la duplicidad de versiones en Beling, quien si ofreció primero una definición positiva de la acción apuntó luego una negativa como estado de libertad de acción del sujeto. Esta «libertad» entendida, al estilo de Hippel, como posibilidad de una actividad voluntaria, constituirá para los modernos autores el presupuesto mínimo del concepto de acción. Así se apela hoy a lo potencial, dominable, gobernable, etc. (Jescheck, Welzel, Maihofer, etc.) como fórmula idónea tanto para incluir las conductas penalmente relevantes (acción positiva y omisión, dolo y culpa) como para excluir los movimientos reflejos, los comportamientos producidos en estado de inconsciencia y los causados por vis absoluta. Esta fórmula, dice Marinucci, pensada expresamente para incluir la culpa en el concépto de acción, no es válida para el dolo, en el que lógicamente no puede hablarse de potencialidad del conocer o del querer. Pero además su función excluyente es, en primer lugar, contradictoria, porque, por ejemplo, la teoría de la culpa subraya que «las reglas de diligencia no sólo pueden ser infringidas por acciones "reflejas" y "automáticas", sino que a

menudo exigen el cumplimiento de acciones de esa clase como las más idóneas para evitar la realización de resultados lesivos típicos» (203); y, en segundo lugar, anticipa una valoración propia del juicio de culpabilidad. Si resultan excluidas del ámbito penal esta clase de acciones lo es por la relevancia de las circunstancias anormales que imposibilitan el juicio de reproche, porque incluso se puede constatar la violación del deber objetivo de diligencia. Puede decirse por ello que los problemas que plantea esta clase de acciones son problemas de imputación y no ontológicos; de ahí que Arthur Kaufmann, uno de los más destacados ontologistas, dice Marinucci (230), considere halagador que se cualifique una determinada teoría de la acción como teoría de la imputación (*Zurechnungslehre*). En el ámbito del dolo es más fácil reconocer la anticipación y la innecesariedad de la teoría de la acción en su función negativa. La fuerza mayor, el caso fortuito o la pérdida del control de la conciencia o la voluntad afectan a la propia estructura del dolo excluyéndolo.

Las presentes líneas no son más que una aproximación al rico contenido de esta erudita y amplia monografía. El carácter revulsivo que este libro adquiere en la polémica sobre el concepto de acción y la profundidad con que se tocan la mayor parte de los problemas claves de la teoría jurídica del delito hacen de él un interesante trabajo que provocará, sin duda, respuestas entre los penalistas. Es de destacar, por último, la exhaustividad con que se ha seguido la polémica sobre la acción en las literaturas italiana y alemana.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

MARTINEZ PEREDA, José Manuel: «Sanciones y responsabilidades en materia de caza». Editorial Tecnos. Madrid, 1972.

El autor, bien conocido por otras publicaciones de gran interés, señala en el prólogo de la ahora reseñada que la Ley nueva (de 1970), tan innovadora y de materia tan polémica, forzosamente ha de provocar reacciones favorables o despectivas, resultando harto difícil pronunciarse con la debida objetividad. A continuación, como garantía de objetividad, explica no ser propietario de ningún coto de caza ni pariente de quien lo sea, preocupándole, sin embargo, el tema por su hábito de juzgar y por alguna experiencia cinegética adquirida como Juez en tierras de La Mancha. Celebramos esta fuente de conocimiento; pero la declaración de objetividad no es necesaria para quienes conocemos la personalidad y obras del que fue alumno de la Universidad de Salamanca.

Acierta al invocar en defensa de la Ley de 1902 —hoy derogada por la de 1970— la dificultad de las soluciones, siendo el más destacado obstáculo que la caza se produce en terrenos privados.

El punto de más interés en la nueva Ley es el aspecto penal, y por ello se dedica esta obra especialmente al mismo, sin perjuicio de traer a colación temas colindantes. Dificultad para la tarea del autor de este libro ha sido la incesante actividad normativa sobre la materia después de la entrada en vigor de la Ley de 1970 y publicado también el Reglamento. Se dio la Ley de 1902 cuando sólo cazaban los propietarios, sus invitados y los furtivos. Los tiempos han cambiado: la caza se ha convertido en un negocio y han aumentado los terrenos acotados; se ha ampliado el concepto de acotado y extendido la ac-

ción administrativa con pretensión simplificadora; pero las disposiciones dictadas hasta la fecha han sido excesivamente numerosas. Tiene la nueva legislación defectos y méritos, adoleciendo de «triumfalismo» tanto en la exposición de motivos del anteproyecto como en el preámbulo de la Ley. Entre las deficiencias de la misma, califica de mayores la distinción de delitos y faltas, por una parte, e infracciones administrativas, por otra, introduciendo así un elemento extraño en la función de juzgar como sancionador de muchas conductas. Pero al lado de estas y otras imperfecciones existen mejoras, como la preocupación por la seguridad de las personas y sus bienes, habiendo desaparecido «las aberrantes responsabilidades subsidiarias de tipo penal». Tras estas consideraciones generales, pasa Martínez Pereda a juzgar el Reglamento y las disposiciones posteriores.

El capítulo II trata de «Las infracciones». De lo mucho que se dice, recogemos: se ha escrito mucho sobre la impunidad de numerosas infracciones de caza, «pero los que trabajamos en la actividad judicial —dice Martínez Pereda— sabemos por experiencia que, tristemente, quedan sin descubrir numerosas infracciones de varias especies. Mas nada se arregla con las pretendidas reformas, con la atribución de las competencias a órganos administrativos o con el aumento de sanciones».

El capítulo III lleva por rúbrica «Las disposiciones generales sobre delitos y faltas», dividido en dos números: «Normas de carácter procesal» y «Normas generales de carácter penal». En esta última materia se señala en el texto de la Ley la aplicación de la máxima pena de la «escala» correspondiente al delito cometido por las personas obligadas por su cargo o función a hacer cumplir los preceptos reguladores del ejercicio de la caza (art. 42, 3), con lo cual habría que aplicar el artículo 73 del Código penal, o sea, la reclusión mayor; pero el Reglamento corrige el error refiriéndose al grado máximo de la pena correspondiente al delito cometido (pág. 45).

Del capítulo IV, dedicado a los delitos en particular, destacamos el apartado referente al artículo 507 del Código penal, analizado de un modo exhaustivo tanto en su historia como en su relación con la Ley de Caza. El capítulo V está dedicado a los demás delitos en particular; el VI, a las faltas; el VII, a las penas, y el VIII, a las responsabilidades civiles, quedando el décimo para las infracciones administrativas.

En todas las materias se hace un estudio completo de la Ley derogada, del proyecto que condujo a la actualmente en vigor, de los preceptos del Código penal y Leyes especiales relacionadas con las anteriores disposiciones. Como ejemplos de sus acertadas críticas señalaré la referente al abuso que el legislador hace de la pena de multa, cuya consecuencia, en caso de insolvencia, es el arresto sustitutorio; pero como para este supuesto puede aplicarse la condena condicional, viene a producirse paradójicamente —si se dan los requisitos exigidos para la misma— una situación de ventaja para el insolvente. «En lo que se refiere a las penas privativas de libertad, arresto mayor y arresto menor, debe indicarse su ineficacia al no cumplir los fines de prevención especial ni de prevención general, o sea, que ni eliminan ni corrigen» (pág. 139). Y también es notable la crítica sobre la pena de privación del permiso de conducir. «El haber quedado en la Ley al arbitrio judicial imponer o no esta sanción evitaría en la práctica los despropósitos que necesariamente habrían de producirse siendo de obligatoria aplicación.»

Sería prolijo transcribir íntegramente la extensa doctrina acumulada en los aludidos capítulos escritos por la fácil pluma de Martínez Pereda. Manteniéndome en los estrictos límites de una nota bibliográfica, me he limitado en estas líneas a reflejar algunas notas de una obra plenamente lograda por la exposición y crítica de la legislación, la antigua y la vigente; por las referencias al ambiente social, tan extendido, variable e importante, tanto en su aspecto histórico como en el actual; los defectos de nuestra legislación y las posibilidades de su reforma, constituyendo, pues, tanto una obra de dogmática como de política criminal. Ya quisiéramos que toda nuestra legislación penal estuviera estudiada con el mismo espíritu creador con el cual Martínez Pereda ha redactado este magnífico libro

JOSÉ ANTÓN ONECA

RODRIGUEZ DEVESA: «Derecho penal español, Parte especial». Madrid, 1973.

«Rodríguez Devesa o la vocación penalista» podría titularse la biografía de este catedrático de la Universidad complutense. Influidado por las enseñanzas de Rodríguez Muñoz en la Universidad valenciana, abandonó su brillante carrera jurídico-militar para dedicarse de lleno al Derecho penal. Y dentro de esta rama jurídica acudió, en primer término, al sector más abandonado: la Parte especial. Único en su género fue, y sigue siendo, la tesis doctoral sobre **El hurto propio** (Madrid, 1946); a la que siguieron multitud de artículos en la Enciclopedia Seix, en este «Anuario de Derecho penal»; en la «Revista española de Derecho militar», en la «Revista de Estudios penitenciarios». Y tradujo también a nuestro idioma varios libros alemanes de Criminología y Penología. Ya catedrático, dio a las prensas una Parte especial en dos volúmenes (en los años 1964 y 1965). En 1966 abordó la Parte general, y de ambas ha publicado nuevas ediciones en 1969, 1971 y 1973.

En este Anuario (fascículo 3 del tomo XXII) comenté la Parte especial. En 1971, Yáñez dedicó once páginas a la Parte general. Las sucesivas ediciones de ambas obras han ido incorporando las modificaciones legislativas y la nueva literatura, pero siguen manteniéndose en lo fundamental, por lo cual las reseñas anteriores no han perdido vigencia; mas es obligado señalar algunas modificaciones y es justo insistir en el elogio.

Ante todo debo consignar que ambos volúmenes abundan en notables aciertos al tratar viejos y nuevos problemas. Las citas al pie de página comprenden tal número de publicaciones que, reunidas todas ellas, constituyen una bibliografía, en varios idiomas, agotadora de los estudios penales interesantes. Debe manifestarse también —aunque tenga menor importancia— el excelente papel y agradable tipografía, que invitan a la lectura. Por la información copiosa, juicio acertado y la amena lectura, debemos gratitud al autor sus lectores. También se la debo yo, muy especialmente, por sus abundantes citas de mis escasas publicaciones. Lo cual no obsta para que, imitándole en su fervor científico, procure demostrar que no «retuerzo» la argumentación, como dice, frente a una doctrina que no puedo decir que es mía porque ha sido prevalente en los autores y en la jurisprudencia.

La parte general se singulariza, en primer término, por una amplia Introducción, con los siguientes apartados: I, Definición del Derecho penal;

II, Los métodos del Derecho penal; III, La Criminología, comprensiva de las formas reales de comisión del delito y de la lucha contra el mismo; IV, El Derecho vigente en España, donde, tras algunas consideraciones históricas, comprende el proceso de formación del Código penal vigente hasta su versión de 1963; y V, Las fuentes del Derecho penal, a saber: los organismos internacionales, los Derechos penales europeos, los africanos, los americanos, los asiáticos y los oceánicos.

En el prólogo declara haber incorporado las modificaciones aportadas por la Ley de 15 de noviembre de 1971 y llama la atención sobre las novedades que aportaría la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código civil de 17 de marzo de 1973, anunciando que también ha traído a los pertinentes lugares un breve análisis de la «Exposición y estudio para un Anteproyecto Bases del libro primero del Código penal», publicado en diciembre de 1973 por la Comisión de Códigos del Ministerio de Justicia.

Con ánimo de sincerarme, tengo que comentar el comentario de Devesa al artículo 1.º del Código penal, resucitando una antigua cuestión. D. Luis Silvela afirmó que el artículo 1.º del Código penal definía solamente las infracciones penales realizadas con malicia, o sea las dolosas, con lo cual se negaba la condición de delitos a los hechos culposos, no obstante estar sancionados con penas; esto es, a las imprudencias o negligencias no maliciosas aludidas en el artículo 565 del Código penal. Devesa acepta este parecer, fundándose en que la palabra voluntarias equivale a intencionales. La palabra «voluntarias» del artículo 1.º no podría significar una calificación de las acciones u omisiones porque, según la moderna Dogmática, la acción lleva consigo la voluntariedad.

A nuestro modo de ver, la palabra voluntarias califica a acciones y omisiones, y nada más. Los legisladores de 1948 no afinaban tanto como los modernos dogmáticos. Las leyes tienen siempre imperfecciones. La palabra voluntad, como nos enseñan los diccionarios de Filosofía, no es unívoca, puesto que los fenómenos volitivos encierran numerosos fenómenos psíquicos de varios tipos. Y en el artículo 1.º del Código penal la palabra voluntarias, a continuación de acciones y omisiones, no implica necesariamente el dolo, sino que también comprende la voluntaria omisión de diligencia, en la cual veían los autores clásicos el concepto de la culpa. Las leyes de hace más de un siglo, y aun otras más recientes, tenían y tienen muchas imperfecciones, y no es precisamente la mayor haber incurrido en redundancias. Que este es el caso en la cuestión debatida es fácil de probar por el contenido del Código, dentro del cual aparece clara la significación de la palabra delito. Que el legislador admitió las dos formas o grados de la culpabilidad, nos lo dice el número 8 del artículo 8.º, donde se expresan como culpa o intención, cuya ausencia excluye la responsabilidad criminal. El epígrafe «Delitos y sus penas» encabeza el libro segundo del Código, dentro del cual aparecen: la figura culposa con exclusividad del «funcionario que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectuara por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos» (art. 395), y todo el título XIV del mismo libro dedicado a las **Imprudencias punibles**. Y, sobre todo, debemos recordar que la Dogmática jurídica ha de aceptar lo más posible el lenguaje corriente, porque las leyes no se dan sólo para los dogmáticos, sino también para el pueblo que ha de cumplirlas. Y será difícil convencer al ciudadano corriente

de que no son delitos los hechos castigados por el artículo 565 (con penas que incluso pueden ser más graves que las conminadas para otras infracciones dolosas) mediante un procedimiento prescrito en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y aplicado por los Tribunales de lo criminal. Por otra parte, vemos que los Tribunales aplican cotidianamente a las infracciones culposas preceptos referidos a los delitos y sus consecuencias, como los de la responsabilidad civil, remisión condicional de la pena, prescripción, rehabilitación (el art. 118 habla claramente del «delito de imprudencia»).

Como antes dije, la Parte especial de la gran obra de Rodríguez Devesa ha ido aumentando su contenido de edición en edición. Prueba de esta puesta al día pueden encontrarse en todos los capítulos; pero, como muestra, me limito a considerar lo relativo al aborto. Sobre el cual nos dice, entre otras cosas: «Las cuestiones de política criminal, añadidas al aborto y las soluciones legislativas tradicionales, suscitan graves dudas hoy, dando lugar a un amplio movimiento de reforma, caracterizado por una liberación del aborto que va desde dejar a la mujer embarazada la decisión de poder interrumpir el embarazo impunemente, hasta el reconocimiento de un repertorio más o menos extenso de indicaciones que, previo examen por una comisión de expertos, legitimen el aborto (pág. 58 de la Parte especial).

Pero no sólo ante esta clase de infracciones extiende Rodríguez Devesa su mirada al porvenir. Para demostrarlo, transcribimos las palabras con que presenta la Parte especial:

«La reforma de 1971 es el acontecimiento más importante ocurrido desde la anterior edición. Me parece que de ella se infieren algunas reflexiones. No tanto por las novedades aportadas, que a veces hacen pensar en cierta fe acaso excesiva en la eficacia de las penas para extirpar los males sociales, sino por cuanto con la reforma han perecido muchas figuras delictivas alojadas hace años en la legislación penal especial. Su desaparición no ha producido ningún trastorno. Sin duda, entre otras razones, porque carecían de vigencia real. Esa línea de saneamiento debe proseguirse. El elenco de los delitos está necesitado de una enérgica reconsideración. Las superposiciones de preceptos punitivos no sirven más que para delatar su ineficacia, introducir el confusiónismo y perturbar la tarea de quienes han de interpretar y aplicar las leyes. El derecho punitivo debe estar presidido por la más meridiana claridad. A ella se opone la técnica de legislar por aditivos, cuya quiebra apunta con la reforma y debe ser recibida con aplauso. Una aplicación efectiva del núcleo tradicional de las conductas punibles haría innecesarias nuevas figuras que no hacen otra cosa que denunciar la impotencia de la ley. Una magistratura especializada, consagrada sólo a la investigación y castigo de los comportamientos criminales y capaz para dirigir de modo inmediato la actuación policial sin el agobio que supone el recargo de asuntos civiles, donde la óptica del principio dispositivo impide percatarse de manipulaciones delictivas, sobre todo si se enmascaran bajo formas societarias—sería remedio más eficaz, supuesta una suficiente dotación de medios a los órganos jurisdiccionales, que el constante incremento del acervo penal. El decreto por el que se atribuye a Juzgados distintos, en determinadas capitales, la jurisdicción civil y la penal, significa un paso importante en esta dirección.»

SERRANO RODRIGUEZ, Manuel: «Estudios penales» (recopilación). Tomo III. Salamanca, 1972, 385 págs.

El catedrático de Derecho penal de la Universidad salmantina recoge en este volumen varios de sus trabajos, anteriormente publicados; de algunos ya tienen noticia los lectores de este Anuario, por haber sido comentados en su momento, con excepción del que titula «Neutralidad indiferente o neutralidad objetiva del Derecho penal», escrito para el libro homenaje del profesor López Rodó.

Aclaremos que el profesor Serrano, en esta «Recopilación», no se limita a reproducir sus anteriores estudios, sino que los completa con ampliaciones, a modo de extensos índices, críticas y contestaciones a éstas, entre las que conviene destacar la del profesor de la Universidad Pontificia de Salamanca, P. Menéndez-Reigada, que censuró el libro de Serrano «Culpabilidad en Derecho penal; especial referencia a la culpa», en conferencia, después publicada en la revista «Ciencia Tomista».

La contestación de Manuel Serrano (pág. 16) sirve para aclarar la divergencia de criterio, aunque también puntos de coincidencia, haciendo un estudio comparativo, casi página a página, de los dos trabajos, «sin afán de polémica, sin querer encomendar la plana a nadie», reconociendo, con humildad, su satisfacción porque persona tan docta como el P. Menéndez-Reigada se ocupe de un trabajo suyo.

Los libros que comprende el tercer volumen de estos «Estudios Penales», CULPABILIDAD Y PENA, LA INVESTIGACION CIENTIFICA DEL HECHO PENAL y el que ya hemos citado, NEUTRALIDAD INDIFERENTE O NEUTRALIDAD OBJETIVA EN DERECHO PENAL, son discutidos entre los cultivadores de la ciencia jurídico-penal. La producción científica del profesor Serrano tiene detractores y defensores. Modestamente, nos apuntamos entre estos últimos. La verdad es que el libro que estamos anotando ha sido objeto de los mejores comentarios y sus indudables aciertos resaltados por preclaros escritores y por sus prologuistas, Legaz Lacambra y Quintano Ripollés.

En el diario «ABC», Pedro Rocamora dedicó un extenso y bien escrito artículo a comentar esta publicación del doctor Serrano, que llega a la conclusión de que con esta obra se ha adentrado «por los campos del normativismo y del psicologismo, integrándolos en una visión superior de la problemática jurídico-penal».

De Manuel Serrano ha dicho el P. José María L. Riocerezo en el «Anuario Jurídico Escorialense», que «dejó de ser una esperanza para la ciencia jurídica y es hoy ya una realidad, un valor de primera fila». Con referencia al tomo I de los Estudios Penales, el magistrado José Antonio García-Aguilera dijo en la «Revista de Derecho Judicial» que la «obra Estudios penales, del profesor Serrano Rodríguez, es un libro denso, profundo, a veces de difícil lectura, pero siempre con un fondo filosófico, en el que, sin abandonar el Derecho natural, guía y base de todo el pensamiento científico-jurídico del autor, se plantean con originalidad y se resuelven con acierto los problemas más interesantes del Derecho penal».

El que fue nuestro mejor penalista contemporáneo, Antonio Quintano Ripollés, publicó en estas mismas páginas una reseña sobre el que originariamente fue discurso de apertura de un Curso Académico de la Universidad de Salamanca, después publicado con el título «La investigación científica del hecho penal», que más tarde fue prólogo, por expresa autorización de su autor, en el que resalta el acierto de Manuel Serrano «al señalar como antecedente de la teoría del *Tatbestand* la doctrina de Carrara, así como el estudio de los elementos normativos y subjetivos del tipo, la doctrina del acto, la causalidad, la tipicidad y su relación con la antijuridicidad, la teoría norma-

tiva y la psicológica de la culpabilidad, examinando los más diversos problemas penales, siempre desde el enfoque que nos ofrece el concepto de Beling, pero con las proyecciones personales del autor».

El gran maestro, Luis Legaz Lacambra, prologuista del trabajo más reciente de Serrano, «Neutralidad indiferente o neutralidad objetiva en Derecho penal», dice, con referencia al profesor Serrano, que es el suyo «un pensamiento abierto, en el que una justa ponderación e integración de los elementos psicológico y normativo, que se dan inexorablemente en la realidad jurídica, le impiden la caída en la Scila y Caribidis de un normativo y un psicologismo unilaterales, que son el riesgo permanente de la ciencia jurídica».

En este trabajo se destaca, en orden a la culpabilidad, que al lado de la inteligencia y la voluntad, y naturalmente de la total personalidad del sujeto, es indispensable el estudio de la vida afectiva. Problema antropológico que, partiendo de la afectividad en la culpabilidad, llega prácticamente al fundamento del Derecho por la vía ética, al modo de Spinoza, con base en la escolástica, y en la doctrina de Santo Tomás, que es donde preferentemente centra Serrano su teoría de la culpabilidad, que paso a paso va construyendo, sin prisa, pero sin pausa, con indudable originalidad, compartida o no por los demás; pero lo que nadie puede discutir, sin faltar a la verdad, es que Manuel Serrano no sea un gran profesor de Derecho penal, con vocación auténtica y dedicación plena al estudio y la enseñanza, un investigador incansable, un escritor honesto, que desde hace ya bastantes años sigue la misma línea en la construcción de una teoría ciertamente meritoria, que dejará huella para las generaciones futuras de estudiosos de nuestra ciencia.

DIEGO MOSQUETE

SECCION DE JURISPRUDENCIA

(Viene de la pág. 196)

la agravante de reincidencia núm. 15 del artículo 10 del C. P. respecto del procesado, implícita y virtualmente desecha las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad que pudieran haber alegado las partes acusadoras y acusadas con lo que se da cumplimiento a la regla 4.^a, apartado 3.^o, del artículo 142 de la Ley Procesal, según viene interpretando esta Sala (SS. de 14 octubre 1913 y 13 marzo 1958. (Sentencia 18 enero 1971.)

La sentencia recurrida condenó al inculpado a indemnizar a los herederos de la víctima en mayor cantidad que la solicitada por las partes acusadoras y por su insolvencia al responsable civil subsidiario sin mediar petición al efecto—lo que constituye el tema del primer motivo por forma—, silenció todo pronunciamiento respecto a la demanda deducida por las acusaciones de que la menor indemnización que pidieron fuera satisfecha por la entidad aseguradora "Mutua P." en nombre de aquél; y pues que por esta omisión se carga directamente las consecuencias de la decisión indemnizatoria sobre el recurrente, que por los términos en que había quedado ultimado el proceso esperaba ser exonerado de ellas sin perjuicio de la acción de repetición que contra él pudiera ejercitarse, y ello implica incongruencia por vulneración de la norma contenida en el párrafo 2.^o del artículo 742, en armonía con la del párrafo 2.^o del 850 de la L. E. Crim., que obliga a los juzgadores de instancia a resolver todas las cuestiones de la referida índole que fueran objeto del juicio incurso es que incidió la Audiencia en vicio formal determinante de la casación, según el número 3.^o del artículo 851 del mentado Ordenamiento. (Sentencia 4 marzo 1971.)

REVISTA DE REVISTAS

INTERPOL

Revista Internacional de Policía Criminal

Número 264, enero 1973

KERSTA, L. G.: «La identificación de las voces».

Se viene utilizando cada vez con más frecuencia, por la policía y jueces norteamericanos, el método espectrográfico para la identificación de delincuentes a través de la voz. Este sistema tiene interés cuando el autor utiliza el teléfono para amenazar o injuriar repetidas veces en los casos de exigir un rescate para poner en libertad a la persona secuestrada, etc. Por medio del denominado «vocograma» se consigue una gráfica diferente para cada tipo de voz. La simulación no sirve para nada, pues hasta los ventrílocuos se identifican perfectamente; aunque simulen voces diferentes, el vocograma no varía. Puede servir este sistema incluso para demostrar la inocencia de una persona que aparece como sospechosa o incluso para descifrar mensajes ininteligibles. El autor hace una exposición detallada de la eficacia de este sistema de identificación, así como la justificación de por qué ofrece interés en el campo de la criminalística este procedimiento.

Número 265, febrero 1973

RICCI, R.: «Evolución de la criminalidad en Italia».

Las estadísticas criminales reflejan en Italia un aumento de los delitos contra la propiedad y la economía nacional, mientras el resto se encuentra en cierta regresión. El estudio se refiere a los años 1930 y 1970, teniendo en cuenta el aumento de la población —que pasa de 40 a 54 millones de habitantes—. Hay una disminución del 57 por 100 en los homicidios y un 72 por 100 en las lesiones; los delitos contra la familia, la moralidad y las buenas costumbres se han reducido en un 22 por 100. Se aprecia un incremento notable en las cifras absolutas de los hurtos, que en el año 1970 se elevó a la cifra de 546.271, aunque más del 60 por 100 corresponden a hurtos de automóviles, motocicletas y bicicletas. El número de delincuentes en libertad se ha incrementado, principalmente como consecuencia de catorce disposiciones, dictadas después de la guerra, relativas a amnistías o indultos. El número de detenidos preventivos ha pasado de 233.442, en el año 1946, a 43.166 en 1970. En cuanto al número de presos que cumplían condena, se pasado de 62.429, en el año 1946, a 22.117 en 1970. En este mismo año ingresaron en prisión 43.106 personas y salieron 53.822.

La modificación del Código de Procedimiento Penal (Ley del 5-XII-1969) ha reducido los poderes de la policía judicial, que le retira la posibilidad de poder interrogar a los presuntos culpables. Se limita el periodo de detención preventiva (Ley del 1-VII-1970). La amnistía de 6-IV-1970 puso en libertad a 14.000 personas. El número de delitos contra la propiedad, en parte influidos por esas medidas, aumentó en 1970 en un 17,8 por 100 con respecto del año anterior.

Número 266, marzo 1973

CLERC, F.: «La represión de las infracciones a las leyes de tráfico».

Del estudio del delincuente en carretera se ha llegado a diversas soluciones: para unos, no tiene ningún rasgo especial; otros estiman que este delincuente tiene un coeficiente intelectual inferior al de la población normal, por lo que una medida eficaz podría ser la retirada del permiso de conducir. Existe una posición intermedia que considera que las normas de tráfico son tantas que un conductor honrado no puede recorrer nueve kilómetros sin infringir alguna; todo depende de que esa inobservancia provoque o no un accidente.

Tampoco hay acuerdo en relación al sistema represivo. La ley penal parece que no ha producido ninguna eficacia en la seguridad del tráfico —aunque difícilmente se puede demostrar esto—. Sin embargo, no se puede prescindir de las sanciones penales, por lo menos para las infracciones más graves, muertes, lesiones importantes, etc. La utilización de la policía en determinadas sanciones administrativas llevaría a una pérdida de tiempo, en perjuicio de su vigilancia en carretera. Podría ser de interés el arresto de tiempo libre de los conductores.

La retirada del permiso de conducir no afecta por igual al profesional que a quien no lo es. Retirárselo al primero equivale a prohibirle el ejercicio de su profesión. Por otra parte, hay quien consigue un permiso internacional, pudiendo conducir por el resto de los países; una solución podría ser que junto a ese permiso internacional se exigiera el nacional, por lo que una vez retirado éste no serviría para nada aquél.

Estima el autor que en los delitos relativos al tráfico no se puede prescindir del Derecho penal, aunque su aplicación debe hacerse con prudencia.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

INDICE GENERAL DEL TOMO XXVI

FASCICULO I

Enero - Abril MCMLXXIII

Páginas

Sección Doctrinal

<i>Silvio Ranieri, in memoriam</i> , por Marino Barbero Santos	5
<i>El tratamiento de los semiimputables</i> , por José Cerezo Mir	13
<i>Las drogas y su legislación en España</i> , por Antonio Bristain ...	41
<i>La criminología en los primeros autores clásicos</i> , por Alfonso Serrano Gómez	73
<i>El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español</i> , por Miguel Bajo Fernández	91

Sección Legislativa

<i>Proyecto de ley sobre negativa a la prestación del servicio militar.</i>	142
---	-----

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1971</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	145
<i>Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.^a del T. S.)</i> , por Fernando Gisbert Calabuig	171

Revista de Libros

FERNÁNDEZ ALBOR, CASTILLO CASTILLO, SAINZ CANTERO, BARBERO SANTOS, RODRÍGUEZ DEVESA: <i>Delincuencia juvenil</i>	197
FERNÁNDEZ ALBOR, A.: <i>Introducción al curso sobre delincuencia juvenil</i>	197
CASTILLO CASTILLO, J.: <i>Sociedad alienadora y juventud delincuente.</i>	199

	<u>Páginas</u>
SAINZ CANTERO, J. A.: <i>Trabajo de jóvenes y menores y delincuencia.</i>	199
BARBERO SANTOS, M.: <i>Delincuencia juvenil: tratamiento</i>	200
RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. ^a : <i>Problemática jurídica de la delincuencia de menores</i> , por Alfonso Serrano Gómez	201
GALLINO YANZI, Carlos: <i>La antijuricidad y el secreto profesional</i> , por J. A. O.	202
GARMENDIA, J. A.: <i>Esquema del delito en España</i> , por Alfonso Serrano Gómez	203
MARINUCCI, Giorgio: <i>Il reato come "azione". Critica di un dogma</i> , por Miguel Bajo Fernández	205
MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel: <i>Sanciones y responsabilidades en materia de caza</i>	208
RODRÍGUEZ DEVESA: <i>Derecho penal español, parte especial</i> , por José Antón Oneca	210
SERRANO RODRÍGUEZ, Manuel: <i>Estudios Penales</i> , por Diego Mosquete	213

Revista de Revistas

INTERFOL: <i>Revista Internacional de Policía Criminal</i> , enero 1973, febrero 1973 y marzo 1973, por Alfonso Serrano Gómez ...	215
---	-----

Sección Legislativa

Proyecto de ley sobre negativa a la prestación del servicio militar 142

Sección de Jurisprudencia

Jurisprudencia penal 1971, por Pedro-Luis Yáñez Román 145
Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.ª del T. S.), por Fernando Gisbert Calabuig. 171

Revista de Libros 847

FERNÁNDEZ ALBOR, CASTILLO CASTILLO, SAINZ CANTERO, BARBERO SANTOS, RODRÍGUEZ DEVESA: *Delincuencia juvenil*; FERNÁNDEZ ALBOR, A.: *Introducción al Curso sobre Delincuencia Juvenil*; CASTILLO CASTILLO, J.: *Sociedad alienadora y juventud delincuente*; SAINZ CANTERO, J. A.: *Trabajo de jóvenes y menores y delincuencia*; BARBERO SANTOS, M.: *Delincuencia juvenil: tratamiento*; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª: *Problemática jurídica de la delincuencia de menores*, por Alfonso Serrano Gómez; GALLINO YANZI, Carlos: *La anti-juricidad y el secreto profesional*, por J. A. O.; GARMENDIA, J. A.: *Esquema del delito en España*, por Alfonso Serrano Gómez; MARINUCCI, Giorgio: *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, por Miguel Bajo Fernández; MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel: *Sanciones y responsabilidades en materia de caza*; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español, Parte especial*, por José Antón Oneca

Revista de Revistas 215

INTERPOL: *Revista Internacional de Policía Criminal*, enero 1973, febrero 1973 y marzo 1973, por Alfonso Serrano Gómez

FE DE ERRATAS

En la página 270 dice: RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte especial*, Madrid, 1973.

Debe decir:

RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte general*, Madrid, 1973.
 RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte especial*, Madrid, 1973.

Suscripción anual: España, 450,— pesetas
Extranjero, 575,— pesetas

Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas