

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXVI
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
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 YÁÑEZ ROMAN
Profesor Adjunto de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción:

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

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 Univer-
sidad Complutense de Madrid

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

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

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

INDICE

Sección Doctrinal

	<u>Páginas</u>
<i>Reflexiones sobre el libre albedrío</i> , por el Prof. Dr. Hans Welzel	221
<i>Anticonstitucionalidad de la pena de muerte en los Estados Unidos de América</i> , por Pedro Luis Yáñez Román	232
<i>Anotaciones sobre las asociaciones ilícitas tras la reciente reforma penal</i> , por Luis Rodríguez Ramos	297
<i>Los términos delito y falta en el Código penal</i> , por Santiago Mir Puig	320

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: Enero-abril 1973.

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

CORRESPONDENCIA

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

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

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIO JURIDICOS

SERIE 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



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

**ANUARIO
DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXVI
FASCICULO II**



**MAYO-AGOSTO
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

Reflexiones sobre el «libre albedrío» (*)

Prof. Dr. HANS WELZEL
Catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho
de la Universidad de Bonn

Cuando Karl Engisch pronunció en 1962 ante la Asociación Alemana de Juristas, en Berlín, su conferencia “La doctrina del libre albedrío en la Filosofía del Derecho Penal actual”, se encontraba en muchos aspectos en una situación similar a aquella en que se hallaba, setenta años antes (1892), Adolf Merkel cuando publicó su trabajo “Las ideas de la retribución y de fin en el Derecho penal” (1). El mismo Engisch invocó expresamente el “ejemplo Merkel” (2), cuando —después de comprobar un “non liquet” en el problema de la libertad (3)— partió de la admisión *hipotética* del determinismo (4), “para examinar si, y en qué medida, podría subsistir una responsabilidad penal en caso de que él (el determinismo) estuviese en lo cierto” (5). Después de examinar a fondo este problema, Merkel llegaba a la conclusión afirmativa, es decir, al resultado de que nosotros los juristas “aún en el supuesto de que fuera cierto el determinismo... encontramos una justificación de los conceptos de culpabilidad y responsabilidad y de la utilización del poder punitivo del Estado, que hace aparecer a estos conceptos y a esta acción como plenos de sentido y necesarios” (6). Engisch no sólo llega al mismo resultado, sino que el momento en que lo hace es semejante a aquel otro en que Adolf Merkel publicó su trabajo sobre la idea de la retribución. Cuando Adolf Merkel afirmaba, en 1892, que el fundamento de la imputación y la culpabilidad no dependía de la veracidad del indeterminismo, mantenía una postura prácticamente aislada; su trabajo fue el que “produjo un efecto casi sorprendente sobre nuestra doctrina del De-

(*) Artículo publicado en el «Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag», Vittorio Klostermann, *Frankfurt am Main*, 1969, págs. 91 y ss. Traducción directa del alemán por JOSÉ CEREZO MIR, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza.

(1) ADOLF MERKEL, *Gesammelte Abhandlungen*, II, págs. 687 y ss.

(2) ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1962, pág. 44.

(3) ENGISCH, *lug. cit.*, pág. 37.

(4) ENGISCH, *lug. cit.*, pág. 41.

(5) ENGISCH, *lug. cit.*, págs. 41 y ss.

(6) ENGISCH, *lug. cit.*, pág. 65.

recho penal” y dio lugar en la época siguiente “a la conversión al determinismo de un gran número de penalistas” (7). Lo mismo cabe decir del momento en que Engisch pronunció su conferencia en Berlín. Nowakowski decía a este respecto: “La ciencia alemana del Derecho penal se basa hoy fundamentalmente en una concepción indeterminista del hombre y se comprende en ella la culpabilidad jurídico-penal como una culpabilidad moral, en el sentido de una ética indeterminista”; las opiniones contrarias no son muy numerosas en este momento (8).

Pero, si no me equivoco, la concepción “indeterminista” del hombre parece haber rebasado ya el punto culminante de su fuerza de convicción en los países de lengua alemana y el péndulo parece retroceder de nuevo en las generaciones más jóvenes hacia la interpretación determinista. En este sentido, la aguda y prudente conferencia de Engisch puede adquirir una importancia considerable en el futuro. Por ello me parece tanto más importante continuar el diálogo con Engisch, no con la esperanza de poder resolver el problema alguna vez de un modo definitivo, sino para descartar criterios que podrían encauzarlo en una falsa dirección.

En el “Libro en memoria de Max Grünthut” (1965) hice un análisis crítico de algunos de los razonamientos de Engisch y éste ha contestado entretanto a mis objeciones (9). Engisch quería en su conferencia mencionada, partir sólo de un modo *hipotético* del determinismo (10) y examinar a continuación si, y en qué sentido, podría subsistir una responsabilidad penal. Sobre esta base, entiende él la conciencia de la libertad como conciencia de haber actuado de acuerdo con nuestra propia personalidad” y dice de ella, que es perfectamente compatible “con el sentimiento de tener que responder por su propia manera de ser, por su ser así” (11). A ello contesté: Si la libertad entendida de un modo determinista consiste en actuar de acuerdo con nuestra propia personalidad, esto ha de valer tanto para el autor como para el legislador que ha de decidir sobre lo que es lícito e ilícito. ¿Pero puede el legislador, frente a la crítica de sus actos legislativos, escudarse en que los ha llevado a cabo de acuerdo con su propia personalidad? Bockelmann había objetado también, al mismo tiempo, haciendo referencia al juez que ha de juzgar el hecho: “Si la ley de determinación causal rige incondicionalmente, ha de valer no sólo para la conducta del autor que ha cometido un delito, sino también para la de aquél que ha de juzgarlo” (12). La objeción de Bockel-

(7) LIEPMANN, Introducción al libro de MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912, pág. XI.

(8) NOWAKOWSKI, en el prólogo al libro de DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, 1967.

(9) ENGISCH, *Festgabe für Hans v. Hentig, Mon. Krim. Stra.*, tomo 50 (1967), páginas 108 y ss., especialmente 118 y ss.

(10) ENGISCH, *Lehre von der Willensfreiheit*, pág. 41.

(11) ENGISCH, *lug. cit.*, pág. 64.

(12) BOCKELMANN, *Z. Str. W.* 75, págs. 386 y ss.; asimismo en *Z. Str. W.* 77, páginas 255 y ss.

mann y la mía se basan en el antiguo "argumento del conocimiento", que se formuló contra la utilización unilateral del determinismo causal en el llamado problema del libre albedrío (12 a). Este argumento lo utilicé ya en mi trabajo "Personalidad y culpabilidad" (13) y especialmente en el capítulo "Culpabilidad y libre albedrío" de mi "Manual" (14).

Quisiera exponerlo de nuevo con toda brevedad: Si el conocimiento ha de ser posible —y esto lo presupone todo el que hace alguna afirmación teórica, por tanto también cualquier afirmación sobre el determinismo— el proceso anímico del acto de conocimiento tiene que ser de tal índole que se rija por el objeto del conocimiento. Voy a hacer una cita de Karl Bühler, que ya mencioné en 1930 en mi artículo "Causalidad y acción" (15): "Un pensamiento, que yo pienso, es mío, se encuentra entreverado con sentimientos y deseos, en una vivencia, que contemplada en su conjunto, no vuelve a repetirse. Pero la dirección y el curso del pensamiento, en función del objeto, es, si llega a buen término, de tal índole que podemos predecir con Spinoza, con las debidas reservas, que: *ordo idearum idem es ac ordo rerum*" (16). En el mismo sentido se había manifestado ya un año antes Erismann (17): El pensar... no es sólo un proceso real que se desarrolla en un momento determinado, sino que tiene también un contenido, en el que se piensa, y la auténtica esencia del pensamiento consiste en adquirir conciencia de ese contenido... El conocer no depende ya sólo de la voluntad del que piensa, sino, en la misma medida, del objeto en que se piensa... Por qué este hombre razona y el otro no, no lo comprendo, y he de admitir como un hecho la capacidad del espíritu humano para conocer y su diversa distribución entre los diferentes individuos; ¡el progreso fáctico del pensamiento cognoscitivo (precisamente en esta dirección), lo entiendo yo, sin embargo (en la medida en que me es posible el conocimiento del objeto), en función de la estructura del objeto de conocimiento!". "Los actos de conocimiento están tan determinados por el objeto de conocimiento como por el sujeto cognoscente. Esta relación de conocimiento es sumamente peculiar y no se puede confundir con la relación de causalidad de las ciencias naturales" (18).

(12 a) Expuesto en época reciente, sobre todo por HEINRICH RICKERT, en los *Kant-Studien* XIX (1914), págs. 212 y ss., y especialmente en su *System der Philosophie I* (1921), págs. 300 y ss. A pesar de estar impregnado por la filosofía de los valores, el análisis de RICKERT es de una claridad impresionante y debería ser tenido más en cuenta que hasta ahora en la discusión sobre el libre albedrío.

(13) WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, *Z. Str. W.* 60 (1941), págs. 443 y siguientes.

(14) Desde la tercera edición de mi Manual, *Das deutsche Strafrecht*, de 1954.

(15) WELZEL, *Kausalität und Handlung*, *Z. Str. W.* 51, págs. 710 y ss. (nota 22).

(16) KARL BÜHLER, *Krise der Psychologie*, 1927, 3.^a ed. 1965, pág. 67.

(17) ERISMANN, *Archiv für die gesamte Psychologie*, tomo 55 (1926), páginas 126 y ss.

(18) ERISMANN, *lug. cit.*, pág. 135. Desgraciadamente estos razonamientos, que

En esta confusión incurren, sin embargo, continuamente los teóricos que sustentan una interpretación "determinista" de la vida anímica, incluso aquellos que, como Engisch (19), tratan de evitarlo: Reconoce, sin duda, Engisch, que el legislador y el juez orientan sus reflexiones y decisiones según "contenidos de sentido" y que el juez interpreta, por ejemplo, los preceptos jurídicos de acuerdo con las reglas de la lógica formal y de la doctrina del método jurídico. Pero, dice Engisch, la orientación según contenidos de sentido y la determinación causal no se excluyen en modo alguno. Aunque el "determinismo tradicional" piénsese en una determinación mecánico-causal burda", nada se opone (dice Engisch, invocando a Hans Schultz) a una mejor comprensión del determinismo, como la "sujeción a leyes de la sucesión de los fenómenos". Es falso, por ello, denominar a la determinación causal "ciega", "mecánica", "automática" (20). "La Lógica y la Axiología conservan, como es lógico, su plena validez inmanente y suministran los criterios de lo verdadero, de lo justo, de lo útil, de lo que tiene sentido, aunque el hombre sólo pueda captarlos con arreglo a las leyes psicológicas y sólo pueda ponerlos en práctica sobre la base de la determinación anímica" (21). "Es cierto, sin duda, que nadie medirá la corrección de un acto de conocimiento según que se haya realizado o no de acuerdo con la personalidad propia del sujeto cognoscente (y no de acuerdo con la estructura del objeto). ¿Pero se deduce de ello que los conocimientos, valoraciones y actos de voluntad correctos se hallen más allá de la determinación causal, que sean en este sentido "libres" y no se realicen de acuerdo con nuestra disposición y en virtud de circunstancias externas favorables? (22). Para confirmar esta tesis, Engisch llama la atención sobre el hecho de que algún gran pensador ha revelado que debe su atisbo genial no a los esfuerzos de su voluntad, sino que lo tuvo de repente, como un chispazo, como si algo pensase en él. "Disposiciones desconocidas despliegan aquí su eficacia y no actos libres" (22 a). He citado con tanta extensión las palabras de Engisch, porque en ellas se pone claramente de manifiesto la contradicción con su punto de partida. ¿Podría expresarse mejor el proceso de la determinación "ciega" que con la frase últimamente citada del despliegue de eficacia de disposiciones desconocidas? A la vista de estas observaciones, ¿qué significa la afirmación inicial de que es falso concebir los factores causales como causas "ciegas"? No quiero discutir, sin embargo, con Engisch, por estas tensiones internas (a mi juicio, incluso, con-

a finales de los años veinte parecían iniciar una evolución fructífera, quedaron interrumpidos, en parte por el exilio de KARL BÜHLER y otros autores.

(19) ENGISCH, *Mon. Krim. Stra.* 50, pág. 120.

(20) Aunque DANNER, en *Gibt es einen freien Willen?*, lo haga con frecuencia en apoyo de su determinismo.

(21) ENGISCH, *lug. cit.*, pág. 120.

(22) ENGISCH, *lug. cit.*, pág. 121.

(22 a) HUBERT ROHRACHER, *Einführung in die Psychologie*, 9.^a ed., 1965, páginas 345 y ss.

tradiciones) en su pensamiento. ¿No podría él preguntarme, con razón: ¿no es cierto lo que yo digo del gran pensador? ¿No apunta la famosa exclamación ¡Eureka! de Arquímedes a la influencia de procesos anímicos del subconsciente? Esto es preciso admitirlo, sin duda, y constituye una tarea especial de la psicología aclarar los procesos pre o subconscientes que (al parecer) influyen en la realización de los actos de conocimiento. ¿Pero tiene esto, en último término, una importancia decisiva? Aunque el atisbo genial se produzca como un chispazo, es preciso aclarar después si se trata realmente de un descubrimiento o de una apariencia engañosa. Esto sólo puede determinarse mediante la comprensión del objeto de conocimiento y esta comprensión tiene que estar "libre" de determinantes *externas* a dicho objeto, es decir, que sean en este sentido "ciegas" y pertenezcan a la determinación *causal* en sentido específico (como, por ejemplo, las asociaciones de ideas o las tendencias emotivas, etc.). La relación de conocimiento es, sin duda, muy peculiar e incluso única, y tiene que ser claramente diferenciada de la determinación causal. Danner ha objetado a mi frase —"La comprensión se determina a sí misma de un modo evidente según el objeto de conocimiento"— que es falsa, "pues sólo las emociones convierten al contenido de la comprensión en comprensión. Un contenido de conciencia completamente irrelevante e indiferente no puede ser nunca objeto de nuestra comprensión, sólo comprendemos en este caso su irrelevancia" (23). Danner alude con ello a la circunstancia de que también la voluntad de conocimiento presupone un interés en conocer o, como dice él, tiene que estar cargada emocionalmente". Con ello alude —correctamente, aunque con ciertas variantes de las que nos ocuparemos más adelante— a un hecho importante, a la relación ya mencionada, entre la voluntad y el interés en conocer. Amplía excesivamente, sin embargo, esta relación, al transformar inadvertidamente el interés en el conocimiento de un objeto en interés en el objeto conocido mismo. El interés en conocer un objeto no implica "la satisfacción emocional de haber descubierto la corrección de un conocimiento" (24). El teórico que descubre que una teoría que ha sustentado durante bastante tiempo es falsa, no estará "emocionalmente satisfecho" por este conocimiento. Al contrario, su teoría anterior constituirá un obstáculo para la correcta comprensión del objeto. El conocimiento de un objeto sólo puede derivarse de la comprensión directa del objeto mismo. Ningún tipo de "seducciones o atractivos" "secretos" pueden desempeñar aquí un papel si el conocimiento ha de ser alcanzado.

En la relación del conocimiento, entre el acto y el objeto del conocimiento, se advierte lo que se quiere decir con el concepto de la "libertad" (de la voluntad): El acto de conocimiento es libre (y tiene que ser libre) *de* determinantes causales ("ciegas"), *para* que sea posible una determinación conforme al sentido, de acuerdo con el ob-

(23) DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, pág. 52.

(24) DANNER, *lug. cit.* pág. 52.

jeto de conocimiento. Sólo si se destaca esta forma (específica) de determinación y se la distingue claramente de la determinación causal, se puede comprender su peculiaridad y con ella la libertad para la autodeterminación conforme al sentido. En cambio, la inclusión indiscriminada de la determinación conforme al sentido en la determinación causal impide precisamente la comprensión de la autodeterminación conforme al sentido. Esto se advierte, a mi juicio, en Engisch con la suficiente claridad (25): En él los contenidos de sentido adquieren “una eficacia causal peculiar”, ejercen una “seducción” y se insertan como un “milagro” (o como un “azar”) “en la realidad y en sus nexos causales”. Es posible que no se incurra con ello —como dice Engisch— “en una contradicción”, pero estas consecuencias que se derivan del punto de partida “determinista” no contienen una explicación objetiva y racional.

En la utilización del argumento del conocimiento no hemos llegado en modo alguno a una concepción “indeterminista” de la libertad. Es cierto que el concepto de la libertad implica que la ejecución del acto de conocimiento tiene que estar libre de determinantes causales, pero el curso del pensamiento está determinado por las razones evidentes del objeto. El curso del pensamiento no está “indeterminado”, sino completamente determinado, no por causas ciegas, sino por razones videntes.

Con ello se ha alcanzado una etapa importante en la discusión del problema del libre albedrío, pero este no está “agotado” aún en modo alguno. Queda un aspecto importante del problema, que hemos mencionado sólo brevemente al examinar una objeción de Danner. Este aspecto se descubre si nos preguntamos ¿por qué está determinado el acto mismo de conocimiento? Aunque el desarrollo del acto de conocimiento esté determinado por razones objetivas, inteligibles, queda abierto aún el problema de qué es lo que ha determinado la *voluntad de conocer*. Danner (26) se ha ocupado de este segundo problema, pero ha ignorado el anterior (de la relación del acto y el objeto del conocimiento). Vamos a ocuparnos ahora del segundo problema en relación con el trabajo de Danner, no porque considere que se trate de una obra especialmente importante, sino porque ha sido acogida favorablemente por un jurista del rango de Nowakowski, de modo que es probable que sus argumentos encuentren eco entre los juristas. Su argumentación puede ser calificada, como lo hace Nowakowski, como “victoriosamente rectilínea”: Todos los contenidos de conciencia que tienen que convertirse en motivos tienen que tener una “carga emocional”, o como explica Danner en una ocasión, brevemente, tienen que estar “asociados automáticamente” con sentimientos (27). Cuando se dé una pluralidad de sentimientos, únicamente la

(25) ENGISCH, *Mon. Krim. Stra.* 50, pág. 121.

(26) DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, 1967. El nuevo trabajo de DANNER, aparecido en 1968, es, como indica su título (*Warum es keinen freien Willen gibt*), sólo una variación de su primera obra.

(27) DANNER, *lug. cit.*, pág. 28.

intensidad es la que determina cuál de ellos tiene que convertirse en motivo de la acción (28). Este razonamiento puede que sea "rectilíneo", pero no es, sin duda, "un descubrimiento", sino únicamente una variante del antiguo hedonismo (29). Este origen no se advierte en Danner porque evita con cuidado la palabra "placer" y en su lugar habla simplemente de "carga emocional". La denominación es, sin embargo, indiferente, lo importante es la función que atribuye Danner al objeto de esta denominación: Para Danner, como para el hedonismo en sus diversas formas, no existen diferencias cualitativas entre las diversas "cargas emocionales" (o "clases de placer"); entre ellas existen únicamente diferencias de grado, de "intensidad". Partiendo de esta premisa, que en ningún momento trata de demostrar o probar, la admisión de un determinismo (causal) es sólo una consecuencia lógica; en realidad está ya incluida analíticamente en la premisa. El fallo fundamental de la obra de Danner consiste en que en ningún momento pone en tela de juicio los presupuestos de sus tesis (de la identidad de las "cargas emocionales" y de la decisión entre ellas únicamente según su intensidad), sino que parte "dogmáticamente" de las mismas, sin mencionar y, por supuesto, sin tomar posición frente a las objeciones que se han formulado a través de los siglos contra ellas (30). Noll (31) cita la frase de Franz Brentano contra el hedonismo, de que es ridículo creer que el placer de fumar un puro, multiplicado por 127, dé como resultado el placer de oír una sinfonia de Beethoven. Esta observación pone de manifiesto de un modo drástico la diversidad de los sentimientos o de las "cargas emocionales". Si se reconoce la diversidad de las "cargas emocionales" —de acuerdo con los fenómenos— se advierte que entre ellas no hay sólo diferencias de intensidad, sino también diferencias de significación. Al mismo tiempo se advierte que la afirmación: "El sentimiento más fuerte es el que conduce a la decisión" (32), es un frase vacía de contenido, tautológica. Sólo "per definitionem" pone de manifiesto la decisión cual era el motivo "más fuerte"; pero si la decisión se basa en el contenido de significación del motivo o en la fuerza del impulso, esto no se sabe.

También aquí el argumento del conocimiento contribuye a aclarar la cuestión: Si el conocimiento ha de ser posible, el impulso del conocimiento no puede quedar únicamente a la merced del juego de los impulsos contrapuestos, que según su intensidad hagan recaer la decisión en favor o en contra del acto de conocimiento; el conocimiento, y con él el impulso de conocer, tienen que poder ser comprendidos como una tarea plena de sentido, que pueda ser sostenida

(28) DANNER, lug. cit. pág. 33.

(29) Véase a este respecto, HANS REINER, *Die philosophische Ethik*, 1964, páginas 35-36.

(30) Véase, HANS REINER, lug. cit.

(31) NOLL, *Die sittlichen Grunderfahrungen*, 2.^a ed. 1947, pág. 27. FRANZ BRENTANO, *Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis*, 1889, pág. 28.

(32) DANNER, lug. cit., pág. 33.

frente a los impulsos contrapuestos. Con ello se descubre una dimensión completamente diferente que es ignorada y conscientemente enmascarada por las teorías deterministas (causales) (33). La conducta humana se desarrolla no sólo en el mundo de la fuerza o intensidad de los impulsos, sino también en un mundo pleno de significación, en el cual los motivos comprenden criterios de sentido, según los cuales —para citar una frase de Lersch— “el hombre como ser espiritual se asigna un lugar y una tarea que se hace vinculante para su conducta y su obra” (34). Esta dimensión tiene que ser contemplada también en el tratamiento de los problemas del libre albedrío. En ella no hay tampoco decisiones “indeterminadas”; éstas recaen según el contenido de sentido de los motivos. En este aspecto existe un paralelismo con la determinación por el sentido en el proceso de conocimiento. Hay que tener en cuenta, sin embargo, importantes diferencias entre ambas. Mientras que en el conocimiento el objeto a conocer constituye el marco firme (objetivo), en el que el conocimiento se orienta, se plantea aquí el problema de si también los criterios de sentido en los que se basa la resolución de voluntad constituyen un marco firme, objetivo, comparable. El problema de la libertad se desplaza aquí al problema del sentido (o del valor). Tratar este problema de un modo explícito rebasaría los límites de nuestro tema. Tengo que remitirme, por ello, para la fundamentación de mi opinión a trabajos anteriores (35). En ellos decía que los contenidos de sentido de nuestra vida no son ni creaciones o invenciones “libres” de nuestra existencia, ni están fijados por “leyes naturales” o “leyes históricas”, sino que se basan en proyectos, mediante los que tratamos de comprender las tareas (vinculantes) de nuestra vida en las condiciones cambiantes.

(33) Véase la polémica de DANNER contra la observación de LERSCH sobre «los valores sensoriales».

Hay que hacer referencia también a la posición de HUBERT ROHRACHER sobre el problema del libre albedrío (*Einführung in die Psychologie*, 9.^a ed., 1965: «La decisión que se adopte finalmente depende de la naturaleza e intensidad de los impulsos e intereses concurrentes. La decisión se deriva de los acontecimientos precedentes... es su resultado necesario, conforme a las leyes naturales» (pág. 484). Este resultado al que llega ROHRACHER se deriva también sólo de un modo aparente de sus consideraciones sobre el «libre albedrío» (págs. 471 y ss.); está conionado por sus explicaciones sobre los «intereses» del hombre (págs. 398 y ss.). ROHRACHER destaca la independencia de los intereses humanos, «de los cuales no se encuentra el menor rastro en los animales» y que constituyen «lo específicamente humano» en el hombre (pág. 395); pero en la exposición ulterior ROHRACHER los equipara en el aspecto funcional a los impulsos, en la forma de su vivencia serían completamente iguales a los impulsos (pág. 397), recordarían conductas auténticamente instintivas de los animales (pág. 399). Partiendo de estas premisas, ROHRACHER llega —como DANNER— de un modo natural y necesario a la «determinación conforme a las leyes naturales» de la motivación humana.

(34) LERSCH, *Aufbau der Person*, 10.^a ed., 1966, pág. 220.

(35) WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.^a ed., 1962, especialmente, págs. 236 y ss.; además, GESETZ UND GEWISSEN, en *100 Jahre deutsches Rechtsleben*, 1960, I, págs. 380 y ss.

de la situación histórica. Entre estos proyectos se encuentran también las normas de un Derecho histórico (36).

Con esto se ha puesto de manifiesto la función esclarecedora del argumento del conocimiento para el llamado problema de la libertad, función que se aprecia en dos direcciones: En primer lugar, el conocimiento sólo es posible si el acto de conocimiento en su desarrollo está libre de determinantes previas, externas al conocimiento y en este sentido "ciegas" y si puede orientarse en el objeto del conocimiento. En segundo lugar, el conocimiento es sólo posible si el impulso de conocer (es decir, el motivo del acto de conocimiento) puede ser comprendido como una tarea plena de sentido en la configuración de la vida y sostenido frente a otros impulsos contrapuestos. La forma de realización, descrita, del acto de conocimiento no significa que esté "indeterminado", pues está determinado tanto como conocimiento del objeto, como tarea plena de sentido de la configuración de la vida, pero está libre de determinantes "ciegas", externas al conocimiento (37). Esta argumentación se limita estrictamente al ámbito del acto de conocimiento. ¿Es válida también, sin embargo, para otros sectores de la configuración de la vida? Aquí no es posible, ciertamente, una prueba estricta, pero la analogía con el acto de conocimiento casi se impone: Si el impulso de conocimiento tiene que ser asumido como tarea plena de sentido, la asunción de tareas plenas de sentido tiene que ser posible. Las decisiones humanas no tienen que recaer única y necesariamente según las relaciones de fuerza o intensidad de los impulsos en conflicto, sino que pueden orientarse también según su contenido de sentido, su significado para la configuración de la vida. Sin embargo, en el problema de determinar cuándo sucede una cosa o la otra, en una persona concreta, en el caso concreto, estoy de acuerdo con la respuesta que da Engisch, como "determinista hipotético", de que no lo sabemos. "De acuerdo con nuestro punto de partida tenemos que dejar sin respuesta la pregunta de si el autor, de acuerdo con su naturaleza, tal como se manifestaba en la situación concreta, hubiera podido hacer uso de una mayor fuerza de voluntad o de una mayor diligencia" (38). Es la misma respuesta que dan los psiquiatras "agnósticos" a la pregunta en torno a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, según el artículo 51 del Código penal alemán y los artículos 24 y 25 del Proyecto

(36) Véase, a este respecto, además de los trabajos mencionados en la nota ...35, mi artículo *An den Grenzen des Rechts, Die Frage nach der Rechtsgeltung*, 1966.

(37) La expresión «indeterminismo relativo» no es, por ello, una combinación absurda de palabras. La pregunta de la determinación tiene que plantearse siempre en relación con un determinado factor: en relación con las condiciones causales (ciegas) el acto de conocimiento es libre, indeterminado, pero en relación con las razones objetivas, se determina a sí mismo en los actos de comprensión y está en este sentido determinado. Se trata de dos formas diferentes de determinación.

(38) ENGISCH, *Lehre von der Willensfreiheit*, pág. 26.

de 1962 (39). La razón de ello no reside únicamente en la dificultad, de carácter general, de comprobar “a posteriori” circunstancias o fenómenos internos, sino en la misma peculiaridad del objeto, que en el fondo no es un objeto comprobable, sino la subjetividad de un sujeto (40). Esta es una dificultad común, pero su fundamento es interpretado de un modo distinto por Engisch y por mí. Para Engisch, la “libertad” de poder obrar de otro modo significa sólo la posibilidad de obrar de otro modo después de haber *sufrido* la pena o —con otras palabras— la capacidad de ser influenciado *por* la pena (41). Esta posibilidad o capacidad no es puesta aquí en modo alguno en tela de juicio. Pero de acuerdo con lo aquí expuesto, la libertad es algo más: es la posibilidad o la capacidad de poderse orientar y decidir conforme a sentido —una capacidad que da por supuesta, aun sin querer, el que mantiene— como Engisch, la tesis más restringida.

(39) *Haddenbrock, Der Nervenarzt*, tomo 38 (1967), págs. 466 y ss.; de otra opinión, H. ERHARDT, *Forum der Psychiatrie*, 1968, págs. 288 y ss.

(40) Véase la cita de ERISMANN en la nota 17.

(41) ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, págs. 56 y ss.

Anticonstitucionalidad de la pena de muerte en los Estados Unidos de América *

Furman v. Georgia, 408 U. S. 238 (1972)

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Prof. Adjunto de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid
y Vicesecretario del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales»

INTRODUCCION

El 29 de junio de 1972 cinco de los nueve jueces que integran el *Supreme Court* de los Estados Unidos de América pronunciaban, por mayoría, una decisión *per curiam* que, sin duda alguna, marcará un hito en la historia constitucional y de la administración de justicia de aquel país.

(*) Este trabajo de investigación ha sido realizado con fondos bibliográficos del "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht" [Freiburg i. Br., República Federal Alemana], en lo que respecta a la parte relativa a lo que podríamos denominar Derecho vigente, merced a una beca de dicha institución disfrutada del 15 de julio al 15 de octubre de 1973.

Debo, asimismo, expresar aquí mi gratitud al *Instituto Británico* de Madrid y a su Director, Mr. John Muir, así como al *Royal British Council*, por la ayuda que me han prestado al facilitarme el acceso a material británico de difícil obtención en mi país, como los *Journals* de las Cámaras de los Lores y de los Comunes del Parlamento británico y otra bibliografía de carácter histórico.

Las abreviaturas de uso más frecuente son:

A. B. A. J.	= American Bar Association Journal.
Amer. Crim. L. Q.	= American Criminal Law Quarterly.
Amer. J. of Crim. L.	= American Journal of Criminal Law.
Amer. Jour. L. H.	= American Journal Law of Legal History.
C. L. J.	= The Cambridge Law Journal.
Cal. L. Rev.	= California Law Review.
Col. L. Rev.	= Columbia Law Review.
Crim. & Delinq.	= Crime and Delinquency.
Crim. L. Bull.	= Criminal Law Bulletin.
Crim. L. Rev.	= The Criminal Law Review.
Fla. L. Rev.	= Florida Law Review.
Harv. L. Rev.	= Harvard Law Review.
Int. & Comp. L. Q.	= The International and Comparative Law Quarterly.

Transcurridos ciento ochenta años y un año desde que se produjo la adopción por el Congreso de la 8.^a Enmienda a la Constitución —conocida comúnmente como “*Cruel and Unusual Punishments Inflicted Clause*” (1)— sin que ninguna decisión del referido Tribunal haya arrojado la más leve sombra de duda sobre la constitucionalidad de la pena capital, ese día, sin embargo, el *Supreme Court* tomó postura por primera vez ante la constitucionalidad del máximo castigo en el caso *Furman v. Georgia*, al declarar que:

“*La imposición y ejecución de la pena de muerte [en estos casos] constituye una pena cruel y desusada, por lo que infringe la Octava y Décimocuarta Enmiendas a la Constitución*” [“...The Court holds that the imposition and carrying out of the death penalty in these cases constitutes cruel and unusual punishments in violation of the Eighth and Fourteenth Amendment...”] (2).

En *Furman v. Georgia*, el *Supreme Court* contempla por vez primera la anticonstitucionalidad del máximo castigo en tres recursos presentados por William Henry Furman, un negro sentenciado a muerte por el asesinato cometido con ocasión de un robo a mano armada

J. CRIM. L. C. & P. S.	= The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science.
L. Q. Rev.	= Law Quarterly Review.
Mercer L. Rev.	= Mercer Law Review.
Min. L. Rev.	= Minnesota Law Review.
N. Y. U. L. Rev.	= New York University Law Review.
N. Y. U. L. Q.	= New York University Law Quarterly.
Pha. L. Rev.	= Philadelphia Law Review.
Stan. L. Rev.	= Stanford Law Review.
Supreme C. Rev.	= Supreme Court Review.
U. of Chic. L. Rev.	= University of Chicago Law Review.
U. Pa. L. Rev.	= University of Pennsylvania Law Review.
U. S. R.	= United States Reports.
Va. L. Rev.	= Virginia Law Review.
Vand. L. Rev.	= Vanderbilt Law Review.
W. Pol. Q.	= Western Political Quarterly.
Yale L. Rev.	= The Yale Law Review.

(1) El tenor literal de la Octava Enmienda a la Constitución es el siguiente: “*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed; nor cruel and unusual punishments inflicted*”.

(2) 408 U.S. 238 (1972). Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3231.

El recurso para debatir el problema de la anticonstitucionalidad de la pena capital fue concedido a petición de cuatro recurrentes:

Aikens v. California, cert. granted, 91 S. Ct. 2280 (1971). (No. 68-5027).

Furman v. Georgia, cert. granted, 91 S. Ct. 2282 (1971). (No. 69-5003).

Jackson v. Georgia, cert. granted, 91 S. Ct. 2287 (1971). (No. 69-5030).

Branch v. Texas, cert. granted, 91 S. Ct. 2287 (1971). (No. 69-5031).

Sin embargo, no se consideró el recurso presentado por *Aikens v. California* una vez que el *Supreme Court* del Estado de California había declarado anticonstitucional la pena capital el 18 de febrero de 1972, en *People v. Anderson*, 6 Cal. 3d 628, 493 P. 2d 880, 100 Cal. Repr. 152 (Sup. Ct. 1972).

(3); Lucious Jackson, Jr., otro negro cuya condena a muerte por rapto había sido confirmada también por el Tribunal Supremo de Georgia (4); y, por último, Elmer Branch, también condenado a muerte por rapto en Texas (5).

Tradicionalmente, el *Supreme Court* había observado en esta materia una línea diametralmente opuesta a la actual, por cuanto solía en tales casos recurrir a tres expedientes: denegar simplemente el recurso (6); negarse a entrar en el fondo de la cuestión, es decir, en la anticonstitucionalidad de la pena capital, derivando el problema a aspectos y cuestiones puramente procesales de la imposición de

(3) *Furman v. State of Georgia*, 225 Ga. 253, 167 S. E. 2d 628 (1969). William Henry Furman, un negro, declarado culpable de haber asesinado a la persona que le había descubierto cuando cometía un robo a mano armada, fue condenado a la silla eléctrica, de acuerdo con el tenor de las *Georgia Laws*, 1875, p. 160; *Ga. Laws*, 1878-79, p. 60 (en vigor con anterioridad al 1 de julio de 1969 y derogadas por las *Georgia Laws*, 1968, pp. 1249, 1276). El Tribunal Supremo del Estado de Georgia confirmó la sentencia del Tribunal de Apelación en base a considerar que los Estatutos de Georgia, que autorizan la pena de muerte, no son "crueles ni desusados" en el sentido de la Octava Enmienda a la Constitución.

(4) *Jackson v. State of Georgia*, 225 Ga. 790, 171 S. E. 2d 501 (1969). Lucious Jackson, Jr., otro negro evadido y declarado culpable por el rapto de una mujer, a la que amenazó con un par de tijeras sobre el cuello, fue sentenciado automáticamente a la pena de muerte, con arreglo a las *Georgias Laws*, 1866, p. 151 (en vigor antes del 1 de julio de 1969 y derogadas por las *Georgia Laws*, 1968, pp. 1249, 1299). En su recurso abogaba por una declaración de anticonstitucionalidad de la pena capital a causa de que se le había impuesto ésta en violación del principio de igualdad, por ser simplemente un negro. Consideración desestimada por el Tribunal, que confirmó su sentencia.

(5) *Branch v. State of Texas*, 447 S. W. 2d. 932 (Tex. Crim. App. 1969). Elmer Branch, otro negro, fue sentenciado a muerte por el rapto y violación de una mujer blanca, viuda, de 65 años. Las peticiones que contenía su recurso eran sustancialmente dos: a) que la pena de muerte impuesta por un delito de menor gravedad que el asesinato infringía la Enmienda VIII, y b) que en un caso como el presente, de rapto, en el que aparecían implicados un negro, el procesado, y un blanco, la víctima y testigo, se había denegado al acusado la protección de la igualdad ante la ley, con arreglo a las Enmiendas V, VIII y XIV. Por el contrario, el *Court of Criminal Appeals* de Texas no admitió la existencia de tales fundamentos en el caso planteado, afirmando que la imposición de la pena capital en un supuesto de rapto y violación no constituye una pena cruel y desusada en el sentido de la Octava Enmienda. Y que, además, el pronunciamiento de tal sentencia contra el condenado no viola el principio de igualdad ante la ley. Cfr. M. TYUS BUTLER, Jr.: *Comment: Constitutional Law—Capital Punishment—Furman v. Georgia and Georgia's Statutory Response*. en *Mercer L. Rev.*, 24 (1973), 891-937, 892.

(6) El *Supreme Court* ha denegado *certiorari* para entrar a considerar la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de la pena capital en los casos siguientes: *Snider v. Cunningham*, 292 F. 2d 683 (4th Cir. 1961), cert. denied, 375 U. S. 889 (1963); *Rudolph v. State of Alabama*, 275 Ala. 115, 152 So. 2d 662 (1963), cert. denied, 375 U. S. 899 (1963); *Swain v. State of Alabama*, 508, 156 So. 2d 368 (1963), cert. denied, 382 U. S. 944 (1965); *Craig v. State of Florida*, 179 So. 2d 202 (Fla. 1965), cert. denied, 383 U. S. 959 (1966); *State v. Alvarez*, 182 Neb. 358, 154 N. W. 2d 746 (1967), cert. denied, 393 U. S. 823 (1968); *Williams v. State of Texas*, 427 S. W. 2d 868 (Tex. Crim. App. 1967), cert. denied, 391 U. S. 926 (1968).

dicha pena, como en el caso *McGautha v. California* (7); o, finalmente, limitarse a debatir el método de inflicción de la pena capital, con lo que, al aprobar dicho método de ejecución, aceptaba tácitamente la constitucionalidad de la pena de muerte, como en *Wilkerson v. Utah* (8), *In re Kemmler* (9), y más modernamente en *Louisiana Ex. Rel Francis v. Resweber, Sheriff, et All* (10).

(7) *McGautha v. California*, 402 U. S. 183, 226 (1971). Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 9 (5 mayo 1971), 3109 ss. Aunque algún *Justice*, como el desaparecido BLACK, considera en su *dictum* la problemática de la anticonstitucionalidad de la pena capital en *McGautha*, optando precisamente por la negativa, es decir, por la constitucionalidad, en base a la "tesis colonial", lo cierto es que la decisión *per curiam* aborda otro problema, por el que se llega a la anulación de la sentencia; el de la constitucionalidad de la absoluta libertad de decisión en el jurado, sin dirección técnica prestada por el juez y, asimismo, la constitucionalidad del *proceso unitario* en un caso capital. En sentido similar al de *McGautha* se pronuncia el Tribunal en *Maxwell v. Bishop*, 398 U. S. 262 (1970), *Boykin v. Alabama*, 395 U. S. 238 (1969) y *Witherspoon v. Illinois*, 391 U. S. 510 (1969). En principio, se establece, por lo general, en los distintos Estados el denominado proceso separado o *bifurcated trial*, que exige la declaración previa de culpabilidad por el jurado y luego la imposición de la pena. De tal forma que si, en casos capitales, es el jurado quien determina la culpabilidad, deberá ser él quien decida el pronunciamiento de la pena. Si, por el contrario, es el tribunal quien declara la culpabilidad, éste será el competente de cara a imponer la sanción. Cfr. Franklin P. GLENN: *The California Penalty Trial*, en *Cal. L. Rev.*, 52 (1964), 386-407; David W. LOUISELL & Geoffrey C. HAZARD: *Insanity as a Defense: The Bifurcated Trial*, en *Cal. L. Rev.*, 49 (1961), 805-844. Véase, asimismo, sobre la difícil problemática de la constitucionalidad de las instrucciones dadas al jurado para que, en los casos capitales, decida acerca de las pruebas presentadas, como hecho que puede minimizar la posibilidad de que la prueba sea arbitrariamente ignorada, KNOWLTON: *Problems of Jury Discretion in Capital Cases*, en *U. Pa. L. Rev.*, 101 (1953), 1099.

(8) *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1878). Se trata de la primera decisión judicial pronunciada por el *Supreme Court* cuestionando la aplicación de la Enmienda VIII a la Constitución. Sentada su obligatoriedad para las decisiones de los tribunales territoriales, el Tribunal Supremo aprueba en *Wilkerson* la constitucionalidad del "fusilamiento en público" como método de ejecución de la pena capital a la luz del "test" del "pánico innecesario" y de las "penas bárbaras y crueles", que es la materia de prohibición de la Enmienda VIII. Tanto el empleo del fusilamiento en la jurisdicción militar de todo el territorio como el hecho de que tal método de inflicción no implica "descuartizamiento, disección pública y el quemar vivo al reo, en cuanto castigos que implican tortura y vienen prohibidos por la octava enmienda", inducen al Tribunal a denegar que el fusilamiento en público viole la referida Enmienda. *Ibidem*, 131-136.

(9) *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890), representa otro supuesto en que el *Supreme Court* aprueba un método de inflicción del máximo castigo: la electrocución. *Kemmler* había recurrido contra el auto de ejecución en la silla eléctrica, dictado con arreglo al estatuto que la legislatura de Nueva York había aprobado sustituyendo la horca por la electrocución. El Tribunal Supremo deniega su petición en base a la inexistencia, en el caso debatido, de "pánico", ya que, a su juicio, para que la pena de muerte sea una pena cruel ha de implicar "algo más de inhumano y bárbaro que la mera extinción de la vida"; máxime cuando, como es el caso, el legislativo ha aprobado un método "menos bárbaro de ejecución" que la horca. *Ibidem*, 438, 443-444, 447-49.

(10) Tampoco en *Louisiana Ex Rel. Francis v. Resweber, Sheriff, et All.*, 329 U.S. 459 (1947), se plantea el *Supreme Court* el problema de la anticons...

Por el contrario, apartándose de esa línea tradicional, el *Supreme Court* ha entrado, con ocasión de *Furman v. Georgia*, en el fondo de la cuestión planteada por los tres recurrentes: que la pena de muerte infringe o viola la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas contenidas en la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, la cual se aplica y es obligatoria para todos los Estados de la Federación, según el tenor del fallo recaído en *Robinson v. California* (11). Con ello, el Tribunal Supremo amplía también el marco conceptual o definitivo, desde el prisma constitucional, que fija la Enmienda de lo que deberá entenderse en el futuro por "penas crueles y desusadas". Y sigue, por otro lado, la línea marcada, a este respecto, por el *Supreme Court* de California que, el 18 de febrero de 1972, declaró anticonstitucional la pena de muerte en *People v. Anderson* (12), en base a la sección 6.^a del ar-

titucionalidad *per se* de la pena de muerte, sino únicamente el de "si la ejecución [de dicha pena] hecha por el Estado de una forma cruel" viola la cláusula de proscripción de la Enmienda 8.^a. *Francis* había sido condenado a muerte y electrocutado, pero por un fallo mecánico, la electrocución no había tenido el éxito esperado en tales casos. El Tribunal, pese a deferir la cuestión de una conmutación al poder ejecutivo, no estimó que un segundo intento de electrocución infringiese los postulados de la Enmienda debatida, ni que el método de ejecución constituyese una pena cruel y desusada. *Ibidem*, 460-472 [concurriendo con el *Justice* REED, el *Chief Justice* FRANKFURTER y los *Justices* BLACK y JACKSON]. Disintiendo, los jueces BURTON, DOUGLAS, MURPHY y RUTLEGE. *Ibidem*, 472-481. Pese a que Francis presentó una solicitud de "habeas corpus", alegando que el verdugo y otras personas presentes en la sala de la ejecución se encontraban ebrias y que el verdugo actuó movido por impulsos sádicos, el *Supreme Court* denegó su petición "sin perjuicio de que se hiciese valer propiamente tal alegación ante los tribunales". Cfr. PRETTYMAN: *Death and the Supreme Court*, 1961, 125-126.

El desgraciado Willie Francis fue de nuevo ejecutado, esta vez con éxito, un mes después de la fecha (13 de enero de 1947), en que el *Supreme Court* pronunciara su decisión sobre el caso. Cfr., además, Louis H. POLLACK: *The Constitution and the Supreme Court. A Documentary History*, vol. II, 1966 (The World Publishing Company, Cleveland and New York), 161-173; Richard C. DONNELLY, Joseph GOLDSTEIN, Richard D. SCHWARTZ: *Criminal Law. Problems for decision in the promulgation, invocation and administration of a law of crimes*, 1962 (The Free Press of Glencoe, Inc.), 333-4.

(11) En *Robinson v. California* 370 U.S. 660 (1962), el *Supreme Court* declara por tercera vez la anticonstitucionalidad de una pena. Ahora, considera "cruel y desusada", en el sentido de la Enmienda VIII, la pena de prisión no inferior a noventa días impuesta por el § 11721 del *California Health and Safety Code* a una persona por "ser adicta al consumo de narcóticos". Declara, asimismo, la aplicación de la Enmienda, a través de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución, a todos los Estados de la Unión. *Ibidem*, 666. En sentido reafirmativo, *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 340 (1963).

(12) *People v. Anderson*, 6 Cal. 3d 628, 493 P. 2d 880, 100 Cal Rptr. 152 (Sup. Ct. 1972), citado en adelante como 493 P 2d 880 (1972). *People v. Anderson* representa la primera ocasión en que un tribunal supremo estatal declara en U.S.A. anticonstitucional la pena de muerte. Hecho que basta por sí sólo para erigir al Tribunal Supremo de California en el pionero de esta tendencia judicial.

Hasta 1972, fecha en que es emitido el *dictum* de *Furman*, todos los Tribunales Supremos de los Estados, con la salvedad del de California, habían afirmado en fallos recientes (los casos debatidos van desde 1967 a 1971) la

título 1.º de la Constitución del Estado de California (13).

Efecto subsiguiente de la decisión recaída en *Furman* ha sido, como advierte el que fuera *Justice* del Tribunal Supremo, Arthur J. Goldberg, que América “no tendrá que soportar la bárbara idea de que se practiquen ahorcamientos, gaseamientos y electrocuciones en masa al socaire del cumplimiento de la ley” (14). Pues, en el momento de producirse el fallo de *Furman v. Georgia*, el número de personas que cumplían el obligado y a veces lento tiempo de espera en la celda de la muerte [*the waiting time on the death row*] (15) era al-

constitucionalidad de la pena capital. *Furman v. Georgia*, Cfr. *The Criminal Law Reporter* 11 (28 junio 1972), 3294-95, nota 37; Cfr. Arthur J. GOLDBERG y Alan M. DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.*, 83 (1970), 1773, 1774, nota 6, citando casos de los Tribunales Supremos de Florida, Georgia, Illinois, Louisiana, Utah, North Carolina, etc...

(13) La dicción literal de la sección 6.^a del artículo 1.º de la Constitución de California es como sigue: “... Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed; nor shall cruel or unusual punishments be inflicted...” (la cursiva es nuestra). La única diferencia gramatical [que, en cierto modo, es también de fondo] con el texto de la Enmienda VIII a la Constitución de U.S.A. estriba en que la californiana emplea una conjunción disyuntiva [“or”], en lugar de la copulativa utilizada por la segunda [“nor”]. La consecuencia es que, con arreglo a la primera, puede considerarse la crueldad de las penas por un lado y, por otro, su desuso. *People v. Anderson*, 493 P. 2d Cal. 880, 884, 885 (1972).

(14) Arthur J. GOLDBERG: *Supreme Court Review, 1972. Foreword—The Burger Court 1971 Term: One Step Forward, Two Steps Backward?*, en *J. CRIM. L.C. & P.S.*, 63 (1972), 463, 465.

(15) Las cifras manejadas fijando el total de condenados que esperaban “su turno” en las “celdas de la muerte” de todo el territorio no parecen ser exactas. Así, el Justice MARSHALL señala 600 en todo el país. Pero el informe periódico de las *National Prisoner Statistics, No. 46, Capital Punishment, 1930-1970*, (agosto 1971), 9, fija, en 1970 la cifra de 608 reclusos condenados a pena capital. Según datos aportados por la revista *Newsweek*, en su número de 11 de febrero de 1971, la cifra total de sentenciados a pena de muerte era de 620. Mientras que, en un artículo de reciente publicación, Hugo Adam BEDAU aporta el número de 617 personas en todo el territorio de la Unión: de las cuales 433 lo eran por asesinato, 78 por raptos y 5 por otros delitos, como robo, etc... Cfr. H. A. BEDAU: *The Death Penalty in America, Review and Forecast*, en *Federal Probation*, 35 (junio 1971), 32, 33. La cifra es obtenida de los datos facilitados al autor por la asociación abolicionista *Citizens Against Legalized Murder*.

La cifra total de condenados a pena capital en el Estado de California era, el 31 de diciembre de 1971, de 104 personas [frente a la de 100 que suministra el Justice MARSHALL, en *Furman v. Georgia*]. De ellas, dos condenados estaban en la celda de la muerte desde 1964, 5 desde 1965 y 7 desde 1966. Ocho fueron ingresados en ella en 1967, quince en 1968 y trece en 1969. Treinta y cuatro en 1970 y veinte en 1971. Cfr. *People v. Anderson*, 493 P. 2d Cal. 880, 894, nota 37 (1972).

En lo que respecta al término medio del “tiempo de espera en la celda de la muerte”—dilatado siempre a causa de los *moratoriums* debidos a los incansables recursos y apelaciones—, ha pasado en la década de los sesenta a ser de 14,4 meses a 32,6 meses. Cfr. *National Prisoner Statistics, No. 45, Executions 1930-1968* (agosto 1969), 1-2. Véase, además, James A. MCCAFERTY: *The Death Sentence, 1960*, en H. A. BEDAU (Ed.): *The Death Penalty in America. An Anthology*, ed., revisada, 1967, 90-119, aportando cifras de ejecuciones hasta 1962. El tiempo récord ha sido fijado por Caryl Chess-

rededor de 600 a 650, ya que, desde 1967, una estrategia legal de *moratoriums de facto* desplegada por algunas organizaciones abolicionistas (16) dio lugar a la suspensión de casi todas las ejecuciones del máximo castigo en todo el territorio estadounidense, habiendo tenido lugar la última ejecución, de las dos producidas en 1967, el 2 de junio de dicho año en Colorado (17).

USA pasa así a engrosar la lista de países anglosajones integrados en el movimiento abolicionista (18). Si bien puede aún hacerse va-

man, ejecutado el 2 de mayo de 1960 (once años, diez meses y siete días), pero ha habido varios casos que ascienden a más de trece años. En California, el tiempo medio de espera se fija, para los que han sufrido conmutación o han sido trasladados a otro lugar, en 23,7 meses. De la escasez con que suelen producirse las conmutaciones por parte del ejecutivo da idea un estudio hecho, al respecto, en Pennsylvania en el período comprendido entre 1914 y 1958: de un total de cuatrocientas siete personas condenadas a muerte sólo fueron conmutadas las penas a setenta y una personas, es decir, a un diecisiete por ciento. Cfr. Marvin E. WOLFGANG, Arlene KELLY & Hans NOLDE: *Comparison of the executed and the Commuted among Admissions to Death Row*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 53 (1962), 301, 310. Sobre los argumentos en que suelen apoyarse las conmutaciones, véanse, COMMENT: *Post-Conviction Remedies in California Death Penalty Cases*, en *Stan. L. Rev.*, 11 (1958), 94, 129; NOTE: *Executive Clemency in Capital Cases*, en *N.Y.U.L. Rev.*, 39 (1964), 136, 159-77.

(16) Los esfuerzos desplegados por asociaciones como la *NAACP&LDE* [National Association Against Capital Punishment and Legal Defense Fund] en base a una estrategia dirigida desde 1963 a lograr *moratoriums de facto* en todos los casos de pena capital, con el fin de llevar al Tribunal Supremo a una especie de callejón sin salida, son expuestos en Michael MELTSNER: *Litigating Against the Death Penalty: The Strategy Behind Furman*, en *Yale L. J.*, 82 (1973), 1111-1139.

(17) *National Prisoner Statistics*, No. 46, *Capital Punishment 1930-1970* (agosto 1971). Las dos personas ejecutadas en 1967 lo fueron en Colorado y California. Desde 1930 han sido ejecutadas en U.S.A. 3.859 personas. Entre ellas, 1.751 blancos, 2.006 negros y 32 mujeres. Cfr. *National Prisoner Statistics*, No. 45, *Capital Punishment* (agosto 1969), 8-9.

En base a las mismas fuentes oficiales, en la década de los sesenta han sido ejecutadas 191 personas; y desde 1965 solamente diez. Desde 1963 a 1967, el Estado de California no practicó ninguna ejecución. Y dejando a un lado los años siguientes a 1968 —en que no se ha producido tampoco ninguna—, el año en que menos fueron practicadas en todo el territorio fue 1966, tan sólo una, por 199 en 1935. Es notable que desde 1964 no haya sido llevada a cabo ninguna ejecución por el delito de rapto. Cfr. RECKLESS: *The Use of the Death Penalty: A Factual Statement*, en *Capital Punishment*, edit. por J. McCAFFERTY, 1972, 38, 51; COMMENT: *Constitutional Law: Capital Punishment for Rape Constitutes Cruel and Unusual Punishment When No Life is Taken or Endangered*, en *Minn. L. Rev.*, 56 (1971), 95, 104.

También durante el período 1930-1959, los Ejércitos de Tierra y del Aire de los Estados Unidos ejecutaron 160 personas: ciento seis por asesinato, cincuenta y tres por rapto y una por desertión. Por el contrario, la Marina no ha ejecutado a nadie desde 1849. Cfr. James A. McCAFFERTY: *The Death Sentence, 1960*, en BEDAU: *The Death Penalty in America, 1967*, 112 ss.; William H. FORMAN: *Will the Eighth Amendment Proscribe the Death Penalty?*, en *Amer. Crim. L. Q.*, 6 (1967), 82-84.

(18) En el momento de producirse la decisión *per curiam* de *Furman v. Georgia*, los Estados de la Federación que prescribían la pena capital, incluyendo al Estado de California, cuyo *Supreme Court* no la había declarado

ler para el pueblo norteamericano la impresión que L. A. HART emitía sobre Inglaterra, al afirmar que ningún pueblo se había visto probablemente más conmocionado y dividido que el inglés ante el empleo de la pena de muerte, asignada estatutariamente para el delito de asesinato (19).

anticonstitucional hasta el 18 de febrero de 1972, eran 38 más el Distrito de Columbia y Rhode Island, que la asignaba únicamente para el delito de asesinato cometido por un recluso convicto. Incluyendo, pues, a estos dos últimos, tenían fijada pena de muerte para algunos delitos: Alabama, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New York, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Washington, Wyoming. Cfr. Hugo A. BEDAU: *The Death Penalty in America. Review and Forecast*, en *Federal Probation*, 35 (junio 1971), 32-43.

Además, existía una serie de delitos capitales federales: traición [18 U.S.C. § 2381]; asesinato del Presidente, del vicepresidente o de los que resultaren elegidos para tales cargos [18 U.S.C. § 1751]; asesinato de un miembro electo para el Congreso [18 U.S.C. § 351]; espionaje [18 U.S.C. § 794]; raptó en una jurisdicción marítima especial [18 U.S.C. § 2031]; destrucción de un aeroplano o de un vehículo de motor con resultado muerte [18 U.S.C. § 34]; delitos cometidos por medio de explosivos con resultado muerte [(18 U.S.C. § 844 (d) y (f))]; destrucción de trenes [18 U.S.C. § 1992]; piratería aérea [49 U.S.C. § 1472 (i)]. Los últimos estatutos con pena capital aprobados por el Congreso han sido: el *Aircraft piracy statute*, 49 U.S.C. § 1472 (i), promulgado el 5 de septiembre de 1961; el *presidential assassination statute*, 18 U.S.C. § 1751, aprobado el 28 de agosto de 1965, y el *Omnibus Crime Control Act of 1970*, aprobado el 2 de enero de 1971. *Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3285 (J. BLACKMUN). En lo tocante a los delitos capitales a nivel estatal, cfr. Leonard D. SAVITZ: *Capital Crimes as Defined in American Statutory Law*, en *J. Crim. L.C. & P.S.*, 46 (1955), 355-363; Joel F. HANDLER: *Background Evidence in Murder Cases*, en *J. CRIM. L.C. & P.S.*, 51 (1960), 317-327, notas 5, 6, 7 y 8.

(19) L. A. HART: *Murder and the Principles of Punishment: England and the United States*, en *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 1968, Oxford University Press, 54 ss.

Según una encuesta realizada en 1969 en U.S.A., un 51 por 100 de la población se manifestó a favor de la retención de la pena capital, frente a un 40 por 100 claramente abolicionista. Cfr. ERSKINE: *The Polls: Capital Punishment*, en *Public Opinion Q. Rev.*, 34 (1970), 290. En *Public Opinion and the Death Penalty* [en BEDAU: *The Death Penalty in America*, 1967, 236-241], el Instituto Americano de la Opinión Pública muestra cómo en 1953 un 63 por 100 aprobaba la pena capital; índice que en 1958 se redujo a un 42 por 100, en 1960 aumentó a un 51 por 100, en 1965 descendió a un 45 por 100 y en 1966 el descenso llegó a cifrarse en un 38-42 por 100; para, de nuevo, ascender en febrero de 1969 a un 51 por 100. Véase, también, Paul A. THOMAS: *Attitudes of Wardens Toward the Death Penalty*, en BEDAU: *The Death Penalty in America*, 1967, 242-252.

Ello, no obstante, como observa GOLDBERG, es de interés constatar cómo un escaso número de personas aceptan la pena capital para el delito de asesinato. Así, en una encuesta realizada por el Instituto Gallup, la mayor parte de los encuestados admitían dicha pena para los supuestos de secuestro de aeronaves, terrorismo, incitación a motines, etc. [*Boston Globe*, 23 abril 1970, 15, col. 8]. Cfr. A. J. GOLDBERG & A. M. DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.*, 83 (1970), 1773, 1781, nota 39.

Tras un siglo y medio de polémica doctrinal y parlamentaria en torno a la pena capital, Gran Bretaña abolió estatutariamente el máximo castigo en virtud del *Murder (Abolition of Death Penalty) Act, 1965*, un estatuto de vigencia temporalmente limitada por cinco años, es decir, hasta el día 31 de julio de 1970, pero que, antes de producirse la caducidad de ese plazo, se transformó en una ley de carácter permanente por dos resoluciones afirmativas de ambas Cámaras del Parlamento, de 16 y 18 de diciembre de 1969, respectivamente, en uno de los últimos actos del gobierno laborista de Harold Wilson (20).

(20) El título completo del Estatuto [si bien la sección 3.^a (1) del mismo, relativa al "Short title, repeal, extent and commencement", autoriza a que sea citado como *The Murder (Abolition of Death Penalty) Act, 1965*] es el siguiente: *An Act to abolish capital punishment in the cases of persons convicted in Great Britain of murder or convicted of murder or a corresponding offence by courts-martial and, in connection therewith, to make further provision for the punishment of persons so convicted*". Cfr. HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 8, 3.^a ed., London, 1969, 541 y 543. El mencionado Estatuto fue promulgado el 8 de noviembre de 1965, día en que recibió el asentimiento o aprobación regia. Por tanto, su vigencia comenzó el 9 de noviembre del mismo año, según la sección 3 (4) de *Murder Act, 1965*, tal y como suele denominarlo la doctrina.

Sin embargo, con arreglo a la sección 4.^a del *Murder Act, 1965*, su vigencia venía enmarcada en un plazo de tiempo no superior a cinco años (31 julio 1970). Por lo que si antes de la caducidad de dicho término no era confirmado en su vigencia, "después de la expiración del Estatuto, las leyes que existían inmediatamente antes de que éste fuese aprobado deben, en lo que hayan sido derogadas o modificadas por dicho Estatuto, operar de nuevo como si él no hubiera sido aprobado y dichas derogaciones y modificaciones no hubieran sido decretadas". Cfr. HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 8, 1969, 543. Por último, "*this Act is to continue permanently in force by virtue of affirmative resolutions of both Houses of Parliament on 16th and 18th December 1969*". Cfr. HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, *Cumulative Supplement*, 1970, vol. No. 270, pág. 147.

Con tal normativa quedaba, empero, subsistente la pena capital para los delitos de alta traición [*Treason Act, 1814*, sect. 1.^a]; piratería cometida con violencia [*Piracy Act, 1837*, sect. 2.^a]; e incendio en los navíos, arsenales, etcétera... de Su Majestad [*Dockyards... & Protection Act, 1772*, sec. 1.^a]. Cfr. HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 8, 1969, 64, 86 y 33. Sin embargo, la pena de muerte prevista en el *Dockyards & Protection Act, 1772* ha sido abolida por la sección 11.^a (2) del *Criminal Damage Act, 1971*. Cfr. HARRIS'S: *Criminal Law*, 22.^a ed., por Ian McLean y Peter Morris, London (Sweet & Maxwell), 1973, 759; Alec SAMUELS: *Criminal Damage Act, 1971*, en *Crim. L. Rev.*, 1971, 559-564, con bibliografía en la nota 1. Por consiguiente, sólo dos delitos tienen aún asignada en Gran Bretaña la pena máxima: los de alta traición y piratería con violencia, siendo el método de ejecución el ahorcamiento. Cfr. ARCHBOLD: *Criminal Pleadings, Evidence and Practice*, 38.^a ed., London, 1973, revisada por Fitzwalter Butler y Stephen Mitchell, §§ 652, 3008, 3062.

El despacho que a Nixon ha causado el *dictum* de *Furman v. Georgia* y su inútil proyecto de reintroducción de la pena capital han determinado que en Inglaterra, en 1973, cien miembros del Partido *tory* en el Parlamento hayan presentado una moción para discutir el problema del posible restablecimiento de la pena capital en Gran Bretaña. Véase, David WOOD: *Hanging in the Balance*, en *The Times*, 2 abril 1973, pág. 15. La moción no prosperó ante la contundente contestación que, en dos cartas de gran consistencia política, el Primer Ministro, Mr. Edw. Heath, dirigió a dos miembros conservadores

Asimismo, el 29 de diciembre de 1967, era Canadá el país que, siguiendo el modelo legisferante británico, limitó por cinco años la aplicación de la pena capital a los supuestos de asesinato de un agente de la policía o de un miembro del personal de prisiones, de traición y piratería, confiándose de modo definitivo el estatuto antes del 29 de diciembre de 1972 (21).

Pero, a diferencia del sistema seguido a este respecto por esos países, que han practicado la abolición por vía estatutaria o legislativa, la decisión adoptada en junio de 1972 por el *Supreme Court* encierra, en cambio, un fallo judicial de anticonstitucionalidad, es decir, supone la abolición judicial de la pena de muerte. Tal procedimiento lleva consigo todo un complejo mundo de efectos secundarios que, como es lógico, no han trascendido al profano, ni siquiera a ciertos medios periodísticos o de información, cuando menos españoles (22).

de la Cámara, en las cuales desecha una posible reintroducción de la problemática de discusión parlamentaria sobre el tema. Véase una de estas cartas en *The Times*, 2 abril 1973, pág. 1, cols. 1 y 2.

De cualquier modo, no deja de extrañar la acogida que esta noticia ha encontrado en un sector de nuestra Prensa. En este sentido, *Ya*, del 22 de marzo de 1973, pág. 9, publicaba en titulares: "Gran Bretaña, ante la introducción de la pena capital". Sorprende, desde luego, que el periodista español que se ocupa de informar sobre temas jurídicos o político-constitucionales británicos no haya penetrado en el complejo mecanismo parlamentario británico, puesto que lo cierto es que la presentación de una moción (no un *bill*) en el Parlamento no dice absolutamente nada, pues se producen a cientos todos los días. Pero, además, en Gran Bretaña la problemática de la pena de muerte, como reseña Mr. Heath en una de sus cartas, ha sido siempre sometida a *votación libre*, con independencia de la política de partido. Y este procedimiento, desde 1957, fecha en que se promulgó el *Homicide Act*, ha demostrado palpablemente que la cuestión del restablecimiento de la pena capital en Gran Bretaña no resiste una votación libre, por ser inaceptable para la otra parte de los miembros del partido *tory* (otros cien aproximadamente) y del *labour party*. Acerca de este problema, véase, James B. CHRISTOPH: *Capital Punishment and British Politics. The British Movement to abolish the Death Penalty 1945-57*, 1962 (London, Allen & Unwin Ltd.), 35 ss., 126 ss., 169 ss.; Leslie HALE: *Hanging in the Balance*, 1962 (London, Jonathan Cape); Elizabeth Orman TUTTLE: *The Crusade against the Capital Punishment in Great Britain*, 1961 (London, Stevens); Louis BLOM-COOPER (Ed.): *The Hanging Question. Essays on the Death Penalty*, 1969 (London, Gerald Duckworth & Co.), incluyendo artículos de Barbara Wootton, Rupert Cross, Hugh Klare, etc.

(21) I *Acts of Canada* [16 & 17 Eliz. II], 1967, 145, cap. 15. Cfr., además, el estudio patrocinado por el Soliciteur General del Canadá, de amplio eco abolicionista; Ezzat ABDEL FATTAH: *Une étude de l'effet intimidant de la peine de mort à partir de la situation canadienne*, Rapport du Centre de recherches, Ottawa, 1972.

(22) La mayor parte de la Prensa española no ha penetrado en la diferencia básica existente, en un sistema democrático parlamentario como el estadounidense, entre abolir judicialmente la pena de muerte declarando el T. S. su anticonstitucionalidad y abolir dicho castigo por vía legislativa. Así, este craso error ha llevado a algún diario [*Ya*, 15 marzo 1973, pág. 9, y 18 marzo 1973] a ver en un proyecto de ley reintroduciendo la pena capital para algunos delitos, propuesto por el Presidente Nixon, la posibilidad efectiva del

Por cuanto no supone la abolición o supresión por vía legislativa de los estatutos que imponen la pena capital, sino únicamente la imposibilidad de que la pena de muerte prevista en aquéllos pueda ser pronunciada por los tribunales inferiores, en tanto el Tribunal Supremo no cambie su doctrina o el poder legislativo no promulgue leyes acomodándose a las exigencias del fallo emitido en *Furman* (23).

restablecimiento de la pena capital; ignorando, de esta suerte, los efectos del "Stare decisis" en materia constitucional. Véase la nota 23.

(23) En materia judicial, es característico del Derecho anglosajón el principio del "stare decisis", que implica dos métodos de aproximación o análisis de la ley: a) De un lado, todo tribunal, alto o bajo, tiene el deber y la facultad de determinar la constitucionalidad de los estatutos que llegan ante él. Pero, desde este primer aspecto, el tribunal aparece vinculado a seguir las decisiones precedentes sentadas por los tribunales superiores de la misma jurisdicción. Si bien debe notarse que en América existe gran flexibilidad en materia de *stare decisis* constitucional, como lo demuestra el hecho de que varios *Justices* se remitan, en *Furman v. Georgia*, a *Weems y United States*, el primer supuesto en más de una centuria en que el S. C. declara anticonstitucional una pena. *Infra*, pág. 261. Cfr. A. J. GOLDBERG: *Supreme Court Review, 1972. Foreword The Burger Court 1971 Term: One Step Forward, Two Steps Backward?*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 63 (1972), 463, 465.

b) De otro, una vez emitida una decisión judicial por el Tribunal Supremo declarando la anticonstitucionalidad de una ley, dicha ley permanece, desde luego, en los libros y compilaciones de leyes, pero llega a convertirse en una ley muerta, a causa de que el *stare decisis* previene contra su futura aplicación por los tribunales inferiores. El juez no invade, en suma, el dominio o esfera del poder legislativo, ni atenta contra lo legislado. Simplemente ignora la ley anticonstitucional en el caso concreto. Cfr. Mauro CAPELETTI: *Judicial Review in Comparative Perspective*, en *Cal. L. Rev.* 58 (1970), 1017-1053, 1041-43; EL MISMO: *Juicial Review in the Contemporary World*, 1971 (Indianapolis); E. ROSTOW: *The Democratic Character of Judicial Review*, en *Harv. L. Rev.*, 66 (1952), 193 ss.; William M. MEIGS: *The Relation of the Judiciary to the Constitution*, 1.^a ed., 1919 (reimpresión Da Capo Press, New York, 1971); y en particular A. J. GOLDBERG: *Equal Justice. The Warren Court Era of the Supreme Court*, 1971 (Illinois), 65 ss., 97; Martin SHAPIRO: *Stability and Change in Juicial Decision-making: Incrementalism or Stare Decisis?*, en M. M. SHAPIRO: *The Supreme Court and Public Policy*, 1969 (Scott, Foresman and Co. Atlanta), 22-32.

Ello no obstante, a raíz de la decisión abolicionista de *Furman*, las legislaturas de varios Estados (Florida, Illinois, Indiana, Colorado) han aprobado o presentado proyectos de ley asignando pena capital a algunos delitos, pero acomodándose, al menos teóricamente, a los principios establecidos por la mayoría en *Furman*; lo cual, dicho sea de paso, parece algo del todo inviable mientras el *Supreme Court* no altere la doctrina sentada en esta materia. En esa línea, el Presidente Nixon —enfrascado en su programa político bajo el lema "ley y orden"— ha seguido adelante con la reforma penal proyectada en 1971 a nivel federal. Así, en enero de 1971 la "Comisión Nacional de Reforma de las Leyes Penales Federales" presentó al Presidente y al Congreso un informe definitivo (National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, 92d Cong. 1st Sess.: *Final Report on Proposed New Federal Criminal Code*, Comm. Print 1971) de Código Penal Federal en el que se prevé la pena de muerte para diversos delitos federales. Cfr. NOTE: *The Proposed Federal Penal Code*, en *N.Y.U.L. Rev.*, 47 (1972), 320-348.

Los supuestos y requisitos bajo los cuales la Sección 1400 de dicho Proyecto fija la pena capital han sido explicados por el Asistente del Fiscal General del Departamento de Justicia, Mr. Robert Dixon. Cfr. *The Criminal Law*

La decisión *per curiam* pronunciada en *Furman v. Georgia* encierra, además, una doble proyección político-constitucional.

De un lado, representa el punto álgido de la política de un tribunal, el llamado, en atención al nombre de su presidente, "*Burger-Court*" (24). Pero, a decir verdad, la decisión es un tributo a la po-

Reporter, 13 (18 julio 1973) 2357-8. De otro lado, la versión dada por el Presidente sobre el *Revised Federal Criminal Code*, en lo que respecta a la sentencia de muerte (Sección 2401), puede, asimismo, verse en *Ibidem*, 3021. Por último, en torno a la escasa viabilidad constitucional que presenta el Proyecto presidencial—la denominada sección 1400—, en relación comparativa con el proyecto *McClellan* y las recomendaciones hechas por la Comisión de Reforma, denominada también *Brown Commission*, véase el sugestivo y acertado estudio de Louis B. SCHWARTZ: *The Proposed Federal Criminal Code. The Administration's Bill, S. 1400 (analyzed and compared with the Brown Commission recommendations)*, en *The Criminal Law Reporter*, 13 (4 julio 1973), 3265-3277.

Quede, pues, en claro que "el Presidente no puede vetar una decisión del Tribunal, ni el Congreso puede anularla en virtud de un estatuto". Cfr. R. V. DENENBERG: *The U.S. Supreme Court. An Introductory Note*, en *C. L. J.*, 29 (1971), 134-147, 139.

(24) La expresión "*Burger-Court*", en contraposición a la de "*Warren-Court*", es utilizada aquí con un sentido estrictamente cronológico, es decir, en referencia a la época del Tribunal presidido por Warren Earl BURGER, el nuevo *Chief Justice* del *Supreme Court*, nombrado por Nixon a fines de 1969. Tras quince años de ocupar la presidencia del más alto tribunal norteamericano, Earl WARREN hizo saber a Nixon, en enero de 1969 y después de la elección de éste como Presidente de U.S.A., su deseo de renunciar al cargo, pese a la insistencia del nuevo Presidente del Gobierno en que prosiguiese al frente del Tribunal. Cfr. Harry S. TRUMAN, Arthur J. GOLDBERG, William O. DOUGLAS y otros: *Earl Warren-A Tribute*, en *Cal. L. Rev.*, 58 (1970), 3-43.

Después de la dimisión presentada por Abe Fortas, que en ese año se vio obligado a renunciar al cargo por las presiones ejercidas sobre él, a causa de haber recibido en época anterior una cantidad de dinero como pago de sus servicios jurídicos prestados a una fundación privada de un sujeto condenado por fraude, hubo un lapso de tiempo sin Presidente titular, hasta que, a fines de 1969, Nixon propuso a Warren Earl BURGER para el cargo, siendo éste, una vez confirmado por el Senado, el 15.º Presidente del Tribunal en toda su historia. Cfr. Claus SEIBERT: *Warren Burger neuer Chefriechter des US-Supreme-Court*, en *MDR*, 1969, 822; William F. SWINDLER: *The Supreme Court, The President and Congress*, en *Int. & Comp. L. Q.*, 19 (1970), 671-691. Sobre la historia del Tribunal, véase Charles WARREN: *The Supreme Court in United States History*, Boston, 1937, ed. revisada (la 1.ª es de 1922), vol. I, 1789-1835; vol. II, 1836-1918; Fred REDELL: *Nine Men: A Political History of the Supreme Court from 1790-1955*, New York, 1955.

Con el nombramiento de Warren Earl BURGER para el puesto de Presidente del S. C., Nixon pretendía hallar un juez de los calificados como "intérpretes rígidos" de la Constitución—lo cual no es, ni mucho menos, sinónimo de obediencia, como lo demuestra el caso del Justice BLACK—, y que, además, portase una ideología común a la de la clase media del país. Sin embargo, como suele suceder con frecuencia en los Estados Unidos, Nixon debió quedar atónito al ver la decisión tomada por el nuevo Tribunal en *Alexander v. Holmes Country Board of Education*, 90 Sp.Ct. 29 (1969), en la que el nuevo *Chief Justice*, en una opinión *per curiam* ordenaba activar la orden de eliminación de la discriminación racial en las escuelas públicas del Estado de Mississippi. Pero, además, su asombro debió ir en aumento con la decisión acordada por el *Supreme Court*, en *New York Times Co. v. United States*, 91 Sup. Ct. 2140 (1971), comúnmente conocido con el nombre de "Pentagon Papers" o "Papeles McNamara", y en el cual el Tribunal decidió que el

lítica de “activismo judicial” desplegada por el “*Warren-Court*”, ya que los cinco *Justices* que formaron en este caso la mayoría son precisamente miembros supervivientes de la era del presidente Earl WARREN, mientras que los cuatro restantes han sido nombrados por el presidente Nixon (25).

Este hecho es de una relevancia enorme. Así, lo que nunca había podido conseguirse bajo la égida del “*Warren-Court*” —el formar una unión o mayoría simple en los casos en que la cuestión debatida era la anticonstitucionalidad de la pena de muerte— se ha logrado precisamente ahora por miembros de ese Tribunal pero bajo otro presidente, que, quiérase o no, ha dado al Tribunal otra configuración distinta a la que poseía en la época de Earl WARREN (26).

Gobierno no había acreditado causa suficiente para justificar la no publicación de tales documentos de los archivos del Pentágono y, en consecuencia se denegaban las “*injunctions*” o interdictos dirigidos a impedir la publicación de los mismos. Cfr. Nathaniel L. NATHANSON: *Supreme Court Review* (1971). *Foreword: The New Court Searches for Identity*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 62 (1971), 473-531, 471, nota 69.

Digamos, de otro lado, que los Presidentes norteamericanos—los cuales, naturalmente, a la hora de elegir un juez para Presidente del *S. C.*, suelen buscar un hombre afín a la ideología de su programa político— se han visto, ello no obstante, con demasiada frecuencia, por suerte, defraudados por los nombrados para tal cargo. Para aludir a algunos ejemplos de esta centuria, citemos el caso de Felix FRANKFURTER, el cual decepcionó a F. Delano Roosevelt, al no ser el liberal y “activista” que había imaginado éste. La enorme liberalidad, flexibilidad y espíritu realista y revolucionario de Earl WARREN debió, sin duda sorprender a un conservador de la talla de Ike Eisenhower, el cual fue quien lo designó. Finalmente, la rigidez conservadurista de Byron WHITE ha debido disgustar enormemente a John F. Kennedy. Cfr., al respecto, Jon R. WALTZ: *Supreme Court Review* (1970). *Foreword (or Backward?)*: *The Year After Warren*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 61 (1970), 484-538, 485, nota 5.

(25) Del “*Warren-Court*” permanecen todavía William DOUGLAS [nombrado en 1939, hoy el miembro más antiguo del Tribunal, después del fallecimiento en 1971 del Justice BLACK, nombrado en 1937]; William BRENNAN [nombrado en 1956 y un destacado liberal]; Potter STEWART [en 1958]; Byron WHITE [conservador o intérprete rígido, nombrado en 1962] y Thurgood MARSHALL [nombrado por el ex-presidente Lyndon B. Johnson en 1968]. A este elenco deben agregarse los nombres de los *Justices* Harry A. BLACKMUN, POWELL y REHNQUIST, que, al lado del nuevo *Chief Justice*, son los nuevos nominados por el Presidente Nixon y confirmados por el Senado.

Los jueces del *S. C.* son nombrados por el Presidente y confirmados por un voto mayoritario del Senado [art. 2, § 2, de la Constitución], y permanecen en sus cargos mientras observen buen comportamiento [during good behaviour]. El salario anual de un *Justice* del *Supreme Court* asciende a 60.000 dólares. Al igual que otros funcionarios del Gobierno federal, puede ser acusado [“*impeached*”] por la Cámara de Representantes, condenado y removido de su cargo, en virtud de un voto de los dos tercios del Senado, por los delitos de “traición, cohecho, y otros delitos graves o leves”. Un solo juez del *S. C.* fue acusado: Samuel Chase, en 1803, pero no llegó a ser condenado. Cfr. R. V. DENENBERG: *The U.S. Supreme Court. An Introductory Note*, en *C. L. J.*, 29 (1971), 134, 138, nota 19; Jon R. WALTZ: *Supreme Court Review* (1970), en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 61 (1970), 484, 485.

(26) La tendencia del “*Burger-Court*” a adherirse a los precedentes establecidos por el “*Warren-Court*” es notoria. Cfr., a este respecto, el artículo de KURLAND: *1970 Term: Notes on the Emergence of the Burger Court*, en

No puede, por tanto, admitirse que el año post-Warren, calificado como "el año de la pausa", haya significado de cara al futuro una cancelación o un paso atrás en los logros obtenidos por aquel tribunal¹, sobre todo en materia de derechos civiles. Por el contrario, ha sido, desde nuestra perspectiva cronológica, un año de deceleración, y según señala WALTZ, esto significa la eventual asunción de un mayor grado de actividad. Las sentencias recaídas en *Roe v. Wade* en

Supreme C. Rev., 1971, 265; N. L. NATHANSON: *Supreme Court Review* (1971), en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 62 (1971), 463 ss.

El "Warren-Court" es el Tribunal que mejor ha sabido interpretar el espíritu del *Bill of Rights*, llevando, además, a la práctica el inconcuso principio de la "igualdad absoluta" de todos los individuos ante la ley penal, extendiendo y reforzando los derechos del procesado y, asimismo, de los reclusos. Las decisiones más resonantes son: El Estado debe proveer de defensor "libre" a todos los acusados económicamente débiles, conculcando la normativa de la 6.ª Enmienda. *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). Asimismo, los indigentes deben ser provistos de una transcripción literal del proceso habido contra ellos, a fin de asegurar una absoluta igualdad en el acceso a los procesos de apelación. *Griffin v. Illinois*, 351 U. S. 12 (1956). En *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), se declara inadmisibles en los procesos penales la prueba o evidencia aseguradas por la policía en violación de la Decimocuarta Enmienda. La misma Enmienda prohíbe las pruebas obtenidas por la policía mediante la instalación de aparatos electrónicos para la escucha, pues atenta contra una zona intocable de los derechos del individuo, protegidos por la Constitución. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Además, una de las decisiones que mayor eco han causado ha sido, sin duda, *Miranda v. Arizona*, 384, U.S. 436 (1966), en cuya virtud el *Supreme Court* declara que el privilegio de la Enmienda V contra la auto-incriminación implica la anulación de todas las confesiones obtenidas antes de que al acusado se le haya advertido sobre su derecho constitucional e irrenunciable a permanecer en silencio. El derecho de los acusados por crímenes graves a un proceso por jurado, conculcando la normativa de la Sexta Enmienda, es declarado por el *Supreme Court* en *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968). Las reglas del proceso debido con arreglo a la ley (due-process clause) exigen no sean excluidas de la formación de los jurados las personas con prejuicios contra la pena capital. *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510 (1968). En materia religiosa, el Tribunal estableció en 1962 la norma de que la lectura de la Biblia o el recitar oraciones en las escuelas públicas constituye una infracción de la Enmienda I, la cual prohíbe el establecimiento de una religión. *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962). Mas, sin lugar a dudas, una de las decisiones más relevantes emitidas por el S. C. durante la era Warren fue la del "Reapportionment Case". En *Baker v. Carr* (1959), el Tribunal establece un equilibrio político entre las áreas que dan lugar a la elección de representantes en el Congreso. Así, frente al anterior principio que daba lugar a la elección de un solo representante por cada distrito (fuese éste urbano o rural, tuviese una población de 500.000 personas o de sólo 50.000, lo que originaba un control por parte de los distritos rurales, precisamente los más conservadores y reaccionarios), el S. C. decide ahora una elección proporcional según el número de electores, en base al principio "one man, one vote" (cada hombre, un voto). Cfr. Robert McCLOSKEY: *The Reapportionment Case*, en M. M. SHAPIRO: *The Supreme Court and Constitutional Rights*, 1967 (Scott, Foresman & Co., Atlanta), 83 ss.; El MISMO: *The Modern Supreme Court*, 1972 (Cambridge, Mass.), 263 ss. Con carácter general, véase Arnulf BARING: *Der Warren-Court-eine vorläufige Bilanz*, en *ZRP.*, 1969, 180; H. H. ERDMANN: *Die Ausdehnung der strafprozessualen Garantien der US-Bundesverfassung auf den Strafprozess der Einzeltaaten*, 1969 (Bonn, Röhrscheid).

materia de aborto, en *Furman v. Georgia* y muchas otras así lo acreditan. (27).

De otro lado, la decisión de *Furman* significa el punto culminante de un sistema de derecho judicial, en el que el *Supreme Court*, el más alto de los órganos judiciales americanos, asume como "deber sagrado e inejutable" la tarea de controlar o revisar la validez constitucional de los actos emanados del legislativo mediante el empleo del *stare decisis* constitucional y de una institución de rancio abo-lengo democrático como es la labor de *revisión judicial* (28).

Se reafirma, de este modo, la independencia a ultranza del judicial no sólo frente al legislativo, sino también frente a los "desvergonzados esfuerzos" de *court-packing* y de influenciar la política judicial futura desplegados por un ejecutivo descarado (29).

(27) En *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), y en *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), el S. C. declara que los estatutos de Texas y Georgia relativos a la regulación del aborto van contra el derecho constitucional de la mujer a decidir el poner fin a su estado de gravidez. El Tribunal fija, además, los "standards" de constitucionalidad a que deben adaptarse los estatutos sobre la materia: en el estadio previo al fin del primer trimestre, la decisión de abortar y su práctica deben dejarse al dictamen del médico que atiende a la mujer embarazada; en la etapa subsiguiente al término del primer trimestre, el Estado, haciendo uso de su interés en la salud de la madre, puede, si lo desea, regular el aborto en términos referidos a la salud de la madre; en el estadio subsiguiente a los seis meses, el Estado, promoviendo su interés en la potencialidad de la vida humana, puede, si lo desea, regular e incluso proscribir el aborto, salvo si es necesario, según dictamen médico adecuado, para preservar la salud o la vida de la madre. Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 12 (24 enero 1973), 3099-3132.

(28) Véase, particularmente, el libro de A. COX: *The Warren Court: Constitutional Decision as an Instrument of Reform*, 1968 (Cambridge, Mass. Harv. University Press); CHOPER: *On the Warren Court and Judicial Review*, en *Cath. U. L. Rev.*, 17 (1967), 20; NOLAND: *Stare Decisis and the Overruling of Constitutional Decisions in the Warren Years*, en *Valp. L. Rev.*, 4 (1969), 101; WHITE: *Warren Court Under Attack: The Role of the Judiciary in a Democratic Society*, en *MD. L. Rev.*, 19 (1959), 181; E. ROSTOW: *The Democratic Character of Judicial Review*, en *Harv. L. Rev.*, 66 (1952), 193 ss., de carácter general; George MACE: *The Antidemocratic Character of Judicial Review*, en *Cal. L. Rev.*, 60 (1972), 1140-1149. El estudio más plástico y característico del empleo del *stare decisis* por el *Warren Court* es el de Arthur J. GOLDBERG: *Equal Justice: The Warren Era of the Supreme Court*, 1970, anteriormente aludido. *Supra*, pág. 241, nota 23.

La crítica de las decisiones del Tribunal presidido por Earl Warren no ha sido tampoco parca. Son representativos, a este respecto, los estudios de Alexander M. BICKEL: *Politics and the Warren Court*, 1965 (New York, Harper & Row); EL MISMO: *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 1970 (New York, Harper & Row).

(29) Aunque la Constitución no expresa un *minimum* de requisitos o cualificaciones para ser juez del Tribunal Supremo [Cfr. SWINDLER: *The Politics of "Advice and Consent"*, en *A.B.A.J.*, 56 (1970) 533], el Senado ha considerado desde siempre como normas a seguir: un alto nivel intelectual y científico y una integridad u honestidad a toda prueba.

Cuando Nixon, después de la dimisión de Abe Fortas, intentó que fuesen confirmados Clement F. Haynsworth y G. Harold Carswell como miembros del *Supreme Court*, había hecho su selección dentro de la línea que él denominaba enfáticamente "la estrategia sureña", en cuanto política dirigida a eli-

Además, frente a la trasnochada interpretación decimonónica de la doctrina de la división de poderes, de la cual un planteamiento puramente iluminista derivaba la preponderancia del legislativo sobre los restantes, se consagra definitivamente la interpretación correcta de aquella doctrina, cuya finalidad, según expresaba el *Justice BRANDEIS*, “no era evitar la fricción de los tres poderes, sino, por medio de la inevitable fricción, salvar al pueblo de la autocracia” (30). La revisión efectuada por el *Supreme Court* de los actos del poder legislativo es, por tanto, algo esencial a un régimen democrático en lo que supone de potenciación de la efectividad de la constitución, en cuya aplicación ha de contemplarse “no sólo lo que ha sido, sino lo que puede ser...; pues los derechos declarados en palabras pueden esfumarse en la realidad” (31). Así, el proceso jurídico, que debe caracterizarse por una lógica de subsunción deductiva, no es aquí practicable. Las normas constitucionales son principios de valor abiertos o flexibles a fin de hacer posible la identificación de los distintos grupos sociales con el sistema político americano. Pero, si los actos del legislativo representan la decisión de la mayoría, las decisiones del Tribunal Supremo americano revisando la constitucionalidad de aquéllos, protegen precisamente a la minoría contra una tiranía de la mayoría, ya que no debemos olvidar que las garantías constitucionales son, por lo general, derechos de las minorías políticamente impotentes. Entonces, el *Supreme Court* pronuncia decisiones eminentemente políticas. Y la idea del juez, concebida por MONTESQUIEU

minar los signos de liberalismo existentes en el anterior Tribunal. En este sentido, Nixon no hacía, *a priori*, nada que no hubiesen hecho o intentado hacer los que le habían precedido en la más alta magistratura de la nación. Si bien el actual Presidente tuvo menos tacto y más desvergüenza en la nominación. Así, después de ser rechazado Haynsworth desde el prisma de la valoración ética, Carswell no resistió tampoco la investigación del Comité del Senado, que vio en él a un juez *mediocre*, humana e intelectualmente, y, además, aunque éticamente nada parecía haber que reprocharle, surgió entonces un nuevo dato: Carswell había sido racista. Su rechazo fue calificado por Nixon como “un acto de discriminación regional” en base a prejuicios ideológicos y geográficos. Pero lo cierto es que el Presidente dejó de hablar cuando los ciudadanos de Florida, el Estado de Carswell, rechazaron su solicitud para ser candidato a un puesto en el Senado de los Estados Unidos. Cfr. John R. WALTZ: *Supreme Court Review* (1970). *Foreword (or Backward?)*: *The Year After Warren*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 61 (1970), 484-486; W. F. SWINDLER: *The Supreme Court, The President and Congress*, en *Int. & Comp. L. Q.*, 19 (1970), 671, 674; Claus SEIBERT: *Schwierige Lage für Nixon und den US-Supreme Court*, en *MDR*, 1970, 483-484.

(30) *Meyers v. United States*, 272 U.S. 52, 293 (1926), cit. por Jon R. WALTZ, en *Supreme Court Review*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 61 (1970), 484, nota 1.

Es de constatar cómo Alexis De Tocqueville [*Democracy in America*, trad. de Lawrence, 1966, 324-333], que visitó América en 1831, publicando en 1835 sus impresiones y observaciones, predecía que la profesión legal y el judicial demostrarían ser el único pilar de estabilidad en la democracia americana.

(31) *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 373 (1910). Cfr., a este respecto, Frank J. WHALEN, Jr.: *Punishment for Crime: The Supreme Court and The Constitution*, en *Minn. L. Rev.*, 35 (1951), 109, 116-7.

como “un être inanimé, la bouche qui doit prononcer les paroles de la loi” se nos aparece en abierta contradicción con la actual visión de los jueces del Tribunal Supremo americano, cuyos miembros ejercen, como “guardianes de la Constitución”, según palabras de MADISON, una función eminentemente política. En este sentido, el *Supreme Court* se erige en un órgano educacional y los jueces inevitablemente en maestros en un vasto seminario nacional. El *Corpus* de opiniones del *Supreme Court* es, por tanto, como un libro de texto para la nación, a la cual las decisiones de aquél inyectan un tono moral (32).

Ello no obstante, el fallo de *Furman* ha sido pronunciado por una mayoría de cinco *Justices* a cuatro, dato que basta por sí solo para denotar la existencia de hondas divergencias en el seno del Tribunal, y causa, además, de que cada uno de los nueve miembros del *Supreme Court* haya emitido su opinión por separado. Este hecho indica, en suma, que cada uno de los jueces ha dado soluciones distintas a problemas también distintos.

Pues bien, pese a que ninguno de los nueve miembros del *Supreme Court* se ha mostrado, al menos en el plano puramente individual, partidario del castigo máximo (33), el argumento de fondo que ha separado radicalmente a la mayoría y los disidentes ha sido el de la revisión judicial de los actos legislativos. Así, aún admitiendo que

(32) Kurt L. SCHELL: *Pressefreiheit und Staatssicherheit*, en *Recht und Gesellschaft*, 1971, 42 ss; Kenneth S. DEVOL (Ed.): *Mass Media and the Supreme Court: The Legacy of the Warren Years*, 1971 (New York, Hastings House), incluyendo las 52 decisiones más importantes del Tribunal sobre libertad de expresión desde la época en que llegó Earl Warren (1953) hasta 1971; Paul FREUND: *The Supreme Court of the United States: Its Business, Purposes and Performance*, 1961 (World Publishing Co.). Y, en especial, Samuel KRISLOV: *The Supreme Court and Political Freedom*, 1968 (The Free Press, New York), cap. 6, págs. 201 ss., *The Court and the Public*; Charles G. HAINES & Foster H. SHERWOOD: *The Role of the Supreme Court in American Government and Politics 1835-1864*, 1957 (Berkeley).

(33) No deja de ser curioso que sólo uno de los nueve *Justices*, Harry A. BLACKMUN, perteneciente, por paradójico que resulte, al voto de la minoría contraria a la anticonstitucionalidad del máximo castigo, sea, en cambio, el único que manifieste su postura personal y *curriculum* profesional contrarios claramente a la pena capital. “Habiendo vivido durante muchos años en un Estado que no tiene pena capital, que abolió efectivamente ésta en 1911 y que practicó la última ejecución el 13 de febrero de 1906, para mí la pena capital nunca ha sido una parte de la vida: Yo, tal vez el único entre los miembros actuales del Tribunal, poseo “récorde” judiciales sobre este tema. Como miembro del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, luché silenciosamente contra el tema de la pena capital. *Feguer v. United States*, 302 F. 2d 214 (CAS 1962), cert. denied, 371 U. S. 872 (1962)...”. Su postura es puesta, de nuevo, de relieve en *Maxwell v. Bishop*, 398 F. 2d 138, 153-154 (CAS 1968), donde, pese a considerar legal la imposición de la pena capital con arreglo a la preceptiva estatutaria de las leyes federales, declara que “la consideración de la pena capital es una materia política que debe ser ordinariamente resuelta por el legislativo o a través de indulto del ejecutivo y no por el judicial”. *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 406-7 (1972). *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3201, 3283.

la adjudicación de la Octava Enmienda obliga al Tribunal a la tarea de la revisión judicial, los cuatro *Justices* disidentes consideran unánimemente que la instancia de decisión acerca de la anticonstitucionalidad de la pena de muerte es el legislativo y no el judicial, por lo que aconsejan la no inmiscusión del judicial en dicha tarea (34).

Pero, incluso entre los *Justices* que integran la mayoría se observan profundas divergencias, por lo que el caso en cuestión podría hipotéticamente presentarse como un "precedente incierto" de cara al futuro (35). En tal sentido, de entre los cinco que emiten el voto mayoritario el único punto de completo acuerdo y perfectamente claro en la decisión radica en que la pena de muerte es una pena cruel y desusada en el sentido de la Octava Enmienda. A partir de ahí las diferencias son notorias.

Sólo los *Justices* BRENNAN y MARSHALL se unen para afirmar en *Furman v. Georgia* que el máximo castigo es *per se* una pena cruel y desusada y, por consiguiente, anticonstitucional *en todo caso* (36).

BRENNAN declara la anticonstitucionalidad de la pena capital a la luz de cuatro principios: En primer término, por su desusada severidad, la pena de muerte degrada la dignidad del ser humano (37).

(34) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); 432 (BURGER, disintiendo); 410 (BLACKMUN, disintiendo); 418 (POWELL, disintiendo); 465 (REHNQUIST, disintiendo). *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3231; 3276, 3282 (Chief Justice BURGER); 3283 (BLACKMUN); 3288, 3291, 3301 (POWELL); 3302-3 (REHNQUIST).

(35) En cualquier caso, y pese a los esfuerzos realizados por las legislaturas de diversos Estados para reintroducir legislativamente la pena capital, pero acomodándose teóricamente a los "standards" sentados en *Furman*, no parece probable que el *Supreme Court* cambie tan rápidamente su doctrina. Al contrario, una tradición observada durante años en esta materia aboga por una posible unión de los cuatro *Justices* disidentes con la mayoría en *Furman*, por lo que sería del todo normal ver convertido el voto de cinco en un voto de nueve. Cfr. Chales W. EHRHARDT, Phillip A. HUBBART, L. Harold LEVINSON, William MCKINLEY SMILEY & Thomas A. WILLS: *The Aftermath of Furman: The Florida Experience. I. The Future of Capital Punishment in Florida; Analysis and Recommendations*, en *J. Crim. L. C. & P. S.*, 64 (1973), 2-10, 3; Charles W. EHRHARDT & Harlod LEVINSON: *II. Florida's Legislative Response to Furman: An Exercise in Futility? Ibidem*, 10-21.

Como prueba demostrativa de lo dicho arriba, el *Supreme Court*, en su tendencia a seguir apegado a los precedentes por él establecidos, tal y como hacía en la época del *Warren-Court*, ha declarado anticonstitucional el estatuto de Illinois que prescribía la pena capital, en virtud de una decisión *per curiam* unánime de los nueve jueces. *Moore v. Illinois*, 408 U.S. 786 (1972). En este caso, el Tribunal declara que tal estatuto infringe los principios o "standards" sentados en *Furman*. La suerte que le espera a los nuevos estatutos de los distintos Estados no parece, pues, de lo más halagüeña. Cfr. COMMENTS: *Capital Punishment after Furman*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 64 (1973), 281-289.

(36) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1973); 270 [BRENNAN, concurrendo]; 329 [MARSHALL, concurrendo].

(37) *Ibidem*, 271-9 [BRENNAN, concurrendo]. La pena de muerte encierra tanto pánico físico como pánico mental. Declara expresamente que ésta es la primera vez que se plantea ante el Tribunal la anticonstitucionalidad de la pena de muerte en sí misma considerada. *Ibidem*, 287-8.

En segundo, por razón de su arbitrariedad, dicha pena es anticonstitucional si es infligida por el Estado arbitrariamente, es decir, a sólo unos pocos (38). En tercero, por su total rechazo por la sociedad contemporánea (39). Y, por último, dicho castigo es excesivo por ser innecesario, ya que, no hay razón para creer que cumple lo fines asignados a la pena de una manera más eficaz o efectiva que una penalidad menos severa como es la de prisión (40). En síntesis, "la muerte es en la actualidad una pena desusada y desproporcionalmente severa (41).

El Justice Thurgood MARSHALL (42) reafirma la opinión de su colega, al expresar que la pena de muerte es *in abstracto* anticonstitucional "a causa de que es excesiva o innecesaria y aborrecida por los valores morales existentes en la comunidad contemporánea (43). Además, considera una nueva actitud histórica en el análisis del lenguaje de la cláusula "*Nor cruel and unusual punishments inflicted*", en el sentido de que ésta debe deducir su significado partiendo de "los valores de decencia en evolución que marcan el progreso de una sociedad en proceso de madurez" (44). De modo que, adhiriéndose al sector doctrinal que asigna un valor "dinámico, funcional o flexible" a la cláusula, constata, en consecuencia, que "lo que no era cruel en una época de la historia de una nación no tiene por qué estar necesariamente permitido en la actualidad" (45). Por último, ya

(38) *Ibidem*, 291. Basa esta afirmación en la rareza con que se impone y en la selección arbitraria que los jurados hacen al imponerla. La aserción más contundente de que la imposición de la pena capital en U.S.A. la convierte en una pena "discriminatoria", la hace el Justice MARSHALL. Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 11 (1972), 3265

(39) *Ibidem*, 288, 297. La restricción que el legislativo hace del empleo del máximo castigo y la existencia normal del *moratorium* de la ejecución demuestran que la sociedad rechaza la pena capital. *Ibidem*, 291, nota 40.

(40) *Ibidem*, 305. La prueba de que no es necesaria para cumplir los fines que el Estado asigna a la pena estriba en que el legislativo suele establecer en los estatutos capitales la opción entre la pena de muerte y la prisión de por vida.

(41) *The Criminal Law Reporter*, 11 (1972), 3246. Esta es la conclusión que deduce el Justice BRENNAN después de tamizar la pena capital a través de los cuatro principios aludidos.

(42) Thurgood MARSHALL fue nombrado por el Presidente Lyndon Johnson en 1967. Su bisabuelo era esclavo. Cfr. Joachim HERRMANN: *Der Supreme Court der Vereinigten Staaten erklärt die Todesstrafe für verfassungswidrig*, en *JZ*, 1972, 615-618, nota 37.

(43) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 369 (1972) [MARSHALL, concu-riendo].

(44) *Ibidem*, 327-329. Al igual que el Justice BRENNAN, acepta MARSHALL el *test of evolving standards of decency* como criterio para determinar si una pena viola la proscripción de las penas crueles y desusadas contenida en la Octava Enmienda. Como veremos, este "test" fue establecido por el antiguo Chief Justice WARREN, en *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 100-101 (1958), lugar donde se remite a *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 378 (1910), como precedente de la tesis flexible, evolutiva o funcional de la cláusula. *Infra*, pág. 264, nota 17.

(45) *The Criminal Law Reporter*, 11 (1972), 3254. Sin duda, el más completo y sugestivo voto es el escrito por el Justice MARSHALL, sobre todo por su fundamentación histórica.

en un plano de política criminal, niega que el máximo castigo cumpla los fines de retribución e intimidación que le son asignados, del mismo modo que subraya su naturaleza antieconómica, por cuanto las garantías procesales de que viene rodeada su imposición por los tribunales americanos suponen un verdadero dispendio para las arcas del erario público (46). Si a todo ello agregamos la naturaleza arbitraria de dicha penalidad —ya que su empleo demuestra que se impone y ejecuta con mayor frecuencia sobre los negros, pobres y mujeres que sobre los blancos y los económicamente poderosos—, no debe extrañarnos que el *Justice* MARSHALL opte por afirmar que los fines que el legislador persigue con la imposición de la pena pueden verse perfectamente cumplidos con penas más leves o menos severas que la de muerte, como es el caso de la de prisión (47).

Por el contrario, los argumentos de los tres *Justices* restantes que forman el voto de la mayoría parecen, al menos hipotéticamente, pues en el plano real no parece muy viable, dejar abierto un resquicio a una constitucionalidad futura de la pena de muerte, pues declaran su anticonstitucionalidad *in concreto*, es decir, atendiendo a las peculiares circunstancias en que suele imponerse con arreglo a los estatutos capitales de los diversos Estados de la Unión.

Aunque, como advierte el *Justice* STEWART, “la constitucionalidad de la pena capital *in abstracto* no está, sin embargo, ante nosotros en estos casos” (48), lo cierto es que tanto él como WHITE y DOUGLAS no vacilan en declarar su anticonstitucionalidad en base a las reglas procesales bajo las cuales dicha pena es impuesta y en atención a los problemas constitucionales planteados como consecuencia de tales procedimientos. De ahí que, teóricamente al menos, si los estatutos de los distintos Estados que mantienen la pena capital fijasen esta penalidad como pena única u *obligatoria* —sin dar al jurado la opción de elegir una pena más leve— para algunos delitos, WHITE parecería admitir entonces la constitucionalidad del máximo castigo (49). Tanto él como STEWART consideran a la pena de muerte excesiva, arbitraria y discriminatoria, al venir aplicada en un sistema que permite a la mayor parte de los delincuentes escapar a

(46) MCGEE: *Capital Punishment as Seen by a Correctional Administrator*, en *Federal Probation*, 28 (junio 1964), 11. Los costes de la ejecución de un condenado a muerte son 550 dólares; su mantenimiento anual en la celda de la muerte asciende a 3.800 dólares; en total unos 4.350 dólares anuales. Por el contrario, los gastos que ocasiona un recluso normal ascienden a 2.700 dólares, según cifras manejadas en California. Cfr. Michael H. MARCUS & David S. WEISSBRODT: *The Death Penalty Cases*, en *Cal. L. Rev.*, 56 (1968), 1268, 1311, nota 371.

(47) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 342, 358-9 (1972) [MARSHALL, concurriendo].

(48) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 309 (1972) [STEWART, concurriendo].

(49) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 311 (1972) [WHITE, concurriendo, y en un sentido similar al seguido por STEWART].

la inexorabilidad de la muerte, lo que otorga a esa penalidad un efecto retributivo y disuasorio mínimos. Para STEWART, la naturaleza excesiva de dicha pena viene demostrada por el hecho de que el legislativo suele fijar penas menos severas que la de muerte para delitos capitales, lo cual es por sí solo significativo de que el legislador cree excesiva dicha penalidad (50). Finalmente, la rareza con que los jurados suelen recurrir a la imposición de la pena capital es una prueba inconcusa de que también el pueblo la considera excesiva, aun tratándose de delitos tan graves como los capitales (51). De donde se infiere, en suma, una aplicación discriminatoria del máximo castigo, en clara violación, por tanto, de la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas contenida en la Enmienda VIII, según constata el *Justice* DOUGLAS (52).

Frente al voto de la mayoría, los cuatro *Justices* que integran la minoría (el *Chief Justice* BURGER y los *Justices* BLACKMUN, POWELL y REHNQUIST) parecen, *prima facie*, unidos por una concepción diametralmente opuesta sobre la revisión judicial y en los "tests" aplicados en orden a definir la pena capital como una pena cruel y desusada.

En el primer aspecto, el *Chief Justice* BURGER, en completo desacuerdo con la mayoría; expresa: "...si estuviese en posesión del poder legislativo, me uniría con BRENNAN y MARSHALL, o al menos, restringiría el empleo de la pena capital a una pequeña categoría de los crímenes más atroces...". Pero "la quietud del Tribunal en este área puede atribuirse (precisamente) al hecho de que, en una sociedad democrática, las legislaturas, no los tribunales, son las llamadas a responder a la voluntad y, consiguientemente, a los valores morales del pueblo" (53). En sentido similar se pronuncia BLACKMUN, quien, tras

(50) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 309-312 (1972) [STEWART, concurriendo].

(51) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 312 (1972) [STEWART, concurriendo].

(52) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 249-257 (1972) [DOUGLAS, concurriendo]. A juicio del *Justice* DOUGLAS, la discreción dejada en manos de jueces y jurados para decidir "qué persona vivirá o morirá"... lleva a aplicar la pena de muerte arbitraria y discriminatoriamente contra negros, blancos, pobres, jóvenes e ignorantes. Asimismo, la infrecuencia con que se impone dicha pena viola los principios de la protección de igualdad ante la ley implícitos en la Enmienda VIII. Por lo que toda pena administrada en forma discriminatoria o arbitraria es impuesta "desusadamente".

La opinión del *Justice* WHITE viene, en realidad, limitada a los Estados cuyos estatutos capitales autorizan, pero no obligan, a la imposición de la pena capital por los delitos de raptó o asesinato y en los cuales dicha pena se impone con relativa frecuencia. Por lo que, consideraría constitucional esta pena si el legislativo la impusiese como obligatoria (*mandatory*) para los delitos referidos. *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 311 (1972).

(53) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 383 (1972). BURGER acepta el "test" evolutivo o funcional de la Enmienda, al afirmar, citando a *Trop v. Dulles*, que "la Enmienda debe trazar su significado partiendo de los valores de decencia en evolución que marcan el progreso de una sociedad en proceso de madurez". Sin embargo, objeta que "tanto desde el punto de vista consti-

declarar su “antipatía personal” contra la pena de muerte— “contraria a todo sentido de respeto por la vida”— (54) opone, empero, que su abolición es un expediente que corresponde al legislativo o al ejecutivo, pero no al judicial; por lo que “si yo fuese un legislador, votaría contra la pena de muerte en base a las razones políticas argüidas por la defensa de los respectivos recurrentes y adoptadas en las diversas opiniones suscritas por los *Justices* que han votado la anulación de esas declaraciones de culpabilidad” (55).

Por último, la minoría rechaza categóricamente los “tests” utilizados por la mayoría para declarar conceptualmente anticonstitucional *per se* a la pena de muerte. En este sentido, niegan que una pena excesiva infrinja la Octava Enmienda, de forma que, a juicio del *Justice* POWELL, la pena de muerte nunca sería excesiva en los supuestos de rapto y asesinato (56). Asimismo, tampoco caen dentro de los límites de proscripción de la referida Enmienda las aplicaciones arbitrarias, infrecuentes o discriminatorias de una pena; aparte de que, de acuerdo con la minoría, ningún dato empírico demuestra la existencia de prácticas judiciales arbitrarias o discriminatorias (57).

En síntesis, los jueces disidentes, pese a aceptarse por algunos la tesis de que la cláusula de las penas crueles y desusadas “puede adquirir significado en tanto en cuanto la opinión pública sea ilustrada por una justicia humana” (58), niegan que la pena capital ofenda la moralidad pública de la sociedad contemporánea. Y ello, en base

tucional como fáctico, es el legislativo, no el Tribunal, quien responde a la opinión pública e inmediatamente refleja los “standards” de decencia de la sociedad”. Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 11 (1972), 3273, 3276.

(54) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 406-7 (1972). *The Criminal Law Reporter*, 11 (1972), 3281-3283.

(55) *The Criminal Law Reporter*, 11 (1972), 3283 [BLACKMUN, disintiendo]

(56) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 457-8, 461 (1972) [POWELL, disintiendo]. Juzga demasiado especulativo el “test” establecido por el *Justice* MARSHALL en el sentido de que si la gente conociese las particularidades con que se impone y ejecuta la pena de muerte, la rechazarán por completo. *Ibidem*, 446.

(57) *Ibidem*, 397, 399 [BURGER, disintiendo]. Según el *Justice* REHNQUIST, cuyo voto no alude para nada al problema de la constitucionalidad de la pena capital, lo fundamental es el problema de la revisión judicial adjudicada en este caso al *Supreme Court*, el cual, a su juicio, no debe entrar a decidir esta cuestión. Por lo que, al hacerlo, se ha excedido en su poder, sin tener en cuenta el principio de la auto-restricción judicial. *Ibidem*, 468.

(58) *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 378 (1910); *Trop v. Dulles* 356 U. S. 86, 100-101 (1958). Únicamente cinco de los *Justices* aceptan de modo expreso el “test” funcional o evolutivo de interpretación de la cláusula, es decir el denominado “*test of evolving standards of decency*”, preconizado ya en *Weems* y consagrado definitivamente por el *Chief Justice* WARREN en *Trop v. Dulles*. Los jueces que lo aceptan ahora son: el *Chief Justice* BURGER [disintiendo, 382]; POWELL [disintiendo, 420]; BLACKMUN [disintiendo, 410]; BRENNAN [concurriendo, 269] y MARSHALL [concurriendo, 327]. Los miembros restantes del *S. C.*, al no plantearse la problemática estricta de la constitucionalidad *per se* de la pena capital, no penetran en este problema. Sin embargo, debe advertirse que el *Justice* William O. DOUGLAS fue precisamente uno de los cuatro jueces [Earl WARREN, BLACK y WHITTAKER fueron los restantes]

a dos razones: en primer término, porque la expresión propia de la moralidad pública debe proceder del poder legislativo, el cual es en todo caso el portador de esa moralidad y el que debe hacerla valer o no (59). En segundo, la moralidad contemporánea no rechaza el castigo máximo, puesto que un amplio sector de la población estadounidense ha expresado su preferencia por la retención de la pena de muerte (60).

En cualquier caso, no cabe duda de que el Tribunal ha seguido —y seguirá probablemente en casos similares al planteado— la línea política de “activismo judicial”, de tono político y moral en sus decisiones, marcada por el anterior “*Warren-Court*”. Ello no obstante, la diversidad de problemas planteados y de soluciones apuntadas en tan importante fallo judicial nos obligaría a un detenido estudio, siquiera, de los más importantes, pero imposible de llevar a cabo de modo completo en el reducido marco de un artículo.

Salta así, a primera vista, el problema planteado, en primer término, por los diversos “tests” o métodos de análisis histórico del lenguaje de la cláusula “*nor cruel and unusual punishments inflicted*” empleados por cada uno de los *Justices*; si bien ha de constatararse el predominio de una concepción dinámica o funcional en la interpretación de dicha Enmienda. Tales posturas ante la historia se dejan traslucir inmediatamente en la diversidad de “tests” utilizados para la definición conceptual de lo que ha de entenderse por “pena cruel y desusada” en el sentido de la Enmienda Octava. Ello obligaría entonces al examen de la evolución de la doctrina sentada; por el *Supreme Court* en casos similares al debatido hasta desembocar en *Furman v. Georgia*. Aquí entra también en consideración el análisis de los “tests” empleados al efecto de concretar la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de la pena capital.

Traes el apartado histórico-evolutivo de la doctrina acerca de la cláusula, estudiaremos el fondo del problema que ha provocado la escisión de los nueve miembros del *Supreme Court* en este caso: la revisión judicial de los actos legislativos, el carácter democrático o antidemocrático de esa institución; su proyección sobre el federalismo y las actitudes contrapuestas de “activismo judicial” frente a “restricción judicial”.

Finalmente, y aunque estamos en presencia de una materia donde, por razones obvias, deben descartarse la profecías, será objeto obli-

que concurrieron en el voto de la mayoría, en *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), estableciendo el “test” referido.

(59) *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 383 (1972) [BURGER, disintiendo].

(60) *Ibidem*, 384 [BURGER, disintiendo]. Adviértase, en este sentido, que una aprobación por el legislativo de la pena capital lleva consigo, para el *Chief Justice*, una presunción de validez de dicha pena. Desde luego, la presunción es grande, habida cuenta de que el 80 por 100 de los Estados, al igual que el Gobierno federal, prevén la pena de muerte en los estatutos denominados capitales. Ello no obstante, tal presunción no implica forzosamente que el legislativo se haya hecho eco, en esta materia, de la opinión y sentimiento populares.

gado de nuestra atención la proyección de cara al futuro del fallo judicial recaído en *Furman*, es decir, lo que la doctrina norteamericana ha dado en llamar el *status post-Furman*. Ello implica, también, examinar el significado y alcance de conceptos como el del *stare decisis* constitucional, la eficacia del precedente judicial y la proyección de la decisión referida en dos direcciones diversas: primero, respecto al legislativo y al ejecutivo; y segundo, en relación con el judicial, esto es, en referencia a las decisiones pronunciadas por los tribunales inferiores de los distintos Estados.

I.—LOS METODOS DE ANALISIS HISTORICO DE LA ENMIENDA VIII UTILIZADOS POR EL "SUPREME COURT"

En los ciento ochenta y un años de historia de la Enmienda Octava, el Tribunal Supremo norteamericano ha discutido sustancialmente —bien por los jueces integrantes de la mayoría, bien por los disidentes— la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas solamente en once ocasiones (1). De ellas, tan sólo en cuatro,

(1) Las diez ocasiones más representativas en que la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas contenida en la Octava Enmienda fue discutida, han sido: *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1878); *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890); *O'Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323 (1892); *Howard v. Fleming*, 191 U.S. 126 (1903); *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910); *Badders v. United States*, 240 U.S. 391 (1916) [A este fallo judicial han seguido otros de escasa importancia a la hora de arrojar nueva luz de cara a la interpretación de la Enmienda VIII (*ad exemplum*: *United States ex rel. Milwaukee Social Democratic Publishing Co. v. Burleson*, 255 U.S. 407 (1921)); *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958); *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962); *Powell v. Texas*, 392 U.S. 514 (1968). Ello no impide que en alguna ocasión se hayan pronunciado los Tribunales Supremos de los Estados Federales en torno al contenido de las "penas crueles y desusadas". En este sentido, por ejemplo, en *McDonald v. Commonwealth*, 173 Mass. 322 (1899), el *Supreme Court* de Massachusetts fue el primero en declarar que una pena privativa de libertad de larga duración podía ser desproporcionada en relación con el delito, constituyendo, en este sentido, una "pena cruel y desusada". Asimismo, debe notarse que el primer Tribunal de U.S.A. que ha declarado anticonstitucional la pena de muerte ha sido el Supremo de California, en *People v. Anderson*, 493 Cal. P. 2d 880 (1972).

De otro lado, algunos de los miembros del *Supreme Court* han pretendido considerar, disintiendo con la mayoría, tal problemática o simplemente lo han hecho. Así, en *Rudolph v. Alabama*, 375 U.S. 889 (1963), el Tribunal Supremo denegó *certiorari* a un condenado a muerte por rapto. Pero los *Justices* Arthur J. GOLDBERG, DOUGLAS y BRENNAN formaron un voto contrario a la mayoría, afirmando que "debería concederse *certiorari* en este caso... para considerar si la Octava y Decimocuarta Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos permiten la imposición de la pena de muerte a un sujeto declarado culpable de rapto que no haya quitado la vida humana o no la haya puesto en peligro". Sugiriendo que, en tales casos, la pena capital sería anticonstitucional. Cfr. COMMENT: *Constitutional Law: Capital Punishment for Rape Constitutes Cruel and Unusual Punishment When No Life Is Taken or Endangered*, en *Minn. L. Rev.*, 56 (1971), 95-111.

incluyendo el caso contemplado ahora, ha invalidado actos del legislativo en base a invocar su anticonstitucionalidad por violar el contenido de la cláusula inserta en la Enmienda mencionada; es decir, por considerar que las penas fijadas en algunos estatutos eran "penas crueles y desusadas" (2). Pero, además, a través de todas estas decisiones judiciales pueden observarse claramente dos fenómenos singulares.

De un lado, la flexibilidad del precedente judicial, aún en materias tan delicadas como las referentes a la interpretación del texto constitucional, el cual sirve de *substratum* aglutinante de la vida político-social del país americano. En *Furman v. Georgia*, el *Supreme Court* rompe, pues, bruscamente —tal y como predecían las conjeturas realizadas sobre los fallos recaídos en los últimos diecisiete años— con una línea política tradicional de precedentes sentados en decisiones jurisprudenciales que, al menos tácitamente, admitían la constitucionalidad de la pena capital.

De otro, la asunción por el *Supreme Court* en las decisiones pronunciadas en torno a la Enmienda Octava de dos actitudes o métodos

En otras ocasiones, como en *McGautha v. California*, 402 U.S. 183, 226 (1971), algún *Justice*—en este caso, el desaparecido *Justice* BLACK—confeciona un *dictum* sobre esta problemática concreta, aun cuando no afecte al problema de fondo, diverso por completo, a juicio de la mayoría. *Supra*, página 234, nota 7.

(2) *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958); *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

La bibliografía sobre *Furman v. Georgia* es muy abundante. Cfr. H. BEAU: *Capital Punishment and the Supreme Court*, en *Jewish Advocate*, Boston (10 agosto 1972); SILVER: *Death and the Judges: Cruel and Unusual Punishment?*, en *Commonwealth* (14 abril 1972), 136; Michael MELTSNER: *Litigating Against the Death Penalty: The Strategy Behind Furman*, en *Yale L. J.*, 82 (1973), 1111-1139; Gerald GUNTHER: *The Supreme Court, 1971 Term. B. Cruel and Unusual Punishment*, en *Harv. L. Rev.*, 86 (1972), 76-85; M. TYUS BUTLER, Jr.: *Constitutional Law- Capital Punishment-Furman v. Georgia and Georgia's Statutory Response*, en *Mercer L. Rev.*, 24 (1973), 891-937; CASS WEILAND & GREG JONES: *Federal Procedural Implications of Furman v. Georgia: What Rights for the Formerly Capital Offender?*, en *Amer. J. of Crim. L.*, vol. 1 (1972), 318-334; Malcom E. WHEELER: *Toward a Theory of Limited Punishment II: The Eighth Amendment After Furman v. Georgia*, en *Stan. L. Rev.*, 25 (1972), 62-83; Joachim HERRMANN: *Der Supreme Court der Vereinigten Staaten erklärt die Todesstrafe für verfassungswidrig*, en *JZ.*, 1972, 615-618; J. HERRMANN & D. F. MARTY: *Vers l'abolition de la peine de mort aux Etats-Unis*, en *RDPC.*, 1973, 831-844 (una reelaboración del anterior artículo); M. CHERIF BASSIOUNI, Kathleen A. LAHEY & Lewis M. SANG: *La peine de mort aux Etats-Unis. L'état de la question en 1972*, en *RScrim. et dr. p. comp.*, 1973, 23-43, de valor puramente informativo, según declaración propia de sus autores. Naturaleza que puede hacerse extensiva a los dos estudios que preceden al de BASSIOUNI. Véanse, además, Charles W. EHRHARDT, Phillips A. HUBBART, L. Harold LEVINSON, William McKINLEY & Thomas A. WILLS: *The Aftermath of Furman: The Florida Experience. I The Future of Capital Punishment in Florida: Analysis and Recommendations*, en *J. CRIM. L. C. & P. S.*, 64 (1973), 2-10; Charles W. ERHARDT & Harold LEVINSON: *II. Florida's Legislative Response to Furman: An Exercise in Futility?*, *Ibidem*, 10-21; COMMENTS: *Capital Punishment after Furman*, *Ibidem*, 64 (1973), 281-289.

(“tests” en la fraseología jurídica americana) de análisis o interpretación histórica de la cláusula “*nor cruel and unusual punishments inflicted*”.

A) En primer término, la tesis “fija” o *estática*, denominada también “*colonial test*” (3), con arreglo a la cual la Enmienda Octava prohíbe o tolera única y exclusivamente las penas prohibidas o permitidas por los autores de la misma con referencia a la época colonial, concretamente al *Bill of Rights* inglés de 1689. Por consiguiente, durante más de una centuria, desde que fuera aprobada por el Congreso la Octava Enmienda, el *Supreme Court* rehusaba declarar “cruelles y desusadas” a aquellas penalidades que no eran miradas como tales en la época del *Bill of Rights* de 1689 o en la fecha en que fue aprobada la Constitución.

Así, en ausencia de una intención concreta plasmada por los legisladores americanos en el Primer Congreso sobre la adopción del *Bill of Rights* americano (4), únicamente vendrían comprendidas en la cláusula de proscripción la tortura y otras penas bárbaras e inhumana-

(3) Joseph STORY: *Commentaries on the Constitution of the United States, with a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States before the Adoption of the Constitution*, vol. III (reimpresión Da Capo Press, New York), 1970, § 1896; Joel Prentiss BISHOP: *On Criminal Law*, vol. I, 9.^a ed., Chicago, 1923, § 946, pág. 697; *McGautha v. California*, 402 U. S. 183 (1971) [BLACK, coincidiendo], *Infra*, pág. 287, nota 68.

(4) Son cuarenta y ocho los Estados de U. S. A. que, en sus textos constitucionales, poseen disposiciones contra la imposición de las penas excesivas. La fórmula gramatical varía de “*cruel and unusual*” a “*cruel or unusual*”. Mientras que algunas constituciones prevén que las penas han de ser proporcionadas a la naturaleza y carácter del delito, Connecticut y Vermont carecen de una disposición similar, pero aplican la cláusula X del *Bill of Rights* inglés a través del “Common Law”.

De cualquier modo, la cláusula debatida recibió escasa atención con ocasión de los debates celebrados en las diversas Convenciones y en el Congreso. La única mención reveladora de la *intention* de los autores de la Enmienda VIII aparece en los debates del 1.^o Congreso sobre la adopción del *Bill of Rights* americano. Cuando Livermore contesta a Smith sobre la referida Enmienda, hace una alusión concreta a las penas de *horca*, *azotes* y *mutilación de orejas*. Estas son, pues, las únicas penas mencionadas en relación con la cláusula. Cfr. ANNALS OF CONGRESS, *1st. Session* (1789), 754.

En los debates habidos con motivo de la Convención de Massachusetts, Holmes hace referencia al hecho que, de no existir un control constitucional, “*racks and gibbets*” podrían ser incluidos entre los instrumentos más benignos de su disciplina. Cfr. Jonathan ELLIOT: *Debates in the Several State Conventions on the Adaption of the Federal Constitution*, vol. II (2.^a ed., 1876), 111. Véase, asimismo, William ANDREWS: *Old-Time Punishments*, 1890 (reimpresión, 1971), 188, 221, 234.

Por último, Patrick Henry, en la Convención de Virginia, al aclarar el alcance de la Enmienda a Mr. George Nicholas, expresa: “... Si nosotros no tuviésemos seguridad contra la tortura... podríamos ser torturados mañana.” Cfr. J. ELLIOT: *Debates in the Several State Conventions...*, vol. III (2.^a ed., 1876), 448-451. Pero, tanto Holmes como Henry hacen hincapié en que la Enmienda encierra una limitación, “un control constitucional”, contra los posibles abusos que, en materia de imposición de penas, puede cometer el legislativo.

nas aplicadas en Inglaterra durante la época de los Estuardo, pero sin llegar a especificarse de qué penas se trata.

Pues bien, la primera expresión de la *tesis estática o colonial* se encuentra en *Wilkerson v. Utah* (5), el primer caso en que el *Supreme Court* se enfrenta con la problemática de enmarcar los límites de constitucionalidad fijados por la Octava Enmienda. Tras subrayar la dificultad de precisar el verdadero alcance y contenido —“demasiado indefinido”— de la cláusula, declara, sin embargo, que “lo único seguro es afirmar que las penas de tortura... y otras en la misma línea de crueldad innecesaria están prohibidas por esta Enmienda a la Constitución”. Señalando, a este respecto, como penas de esa naturaleza el “descuartizamiento y el quemar vivo al reo en el delito de alta traición, y la disección pública en el caso de asesinato”. Anclado, pues, en las coordenadas de este método de análisis histórico, el *Supreme Court* dejaba en este caso subsistente la constitucionalidad del método de ejecución de la pena de muerte, al declarar constitucional la muerte ejecutada en público por fusilamiento, admitiendo, tácitamente, la constitucionalidad del máximo castigo (6).

Esa línea tradicional definitoria de las penas comprendidas en la Enmienda Octava prosigue en *In re Kemmler* (7), donde, tras admitir expresamente la constitucionalidad de la electrocución, en cuanto método concebido por el legislativo como más humano para la ejecución de la pena capital, el *dictum* relativo a las penas prohibidas por la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas declara que “las penas son crueles cuando encierran tortura o una muerte lenta; pero la pena de muerte no es cruel en el sentido que posee esta palabra en la Constitución. Aquí implica algo inhumano y bárbaro, algo más que la mera extinción de la vida”, como, por ejemplo, “el quemadero, la crucifixión, el enrodamiento o penas similares” (8).

Asimismo, *O'Neil v. Vermont*, representa un claro ejemplo de esta línea tradicional observada en materia de interpretación de la Octava Enmienda por el *Supreme Court*. El procesado había sido

(5) *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1878). *Wilkerson* había sido condenado por asesinato.

(6) *Ibidem*, 134-136.

(7) *In re Kemmler*, 136 U. S. 436 (1890).

(8) *Ibidem*, 446-47. “Esta Declaración inglesa de Derechos hacía referencia a los actos de los departamentos *ejecutivo y judicial* del Gobierno de Inglaterra; pero el lenguaje en cuestión, tal como ha sido utilizado en la constitución del Estado de Nueva York, se pretendió en especial como dirigido a operar contra el legislativo del Estado, a cuyo control se había confiado siempre el castigar los delitos...” (la cursiva es nuestra). *Kemmler* fue el primer hombre ejecutado en la silla eléctrica. Sobre los pormenores del momento de su ejecución, Cfr. George RYLEY SCOTT: *The History of Capital Punishment, Including An Examination of the Case for and against the Death Penalty*, 1950, Torchstream Books, London, 216. Esta primera ejecución, por el sistema de electrocución, fue generalmente condenada, según la crítica publicada por entonces en el *New York Globe*. Cfr. Negley K. TEETERS: “... Hang by the Neck...” *The Legal Use of Scaffold and Noose, Gibbet, Stake, and Firing Squad from Colonial Times to the Present*, 1967, Charles C. Thomas, Springfield, Illinois, 446-447.

condenado por 307 delitos de venta, sin autorización, de licor tóxico y sentenciado a pagar una multa de 6.638,32 dólares, es decir, veinte dólares por cada delito más las costas. En caso de impago de la multa en un período de tiempo prefijado, *O'Neil* habría de sufrir 19.914 días de trabajos forzados en régimen de prisión, en suma, tres días por dólar, de acuerdo con lo prevenido en la ley. La mayoría del Tribunal encontró constitucional la imposición de tal pena a *O'Neil*, si bien una minoría de tres *Justices* (FIELD, HARLAN y BREWER) consideraron el problema dentro del marco de la Enmienda Octava. En cualquier caso, la tesis histórica tradicional, sentada en los otros fallos precedentes por el Tribunal, aparece aquí evidente, al considerarse que “esta terminología [cruel y desusado], ciertamente, se aplica normalmente a las penas que infligen tortura, tales como el potro del tormento, las empulgueras, los grilletes, el tensar y alargar los miembros del cuerpo y otras por el estilo, que son esperadas con agudo pánico y sufrimiento” (9).

En síntesis, con arreglo a lo que KADISH denomina la “teoría fija del *due-process*”, únicamente las penas objetables o inaceptables en la época en que fue aprobada la Constitución caen dentro de la prohibición de las penas crueles y desusadas contenidas en la Enmienda. En consecuencia, “la Octava Enmienda —estatuye el que fuera el más destacado representante de la “tesis colonial” en nuestros días, el desaparecido *Justice* BLACK, un “intérprete rígido” de la Constitución— prohíbe las penas ‘crueles y desusadas’. “A mi juicio, estas palabras no pueden interpretarse como proscriptivas de la pena capital, porque esa penalidad era de uso común y autorizada legalmente aquí y en los países de los que llegaron nuestros antepasados, en la época en que fue adoptada la Enmienda. Para mí es inconcebible que los fundadores intentasen poner fin a la pena de muerte con la Enmienda” (10).

(9) *O'Neil v. Vermont*, 144 U. S. 323 (1892). Esa sentencia fue pronunciada en su segundo proceso, pues en el primero se le había impuesto la pena de 75 años de prisión por 457 delitos. *Ibidem*, 326-28. Uno de los jueces que disienten, el *Justice* FIELD, declara que “esta prohibición se dirige no sólo contra las penas del carácter mencionado, sino contra todas las penas que por su duración o severidad excesiva son enormemente desproporcionadas a los delitos imputados. La prohibición va, pues, contra todo lo que es excesivo”. *Ibidem*, 339-340. Cfr., al respecto, Joseph E. BROWDY & Robert J. SALTZMAN: *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, en *N. Y. U. L. Rev.*, 36 (1961), 846, 853; James S. CAMPBELL: *Revival of the Eighth Amendment: Development of Cruel-Punishment Doctrine by the Supreme Court*, en *Stan. L. Rev.*, 16 (1964), 996, 1003-1004; COMMENT: *Constitutional Law: Capital Punishment for Rape Constitutes Cruel and Unusual Punishment When No Life Is Taken or Endangered*, en *Minn. L. Rev.*, 56 (1971), 95, 96.

(10) *McGautha v. California*, 402 U. S. 183, 226 (1971) [BLACK, coincidiendo]. En *Carlson v. Landon*, 342 U. S. 524, 527 (1952), el *Justice* BLACK declara, en cambio, que: “La Octava Enmienda está en el Bill of Rights americano de 1789, no en el Bill of Rights inglés de 1689. Y es bien sabido que nuestro Bill of Rights fue escrito y adoptado para garantizar a los americanos una libertad mayor que la disfrutada por sus antepasados que habían sido

La postura de BLACK es compartida en la actualidad por el *Chief Justice* BURGER en *Furman v. Georgia*, al afirmar que a los autores de la Enmienda les preocupaba únicamente "la ausencia en el texto constitucional de una disposición que proscribiese las torturas", aunque, a decir verdad, admite después que la cláusula requiere un punto de referencia contemporáneo, a efectos de verificar su interpretación, fijando, en consecuencia, dicho punto de referencia en los valores morales de la sociedad contemporánea (11). De este modo, el *Chief Justice* adopta, en realidad, una postura mixta, no exenta de contradicciones; pues, de una parte, afirma la tesis estática de la cláusula, mientras, de otra, señala la necesidad de una actitud dinámica en lo que respecta a la interpretación de su contenido (12).

expulsados de Europa a impulso de las persecuciones." Anthony F. GRANUCCI: "Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted": *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 860, ss., deduce que la intención de los autores americanos de la cláusula, pretendiendo proscribir la "tortura", es debida a una mala interpretación o malentendido derivado de la lectura de los *Commentaries* de William BLACKSTONE. Sin embargo, esto no parece claro, pues aunque el Bill of Rights inglés de 1689 no alude para nada a la tortura, algunas de las penas implicadas en el debate parlamentario, podrían, según demostraremos, llegar a significar tortura, desde un punto meramente subjetivo, que es desde el que hay que abordar el problema. Ello no obstante, trataremos de esta problemática en el apartado histórico.

(11) *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238, 376-77 (1972) [C. J. BURGER, disintiendo].

(12) La interpretación histórica que el *Chief Justice* hace de la Enmienda le lleva a la deducción de que únicamente la tortura es anticonstitucional. "El análisis más convincente de la adopción por el Parlamento del Bill of Rights inglés de 1689 —la fuente inconcusa de la redacción de la Octava Enmienda— sugiere que la prohibición contra las "penas crueles y desusadas" fue incluida allí como muestra de la aversión a las penas severas no autorizadas legalmente y fuera de la jurisdicción de los tribunales que debían imponerlas. En lo que hace referencia a la pretensión de que el término "unusual" tenía alguna importancia en la versión inglesa, fue aparentemente concebido como una referencia a las penas ilegales. Desde cualquier punto de vista, los autores de la Octava Enmienda pretendieron dar a la frase un significado completamente diverso al de su precursor inglés. Los "records" (parlamentarios) demuestran que la única preocupación de los autores era la ausencia de una disposición que proscribiese la tortura." *Ibidem*, 376-377.

Esta interpretación, sin embargo, adolece de dos graves errores: uno, histórico; otro, analítico. En primer término, acepta la opinión expuesta por GRANUCCI en el sentido de que el Bill inglés prohibía las penas severas no autorizadas estatutariamente; pero, en segundo, olvida que tal formulación no era sino una reiteración de la política tradicional inglesa dirigida contra las penas desproporcionadas, como reconoce también GRANUCCI.

En segundo lugar, el *Chief Justice* afirma que los americanos dieron a la cláusula un significado diverso al contenido en el Bill of Rights inglés, con lo que aquella iba dirigida tan sólo contra la tortura. Esto es, asimismo, inexacto, pues los autores americanos de la Enmienda, al adoptar el lenguaje del Bill inglés, adoptaron implícitamente los principios en él insitos y las consecuencias derivadas de ellos, por lo que no sólo se prohibían nuevas formas de penalidad crueles y desusadas, sino también las torturas practicadas bajo los Estuardo. De modo que no sólo aparecen prohibidas las penas históricamente consideradas por los autores de la Enmienda, sino también las que caen bajo los dos principios contenidos en la misma [penas severas no autorizadas por estatuto y desproporcionadas en relación con el delito]. Prueba de ello

En síntesis, la *tesis colonial o estática* de análisis del lenguaje de la Enmienda VIII ha supuesto que hasta la década de los años 50 el *Supreme Court* haya permanecido anclado en una interpretación fija de lo que debe entenderse por penas crueles y desusadas en el sentido de dicha Enmienda, dando, así, lugar a la aparición y subsiguiente consagración del denominado *test del método* (el "test" tradicional del Tribunal hasta 1958); es decir, a un procedimiento de análisis de la constitucionalidad de la pena, según el cual el *Supreme Court* consideraba en casos tales, no la crueldad y el desuso *per se* de la pena, esto es, la pena *in abstracto*, sino más bien la crueldad y desuso del *método utilizado en la ejecución de la pena capital*. Sentada, por consiguiente, la crueldad y el desuso en las formas o métodos de ejecución empleados por los Estuardo, todas aquellas otras formas de ejecución de la pena capital que, como el ahorcamiento, el fusilamiento, la silla eléctrica, el gas letal, "no llegasen a significar tortura" con referencia a los métodos de los Estuardo eran, por tanto, constitucionales en el sentido de la Octava Enmienda (13).

La actitud debatida afecta, además, a dos problemas capitales: uno, la pretendida vitalidad y eficacia del texto constitucional. En este sentido, una interpretación rígida de la Constitución como la

es que, aunque el "Common Law" americano difiere en algunos puntos del inglés, "nuestros tribunales, en cambio, comienzan siempre investigando el "Common Law" aplicable a nuestro país, partiendo del inglés. Cfr. MALCOLM E. WHEELER: *Toward a Theory of Limited Punishment II: The Eighth Amendment After Furman v. Georgia*, en *Stan. L. Rev.*, 25 (1972), 62, 63, nota 7.

De cualquier forma, ni la crítica que MALCOLM E. WHEELER hace del planteamiento hecho por el *Chief Justice*, ni el de éste mismo son acertados. Pues ignoran el planteamiento cronológico y político adoptado por el legislador inglés de 1689. Cuando éste habla de "penas crueles y desusadas" no lo hace *in abstracto*, es decir, con carácter general o desde un plano de política criminal, sino, antes bien, pensando únicamente en unos casos típicamente políticos. Y en este sentido, está mucho más cerca de la solución la opinión del Justice WILLIAM O. DOUGLAS, cuando habla de penas dirigidas contra minorías políticas, que la de sus oponentes. Sin embargo, la complejidad y dificultad del problema exigen un tratamiento por separado de la cuestión histórica.

(13) *State v. Burris*, 194 Iowa 628, 190 NW 38 (la muerte por ahorcamiento es constitucional); *State v. Gee Jon*, 46 Nev 418, 211 P 676, P 587 (el gas letal no constituye un método de ejecución anticonstitucional). Cfr. WHARTON'S: *Criminal Law and Procedure*, por Ronald A. Anderson, vol. V, Rochester, New York, 1957, § 2213; JOSEPH E. BROWDY & ROBERT J. SALTZMAN: *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, en *N. Y. U. L. Rev.*, 36 (1961), 846, 859 ss.; M. CHERIF BASSIOUNI: *Criminal Law and Its Processes. The Law of Public Order*, Charles C. Thomas, Springfield, 1969, 26-33; BERNARD SCHWARTZ: *A Commentary on the Constitution of the United States, Part. III, Rights of the Person*, 1968, The MacMillan Co. New York, 807 ss.; SOL RUBIN, HENRY WEIHOFEN, GEORGE EDWARDS y SIMÓN ROSENZWEIG: *Cruel, Unusual, and Excessive Punishments*, en *The Law of Criminal Correction*, 1963, Minnesota, 363, 371 ss.; COMMENT: *The Role of the Eighth Amendment in Prison Reform*, en *The U. of Chic. L. Rev.*, 38 (1971), 647-664. COMMENT: *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, en *Harv. L. Rev.*, 79 (1966), 635-655. Todos estos estudios exponen la evolución habida en la aplicación de la Enmienda VIII a diversas especies de penas.

sustentada por la "tesis colonial" reducía la Enmienda a un papel puramente fútil, ya que, con tales coordenadas, carecía de todo desarrollo y evolución posibles a través del tiempo. Este hecho se comprueba con la pervivencia durante tanto tiempo del llamado *test del método* en las decisiones pronunciadas al respecto por el *Supreme Court*, como criterio definitorio de lo que debía constituir una "pena cruel y desusada".

Otro problema afectado por la *tesis estática* es el relativo al papel a desempeñar por el Tribunal en sus decisiones. En este sentido, el *Supreme Court* se limitaría a una labor de comparación histórica en las decisiones de este tipo, para comprobar si el método de ejecución actual de ciertas penas es uno de los contemplados por los autores de la Enmienda. Lo cual supondría dejar incumplida la verdadera finalidad de la Enmienda VIII, según sus autores: el establecimiento de un límite a los abusos de poder que, en materia de fijación de penas, puede cometer el legislativo (14). Y, además, suprimir por completo la tarea de *revisión judicial* de las manos del Tribunal, cuyo juego, como uno de los tres poderes, quedaría enormemente reducido y malparado.

B) En segundo, el denominado "*test*" *dinámico o funcional*, evolutivo o progresivo, de interpretación de la fraseología de la cláusula contenida en la Octava Enmienda, se adopta por vez primera en *Weems v. United States* (1910), aunque, en realidad, desde entonces a 1957, fecha en que se pronuncia el fallo de *Trop v. Dulles*, no había vuelto a ser aplicado por el *Supreme Court*; si bien a partir de esa fecha parece lograr su consagración definitiva en *Robinson v. California* (1962) y *Furman v. Georgia* (1972).

Weems v. United States reviste gran importancia, además, por cuanto es la primera ocasión en que el Tribunal Supremo americano anula una pena por considerarla cruel y desusada en el sentido de la Octava Enmienda. *Weems* era un funcionario del Departamento de Guardacostas y Transporte del Gobierno de los Estados Unidos en

(14) Tanto Patrick Henry como Holmes, durante los debates de la Convención de Virginia, expresaron claramente que la cláusula iba dirigida a restringir el poder legislativo, "a guardarse contra los abusos de poder" por parte del legislativo. "What says our (Virginia) bill of rights? 'that excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted. Are you not, therefore, now calling on those gentlemen who are to compose Congress, to... define punishments without this control?' Cfr. Jonathan ELLIOT (Ed.): *Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, vol. III, 2.^a ed., 1876, 447-449. En idéntico sentido, se insiste sobre la limitación de poder que contiene la Enmienda VIII, en *Weems v. United States*, 217 U. S. 349, 372-373 (1910): "Their predominant political impulse was distrust of power, and they insisted on constitutional limitations against its abuse... And it was believed that power might be tempted to cruelty. This was the motive of the clause, and if we are to attribute an intelligent providence to his advocates we cannot think that it was intended to prohibit only practices like the Stuarts, or to prevent only an exact repetition of history..."

las Islas Filipinas, que fue condenado por falsedad en documento público u oficial al haber fingido falsamente la entrada de las sumas de 208 y 408 pesos. Fue sentenciado por tal delito, con arreglo al Código penal vigente en las Islas Filipinas de 17 de diciembre de 1886, a las penas de 15 años de *cadena temporal* y multa de 4.000 pesetas, y a las accesorias de interdicción civil durante la condena, inhabilitación absoluta perpetua y sujeción a la vigilancia de la Autoridad durante la vida del penado. En base a las penas accesorias, el Tribunal, por boca del *Justice* MCKENNA, en nombre de la mayoría, declara anticonstitucional dicha condena, considerando que: "Ciertamente, los barrotes y cadenas de su prisión desaparecen al cabo de doce años, pero él parte de ahí hacia una limitación perpetua de su libertad. Por siempre permanecerá encerrado bajo la sombra de su crimen, por siempre estará dentro del consejo y admonición del juez penal, no siendo apto para cambiar de domicilio sin dar noticia a la autoridad inmediata a cargo de su vigilancia, y sin un permiso por escrito... Incluso está sometido a reglas tan tortuosas que, si no tan tangibles como los barrotes de hierro y los muros de piedra, le oprimen tanto como aquéllos en lo que respecta a su futuro y le privan de una libertad esencial. No se omite ninguna circunstancia de degradación. Debe portar una cadena noche y día. Es condenado tanto al tormento como a trabajos forzados" (15). A partir de ahí, el Tribunal opera en la cláusula una interpretación dinámica, rompiendo con la establecida en *Wilkerson* y en *In re Kemmler*. En este sentido, MCKENNA expresa que "el motivo principal (de Patrick Henry y aquellos que le creyeron) fue el recelo hacia el poder, y ellos insistieron en las limitaciones constitucionales contra su abuso... Creyeron que el poder podía ser tentado a ejercer crueldad. Este fue el motivo de la cláusula, y... no podemos pensar que intentó prohibir únicamente prácticas como las de los Estuardo o prevenir tan sólo una repetición exacta de la historia... La legislación, tanto la estatutaria como la constitucional, se promulga ciertamente en base a una experiencia de males pero su lenguaje genérico no debe por ello ser confinado necesariamente al marco de los males que la motivaron. En la aplica-

(15) *Weems v. United States*, 217 U. S. 349, 366 (1910). Una mayoría de *Justices* acuerda que tal condena infringe el *Philippine Bill of Rights*, el cual contiene una cláusula de contenido similar a la de la Enmienda VIII a la Constitución norteamericana. *Ibidem*, 366. Sin embargo, los *Justices* disidentes, WHITE y HOLMES, se basan en dos razones: en primer término, la cuestión de si la pena es cruel o desusada no ha sido planteada aquí; en segundo, el legislativo debe de quedar libre a la hora de fijar la pena de acuerdo con las necesidades de la situación. *Ibidem*, 383-384. Además, WHITE traza una historia de la cláusula inglesa, a través de la cual llega a dos conclusiones: a) la cláusula X del Bill of Rights iba dirigida contra el judicial y contra la Corona, no contra el legislativo (parlamento). *Ibidem*, 397. b) la Enmienda VIII va dirigida a prevenir contra las penas corporales verdaderamente bárbaras; a prohibir la inflicción, en un grado desusado, de penas corporales que en sí mismas no son crueles; y, finalmente, a impedir que los tribunales impongan en grado desusado penas no corporales, transgrediendo su autoridad estatutaria. *Ibidem*, 389-390.

ción de una constitución, además, nuestra contemplación no puede ser sólo de lo que ha sido, sino, sobre todo, de lo que puede ser" (16).

Por consiguiente, frente a la tesis estática, la *dinámica* o flexible determina que el texto constitucional venga contemplado no en términos estáticos, fijos, es decir, tal y como ha sido concebido y escrito por sus autores, sino en términos evolutivos, con referencia no a la época en que se confeccionó, sino a aquella en que ha de ser aplicado. Habida cuenta de que la Enmienda VIII encierra, con arreglo a la *intentio* de sus autores, una limitación genérica contra los posibles abusos de que puede hacer gala el legislativo en materia de imposición de penas, y, según expresa el Justice MCKENNA, "el tiempo produce cambios y da lugar a la aparición de nuevas situaciones y fines". En consecuencia, lo que en la época de los autores de la Enmienda no constituía una pena cruel y desusada puede ahora serlo perfectamente, al cambiar las coordenadas y presupuestos de aplicación del texto constitucional. Por lo que, una aplicación dinámica y progresiva de la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas determina, en suma, que en *Weems v. United States* el *Supreme Court* rompa abiertamente con su línea tradicional anterior y admita en las penas consideradas *in concreto* la presencia de una especie de tortura mental, determinante de la anticonstitucionalidad de la pena de cadena temporal y de las accesorias impuestas a *Weems*.

Sin embargo, el "test" de interpretación sentado en *Weems* no volverá a ser aplicado hasta cuarenta y siete años después, en *Trop v. Dulles*, un fallo que podríamos denominar la gran herencia del

(16) *Weems v. United States*, 217 U. S. 349, 372-373 (1910) [MCKENNA, coincidiendo]. La trascendencia de *Weems*, de cara a producir un cambio en los "test" aplicables a la VIII Enmienda, ha sido realmente enorme. Véase una comparación de los criterios aplicados en *Badders v. United States*, 240 U. S. 391 (1916) y en *Weems*, en TURKINGTON: *Unconstitutionally Excessive Punishments: An Examination of the Eighth Amendment and the Weems Principle*, en *Crim. L. Bull.*, 3 (1967), 145, 148; COMMENT: *Cruel and Unusual Punishment*, en *Wayne L. Rev.*, 15 (1969), 882, 884.

Sobre este caso, Cfr. COMMENT: *Constitutional Law-Cruel and Unusual Capital Punishment*, en *N. C. L. Rev.*, 42 (1964), 909, 911-12; H. BEDAU: *The Courts, the Constitution, and Capital Punishment*, en *Utah L. Rev.*, 1968 (1968), 201, 225; BROWDY & SALTZMAN: *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, en *N. Y. U. L. Rev.*, 36 (1961), 846, 848-849; M. TYUS BUTLER, JR.: *Constitutional Law-Capital Punishment-Furman v. Georgia and Georgia's Statutory Response*, en *Mercer L. Rev.*, 24 (1973), 891, 894-95; NOTE: *What Is Cruel and Unusual Punishment*, en *Harv. L. Rev.*, 24 (1911), 54-56; Frank WHALEN, JR.: *Punishment For Crime: The Supreme Court and the Constitution*, en *Minn. L. Rev.*, 35 (1951), 109, 116-118; Arthur E. SUTHERLAND, JR.: *Due Process and Cruel Punishment*, en *Harv. L. Rev.*, 64 (1950), 271-272; G. EDWARDS: *Cruel, Unusual, and Excessive Punishments*, en Sol RUBIN y otros: *The Law of Criminal Correction*, 1963, 363, 369-370; MARCUS & WEISSBRODT: *The Death Penalty Cases*, en *Cal. L. Rev.*, 56 (1968), 1268, 1330-1332; James S. CAMPBELL: *Revival of the Eighth Amendment: Development of Cruel-Punishment Doctrine by the Supreme Court*, en *Stan. L. Rev.*, 16 (1964), 996, 1004-1006.

Chief Justice Earl WARREN, de cara al futuro, por cuanto servirá de fundamento a la doctrina posterior sentada por el Tribunal en casos similares.

En *Trop v. Dulles*, el acusado había sido condenado en 1944 por deserción en tiempo de guerra a tres años de trabajos forzados, suspensión de sueldo e incapacidad. En 1952 solicitó un pasaporte, siéndole denegada tal petición en base a que, con arreglo a la sección 401 (g) del *Nationality Act* de 1940, había sido privado de la ciudadanía americana a causa de su condena por el delito de deserción. El *Supreme Court* anula por anticonstitucional la referida disposición, en base a considerar que, a pesar de que “el alcance exacto de la frase constitucional ‘cruel and unusual’ no ha sido precisado por este Tribunal..., la política fundamental reflejada en estas palabras está firmemente establecida en la tradición de la justicia penal anglo-americana. El concepto básico implícito en la Octava Enmienda es nada menos que la dignidad del hombre... El tribunal reconoce que las palabras de la Enmienda no son precisas y que su alcance no es estático. *La Enmienda debe trazar su significado partiendo de los valores de dignidad en evolución que marcan el progreso de una sociedad en proceso de madurez*” (17).

Por consiguiente, se establece una interpretación dinámica o evolutiva de la cláusula de proscripción de las penas crueles y desusadas, a través del denominado “*test of evolving standards of decency*” como punto de referencia de cara a definir la crueldad o el desuso de una pena en el contexto de la Enmienda VIII; “test” que, en el caso de *Trop v. Dulles*, lleva al Tribunal a afirmar que la pena de privación de la nacionalidad como accesoria del delito de deserción en tiempo de guerra implica “una forma de pena más primitiva que la tortura, porque destruye para el individuo la existencia política en desarrollo durante siglos. La pena despoja al ciudadano de su “status” en la comunidad nacional e internacional... *En resumen, el expatriado ha perdido el derecho a tener derechos*. Por lo que, a juicio del Justice BLACK, “tal privación no debería dejarse a los fallos de un tribunal militar. Los tribunales militares deben juzgar soldados y castigarlos por delitos militares, pero no deben tener la última palabra en lo concerniente al derecho del soldado a la ciudadanía... Nada en la Constitución o en su historia presta el más leve apoyo a favor de tal control militar sobre el derecho a ser ciudadano americano” (18).

En síntesis, la consecuencia inmediata de ese método de interpretación de la cláusula ha sido la adopción por el *Supreme Court* de un nuevo “test” —aunque éste aparece ya someramente esbozado en *Weems v. United States*—: el de la *proporcionalidad de las penas* y

(17) *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86, 100-101 (1958) [WARREN, coincidiendo].

(18) *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86, 104-105 (1958) [BLACK, coincidiendo, y al cual se le une DOUGLAS]. Sobre el caso debatido, véase GOLDBERG & DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.*, 83 (1970), 1773, 1781.

los delitos. Con arreglo a éste, en la definición de lo que debe entenderse por “penas crueles y desusadas” entran consideraciones de proporcionalidad que se concretan en la constatación de factores diversos: la degradación que la pena implica de la dignidad humana como valor supremo o absoluto; el rechazo de la pena por el pueblo; la naturaleza excesiva de la pena, que determina el que sea innecesaria de cara a los fines que con su imposición persigue el legislador; el desuso de la pena, la arbitrariedad en su imposición, en cuanto violación del principio de “*equal protection*” ínsito en la Enmienda VIII, etcétera...

Todo ello nos conduce al “test del *due-process* material o sustantivo”, que exige una base o un *minimum* de racionalidad en la pena como requisito para la constitucionalidad de la misma; lo cual lleva consigo la medición de aquélla en relación con los fines que el Estado persigue al imponerla y, en el caso de la pena de muerte, con el interés del individuo en la propia vida (19).

Por último, el repudio de la “interpretación rigurosamente histórica” de la cláusula presupone, además, consecuencias político-constitucionales de gran relevancia:

De un lado, nos presenta a la cláusula como “un control constitucional” frente al legislativo, pues le otorga, como “resorte de contención frente a los posibles abusos del poder, “un carácter de vitalidad y una expansión que son esenciales a la *rule of law* y a la conservación de la libertad individual”.

De otro, y como consecuencia de lo anterior, el papel del *Supreme Court* como “guardián de la Constitución” se ve notablemente robustecido, y la tarea de la revisión judicial de los actos del legislativo a él confiada, consagrada definitivamente por el Tribunal en *Furman v. Georgia*, aparece plenamente justificada en razón de la propia esencia del judicial como el “tercer poder” dentro de un sistema democrático parlamentario.

Ello no obstante, la divergencia de métodos de análisis histórico observada en los fallos del *Supreme Court* requiere un detallado examen del empleo que dicho Tribunal suele hacer de la historia y, asimismo, un estudio profundo de los orígenes de la cláusula. Ya

(19) Cfr. MARCUS & WEISSBRODT: *The Death Penalty Cases*, en *Cal. L. Rev.*, 56 (1968), 1268, 1271, 1324; COMMENT: *Constitutional Law: Capital Punishment for Rape Constitutes Cruel and Unusual Punishment When No Life is Taken or Endangered*, en *Minn. L. Rev.*, 56 (1971), 95, 99 ss.; KADISH: *Methodological Criteria in Due Process Adjudication-A. Survey and Criticism*, en *Yale L. J.*, 66 (1957), 319; James S. CAMPBELL: *Revival of the Eighth Amendment: Development of Cruel-Punishment Doctrine by the Supreme Court*, en *Stan. L. Rev.*, 16 (1964), 996, 997-8; Malcom E. WHEELER: *Toward a Theory of Limited Punishment: An Examination of the Eighth Amendment*, en *Stan. L. Rev.*, 24 (1972), 838; EL MISMO: *Toward a Theory of Limited Punishment II: The Eighth Amendment After Furman v. Georgia*, en *Stan. L. Rev.*, 25 (1972), 62, 65 ss.; M. TYUS BUTLER, JR.: *Constitutional Law-Capital Punishment-Furman v. Georgia and Georgia's Statutory Response*, en *Mercer L. Rev.*, 24 (1973), 891, 900 ss.

que, si bien es cierto que el empleo de la historia ha de venir siempre limitado cuando se trata de proposiciones jurídicas —habida cuenta de que, como apuntaba M. R. COHEN [en *Law and the Social Order*, 1933, 191], las cuestiones puramente de valor han de ser tratadas con métodos más dialécticos que estadísticos o sociológicos—, no lo es menos, en cambio, que la historia, en cuanto método de indudable enriquecimiento de nuestra experiencia, nos ayuda a eliminar un vicioso racionalismo, rechazable en una materia tan delicada como es la penal.

II.—EL EMPLEO DE LA HISTORIA POR EL “SUPREME COURT”

El caso judicial debatido es uno de tantos en los que las razones esgrimidas en apoyo de la decisión son mucho más importantes para el ulterior desarrollo de la ley —en este supuesto concreto, de la normativa constitucional— que la decisión misma. Y si observamos con algún detalle las razones apuntadas por cada uno de los *Justices*, podremos apreciar claramente que gran parte del peso del *dictum* descansa en una argumentación de naturaleza histórica.

Tal vez no puedan suscribirse con todo rigor las palabras pronunciadas en 1895 por el *Justice* Horace Gray, en el sentido de que “la cuestión [en este caso], al igual que todas las cuestiones de interpretación constitucional, es en gran parte una cuestión histórica”. Mas lo cierto es que estamos en presencia de un caso que pone de relieve el empleo que el *Supreme Court* hace de la historia, así como las diversas especies o clases de historia a que suelen recurrir sus miembros para fundamentar sus votos.

Cabría, ello no obstante, preguntarse por qué el Tribunal Supremo hace uso de la historia... La respuesta implicaría entonces abordar tan interesante problemática desde dos puntos de vista distintos:

a) En primer término, debido al origen cierto (20), pero al lenguaje “incierto”, “enigmático”, “confuso”, “no susceptible de una definición precisa”, de la cláusula “*nor cruel and unusual punishments inflicted*” (21), lo cual determina que el Tribunal utilice una

(20) Para el origen inglés y americano de la cláusula, véase más adelante 274 ss.

(21) En este sentido, el *Supreme Court*, al ocuparse por vez primera de aclarar el significado y alcance de la fraseología ínsita en la Octava Enmienda, expresaba: “... la dificultad presidirá el esfuerzo por definir con exactitud el alcance de la disposición constitucional que prevé que las penas crueles y desusadas no deberán ser infligidas” [*Wilkerson v. Utah*, 99 U.S., 130, 135-136 (1878)]. En idéntico argumento incide con posterioridad, en *Weems v. United States*, 217 U.S., 349, 368-369 (1910), donde observa: “... lo que constituye una pena cruel y desusada no ha sido decidido con exactitud”. Todavía en 1957, el *Chief Justice* WARREN subrayaba que “el alcance exacto de la frase constitucional “cruel y desusada” no ha sido detallado por este Tribunal” [*Trop v. Dulles*, 356 U.S., 86, 99 (1957)]. De nuevo, en los fundamentos de *Furman v. Georgia*, el *Justice* BRENNAN hace hincapié en que “la cláusula

historia legal, es decir, se limite a concebir la cláusula en cuestión como un mero evento pasado, en un intento de precisar el verdadero alcance y significado del texto constitucional, concretamente de la la Enmienda Octava (22), habida cuenta de que —como apuntaba

de las penas crueles y desusadas, al igual que las otras grandes cláusulas de la Constitución, no es susceptible de una definición precisa" [*Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, 11, 28 junio 1972, 3231].

Asimismo, toda la doctrina destaca su contenido excesivamente indefinido ["too indefinite"]. Cfr. *Annals of Congress*, I (1789), 782; I (1791), 754; THOMAS COOLEY: *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the legislative power of the states of the American Union* (Boston: Little, Brown, 1878, 8.^a ed., 1927), 694; EDWARD CORWIN: *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation. Annotations of cases decided by the Supreme Court of the U.S. to June 30, 1952* (Washington, 1953), 903; EDWARD CORWIN, NORMAN J. SMALL y LESTER S. JAYSON: *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation. Annotations of cases decided by the Supreme Court of the U.S., to June 11, 1964* (Washington, 1964), 1027; GEORGE EDWARDS: *Cruel, Unusual and Excessive Punishments*, en SOL RUBIN, HENRY WEIHOFFEN y SIMON ROSENZWEIG: *The Law of Criminal Correction*, 1963 (Minnesota, Saint Paul, West Publishing Co.), 361-367: "Es ciertamente difícil determinar con exactitud cuál es el significado de pena cruel y desusada"; WILLIAM H. FORMAN, JR.: *Will the Eighth Amendment proscribe the death penalty?*, en *Amer. Crim. L. Q.*, 6 (1967), 82: "El significado exacto de la cláusula de la proscripción de crueldad nunca ha sido claro"; PETER R. SHERMAN: "... *Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*". *The Eighth Amendment and the Juvenile Court*, en *Crime & Delinq.*, 14 (1968), 73: "Quizá ninguna otra cláusula constitucional encierra más misterio en su intención originaria y en su significado corriente"; ARTHUR J. GOLDBERG y ALAN M. DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.*, 83 (1970), 1773, 1777: "Con toda seguridad la doctrina de las penas crueles y desusadas no ha sido bien desarrollada"; COMMENT: *Constitutional Law: Capital Punishment for Rape Constitutes Cruel and Unusual Punishment When No Life Is Taken or Endangered*, en *Minn. L. Rev.*, 56 (1973), 95, 96: "Lo que constituye exactamente una pena "cruel y desusada" es, sin embargo, oscuro".

(22) En este sentido, el Justice BLACK [concurriendo con el dictum del Tribunal] desestima el recurso de los procesados en *McGautha v. State of California*, por estimar que: "... La Octava Enmienda prohíbe las "penas crueles y desusadas", pero "en mi opinión, estas palabras no pueden interpretarse como proscriptivas de la pena capital, a causa de que la pena de muerte era de uso común y estaba autorizada por ley, aquí y en los países de los que llegaron nuestros antepasados en la época en que se adoptó la Enmienda. Es inconcebible que los autores [de la Constitución] pretendiesen poner fin a la pena de muerte mediante la Enmienda. Aunque muchos han exigido que este Tribunal modifique la Constitución por vía de una interpretación acogedora de ideas modernas, yo nunca he creído que los jueces tengan en nuestro sistema tal poder legislativo". Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 9, 5 mayo 1971, 3122.

La concepción que el Justice BLACK mantiene sobre el texto constitucional, que, según él, debe ser interpretado *ad pedem litterae*, lo cual le erige en un "intérprete estricto" [*strict constructionist*] del mismo, queda suficientemente clara en *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971), donde niega que la Constitución obligue a aplicar los principios del "due process"—preceptivos en materia penal—en casos de naturaleza puramente civil, "pues nuestra Constitución federal no sitúa, además, tales disputas privadas al mismo alto nivel que sitúa los procesos penales y la pena. No hay, por tanto, necesidad, ni razón, por la que el gobierno deba, tratándose de procesos civiles, ser capi-

el *Chief Justice* WARREN —“la tarea de enfrentarnos con ella y de resolverla es inevitable para el Tribunal”, porque “sabemos que los valores e ideales que encierra son básicos para nuestro sistema de gobierno...” (23). Ello lleva consigo el esfuerzo en precisar el origen o procedencia de dicha cláusula, al igual que el alcance y extensión con que fue recibida del “Common Law” inglés: primero, como ley dirigida a las colonias americanas; luego, como ley interna de los distintos Estados y, finalmente, como ley constitucional de rango federal.

Pues bien, con arreglo a este prisma, desde los primeros tiempos del Tribunal hasta la época presente, la historia se ha revelado como un vehículo de enorme importancia en las decisiones constitucionales pronunciadas por el Tribunal Supremo norteamericano, especialmente porque, como podremos apreciar, a través de ella se hace uso e indagan los restantes medios de interpretación, a saber: la Constitución, en cuanto texto proveniente del siglo XVIII; la doctrina constitucional, por ser una “destilación” de las prácticas y decisiones anteriores sentadas por el Tribunal; el precedente, a causa de su historia esencialmente judicial (24); y, por último, los hechos sociales, en

ti disminuido por las reglas rígidas y estrictas del “due process” que la Constitución ha previsto para proteger a las personas acusadas de delitos” (*Ibidem*, 391). Cfr. además, Hugo BLACK: *A Constitutional Faith*, 1969; El mismo: *The Bill of Rights*, en *N.Y.U.L. Rev.*, 35 (1960), 865 ss., 880; Charles A. REICH: *Mr. Justice Black and the Living Constitution*, en *Harv. L. Rev.*, 76 (1963), 673 ss.; Raymond G. DECKER; *Justice Hugo Black: The Balancer of Absolutes*, en *Cal. L. Rev.*, 59 (1971), 1335 ss., 1341, 1348 ss. De carácter general es el estudio de Stephen Parks STRICKLAND (Ed.): *Hugo Black and The Supreme Court. A Symposium*, 1967 (Bobbs-Merrill Co. Inc. Indianapolis).

(23) *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 103 (1957): “... *That issue confronts us, and the task of resolving it is inescapably ours*”. En tal argumento se apoya, también, el *Justice* BRENNAN, en *Furman v. Georgia*. Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 11, 28 junio 1972, 3231.

(24) “Uno de los rasgos distintivos del sistema del “Common Law” es el empleo del precedente o de casos previamente decididos en la determinación de casos posteriores. Los precedentes pueden utilizarse como ejemplo o como fuentes de penetración en los problemas legales en particular. Pero también pueden llegar a ser una autoridad vinculante para casos posteriores que el tribunal considera similares. Cuando esto sucede, el tribunal está siguiendo la doctrina del “stare decisis”. Cfr. Charles A. MILLER: *The Supreme Court and the Uses of History*, 1969 (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts), 16-17.

Sólo a través de una continuada práctica histórica de citar previamente los casos judiciales decididos ha llegado a convertirse el “stare decisis” en una norma legal. Cfr. T. Ellis LEWIS: *The History of Judicial Precedent*, en *L. Q. Rev.*, 46 (1930), 207 ss., 341 ss.; 47 (1931), 411 ss.; 48 (1932), 230 ss.; Rupert CROSS: *Precedent in English Law*, 1968 (2.^a ed. Oxford), cap. III, 102 ss.; Frederick G. KEMPIN, Jr.: *Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800-1850*, en *Amer. Journal of Legal History*, 3 (1959), 28-77; Charles AIKEN: “Stare Decisis”, *Precedent and Constitution*, en *Western Political Quarterly*, 9 (1956), 87-92; Louis B. BOUDIN: *The Problem of Stare Decisis in our Constitutional Theory*, en *N.Y.U.L.Q. Rev.*, 8 (1931), 589-639; William O. DOUGLAS: “Stare Decisis”, en *Col. L. Rev.*, 49 (1949), 735-758. Enfocan el problema con una visión general, Rudolf LAUN: *Stare Decisis - The Funda-*

cuanto integran *per se* los materiales de la historia contemporánea (25).

b) En segundo, el *Supreme Court*, ahora en base no a su función estrictamente político-legal, sino a su función eminentemente político-social, recurre a la historia en sentido no legal, es decir, hace uso de la historia no como un evento pasado, sino, antes bien, como un proceso dinámico sin interrupción del desarrollo americano desde 1789, en cuya virtud mira el texto constitucional en términos de

mentals and the Significance of Anglo-Saxon Case Law, 1947 (2.^a ed. ampliada, Hamburg); Gian Antonio MICHELI: *Contributo allo Studio della Formazione Giudiziale del Diritto, "Case Law" e "Stare Decisis"*, 1938 (Publicazioni della Università di Pavia); asimismo, Walter Gustav BECKER: *Das Common Law als Methode der Rechtsfindung*, 1952 (Tübingen). Del empleo de la regla "stare decisis" por el *Warren Court* da cuenta un sucinto estudio de Arthur J. GOLDBERG: *Equal Justice. The Warren Era of the Supreme Court*, 1971 (Illinois), 65 ss., 96 ss.

(25) Charles A. MILLER: *The Supreme Court and the Uses of History*, 1969 (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts), 17 ss.

Así, el *dictum* del Justice BRENNAN (*Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, 11, 28 junio 1972, 3343-46) se basa en que "un examen de la práctica histórica y actual americana de castigar a los delinquentes con la pena de muerte revela que esta pena ha sido casi por completo rechazada por la sociedad contemporánea". En este sentido, en *McGautha v. California*, 402 U.S., 183, 198, 91 S. Ct. 1454 (1971), el Tribunal expresa que en este país se había producido ya "una resistencia contra la regla del "Common Law" que imponía una condena a muerte obligatoria en todos los supuestos de asesinato". Ahora, sin embargo, no sólo se distingue, entre grados diversos dentro del delito de asesinato, sino que, además, "todas las sentencias de muerte —prosigue BRENNAN— son en la actualidad discrecionales"; aparte de que "es significativo que nueve Estados hayan abolido la pena capital bajo cualquier circunstancia, y otros cinco la hayan limitado a delitos extremadamente raros". Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 3244.

Este *substratum* social en que reposan los fallos en materia constitucional del *Supreme Court* se destaca aún, más en el *dictum* del Justice MARSHALL (*Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, *Ibidem*, 3265-3268): "... Yo creo que los hechos siguientes servirán para convencer incluso a los más timoratos ciudadanos en condenar la muerte como sanción: la pena capital se impone *discriminadamente* contra algunas clases concretas del pueblo; hay pruebas de que gente inocente ha sido ejecutada antes de que su inocencia pudiera ser probada; y la pena de muerte rompe bruscamente con todo nuestro sistema de justicia penal... Una mirada a las estadísticas relativas a las ejecuciones basta para confirmar tal discriminación. Un total de 3.859 personas han sido ejecutadas desde 1930, de las cuales 1.751 eran blancos y 2.066 negros. 3.334 de las ejecuciones fueron por asesinato; 1.664 de los asesinos ejecutados eran blancos y 1.630 negros. 455 personas, incluyendo 48 blancos y 405 negros, fueron ejecutadas por rapto. Resulta obvio que fueron ejecutados más negros que blancos en proporción a su porcentaje de población. Los estudios indican que mientras el índice más alto de ejecuciones entre los negros es debido, en parte, a una cifra más alta de delincuencia, existen pruebas de discriminación racial". "... Hay además pruebas de que la pena capital se emplea contra hombres y no contra mujeres. Sólo 32 mujeres han sido ejecutadas desde 1930, mientras que 3.827 hombres sufrieron una suerte similar...". "Es, asimismo, evidente que la carga de la pena capital se abate sobre los miembros pobres, ignorantes y sub-privilegiados de la sociedad" (*Ibidem*, 3265). La cursiva es nuestra.

evolución permanente, continua, y no como portador de un significado inmanente (26). Esa función es desplegada por el Tribunal en base a su preeminente autoridad pública en la vida socio-política americana. Su autoridad se mantiene precisamente a través de la aceptación general de sus decisiones y de la fundamentación en que éstas suelen venir apoyadas (27). La Constitución misma deja entonces de ser un producto del pasado de la nación y el *Supreme Court*, de intérprete tácitamente reconocido de la misma ha pasado a convertirse en intérprete público de la historia americana. De modo que su papel de intérprete de la más alta normativa federal —el texto constitucional— es, por tanto, aceptado plenamente en la vida social y política americana (28).

Por consiguiente, desde el primer enfoque, el Tribunal considera la Constitución como un documento escrito y definido, de forma que podría establecerse el siguiente silogismo: los documentos escritos no

(26) Tradicionalmente la cláusula fue referida únicamente a las "torturas" empleadas bajo el despotismo de los Estuardo. Cfr. JOSEPH STORY: *Commentaries on the Constitution of the United States, with a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States before the Adoption of the Constitution*, 1891 (5.^a ed., reimpresión Da Capo Press, New York, 1970), § 1896, § 1903; *Whitten v. State*, 47 Ga. 297, 301, en NOTE: *What Is Cruel and Unusual Punishment*, en *Harv. L. Rev.* 24 (1910), 54, 55, nota 7.

Pero el sentido evolutivo, "funcional", de la cláusula de prohibición de la Enmienda Octava aparece ya expresamente reconocido en *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 30 S. Ct. 544, 54 L. Ed. 793 (1910), donde se expresa que la Octava Enmienda "no está ligada a lo arcaico, sino que puede ir adquiriendo significados en tanto en cuanto la opinión pública llegue a estar imbuida por una justicia humana" (*Ibidem*, 378). Posteriormente, se reafirma esta concepción dinámica de la cláusula en *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1957): "El Tribunal reconoce en este caso que las palabras de la Enmienda no son precisas y que su alcance no es estático. La Enmienda debe trazar su significado a partir de los valores de dignidad en evolución que marcan el progreso de una sociedad en proceso de madurez" (J. WARREN). Idéntica concepción puede atisbarse en la 9.^a edición de JOEL PRENTISS BISHOP: *On Criminal Law*, vol. 1, 9.^a ed., 1923 (Chicago, T. H. Flood and Co Law Publishers), § 946: "It is, however, despite its origin, progressive and does not merely prohibit the cruel and unusual punishments known between 1689 and 1787 but acquires wider meanings as public opinion becomes enlightened". Como puede apreciarse, aquí aparece recogido ya el *dictum* de *Weems v. United States*.

(27) CHARLES A. MILLER: *The Supreme Court and the Uses of History*, 1969 (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts), 6; DAVID F. FORTE (Ed.): *The Supreme Court in American Politics. Judicial Activism vs. Judicial Restraint*, 1972 (D. C. Heath and Co., London, Massachusetts), 12 ss.; ROBERT G. MCCLOSKEY: *The Modern Supreme Court*, 1972 (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts), esp. 261 ss.; CARL BRENT SWISHER: *The Supreme Court in Modern Role*, 1965 (ed. revisada, New York University Press), 1 ss.

(28) "El Tribunal Supremo es la manifestación viviente del símbolo Constitucional. Nosotros aceptamos el Tribunal como símbolo en la medida en que, mientras lleva a cabo las tareas a él asignadas, conduce, al mismo tiempo, a articular y racionalizar las aspiraciones reflejadas en la Constitución". Cfr. PAUL FREUND: *The Supreme Court of the United States*, 1961 (Cleveland: World), 89.

cambian, luego la Constitución tampoco cambia (29). Sin embargo, tal enfoque responde a una concepción falsa de la historia, que correspondería por añadidura al significado otorgado al texto constitucional en una *sociedad estática*, con lo que la normativa básica perdería todo su valor. En el segundo, en cambio, se destaca el valor de documento escrito del texto supremo, pero se constata al mismo tiempo su innegable vejez como una causa que actúa como factor determinante de la búsqueda de la "*mens legislatoris*" o de la "*intentio*" de sus autores. Ahora el significado que se otorga a la carta constitucional es el que corresponde a una *sociedad dinámica*, en la que aquella se revela no como un mero conjunto de reglas sin vida, sino, ante todo, como un conjunto de relaciones políticas (30).

(29) *McGautha v. California*, 402 U. S. 183, 226, 91 S. Ct. 1454 (1971) (J. BLACK). Véase, además, la nota 22. En sentido estático aparece concebida la Enmienda en STORY: *Commentaries on the Constitution of the United States...*, 1970 (reimpresión Da Capo Press, New York), § 1896; Thomas COOLEY: *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the legislative power of the states of the America Union*, 1927, 694.

La tesis del Justice BLACK supondría que lo que no estaba específicamente prohibido en 1789 no podría ser constitucionalmente proscrito en 1971. Ello no obstante, este ejemplo de lo que el profesor KADISH [*Methodology and Criteria in Due Process Adjudication - A Survey and Criticism*, en *Yale L. J.*, 66 (1957), 319] denomina la "teoría fija del *due process*", carece de toda base lógica, según veremos más adelante. Pues, si se tiene en cuenta que las únicas penas mencionadas en los debates del Congreso con motivo de la adopción de la Enmienda son las de ahorcamiento, azotes y el corte de las orejas como penas que se empleaban comúnmente, carece de toda base el razonamiento del Justice BLACK, en el sentido de que en la "*mens*" de los autores de la Constitución no podía haber estado presente la pena capital, "a causa de que ella era de uso común en la época en que la Enmienda fue adoptada"; ya que lo mismo podría entonces decirse de las penas de azotes, ahorcamiento y corte de orejas. Cfr. Malcom E. WHEELER: *Toward a Theory of Limited Punishment: An Examination of the Eighth Amendment*, en *Stan. L. Rev.*, 24 (1972), 838, 843.

Siguen la tesis de BLACK el Chief Justice BURGER y el Justice POWELL, en *Furman v. Georgia*. Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 11, 28 junio 1971, 3275, 3287.

(30) Charles A. MILLER: *The Supreme Court and The Uses of History*, 150 ss. Según MILLER, el Tribunal debe tener en cuenta tres factores importantes: a) La Constitución es un documento escrito y, por tanto, definido, más que un conjunto de tradiciones o prácticas no escritas; b) La Constitución es tratada más como un documento legal que como un documento político y, por tanto, viene sometida a las reglas de la interpretación, y c) La Constitución es vieja. En cada una de esas perspectivas la problemática a abordar es completamente diversa. Así, desde el primer punto de vista, el significado propio de la palabra "Constitución" varía, según estemos en una sociedad estática o en una sociedad dinámica; en una estática, carece de toda importancia, pues el texto constitucional sigue siendo siempre el mismo. En una sociedad dinámica, la única vía de interpretación hacedera de la Constitución es la *legal*. Pero, una interpretación estrictamente legal supone siempre un grave riesgo: intentar desentrañar el significado de los documentos, con olvido de las intenciones de los autores de aquéllos. Puede, entonces, producirse lo que aventuraba Julius STONES: "El error de sustituir la intención del autor por el significado del lenguaje es que se ignora el hecho de que una obra escrita, una vez creada, adquiere un significado que, aunque dependiente todavía del usado

Puede apreciarse, por tanto, cómo la historia en manos del Tribunal Supremo americano es utilizada para dos propuestas o finalidades diametralmente opuestas: una, de *estabilidad*, atendiendo tan sólo a la "*mens legislatoris*" o a la intención histórica como un mero evento pasado; otra, como un *proceso dinámico* acelerador del desarrollo constitucional, que, partiendo de aquella intención primigenia, propugna un sinnúmero de reformas legales y da, en suma, vigor a la Constitución. Aunque, a decir verdad, esta última especie de interpretación histórica ha sido bastante rara en los fallos del Tribunal y no precisamente a causa de la enorme fuerza del precedente en materia tan delicada como la constitucional (31). Al menos hasta la época del *Warren Court*, que, debido a la gran personalidad de su presidente, Earl WARREN, ha abierto brecha en esta espinosa materia, marcando un hito en la historia constitucional de los Estados Unidos, no sin que algunos sectores científicos de opinión le hayan dirigido acerbas críticas en el sentido de que con sus interpretaciones históricas "ha abierto surcos... en el pasado para servir a los fines del moderno "idealismo libertario" (32).

Sentados tales extremos, el problema se traslada necesariamente a determinar qué tipos de historia o de interpretaciones históricas ha utilizado el *Supreme Court* en relación con el caso *Furman v. Georgia*, que, dicho sea de paso, no ofrece a este respecto grandes variaciones en comparación con otros de naturaleza completamente diversa (33).

por sus creadores, es independiente de los motivos de aquéllos; y la interpretación es precisamente una búsqueda de este significado" (la cursiva es del original). Cfr. J. STONE: *Legal System and Lawyers' Reasoning* (Stanford University Press), 1964, 32.

Por último, el paso del tiempo en el texto constitucional ha operado una serie de efectos: en primer término, el significado del mismo ha cambiado, tanto en lo que respecta a sus palabras y frases en particular como en el texto considerado en su totalidad. En segundo, la gran dificultad en descubrir precisamente lo que estaba en el pensamiento de sus autores. Por último, la antigüedad de la Constitución implica no sólo el problema histórico de determinar la intención original y el problema semántico de comprensión de los cambios de sentido experimentados por la palabra a través del tiempo, sino sobre todo, el problema judicial de determinar la relevancia de la intención constitucional frente a la situación contemporánea concreta. Cfr. Charles A. MILLER: *The Supreme Court and The Uses of History*, 160. Véase, además, Harry K. MANSFIELD: *Use of Legal History in the United States Supreme Court, en Essays in Legal History in Honor of Felix Frankfurter*, 1966 (Bobbs-Merrill Co., Inc., Indianapolis, 65-73).

(31) "En Derecho constitucional, la regla del "stare decisis" ha sido aplicada con mucho menos rigor que en otros campos legales, sobre la base teórica de que es la Constitución el "modelo" básico y no las decisiones previas del Tribunal". Cfr. Charles A. MILLER: *The Supreme Court and The Uses of History*, 17.

(32) Alfred H. KELLY: *Clío and the Court: An Illicit Love Affaire*, en *Supreme Court Review*, 1965, 119-158.

(33) La mayor parte de las acciones que suelen entablarse persiguiendo una declaración judicial de "penas crueles y desusadas" se da en materia de penas de prisión. Cfr. TURNER: *Establishing the Rule of Law in Prisons: A Manual*

Mas, para abordar tan ardua cuestión, es menester adentrarnos antes, con un enfoque estrictamente histórico-legal, en el origen y procedencia de la cláusula “*nor cruel and unusual punishments inflicted*”, para, a la vez, examinar con algún detalle los avatares de su introducción en los textos constitucionales norteamericanos. Tras el estudio de estos extremos, escudriñaremos —a través del texto de la sentencia— la doctrina histórico-constitucional sentada en torno a dicha cláusula por el Tribunal Supremo en el *dictum* debatido, a la luz de esas dos vías o métodos de utilización de la historia que, según hemos podido apreciar, suelen emplear los miembros del citado Tribunal.

III.—EL ORIGEN DE LA CLAUSULA

La cláusula “*excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*” (34) contenida en la Enmienda Octava a la Constitución de los Estados Unidos, hace su aparición en la vida pública americana precisamente con motivo de los intentos independistas de la ex-colonia británica. De ahí que la historia de la cláusula venga inextricablemente ligada al proceso de independencia y de codificación constitucional americanos.

Por primera vez en la historia americana aparece la cláusula en la *Declaration of Rights* de Virginia [12 de junio de 1776], en la cual fue adoptada a propuesta de George Mason (35), y cuya sec-

for Prisoner's Rights Litigation, en *Stan. L. Rev.*, 23 (1971), 473; COMMENT: *The Role of the Eighth Amendment in Prison Reform*, en *The U. of Chic. L. Rev.*, 38 (1971), 647. Sin embargo, la adjudicación de la cuestión de la constitucionalidad de las leyes suele hacerla el Supreme Court en materias muy diversas. *Supra*, pág. 243, nota 26.

(34) “No se exigirán cauciones excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas”.

A propuesta de Madison —8 de junio de 1789—, la Octava Enmienda fue aprobada, al igual que las nueve restantes, el 15 de diciembre de 1791 por el Congreso. Cfr. Richard L. PERRY & John C. COOPER: *Sources of Our Liberties. Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, A.B.F., 1959, 418-433.

(35) R. Allen RUTLAND: *The Birth of the Bill of Rights, 1776-1791* (New York, 1962), cap. III, 33 ss., donde alude a las propuestas hechas por George Mason, autor del Proyecto de la Declaración de Derechos de Virginia, especificando cómo una de tales propuestas incluía expresamente la prohibición de las penas crueles y desusadas (p. 47). Véase, también, B. SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, vol. I, 1971, 231, 233 y esp. 446.

Para esclarecer el verdadero significado y alcance de la cláusula para el legislador americano resulta decisiva la contestación que Mason da a Patrick Henry con ocasión de los debates de la Constitución, en el sentido de que “... el digno caballero está confundido en su afirmación de que el Bill of Rights prevé que ninguna pena cruel o desusada será infligida: luego, la tortura estaba incluida en la prohibición”. Cfr. Jonathan ELLIOT (Ed.): *Debates in the Several State Conventions on the adoption of the Federal Constitution*, vol. II (2.^a ed., J. B. Lippincot & Co., 1876), 111; vol. III (2.^a ed., 1876), 447-448, 451-452. Véase, asimismo: K. M. ROWLAND: *The life of George Mason*, I, 1892, 433 ss.

ción 9.^a es una copia literal de la declaración correlativa contenida en el *Bill of Rights* inglés de 1689 (36). De aquélla pasó a las Declaraciones de Derechos de otros ocho Estados (37), insertándola más

(36) El tenor literal de la cláusula X del *Bill of Rights* inglés es el siguiente: “*That excessive baile ought not to be required nor excessive fines imposed nor cruell and unusual punishments inflicted*”. Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition, vol. I *From the twentieth Year of King Henry the Tirdh to the tenth Year of King George the Third, A. D. 1235-1770*, 1950, London, 426-431, esp. 428. “Este lenguaje —dice el Justice MARSHALL, en *Furman v. Georgia, The Criminal Law Reporter*, 11, 28 junio 1972, 3251— fue trasladado *verbatim* del *Bill of Rights* inglés de 1689”. “La frase de nuestra Constitución fue tomada directamente de la Declaración de Derechos inglesa de 1688...”, expresa el *Chief Justice* WARREN, en *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 100 (1957). Véase, en idéntico sentido, *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 368, 393 y 394 (1910).

La doctrina insiste unánimemente en la procedencia inglesa. Véase, R. ALLEN RUTLAND: *The Birth of the Bill of Rights, 1776-1791*, 19: “Algunas de las palabras del bill of rights americano procedían in toto de la legislación de 1689...”; J. STORY: *Commentaries on the Constitution of the United States...*, § 1896: “... Esta (Enmienda) es una transcripción exacta de una cláusula del bill of rights, establecida en la revolución de 1688”; J. PRENTIS BISHOP: *On Criminal Law*, 9.^a ed., 1923, § 946. “... Fue creada por el *Bill of Rights* de 1688, que insertó una disposición contra las sentencias crueles como las infligidas en las épocas de los Estuardo...”; NOTE: *What Is Cruel and Unusual Punishment*, en *Harv. L. Rev.*, 24 (1910), 54-55; G. EDWARDS: *Cruel, Unusual And Excessive Punishments*, en RUBIN y otros: *The Law of Criminal Correction*, 364; Arthur J. GOLDBERG & Alan M. DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.*, 83 (1970), 1773, 1789; Frank J. WHALEN, Jr.: *Punishment for Crime: The Supreme Court and the Constitution*, en *Minn. L. Rev.*, 35 (1951), 109, 112. Asimismo, *Minn. L. Rev.*, 34 (1950), 134-135; Joseph E. BROWDY & Robert J. SALTZMAN: *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, en *N.Y.U.L. Rev.*, 36 (1961), 848-847; James S. CAMPBELL: *Revival of the Eighth Amendment: Development of Cruel Punishment Doctrines by the Supreme Court*, en *Stan. L. Rev.*, 16 (1964), 996 y 997; Peter R. SHERMAN: “... *Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”. *The Eighth Amendment and the Juvenile Court*, en *Crim. & Delinq.*, 14 (1968), 73, 74; Chester J. ANTIEAU: *Commentaries on the Constitution of the United States*, 1960 (Dennis & Co., Inc., Buffalo, N. Y.), 344; Bernard SCHWARTZ: *A Commentary on the Constitution of the United States*, Parte III, 1968 (McMillan Co., New York), 807, 808; COMMENT: *The Constitutional Prohibition against Cruel and Unusual Punishment*, en *Vand. L. Rev.*, 4 (1951), 680; M. Tyus BUTLER, Jr.: *Constitutional Law—Capital Punishment—“Furman v. Georgia and Georgia’s Statutory Response*, en *Mercer Law Rev.*, 24 (1973), 891, 892.

(37) Una recopilación de las disposiciones constitucionales de los diversos Estados en la época anterior a 1791 es esbozada por el *Justice White*, en *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 393, 397 (1910). Véase, asimismo, Frank J. WHALEN, Jr.: *Punishment for Crime: The Supreme Court and the Constitution*, en *Minn. L. Rev.*, 35 (1951), 109, 112, nota 10; *Furman v. Georgia*. Cfr. *The Criminal Law Reporter*, 11, 28 junio 1972, 3251, nota 16 (J. MARSHALL). Aunque, según veremos, la primera vez que la proscripción de la tortura y de las penas bárbaras y crueles aparece recogida en los Estados Unidos es precisamente en el *Massachusetts Body of Liberties* [1641, cláusulas 45 y 46], las primeras Declaraciones de Derechos que la recogen son las siguientes: *Pennsylvania Declaration of Rights* (1776), *Delaware Declaration of Rights* (1776), *Maryland Declaration of Rights* (1776), *North Carolina Declaration of Rights* (1776), *Georgia Constitution* (1777), *South Carolina Constitution* (1778), *Massachusetts Declaration of Rights* (1780), *New Hampshire*

tarde el Gobierno Federal en la *Northwest Ordinance* de 1787 hasta que, finalmente, en 1791, pasó a constituir la Enmienda VIII a la Constitución (38).

Por consiguiente, en el estudio estrictamente histórico-legal de la cláusula deben diferenciarse con todo rigor dos momentos: la historia inglesa y la historia americana de la misma; si bien aquí nos ocuparemos detenidamente tan sólo de la primera.

IV.—LA CLÁUSULA “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*” Y EL *Bill of Rights*, [1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2]

Aunque no han faltado autores que, partiendo de una interpretación del principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas, hayan pretendido oponer históricamente la prohibición de imponer castigos crueles y desusados a la formulación bíblica de la *lex talionis* (39), lo cierto es que el origen netamente inglés de la cláusula viene demostrado tanto por el inconcuso hecho histórico de su inserción en el texto del *Bill of Rights* inglés como por la opinión doctrinal —unánime desde el prisma histórico-legal— manifestada en el sentido de que la prohibición de imponer penas crueles y en desuso fue adoptada en Inglaterra como una reacción contra la arbitrariedad y contra los abusos cometidos en materia penal por los Estuardo (40).

Bill of Rights (1783). Cfr. Bernard SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, vol. I (New York), 1971, 77, 272-3, 278, 281-2, 287, 291 ss., 324 ss., 335, 336 ss., 343, 373-4, 377.

(38) La prohibición de imponer multas excesivas, la obligatoriedad de conceder libertad provisional mediante cauciones moderadas en el período de detención preventiva y la proscripción de los castigos crueles o desusados aparecen recogidas en el artículo segundo de la *Northwest Ordinance*, aprobada el 13 de julio de 1787. Cfr. B. SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, vol. I, 1971, 386 ss., 400; Richard L. PERRY & John C. COOPER: *Sources of Our Liberties. Documentary Origins of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, A.B.F., 1959, 237, 310 ss., 418 ss., 432-4.

(39) “La *lex talionis* autorizaba penas atroces para delitos atroces”, dice Anthony F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 848.

(40) *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 372-377 (1910); *Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3250-51 (J. MARSHALL), 3269-72 (J. DOUGLAS), 3274 (*Chief Justice* BURGER); Irving BRANT: *The Bill of Rights. Its Origin and Meaning*, 1965 (New York), 151 y 155; J. P. BISHOP: *On Criminal Law*, 697; J. STORY: *Commentaries on the Constitution...*, § 1896; J. E. BROWDY & R. J. SALTZMAN: *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, en *N.Y.U.L. Rev.*, 36 (1961), 846, 847; A. F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 852 ss.; COMMENT: *Constitutional Law: Capital Punishment for Rape Constitutes Cruel and Unusual Punishment When No Life Is Taken or Endangered*, en *Minn. L. Rev.*, 56 (1971), 95, 99, 100; WHEELER: *Toward a Theory of Limited Punishment: An Examination of the Eighth Amendment*, en *Stan. L. Rev.*, 24 (1972), 838, 839; M. Cherif BASSIOUNI: *Criminal Law and its Processes. The Law of Public Order*, 1969 (Charles Thomas, Springfield, Illinois), 26; Sir David LINDSAY KEIR: *The Constitutional History of Modern Britain*,

La frase lapidaria “*cruel and unusual punishments inflicted*” contenida en la cláusula décima del *Bill of Rights* (1689) nace, pues, aproximadamente una centuria antes de que hiciera su aparición en la Declaración de Derechos de Virginia (1776).

En la primavera de 1688, el débil reinado de Jacobo II estaba ya próximo a su fin. La fragilidad del poder en que se apoyaba el último monarca “absoluto” de los Estuardo se puso una vez más de manifiesto en el denominado “Caso de los Siete Obispos” [*The Case of the Seven Bishops*] (41), en el que se cuestionaba una porción considerable de la prerrogativa regia, por cuanto en una respetuosa petición que el arzobispo Sancroft y otros seis sufragáneos habían presentado al rey se suplicaba que el clero de la Iglesia establecida no fuese obligado a dar lectura en las iglesias a una nueva Declaración de Indulgencia promulgada en abril para los católicos ingleses. Ello equivalía, en definitiva, a negar o, cuando menos, a poner en tela de juicio la muy discutida prerrogativa real de suspender las leyes [*“power to suspend the laws”*], que significaba la derogación de leyes en masa y de la cual eran genuina muestra las Declaraciones de Indulgencia, las cuales afectaban a la legalidad misma de los ac-

1485-1951, 1953 (5.^a ed., London), 266-67; Sir William HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI (2.^a ed., 1937, reimpresión 1966, London), 214 y 215: “La legislación sobre el libelo sedicioso era interpretada con enorme dureza contra aquellos cuyas doctrinas políticas o religiosas eran desagradables para el gobierno... Las penas eran proporcionadas más a los deseos de la Corona que a la gravedad del delito”.

(41) Haciendo uso de la prerrogativa regia de suspensión de las leyes o de su ejecución, Jacobo II había dictado ya en 1672 una *Declaration of Indulgence*, en la que el rey, en virtud también de sus poderes eclesiásticos ordenaba “que toda sentencia o ley penal en materia religiosa contra los católicos y los protestantes disidentes fuese en adelante suspendida”. Cfr. J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. III (Trad. al español por E. González Blanco, La España moderna, Madrid, s. f.), 313.

El objetivo del rey era, pues, claro: unir a católicos y protestantes disidentes contra la Iglesia de Inglaterra. Sin embargo, en esa fecha, tuvo que aplazar la entrada en vigor de la Declaración de Indulgencia. Más tarde, en 1687, sus deseos de lograr la igualdad para los católicos mediante la suspensión de todas las leyes penales le impulsaron a solicitar de la propia Iglesia protestante un reconocimiento de su “poder de suspensión de las leyes” (*suspending power*). Así, el 27 de abril de 1687, la Declaración fue promulgada de nuevo y el 4 de mayo una orden del Consejo exigía su lectura en los dos domingos siguientes en todas las iglesias del país. El 18 de mayo, siete obispos se dirigieron al rey en uso de su derecho de petición (*petition right*), “afirmando que la Declaración estaba basada en el poder de dispensa (*dispensing power*) desde antiguo declarado ilegal por el Parlamento” y que, por tanto, podían ser exentos de su lectura y difusión. Los obispos fueron citados y conducidos a la Torre. Cfr. Sir William HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI, 193-4, 222-3; Sir D. LINDSAY KEIR: *The Constitutional History of Modern Britain*, 266; Irving BRANT: *The Bill of Rights*, 159-162, 204, 206, lugar donde trata extensamente el caso; Alfred F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522-546, 537, 545, un estudio imprescindible para comprender el problema que ahora nos ocupa, pues examina profundamente la vinculación del judicial a la monarquía durante la época en cuestión.

tos, al derogar o dejar sin efecto a las leyes, convirtiendo así en legal lo que, de otro modo, sería ilegal (42). Por lo que, en suma, tal poder de suspensión subvertiría las restricciones constitucionales al poder de los reyes.

Pues bien, una vez promulgada la Declaración de Indulgencia, los clérigos de la Iglesia establecida fueron requeridos por el rey para leerla en sus iglesias después del oficio matinal. Pero, tanto Sancroft como otros seis obispos declararon que el Parlamento, y no el rey, era la fuente de las leyes, y que, por tanto, éstas sólo podían ser suspendidas por el propio Parlamento, tal y como se había decretado durante la vigencia del Parlamento de Carlos II (43). Así pues, el domingo en que el clero de Londres recibió la orden de leer la Declaración, sólo cuatro entre ciento obedecieron. Quince días después, el resto del clero protestante del país recibió idéntica orden de leer la Declaración, pero siguió el ejemplo del clero londinense. La Iglesia de Inglaterra desafiaba de este modo, claramente al rey.

El proceso de los siete obispos por libelo sedicioso (44) —con arreglo a la calificación otorgada a la petición presentada por ellos al rey— fue, en palabras del insigne historiador G. Trevelyan MACAULAY (45), el drama histórico más grande que se haya desarrollado

(42) Respecto a la necesidad de aceptar y confirmar el poder real de suspensión o dispensa de las leyes por parte de los jueces, si éstos deseaban permanecer en sus puestos, resulta evidente la opinión generalizada de que “il faudra que tous les juges confirment cette dispensation par leurs avis et par leurs jugemens autrement ils ne conserveront pas leurs places”; o, también, “ceux qui sortis de leurs charges pouvoient les conserver en déclarent que le Roy d'Angleterre est en droit de dispenser l'execution des loix”, según escribía el embajador de Francia, Barrillon. Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522, 530-31.

Debe distinguirse netamente, a este respecto, entre el poder de suspensión y el poder de dispensa de las leyes (“suspend” and “dispense” power): el primero supone la derogación de una ley general; el segundo, implica, asimismo, una derogación o no vigencia de la ley, pero dirigida a una persona o a un caso concreto. En ambos supuestos, la vigencia de la ley desaparece. Cfr. Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, VI, 217 ss.

(43) Cfr. *Complete Collection of State Trials, and Proceedings for High Treason and other Crimes and Misdemeanours from the earliest time to the present time*, comp. by Wm. Cobbett y T. B. Howell (London, 1809-1828), *State Trials*, XII (1688), 183; Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, VI, 192.

(44) *State Trials*, XII (1688), 183, 524; Sir D. LINDSAY KEIR: *The Constitutional History of Modern Britain*, 266; Keith FEILING: *A History of England. From the Coming of the English to 1918*, 1952 (London, MacMillan & Co., Ltd.), 573, dando información sobre los nombres de los otros seis sufragáneos, además del arzobispo Sancroft.

La acusación de publicar un libelo sedicioso (su petición) supuso dos puntos cruciales en el proceso, que, pese a ser cuestiones de *facto*, los jueces no dejaron en manos del jurado: una, si podía probarse legalmente la entrega de la petición —publicada en Middlessex— al rey; otra, si la petición constituía libelo... Cfr. *State Trials*, XII (1688), 189-277; *The Case of the Seven Bishops*, en *The English Reports*, vol. 87 (1908), 136-138.

(45) G. MACAULAY TREVELYAN: *Geschichte Englands* (trad. de la 10.^a edición inglesa al alemán, 1934), München, 4.^a ed., 1969, 533, 534; El mismo:

nunca ante un tribunal inglés autorizado. Absueltos por el *King's Bench* [30 de junio de 1688] (46) en base a estimar que a los súbditos de la corona les asistía el derecho de petición ante el rey y que la Declaración de Indulgencia era ilegal, la consecuencia inmediata del proceso fue que caldeó al máximo los sentimientos populares. Su absolución no era, pues, tan sólo la manifestación de un estado de animosidad popular contra la actitud política del monarca, sino también la prueba irrefutable de una corriente de opinión jurídico-constitucional que recogía así las palabras de Sir Matthew HALE en el sentido de que "en ningún caso puede el rey, sin una ley del Parlamento, derogar una ley parlamentaria, sea penal o no" (47), o, asimismo, manifestada por FINCH en su argumento en torno al caso de los siete obispos, al expresar que el poder para suspender las leyes era, en

La Revolución Inglesa: 1688-1689 (F.C.E., México, 2.^a reimpresión, 1969, traducción de la 1.^a ed. inglesa, 1938, de *The English Revolution, 1688-1689*), 68-71.

(46) El veredicto de "no culpables" emitido por el jurado llevaba implícita una contestación negativa a la legalidad del poder de suspensión ejercido por Jacobo mediante la Declaración de Indulgencia. En el Caso de los Siete Obispos, ninguno de los jueces afirmó la legalidad del poder de suspensión, e incluso uno de ellos llegó a negarla expresamente. Aunque, a decir verdad, como apunta certeramente HAVIGHURST, en el plano real, el caso no fue decidido ni por los jueces ni por el jurado, sino, antes bien, por la opinión pública. Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522, 539-541.

De la corrupción existente en la administración de justicia de la época, concretamente en los miembros del *King's Bench*, y de la enorme trascendencia del *Seven Bishops' Case*, es prueba fidedigna el hecho de que, después del triunfo de la Revolución, las tres causas estatuidas por los Comunes como justificantes de la exclusión del *Bill of Indemnity* (una especie de indulto) eran: en primer término, el haber afirmado y promovido el poder de dispensa y suspensión de las leyes; el haber participado en el encarcelamiento y persecución de los siete obispos y, finalmente, el haber aconsejado y promovido la creación de la Comisión Eclesiástica. Es de constatar que George Jeffreys—por entonces ya fallecido y afectado por un *bill of attainder*—venía incurso en las tres causas enumeradas. Cfr. J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV (La España Moderna, Madrid, s. f.), 39-40.

(47) Esta concepción de un rey limitado por el Parlamento—que había surgido en la época del Largo Parlamento, bajo Carlos I—, implicaba que rey y Parlamento eran partes consustanciales de la Constitución, cada uno con una esfera de poder delimitada claramente. La nueva concepción aparece expuesta de forma perfecta en Sir Matthew HALE: *Reflections by the Lrd. Cheife Justice Hale on Mr. Hobbes his Dialogue of the Law*, cap. II, "Of Sovereigne Power", transcrito en Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. V (3.^a ed., 1945, reimpresión, 1966, London), 482-83, 499-513: "... And as he cannot make a Law without Consent of Parliament, Soe neither can he Repeale a Law without the like Consent" (p. 509). Véase, también, THOMAS HOBBS: *Behemoth or the Long Parliament* (Edit. por F. Tönnies, 2.^a ed., Frank Cass & Co. Ltd.), 1969, 1 ss.

esencia, un poder para derogar las mismas, por lo que es “una parte del legislativo, al igual que el poder para legislar” (48).

Casi simultáneamente, el alumbramiento en junio de la reina, María de Módena, señaló el comienzo de la Gloriosa Revolución; una revolución cuya nota dominante, al decir de MACAULAY (49), fue el conservadurismo en materia legal. La oposición a Jacobo II, cristalizada definitivamente en la resistencia de los siete obispos, a la cual se adhirió Guillermo de Orange, fructificó finalmente en la aceptación por este último de la invitación que varios “pares” le habían hecho para salvar a su nación del “papismo”. De modo que el 5 de noviembre de 1688 aquél desembarcó una flota en las costas de Inglaterra. El rey, paralizado ante tal situación, abandonó Londres, regresando más tarde y siendo encarcelado, para finalmente huir, no sin que se le dieran ciertas facilidades para ello, y tomar el camino del exilio a Francia, donde le esperaban ya su esposa e hijo, mas no sin arrojar antes al Támesis el Gran Sello de Inglaterra —símbolo de la continuidad constitucional—.

Con el último acto, el encarcelamiento en la Torre del *Lord Chancellor* Jeffreys —que tanta actividad había desplegado en los procesos por alta traición celebrados después de la abortada rebelión del Duque de Monmouth, al igual que en los procesos del “complot papista” [*“the Popish Plot”*]—, caía el telón sobre la turbulenta y arbitraria monarquía de Jacobo II y se consolidaba la “Revolución sin sangre” (50).

Convocado el 6 de diciembre de 1688 un “Parlamento-Convencción” mediante escritos que había hecho circular el Príncipe de Orange a petición de la asamblea no oficial de algunos pares y diputados de la Cámara de los Comunes —el último Parlamento había sido disuelto por Jacobo en julio de 1688 y sin el rey no era posible convocar un Parlamento legalmente constituido—, se trataba, en suma, de una simple Convención como la que había llamado a Inglaterra a

(48) En su argumento sobre el *Case of the Seven Bishops*, FINCH reiteraba el razonamiento esgrimido en 1673 por la Cámara de los Comunes: “Yo siempre he considerado que un poder para derogar leyes es tanto una parte del legislativo como un poder para hacerlas; un poder para dispensar y suspender las leyes es igual a un poder para derogarlas...; y ambos son igualmente partes del legislativo”. Cfr. Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI, 222, nota 10.

Debe, de otro lado, resaltarse el hecho de que el poder regio de suspender y dispensar las leyes venga expresamente condenado en la exposición de motivos y en las cláusulas 1.^a y 2.^a del *Bill of Rights* inglés: “*That the pretended power of suspending of laws or the execution of laws by regall authority without consent of Parlyament is illegal*”; “... *That the pretended power of dispensing with laws of the execution of laws by regall authoritie as it hath been assumed and exercised of late is illegal*”. Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition (London), vol. I, 1950, 426-431.

(49) Th. B. MACAULAY: *History of England*, II, 1864, 256-257, con la discusión y los debates del *Bill of Rights*.

(50) Bernard SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, vol. I, 1971, 40-41.

Carlos II. El 22 de enero del año siguiente, se reunió el Parlamento para resolver la delicada cuestión —sobre todo con respecto al *status* jurídico del hijo de Jacobo II— de si éste había huido o si, por el contrario, había abdicado y, en consecuencia, debía declararse el trono vacante, decidiéndose los Comunes el 28 de ese mes por la última alternativa (51). Con ello prevalecía la tesis de la Cámara de los Comunes, en el sentido de que “el trono estaba vacante y el Parlamento lo había ocupado” (52). Con el cambio de dinastía se había operado, sin duda, una verdadera revolución, pues ninguna de las viejas reglas del “Common Law” era aplicable al caso en cuestión. Se daba así al traste, según declara HALLAM, con la concepción del poder

(51) En un principio, las posturas “whigs” y “tories” parecían irreconciliables. Pues, mientras los primeros hablaban de “deposición”, los segundos se negaban a hablar de “deposición” o “confiscación” de la corona. En aras de salvar el insalvable principio del derecho divino, los “tories” hicieron tres propuestas: Una, llamar a Jacobo bajo ciertas condiciones, proposición inaceptable por Jacobo y rechazada de inmediato. Otra, hacer regente a Guillermo, aparentemente en nombre de Jacobo, pero en contra de la autoridad de éste. Y la última, consistente en proclamar a María reina por su propio derecho junto a su marido como príncipe consorte, propuesta inaceptable para Guillermo. Después de arduas deliberaciones, y con alguna concesión a los Lores, los Comunes—cuya propuesta fue aceptada por aquéllos—llegaron a la resolución de que “Jacobo II había abdicado y el trono estaba vacante”. Cfr. B. SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, I, 1971, 40; G. MACAULAY TREVELYAN: *La Revolución inglesa: 1688-1689*, 110-113; J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV, 57-58; Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI, 194-195; Howard A. NENNER: *The Convention of 1689: A Triumph of Constitutional Form*, en *The Amer. Journal of Legal History*, 10 (1966), 282-296.

(52) “La fórmula adoptada por los Comunes y a la que más tarde se adherieron los Lores—dice Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI, 320, nota 1—, procuró ocultar dignamente el hecho de esta deposición y el hecho de que el Parlamento había creado un nuevo rey; pero, en contra de la Cámara de los Lores, insistieron en su resolución de que el trono estaba vacante; y esto fue decisivo.”

El texto de la fórmula adoptada el 28 de enero era el siguiente: “Que el rey Jacobo II, habiendo intentado subvertir la constitución de este reino, al romper el *contrato original entre el rey y el pueblo* [hasta aquí idea *whig*] y habiendo, por consejo de los jesuitas y otras personas perversas, violado las leyes fundamentales, y habiendo huido él mismo del reino, había *abdicado* el gobierno [concesión a los *tories*], y que el trono, por lo tanto, *está vacante* [conclusión *whig*]. [Resolved, That King James the Second, having endeavoured to subvert the Constitution of the Kingdom, by breaking the Original Contract between King and People; and, by the Advice of jesuits, and other wicked Persons, having violated the fundamental Laws; and having withdrawn himself out of his Kingdom; has abdicated the Government; and that the Throne is thereby vacant”. Cfr. *Journals of the House of Commons*, vol. 10 (1688-89), 14]. Véase, además, G. MACAULAY TREVELYAN: *La Revolución Inglesa: 1688-1689*, 113. Lo fundamental de tal fórmula aparece recogido también en el inicio de la Exposición de Motivos del *Bill of Rights*: “And whereas the said late King James the Second having abdicated the government and the throne being thereby vacant...”. Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition, vol. I (London, 1950), 427; HALSBURY’S LAWS OF ENGLAND, vol. 7 (3.^a ed., London, 1954), 119, nota (i).

real como derecho divino, es decir, con la máxima "a Deo rex a rege lex", convirtiendo a la corona en una creatura jurídica (53).

Pues bien, a la huida de Jacobo II, el Parlamento nombró el 29 de enero una comisión encargada de redactar un proyecto para prever "algunas cosas que son absolutamente necesarias de considerarse para el mejor aseguramiento de nuestra religión, leyes y libertades" (54). El 2 de febrero, Sir George Treby, portavoz de la Comisión, presentó un proyecto de Declaración a los Comunes, cuya cláusula 19.^a, correlativa precisamente con la que sería la décima del *Bill*, expresaba:

"The requiring excessive bail of persons committed in criminal cases and imposing excessive fines, and illegal punishments to be prevented" [Debe impedirse la solicitud de cauciones excesivas a las personas encarceladas en casos penales, y la imposición de multas excesivas, y la de castigos ilegales] (55).

Con algunas enmiendas, el proyecto fue aprobado el 12 de febrero por ambas Cámaras, si bien no llegó a convertirse en ley hasta el 16 de diciembre de 1689. La nueva Declaración de Derechos afirmaba los derechos y libertades del pueblo y establecía la corona y el gobierno real de Inglaterra, Francia e Irlanda bajo Guillermo y María de Orange durante todo el tiempo que viviesen juntos y por toda la vida del cónyuge supérstite (56). Aceptada y ratificada la Declaración de los nuevos monarcas, fue publicada en forma de una Proclamación ["*Proclamation*"] el 13 de febrero de 1689 (57). Con posterioridad, fue promulgada con algunas adiciones en forma de un *Bill of Rights*, siendo, además, todos los actos legislativos del "Parlamento-Convencción", sucesivamente ratificados y confirmados en su vigor por el *The Crown and Parliament Recognition Act, 1689* [2 Will. & Mar. sess. c. 1] (58). De esta suerte, el *Bill*, que había sido

(53) Henry HALLAM: *Constitutional History of England*, vol. III (London, 1827), 92.

(54) *Journals of the House of Commons*, 10 (1688-1689), 15.

(55) *Ibidem*, 17. Cfr. A. F. GRANUCCI: "Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted": *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 854.

(56) Cfr. HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, vol. 7 (3.^a ed., London, 1954), 199, nota (i), y 200; J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV, 57-59.

(57) Las "proclamaciones" suponían la creación de delitos mediante decretos del monarca, sin consentimiento ni aprobación del Parlamento. Su incumplimiento venía conminado con pena. La mayor parte de los acontecimientos de la Restauración aparecen reflejados en Proclamaciones (la gran plaga, el fuego del Londres, el "*Popish Plot*"). La Declaración de Indulgencia de Jaime II era, en suma, una proclamación. Cfr. Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI, 333 ss.

(58) El título original era el de "*An Act for Recognizing King William and Queene Mary and for avoiding all questions touching the Acts made in the Parliament assembled at Westminster the thirteenth day of February one thousand six hundred eighty eight*". Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition, vol. I (London, 1950), 431 ss.; HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 6 (London, 1969), 494-496; HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, vol. 7, 199. Así, pues, en virtud

aprobado tan sólo por un “Parlamento-Convención” —actuando naturalmente *de facto*, en nombre del pueblo soberano—, adquirió la fuerza de un verdadero estatuto y, como tal, aparece recogido en los libros que recopilan los estatutos (59).

El título original de la Declaración, según aparece recogida en los *Statutes of England* (60), es el de “*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*” [Una ley declarando los derechos y libertades del ciudadano y estableciendo la sucesión a la corona], si bien posteriormente dicha intitulación fue abreviada y transformada en la universalmente conocida de *The Bill of Rights, 1689* [1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2] (61).

En síntesis, en el preámbulo del *Bill* se deja bien sentado el carácter legal y representativo de la asamblea congregada en Westminster, así como la naturaleza declarativa de su contenido, para, acto seguido, entrar en la exposición de motivos:

de esta Ley, los actos legisferantes del susodicho Parlamento son leyes y estatutos, y como tales deben ser obedecidos.

(59) Lo irregular del procedimiento resulta evidente. Cfr. J. L. DE LOLME: *The Constitution of England or, An Account of the English Government; in which it is compared both with the Republican Form of Government; and the other Monarchies in Europe*, 1910 (nueva edición, London), 59 nota: “*The lords and commons, previous to the coronation of king William and queen Mary, had framed a bill which contained a declaration of rights which they claimed in behalf of the people, and was in consequence called the Bill of Rights*”. Véase, además, G. MACAULAY TREVELYAN: *La Revolución Inglesa: 1688-1689*, 103 ss., 117, lugar donde expone las irregularidades que implicaba el denominado “Parlamento-Convención”, para, después, expresar: “La Convención, después de cubrir el trono y de convertirse en la medida en que ello era posible, en un Parlamento legal, procedió a legislar” (p. 117). En sentido contrario Howard A. NENNER: *The Convention of 1689: A Triumph of Constitutional Form*, en *The Amer. Journal of Legal History*, 10 (1966), 282-296.

La Declaración de Derechos fue promulgada, como queda dicho, en forma de proclamación el 12 de febrero de 1688 y posteriormente incluida con ciertas adiciones en el *Bill of Rights* de 1689. Los actos legislativos fueron ratificados por el *Crown and Parliament Recognition Act, 1689*. Por lo dicho, podrá observarse de inmediato que el *Bill* aparece fechado unas veces en 1688 y otras en 1689. Esta diversidad de fechas se debe al cambio que en el calendario inglés del viejo estilo (juliano) operó el *Calendar (New Style) Act, 1750* [*An Act Regulating the Commencement of the Year, and for correcting the Calendar now in use*, 24 Geo. 2, c. 23], con arreglo al cual, el comienzo del nuevo año se fija en el 1 de enero, en lugar del 25 de marzo, como era antes usual. Cfr. THE STATUTES, *The Third Revised Edition*, vol. 1, 1950, 616 ss.

En lo que hace referencia a las elecciones del denominado “Parlamento-Convención”, véase, Narcisus LUTTRELL: *A Brief Historical Relation of State Affairs from September 1678 to April 1714*, vol. I (Oxford, 1857), 494.

(60) [1 Will. & Mar. sess. 2 c. 2]. Cfr. THE STATUTES, *Third Revised Edition*, vol. I, 1950, 426-431; HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 6 (London, 1969), 489-494. La Declaración se convierte en Estatuto en virtud del *The Crown and Parliament Recognition Act, 1689*.

(61) THE STATUTES, *Third Revised Edition*, vol. I, 1950, 426. La abreviación del título se debe al *The Short Titles Act, 1896* [59 & 60 Vict. c. 14], “*An Act to facilitate the Citation of sundry Acts of Parliament*”, de 20 de julio de 1896. Cfr. THE STATUTES, *Third Revised Edition*, vol. XIII, *From the Fifty-Eighth and Fifty-Ninth Years of Queen Victoria to the Fifth Year of King Edward the Seventh*, A. D. 1895-1905 (London, 1950), 43.

“Por cuanto el último Rey, Jacobo II, con la asistencia de varios jueces consejeros y ministros perversos, intentó subvertir y extirpar la religión protestante y las leyes y libertades de este reino...

Mediante la asunción y el ejercicio de un poder de dispensa y de suspensión de las leyes y de la ejecución de las mismas sin consentimiento del Parlamento

Mediante el encarcelamiento y persecución de diversos dignos prelados, a causa de su humilde petición de estar exentos de prestar asentimiento al referido poder [de suspensión]

Mediante el desarme de varios buenos súbditos protestantes en una época en que los papistas estaban armados y se conducían en forma contraria a la ley

Mediante la violación de la libertad de elección de los miembros que han de servir en el Parlamento

Mediante las persecuciones entabladas en el Tribunal del King's Bench en materias y causas cognoscibles únicamente por el Parlamento y mediante otras diversas instancias arbitrarias e ilegales ...

Y por cuanto en los últimos años personas, en parte corrompidas e incompetentes, han vuelto a servir como jurados en procesos y, particularmente, diversos jurados, que no eran propietarios, en procesos por alta traición.

Y [por cuanto] han sido requeridas cauciones excesivas de personas encarceladas en casos criminales para eludir el beneficio de las leyes hechas en favor de la libertad de los ciudadanos

Y [por cuanto] han sido impuestas multas excesivas

Y [por cuanto] han sido infligidas penas ilegales y crueles

Y por cuanto han sido hechas diversas concesiones y amenazas de multas y confiscaciones, antes de la declaración de culpabilidad o de la sentencia, contra personas sobre las cuales deberían ser ejecutadas

Todo lo cual es total y directamente contrario a las leyes y estatutos conocidos y a la libertad de este reino”(62).

(62) “Whereas the late King James the Second by the assistance of diverse evil counsellors judges and ministers employed by him did endeavour to subvert and extirpate the Protestant religion and the lawes and liberties of this kingdome

By assumeing and exercising a power of dispensing with and suspending of lawes and the execution of lawes without consent of Parlyament ...

By committing and prosecuting diverse worthy prelates for humbly petitioning to be excused from concurring to the said assumed power

By issueing and causing to be executed a commission under the great seale for erecting a court called the court of commissioners for ecclesiasticall causes

By leyng money for and to the use of the Crowne by ptence of prerogative for other time and in other manner then the same granted by Parlyament

By raising and keeping a standing army within this kingdome in time of peace without consent of Parlyament and quartering soldiers contrary to law

By causing severall good subjects being protestants to be disarmed at the same time when papists were both armed and employed contrary to law

By prosecutions in the Court of King's Bench for matters and causes cognizable onely in Parlyament and by diverse other arbitrary and illegall courses

And whereas of late years partiall corrupt and unqualified persons have bene returned and served on juryes in tryalls and particularly diverse

Seguidamente, comienza el articulado del *Bill*:

“Y por todo ello, los referidos lores espirituales y temporales y los comunes, de acuerdo con sus respectivos poderes y elecciones, reunidos ahora en una representación plena y libre de esta nación, tomando en su más grave consideración los mejores medios para lograr los fines susodichos en primer lugar (como sus antepasados solían hacer en casos similares) para la reivindicación y la afirmación de sus antiguos derechos y libertades, declaran:

(1) Que el pretendido poder de suspensión de las leyes o de su ejecución por la autoridad real, sin consentimiento del Parlamento, es ilegal

(2) Que el pretendido poder de dispensa de las leyes y de su ejecución por la autoridad real, tal como ha sido asumido y ejercido últimamente, es ilegal

(3) Que la comisión para la erección del último tribunal especial en causas eclesiásticas y todas las demás comisiones y tribunales por el estilo son ilegales y perniciosas

(4) Que la detracción de impuestos para el uso de la Corona en base a la prerrogativa regia, sin autorización del Parlamento, por un tiempo superior o en forma distinta a la que debe ser concedida, es ilegal

(5) Que es derecho de los ciudadanos el dirigir peticiones al Rey, y todos los encarcelamientos y persecuciones por tal derecho de petición, son ilegales

(6) Que levantar o mantener un ejército en pie de guerra dentro del reino en tiempos de paz, a menos que lo autorice el Parlamento, es contrario a la ley

(7) Que todos los ciudadanos protestantes pueden tener armas para la defensa adecuada a sus condiciones y según lo autorizado por ley

(8) Que la elección de los miembros del Parlamento debería ser libre

(9) Que la libertad de expresión y de los debates del Parlamento no debería ser incriminada o cuestionada en ningún tribunal o lugar que no sea el Parlamento

(10) *Que no deberían ser exigidas cauciones excesivas, ni ser impuestas multas excesivas, ni ser infligidas penas crueles y desusadas*

(11) Que los jurados deberían ser debidamente inscritos en la lista correspondiente y recompensados

(12) Que todas las concesiones y amenazas de multa y confiscaciones por personas particulares hechas con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia, son ilegales y prohibidas

(13) Y que para remedio de todas las injusticias y para la fir-

jurors in tryalls for high treason which were not freholders

And excessive baile hath been required of persons committed in criminall cases to elude the benefitt of the lawes made for the liberty of the subjects

And excessive fines have beene imposed

And illegall and cruell punishments inflicted

And severall grants and promises made of fines and forfeitures before any conviction or judgement against the persons upon whome the same were to be levied

All which are utterly and directly contrary to the knowne lawes and statutes and freedom of this realme”

Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition, vol. I, 1950, 426-427; HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 6, 1969, 489 (la cursiva es nuestra).

me reforma y conservación de las leyes, deberían celebrarse, con frecuencia, Parlamentos”, (63).

En síntesis, la décima cláusula de la declaración de derechos contenida en el *Bill of Rights* expresa literalmente:

“That excessive baile ought not to be required nor excessive fines imposed nor cruell and unusuall punishments inflicted” [Que no deberían ser exigidas cauciones excesivas, ni ser impuestas multas excesivas, ni ser infligidas penas crueles y desusadas].

Pues bien, según puede deducirse de la lectura de la cláusula, tanto su contenido como su dicción literal —con la salvedad de la partícula verbal “*ought*” que, dada la diversa naturaleza legal del *Bill* y del primer acto legislativo norteamericano en que aparece tal fórmula programática, ha sido adecuadamente sustituida por “*shall*” (64)—

(63) “And thereupon the said lords spirituall and temporall and commons pursuant to their respective letters and elections being now assembled in a full and free representative of this nation takeing into their most serious consideration the best meanes for attaining the ends aforesaid doe in the first place (as their auncestors in like case have usually done) for the vindicating and asserting their auintient rights and liberties, declare

That the pretended power of suspending of laws or the execution of laws by regall authority without consent of Parlyament is illegall

That the pretended power of dispensing with laws or the execution of laws by regall authoritie as it hath been assumed and exercised of late is illegall

That the commission for erecting the late court of commissioners for ecclesiastical causes and all other commissions and courts of like nature are illegal and pernicious

That it is the right of the subjects to petition the King and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal

That the raising or keeping a standing army within the kingdome in time of peace unless it be with consent of Parlyament is against law

That the subjects which are protestants may have arms for their defence suitable to their conditions and as allowed by law

That election of members of Parlyament ought to be free

That the freedome of speech and debates of proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parlyament

That excessive baile ought not to be required nor excessive fines imposed nor cruell and unusuall punishments inflicted

That jurors ought to be duly impannelled and returned

That all grants and promisse of fines and forfeitures of particular persons before conviction are illegal and void

And for redresse of all greivances and for the amending strengthening and preserving of the lawes Parlyaments ought to be held frequently”

Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition, vol. I, 1950, 427-428; HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND, vol. 6, 1969, 490-491 (la cursiva es nuestra).

(64) La traslación de algunas cláusulas del *Bill* inglés a las Declaraciones de Derechos norteamericanos se hizo *in toto*, como sucede con la de la proscripción de los castigos crueles y desusados, que tan familiar se hizo a los comités redactores de los textos americanos de los años 1770 y siguientes. Cfr. Robert Allen RUTLAND: *The Birth of the Bill of Rights, 1776-1791*, (New York, 1962), 19.

La sustitución de la forma verbal “*ought*” por “*shall*” no se debe ni mucho

han pasado íntegramente, primero a la Declaración de Derechos de Virginia y, luego, a la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América (65).

Establecido, pues, tan obvio nexos lingüístico entre el texto inglés y los americanos citados, resulta lógico que los historiadores se hayan preocupado por descifrar el “enigmático” contenido de la prohibición del *Bill*, es decir, en averiguar qué especies de penalidades son las que el *Bill of Rights* proscribía como “cruels y desusadas” y a las que, en consecuencia, afecta su prohibición.

En este sentido, si comparamos el texto del proyecto de los Comunes con el del *Bill* definitivo, podrán apreciarse claramente dife-

menos—como pretende el norteamericano WHALEN, *Punishment for Crime: The Supreme Court and the Constitution*, en *Minn. L. Rev.*, 35 (1951), 108, 112—al mero hecho de sustituir “la más cándida” “*ought not*” por “la más esperanzadora” “*shall not*”. Y es que la sustitución verificada entre ambos términos gramaticales y su diferenciación no se debe al capricho o a las preferencias del legislador americano. Por el contrario, responde a una diversidad filológica consustancial derivada también de una diversidad material existente entre los textos legales en que ambos vocablos vienen insertos. En este sentido, filológicamente, “*ought not*” significa que algo “no debería, no puede, etcétera..., ser”, de acuerdo con la naturaleza de las cosas. En cambio, en “*shall not to be*” resalta mucho más el tono imperativo de la expresión: “no deberán ser...”.

Pues bien, si tenemos en cuenta que la Declaración de Derechos contenida en el *Bill of Rights* está inserta en un documento que, en un primer momento, se redujo a ser una simple Declaración, sin llegar a revestir el valor de un estatuto legal—pues, según se ha dicho, los lores espirituales y temporales y los comunes actuaban de *facto* en un “Parlamento-Convención”, que, jurídicamente, por faltar la autorización regia, no era propiamente un Parlamento...—, no deberá extrañarnos que en el *Bill* se hable en un tono propio más de un manifiesto (*desideratum*) que de un texto imperativo inexcusable.

Nuestra tesis viene, además de reconocida por los modernos tratadistas ingleses en Derecho constitucional, avalada por la opinión de William BLACKSTONE, quien en sus *Commentaries on the Laws of England*, 1769, Oxford (reimpresión Dawson's of Pall Mall, London, 1966), 372, afirma, refiriéndose a las prohibiciones del *Bill* contra las multas excesivas, penas crueles y en desuso, la imposición y amenaza de multas y confiscaciones previas a la declaración de culpabilidad: “*Now the bill of rights was only declaratory, throughout, of the old constitutional law of the land...*”.

Por el contrario, con independencia de la variedad terminológica utilizada en las Declaraciones de Derechos americanas—algunas, según veremos, se limitan a copiar la frase del cuerpo legal inglés—, la Octava Enmienda a la Constitución de U.S.A. emplea con toda propiedad un tono más firme de obligatoriedad, en cuanto norma imperativa de primer rango. “*Shall not to be*” (no deberán ser...) expresa, en suma, una clara, expresa y terminante prohibición.

Quiero, a este respecto, expresar mi gratitud a Frau Dr. Barbara Huber, especialista en Derecho penal inglés en el “Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht” de Friburgo de Brisgovia (República Federal Alemana), pues los intercambios de criterio que hemos mantenido sobre este escabroso punto han sido de lo más fructífero.

(65) Con anterioridad, sin embargo, apareció la cláusula en el *Massachusetts Bodies of Liberties* (1641), que sirvió después de modelo a la *New York Charter of Liberties* (1683) y a la *Pennsylvania Charter of Privileges* (1701). Cfr. *Weems v. United States*, 217 U.S., 349, 394 (1910); B. SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, vol. I, 1971, 69, 163, 170.

rencias que, a juicio de GRANUCCI, van más allá de lo puramente gramatical o lingüístico (66).

Así, el Proyecto del 2 de febrero habla de “penas ilegales” (“*illegal punishments*”). Pero el documento aprobado y convertido en *Bill* el 12 del mismo mes alude literalmente en su exposición de motivos a las “penas ilegales y crueles” (“*illegal and cruel punishments*”), mientras que en la cláusula 10.^a de dicha normativa se hace expresa referencia a las “penas crueles y desusadas” (“*cruel and unusual punishments*”).

Ningún documento de la época da explicación del cambio gramatical o de redacción operado entre el texto del proyecto, el de la exposición de motivos y, finalmente, el de la cláusula décima del *Bill of Rights*. El propio GRANUCCI no vacila en afirmar que “la fraseología final, especialmente el empleo de la palabra “desusado” debe atribuirse simplemente al azar y a la chapucera redacción del proyecto de ley”. Por lo que, concluye, “no hay pruebas para relacionar la cláusula de las penas crueles y desusadas con el “*Bloody Assize*” (67).

Ello nos obliga a examinar la polémica doctrinal existente en torno a las motivaciones que impulsaron al legislador inglés de 1689 a confeccionar la cláusula décima del *Bill of Rights*.

A).—El “*Bloody Assize*” y el Chief Justice Jeffreys

De una parte, la mayoría de los historiadores y tratadistas en materia constitucional se inclinan por creer que la cláusula de prohibición encarna una reacción contra las arbitrariedades y la corrupción de la administración de justicia en la época de los Estuardo (68),

(66) A. F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 855: “*The final phraseology, especially the use of the word “unusual”, must be laid simply to chance and sloppy draftmanship*”, dice el autor americano al relacionar el documento original de 2 de febrero (que alude a “*illegal and cruel punishments*”) con la cláusula décima de este último texto (que hace referencia a “*cruel and unusual punishments*”).

Incluso —añade—, John Somers, el reputado autor del *Bill of Rights*, llegó a escribir más tarde sobre las penas “horribles e ilegales” (“*horrible and illegal punishments*”) utilizadas durante el régimen de los Estuardo (p. 855, nota 78).

(67) A. F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 851.

Siguen la tesis de GRANUCCI: A. J. GOLBERG & A. M. DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.*, 83 (1970), 1773, 1789, notas 74 y 75; *Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3236 (J. BRENNAN), 3250, nota 14 (J. MARSHALL, con un sentido crítico), 3274 (Chief Justice BURGER).

(68) Joel Prentiss BISHOP: *On Criminal Law*, 1923 (9.^a ed., Chicago), § 946: “*It was originated—expresa refiriéndose a la Enmienda Octava—by the Bill of Rights of 1688 was inserted as a provision against cruel judgments like those inflicted in the days of the Stuarts...*”; Joseph STORY: *Comentaries on the Constitution of the United States* (reimpresión 1970), § 1896: “*It was,*

concretamente contra los procesos por alta traición celebrados a raíz de la "Rebelión del Oeste" que encabezó Jacobo, Duque de Monmouth e hijo natural del fallecido Carlos II (69). Pero, además, constituye lugar común en la literatura la opinión de que la cláusula iba expresamente dirigida contra la conducta del *Chief Justice* Jeffreys con motivo de esos procesos en el "*Bloody Assize*" —una especie de "Tribunal de Sangre"—, conducta que hizo estremecer a la opinión pública, a la vez que hizo a aquél merecedor del calificativo "*Jeffreys of the Bloody Assize*" (70).

however, adopted, as an admonition to all departs of the national government, to warn them against such violent proceedings, as had taken place in England in the arbitrary reigns of some of the Stuarts..."; NOTE: *What Is Cruel And Unusual Punishment*, en *Harv. L. Rev.*, 24 (1910), 54-55: "The inhibition of the infliction of "cruel and unusual punishment" first appears in the Bill of Rights, at a time when the inhumanity of Judge Jeffreys of "Bloody Assizes" fame and of his fellows under the Stuarts, loomed large in the popular mind. This provision was aimed at the barbarities of that period, such as burning..."; BROWDY & SALTZMAN: *The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment*, en *N.Y.U.L. Rev.*, 36 (1961), 846, 847: "The eighth Amendment prohibition against cruel and unusual punishments was doubtless prompted by the barbarities that had marred the administration of English criminal law..."; G. EDWARDS: *Cruel, Unusual and Excessive Punishments*, en S. RUBIN: *The Law of Criminal Correction*, 1963, 361-363; M. Cherif BASSIOUNI: *Criminal Law and Its Processes. The Law of Public Order*, 1969, 27: "Traditionally the ban applied only against such atrocities as those practiced during the Stuart period..."; F. J. WHALEN, JR.: *Punishment for Crime: The Supreme Court and the Constitution*, en *Minn. L. Rev.*, 35 (1951), 109, 111: "In England during the revolutionary struggles of the Tudor and Stuart reigns there had been great atrocities..."; NOTE: *The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law*, en *Harv. L. Rev.*, 79 (1966), 635, 636; Malcolm E. WHEELER: *Toward a Theory of Limited Punishment: An Examination of the Eighth Amendment*, en *Stan. L. Rev.*, 24 (1972), 838, 839: "That origin prompted at least one early commentator to suggest that the amendment proscribes only the tortures employed during the Stuart despotism"; Irving BRANT: *The Bill of Rights. Its Origin and Meaning* (Bobbs Merrill Co., Indianapolis), 1965, 155: "The story of the Bloody Assizes, widely known to Americans, helped to place constitutional limitations on the crime of treason and to produce a bar against cruel and unusual punishments"; B. SCHWARTZ: *The Bill of Rights: A Documentary History*, vol. 1, 1971, 410.

(69) G. EDWARDS: *Cruel, Unusual and Excessive Punishments*, en S. RUBIN y otros: *The Law of Criminal Correction*, 1963, 363; W. EMERSON: *Monmouth's Rebellion*, 1951; G. M. TREVELYAN: *Geschichte Englands* (4.^a edición, München, 1949), 529; Keith FEILING: *A History of England. From the Coming of the English to 1918* (London, 1952), 569-570; GUIZOT: *Historia de la Revolución de Inglaterra* (Madrid, 1844), 533; J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV, 27-30, lugar donde el autor habla de los "tribunales sangrientos"; Luke Owen PIKE: *A History of Crime in England, illustrating the Changes of the Laws in the Progress of Civilisation*, vol. II (London, 1876), 212 ss.

(70) "En la historia del Derecho inglés pocos nombres son más familiares que el de "Bloody Judge Jeffreys". Cfr. A. F. HAVIGHURST: *The Judiciary and Politics in the Reign of Charles II (Part. I, 1660-1676)*, en *L. Q. Rev.*, 66 (1950), 62 ss., 63. Asimismo, bajo el título "Some Notorious Torturers" (algunos torturadores famosos), George RYLEY SCOTT [en *The History of Torture throughout the Ages* (reedición

Anglicano ferviente, asociado con los "Whigs" de Shaftesbury (que integraban el denominado *Country Party*), Monmouth desembarcó el 11 de junio de 1685 una flota en las costas occidentales de Inglaterra con el propósito decidido de hacer valer sus derechos al trono. Proclamado a sí mismo "Rey Monmouth", su ejército de campesinos fue derrotado en la batalla nocturna de Sedgemoor. Pese a implorar perdón ante el rey, su padre, Monmouth fue sentenciado a muerte y ejecutado en la Tower Hill. En su ejecución —que tuvo lugar el 15 de julio de 1685— desempeñó un papel preeminente el verdugo Jack Ketch, el cual se enervó ante la advertencia que en el cadalso le hizo Monmouth acerca de cómo había tratado anteriormente a Russell. Tras tres golpes inefectivos del hacha, el verdugo la arrojó al suelo musitando un "no puedo hacerlo", si bien, ante la amenaza de los "sheriffs", prosiguió su tarea. Según los informes de la época, Ketch precisó al menos de cinco golpes para acabar con el reo y, según nos cuenta MACAULAY, tuvo que recurrir finalmente a un cuchillo para lograr separar la cabeza del tronco (71).

Pues bien, al efecto de juzgar a los rebeldes capturados, se creó una comisión judicial especial —conocida con el nombre de "*Bloody Assize*" o "*Bloody Circuit*"— presidida por el juez Jeffreys (72).

ción de 1949, London), 134, 141 ss., 147] habla de Sir George Jeffreys: "... *His inhuman sentences, his fiendish cruelty, earned for him the sobriquet of "Bloody Jeffreys". The Court over which he presided was known as the "Bloody Assize". He sentenced hundreds to be hanged; he had hundreds of others transported - a fate worse than death. It was Judge Jeffreys who inflicted upon Tutching that terrible flogging sentence in which prisoner was to be whipped through every market town in Dorsetshire every year for seven years*" [sus sentencias inhumanas, su crueldad arrojaron sobre él el apodo de Jeffreys del *Bloody Assize*, nombre con el que se conoció el tribunal que le tocó presidir. Condenó a cientos a ser colgados y a otros a ser transportados. Fue también quien impuso a Tutching la terrible sentencia de azotes en los mercados de las ciudades todos los años durante siete]. Ello no obstante, HAVIGHURST opone que "los procesos de los rebeldes, especialmente los celebrados en el oeste en el denominado posteriormente "Bloody Assizes" implicaron culpabilidad por parte de los jueces y de la opinión pública en general". Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522, 527.

Véase, además, H. B. IRVING: *Life of Judge Jeffreys* (London, 1898), un alegato en su defensa que no convence; J. G. MUDDIMAN: *Bloody Assizes* (Edinburgh, 1929), en tono más moderado y más científico; H. MONTGOMERY HYDE: *Judge Jeffreys* (London, 1940), también en tono de descargo para Jeffreys; Seymour SCHOFIELD: *Jeffreys of "The Bloody Assizes"* (London, 1937), haciendo un considerable esfuerzo para disculpar el proceder del *Chief Justice* Jeffreys, aunque, a decir verdad, ninguna de las cuatro obras citadas llega a ser convincente en sus intentos de exoneración.

(71) JOHN LAURENCE: *A History of Capital Punishment with especial reference to Capital Punishment in Great Britain* (1.^a ed., 1932, reedición por Kennikat Press, Dallas, 1971), 97. Una detallada relación de la ejecución del Duque de Monmouth puede verse en William ANDREWS: *Bygone... Punishments* (London, 1899), 115; George RYLEY SCOTT: *The History of Capital Punishment, including an Examination of the Case for and against the Death Penalty* (London, 1950), 174.

(72) Con él actuaron los jueces Montagu, Wythens, Levinz y Wright. Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q.*

De los secuaces del Duque de Monmouth varios centenares fueron ejecutados, bien por los soldados después de la batalla, bien mediante procesos legales ante el referido Tribunal. Pero lo que más conmovió a la opinión pública fueron, sin duda, los procesos entablados por alta traición contra dos mujeres: Alice Lisle y Elizabeth Gaunt, las cuales fueron condenadas a ser quemadas vivas en la hoguera por dar refugio a dos rebeldes fugitivos.

La Gaunt fue condenada por alta traición a causa de haber dado refugio a un fugitivo implicado en la rebelión, con la particularidad de que el auxiliado, James Burton, fue lo suficientemente cobarde como para comparecer —a cambio de la obtención de un perdón— en calidad de testigo principal en el proceso de la infortunada mujer (73).

Alice Lisle, viuda de John Lisle, presidente del *High Court of Justice* de Cromwell y que, asimismo había tomado parte en los acontecimientos que llevaron a la condena y ajusticiamiento de Carlos I, fue juzgada en el mes de agosto por haber dado también asilo a dos rebeldes durante una noche y condenada por el delito de alta traición a la pena de muerte por el fuego; penalidad que solía ser la asignada tradicionalmente a las mujeres culpables de algún “*felony*”, pero en especial tratándose de los delitos de alta y pequeña traición (“*high and petit treason*”) (74). Sin embargo, el rey conmutó su pena por

Rev., 69 (1953), 522, 527. Véase la nota 50. Ello no obstante, PIKE [*A History of Crime in England*, vol. II, 212 ss.] habla de las “exageraciones populares” en torno al “Bloody Assize”.

(73) En opinión de PIKE [*A History of Crime in England*, vol. II, 215], la suerte que corrió Elizabeth Gaunt indica que Jeffreys fue más instrumento de crueldad que investigador.

El principal testigo contra la Gaunt, James Burton, se prestó a tal villanía después de que aquélla le hubiese proporcionado comida, bebida y dinero para huir. Para ella no hubo perdón y pereció en las llamas, inocente del delito por el que había sido condenada. Cfr. John LAURENCE: *A History of Capital Punishment*, 10; Gilbert BURNET: *History of My Own Times*, vol. I (1724), 649. Véanse, con carácter general, *Tryalls of Henry Cornish, Esq.... and John Fernley, William Ring and Elizabeth Gaunt... October 19, 1685* (London, 1685).

(74) Gran parte de la infamia que ensombrece el nombre de George Jeffreys se debe a su intervención en el proceso de Alice Lisle. Acusada de haber dado asilo a John Hickes, difícilmente podía ser condenada como cómplice de éste, cuando, como es este el caso, Hickes no había sido declarado culpable del delito de alta traición y, según las reglas del Common Law, era menester la condena del “principal” para que pudieran darse después casos de participación (*accessory*). Sin embargo, como observa PIKE [*A History of Crime in England*, vol. II, 214], no era costumbre en la época celebrar procesos limpios en supuestos de alta traición.

El tenor de la sentencia fue: “*to be drawn to the gallows and burnt with fire until she should dead*”. Al igual que en la mayoría de los casos sentenciados en el Bloody Circuit, la ejecución debía tener lugar al atardecer del mismo día (27 de agosto), en que hubiese recaído la sentencia, pero Jeffreys accedió a un aplazamiento hasta el 2 de octubre, por haberse interpuesto una solicitud de perdón dirigida al rey. Ello no obstante, lo único que se obtuvo de la inexorabilidad de Jacobo II fue la conmutación de la pena de muerte por la de decapitación (*death on the*

la de decapitación, lo cual era a todas luces *ilegal*, por cuanto esta decisión regia constituía una alteración material de la sentencia”, tal y como afirman Sir Edward COKE (75) y Sir Matthew HALE (76).

block), habida cuenta de que se trataba de una mujer de noble cuna. Alice Lisle fue, pues, decapitada en la plaza del mercado de Winchester. Cfr. G. BURNET: *History of My Own Times*, vol. I, 1724, 649-650.

En todos los supuestos de “felony”, la sentencia en el “Common Law” había de ser “*suspendatur per collum quosque mortuus fuerit...*”; en los casos de alta traición, si el reo es varón, la condena ha de ser “*to be drawn and hanged*” (ser arrastrado y colgado), pero, si es hembra, habrá de ser “*to be drawn and burnt*” (quemada). En cuanto a la forma o modo de la ejecución, tal como ha de hacerse por el oficial—dice Hale—, ha de ser siguiendo el tenor de la sentencia, “pues el sheriff no puede alterar la ejecución; si lo hace es “felony” y algunos dicen que “murder” (asesinato)”. Cfr. Sir Matthew HALE: *The History of the Pleas of the Crown (Historia Placitorum Coronae)*, edit. por Sollom Emylin, 1736 (reimpresión, London, 1971), vol. II, 399, 411 y 412. Véase, con carácter histórico general: *Royal Commission on Capital Punishment, 1949-1953, Report*, London, H.M.S.O., 1953, Parte III, Métodos de ejecución, etc., cap. 12, Sentencia de muerte, 240 ss.

Según informa HALE, el tenor de la condena por el delito de alta traición es el siguiente: “... *Et de indè per medium civitatis London directè usque ad furcas de Tiburne trahatur, & super furcas illas ibidem suspendatur, & vivus ad terram prosternatur, & interiora sua extra ventrem suam capiantur ipsoque vivente comburantur, & caput ejus amputetur, & corpus ejus in quator partes dividatur, & caput, & quarteria illa ponantur ubi dominus rex ea assignare voluerit...*”. Cfr. Sir Matthew HALE: *P. C.*, II, 397. El contenido concuerda casi con el de la sentencia de William de Marisco, que, en 1242, fue condenado a ser destripado, colgado y descuartizado: “*Primo igitur a Wesmonasterio usque ad turrin Londonarium, et inde usque ad illam poenalem machinam, quae vulgariter “gibbetus” dicitur, distractus, cum ibidem miseram animam exhalasset super unum uncorum est suspensus; et cum mortuus obriguisset, demissus evisceratus est et statim in eodem loco visceribus combustis, miserum cadaver in quator partes est divisum et ad quator principales regni civitates eadem partes, ut miserabile spectaculum illud singulos intuentes exterreret sunt transmissae. Omnes autem sexdecim socii, per civitatem Londoniarum ad caudas equorum tracti ad patibula sunt suspensi*”. Cfr. J. G. BELLAMY: *The Law of Treason in England in the Later Middle Ages* (Cambridge University Press, 1970), 24, nota 2, 25.

(75) Así lo estima también Sir Edward COKE, a pesar de que tales conmutaciones por la pena de decapitación se han practicado en casos como los de Ana Bolena y la reina Catalina Howard, en tiempos de Enrique VIII; el duque de Somerset, bajo el reinado de Eduardo VI, y Lord Audley, en la época de Carlos I; casos bajo cuya autoridad fue decapitada Alice Lisle por alta traición. Cfr. *State Trials*, IV, 129.

La opinión de COKE se proyecta, en primer término, sobre la ejecución del Duque de Somerset (1550), acusado de traición y de “felony”, pero condenado únicamente por el último delito. La pena que se le impuso fue la de decapitación—desconocida en Inglaterra, si bien los casos en que se impuso fueron por orden expresa de la Corona—, por lo que “su ejecución es contraria a alguna de nuestras crónicas y a la opinión común; y en algunos puntos contraria a la ley”; por lo que “fue ilegalmente ejecutado, pues habiendo sido condenado por “felony”, no podía, con arreglo a la ley, ser decapitado”. Cfr. Sir Edward COKE: *The Third Part of the Institutes of the Lawes of England*, London, 1669, 12, 13, 52, 211 y 212; John REEVES: *History of the English Law from the Time of the Saxons to the End of the Reign of Philip and Mary*, vol. IV (2.^a ed., Dublin, 1787, reimpresión New York, 1969), 561 y 562.

La opinión que tal proceso mereció al insigne tratadista e historiador inglés Sir James Fitzjames STEPHEN (77) puede sintetizarse en su juicio de que, “si bien era cruel, pero legal, sentenciar a una mujer a ser quemada viva por dar refugio a dos rebeldes por una noche..., la declaración de culpabilidad era probablemente ilegal, sobre la base de que John Hickes, uno de aquellos a los que prestó auxilio, no había sido declarado culpable en su propio proceso...” (78). Además, prosigue STEPHEN, “la conducta de Jeffreys en este proceso ha hecho su memoria justamente famosa; pero hay un punto en el que debe hacerse hincapié: la parte más desagradable del proceso o el

En síntesis, dice COKE, si un hombre condenado por “*felony*” lo es a ser decapitado, no hay ejecución de la sentencia, porque ésta es la de horca. Por lo que, “si la ejecución puede ser alterada en este supuesto de horca por la de decapitación, por la misma razón podría alterarse por la de muerte por el fuego, etc... Para concluir este punto, *judicandum est legibus, non exemplis, et iudicium est juris dictum, et executio est executio juris secundum iudicium*”. En síntesis, “*judicandum est legibus non exemplis*, y, por lo tanto, dado que la sentencia es la autorización para la ejecución, de ahí se infiere que toda ejecución que no sigue el tenor de la sentencia es injustificable”.

(76) “La sentencia de alta traición—dice HALE—es complicada, *viz.*, ahorcamiento, decapitación, descuartizamiento”, por lo que “el rey puede perdonar todo menos la decapitación”. “Ahora bien, así como la forma usual de la ejecución por un “*felony*” es *suspendatur per collum quousque fuerit mortuus...*, de forma que el rey solo puede conmutar en decapitación en el supuesto de un par u otra persona de dignidad, en el delito de traición la decapitación forma parte de la sentencia, por lo que el rey sólo puede perdonar el resto, pero no la decapitación misma”. Cfr. Sir Matthew HALE: *P. C.*, vol. II, 412, 501, nota (d), apoyándose en la tesis de COKE.

Ello no obstante, subsiste la polémica en torno a tan delicada cuestión. Así, FOSTER (*Crown Law*, 1792, 269) considera inútil la distinción entre una alteración total y una remisión parcial de la sentencia. “El rey no puede, en virtud de su prerrogativa, variar la ejecución, ni agravar la pena más allá de la intención de la ley. En este sentido, la regla de que el rey no puede alterar la condena es cierta; pero de ahí no se infiere que él, que indudablemente puede perdonar por completo al delincuente, no pueda mitigar su pena con respecto al pánico o a la infamia de la misma. Quiere ello decir que ya que la corona no puede ir más allá de la letra de la ley en lo que concierne a rigor, está asimismo limitada en su facultad de perdonar...?” En modo alguno; la ley procede en ambos casos con una uniformidad perfecta de sentimientos y motivaciones. La benignidad de la ley limita la prerrogativa de la corona en su caso, mientras que en el otro la misma benignidad la deja libre y sin trabas”.

(77) “Pueden hacerse una o dos consideraciones sobre el caso de Lady Lisle—dice STEPHEN—. Era cruel, pero legal sentenciar a una mujer a ser quemada viva por haber dado asilo a dos rebeldes por una noche”. Cfr. Sir James F. STEPHEN: *A History of the Criminal Law of England*, vol. I, 1883, 13..

(78) Sir James F. STEPHEN: *A History of the Criminal Law of England*, vol. I, 413. En idéntico argumento incide Sir Matthew HALE: *P. C.*, vol. I, 1736, cap. XXI, p. 238, nota (f): “Y en lo que respecta a aquel que recibe a un traidor con conocimiento de ello: que si él ha sido acusado, no debe ser juzgado hasta que sea declarado culpable el principal”. Por consiguiente, “la declaración de culpabilidad de Alice Lisle fue contraria tanto a la ley como a la razón; porque Hicks, el principal (por darle a él refugio fue convicta de traición), no fue en esta época declarado culpable, ni hubo además prueba alguna de que ella, cuando lo conoció, supiese que él había estado en la rebelión”. *Ibidem*, vol. II, 223, nota (e).

caso de brutalidad más evidente y notorio ocurrido en él radica en la forma en que el juez Jeffreys trató al testigo principal, Dunne, al que repetidamente maldijo e injurió” (79).

Sin embargo, los procesos del “*Bloody Circuit*” no concluyeron en este punto. Dada la imposibilidad material de juzgar individualmente a todos los procesados, Sir Henry Pollexfen, fiscal general de la comisión especial, llegó a una transacción en masa con todos los inculpados: nadie que se declarase culpable sufriría la pena capital. La propuesta de Pollexfen se difundió rápidamente y en un corto espacio de tiempo se concluyeron quinientos procesos (80). Aquellos que no se habían declarado culpables, pero que lo eran después por el Tribunal, sufrían inmediata ejecución —una innovación introducida por Jeffreys (81). Por el contrario, ninguno de los que habían admitido su culpabilidad, fue, al menos durante el período de actuación de la comisión especial, ejecutado, pero en el invierno lo fueron alrededor de doscientos sujetos de los que habían recurrido al remedio propuesto por el fiscal Pollexfen (82). Además, unos ochocientos fueron vendidos —pero no como esclavos— para ser “transportados” a la Isla de Barbados.

En síntesis, si esto era considerado por algunos “*tories*” como algo “*indecente y desusado*”, la opinión pública se estremecía ante el número de ejecuciones habidas y, sobre todo, por la conducta de

(79) Sir James F. STEPHEN: *A History of Criminal Law of England*, vol. I, 1883, 413, nota 4. Su criterio coincide, a este respecto, con el de PIKE: *A History of Crime in England*, vol. II, 212, en el sentido de que Jeffreys aterrorizaba a jurados y testigos.

(80) La vida de Henry Pollexfen es tan contradictoria como la de la gran mayoría de los jueces de la época. Tras sus actuaciones en el caso Oates, defendió a los siete obispos en 1688 y fue nombrado de nuevo juez por Guillermo III. Sin embargo, tomó parte en la persecución criminal de los rebeldes en el oeste... Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522, 527.

Según Irving BRANT [*The Bill of Rights...*, 154-155], “nadie sabe a cuantos cientos de personas inocentes o de culpabilidad dudosa envió Jeffreys a la muerte... Cuando acabó el horripilante espectáculo, una veintena había sido ejecutada y 1.260 esperaban al verdugo en tres condados”. Véase, en un sentido contrario, PIKE: *A History of Crime in England*, vol. II, 213, el cual afirma que gran número de los condenados fueron liberados—durante la época en que el Chief Justice Herbert se hizo cargo del *Bloody Circuit*—por medio de perdones y proclamaciones. Ello, aparte de que el número de ejecuciones registradas en el Gaol Book del West Circuit (1685) no se corresponde, ni mucho menos, con las cifras manejadas por los modernos historiadores. Pese a todos los esfuerzos de PIKE por exonerar a Jeffreys, su contradicción es obvia, pues precisamente cuando Herbert llegó en la primavera de 1686 al Tribunal, fue “extremadamente crítico contra el comportamiento de Jeffreys en el mismo distrito durante el septiembre anterior”. Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522, 527.

(81) L. O. PIKE: *A History of Crime in England*, vol. II, 213.

(82) A. F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 854. En contra J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV, 29.

Jeffreys, el cual se apresuró a firmar todas las sentencias de muerte antes de disponer su regreso a Londres.

Sin lugar a dudas, las penas impuestas habían estado en proporción más con los deseos de la corona que con la gravedad intrínseca de los delitos; tal y como demuestra el propio *Chief Justice* Jeffreys, al expresar que, a su regreso del "Tribunal de Sangre", fue reprendido por su lenidad (83). Y el historiador G. M. TREVELYAN no vacila en calificar los hechos de verdadera venganza, tomada primero por el coronel Kirke y su soldadesca, luego por el insano deseo de crueldad de Jeffreys y, finalmente, autorizada y estimulada por las órdenes del rey (84).

Pues bien, para la mayor parte de los historiadores —RYLEY SCOTT (85), BRANT (86), EDWARDS (87) y, recientemente, el *Justice* Thurgood MARSHALL (88)— resulta innegable la conexión entre el "*Bloody Assize*" y la proscripción de las "penas crueles y desusadas" contenida en la cláusula X del *Bill of Rights*. Aunque, a juicio de GRANUCCI —al igual que para PIKE (89)—, no hay pruebas para relacionar la cláusula con el referido Tribunal y sus consecuencias, por lo que los sucesos del "*Bloody Circuit*" no representarían, de esta suerte, más que algo puramente episódico en lo que la doctrina científica insiste por haberse dejado influenciar por la propaganda puritana, que ha creado una verdadera leyenda en torno al "Tribunal de Sangre".

Sin embargo, como veremos más adelante, la tesis de GRANUCCI adolece, a mi juicio, de un defecto básico de planteamiento histórico: el considerar aisladamente la cláusula X del *Bill of Rights* sin tomar en consideración su verdadero significado de una nueva Carta Magna o texto constitucional básico dentro del contexto político revolucionario de la vida inglesa de 1689, habida cuenta de que, según observa SCHWARTZ, "*el Bill of Rights* de 1689 puede considerarse después de la *Magna Charta* y de la *Petition of Rights*, como la tercera Gran Carta de la libertad inglesa" (90). De ahí que no sea correcto en este caso pretender, como hace GRANUCCI, verificar una interpretación his-

(83) Sir W. HOLDSWORTH: *A History of English Law*, vol. VI, 215, nota 1. Punto en el que parece incidir L. O. PIKE, cuando afirma que Jeffreys fue más instrumento que instigador de crueldad.

(84) J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV, 29; Keith FEILING: *History of England, From the Coming of the English to 1918* (London, 1952), 574; G. MACAULAY TREVELYAN: *La Revolución Inglesa: 1688-1689*, 42.

(85) G. RYLEY SCOTT: *The History of the Torture throughout the Ages* (London, reedición, 1949), 134: "El Bill of Rights dispuso que la tortura era una forma cruel y desusada de castigo que bajo ninguna circunstancia debería infligirse", y 147.

(86) Irving BRANT: *The Bill of Rights...*, 144-5.

(87) G. EDWARDS: *Cruel, Unusual and Excessive Punishments*, en S. RUBIN y otros: *The Law of Criminal Correction*, 1963, 363 y 364, adoptando los argumentos de J. R. GREEN: *Historia del Pueblo Inglés*, vol. IV, 29.

(88) *Furman v. Georgia*, en *The Criminal Law Reporter*, 11 (28 junio 1972), 3251-2 (J. MARSHALL), 3272 (J. DOUGLAS).

(89) L. O. PIKE: *A History of Crime in England*, vol. II, 212-216.

tórica de un precepto con independencia del marco unitario del ordenamiento en el que está inmerso, máxime si, como este es el caso, toda la preceptiva del *Bill* abarca un proceso histórico-político y jurídico de varios años y, por tanto, resulta realmente difícil identificar eventos aislados con el contenido de la cláusula.

Ello no obstante, la resonancia que los argumentos esgrimidos por el autor norteamericano han encontrado (91) reclama un examen detallado, pero crítico al fin y al cabo, de los mismos.

— En primer término, la negativa de GRANUCCI a admitir la relación de la cláusula con el *Bloody Assize* y sus efectos posteriores reposa en el argumento de que ninguno de los métodos crueles en materia penal de que hizo uso el “Tribunal de Sangre” dejó de utilizarse una vez aprobada y puesta en práctica la normativa del *Bill of Rights*.

— En segundo, el autor norteamericano considera inverosímil que Sir Henry Pollexfen, precisamente uno de los redactores del *Bill of Rights* —fiscal general en el “*Bloody Circuit*” y amigo personal de Jeffreys— interviniese en la confección de un documento condenatorio de sus propias actuaciones en el referido Tribunal. Por consiguiente, en base a tal razonamiento, los redactores del *Bill* no habrían fijado como objetivo de la cláusula la proscripción de los procesos y condenas habidos en el referido Tribunal, ni calificado a éstos como ilegales.

— Por último, sólo una vez —según nuestro autor— aparece mencionado el “*Bloody Assize*” en los debates sostenidos a este respecto en los Comunes. Cierta que, en un principio, se trataba únicamente de confeccionar un *Bill of Indemnity* (Bill de impunidad) para los partidarios de Jacobo II, si bien hemos de constatar la exclusión de tal beneficio del *Lord Chief Justice* Jeffreys, puesto que, pese a haber muerto, se vio afectado por un *bill of attainder* (92), al igual que en fechas precedentes y por causas diversas se habían visto afectados Cromwell, Ireton y Bradshaw (93). Pero lo cierto es que los

(90) B. SCHWARTZ: *The Bill of Rights...*, I, 1971, 40.

(91) Véase, por ejemplo, A. J. GOLDBERG & A. M. DERSHOWITZ: *Declaring the Death Penalty Unconstitutional*, en *Harv. L. Rev.* 83 (1970), 1773, 1789, nota 74: “El incidente que determinó la inclusión de la protección contra las penas crueles y desusadas en el *Bill of Rights* fue la persecución y condena de Titus Oates en 1685”, citando a GRANUCCI. En realidad, como podremos apreciar más adelante, no se trata de una tesis original de GRANUCCI, sino expuesta anteriormente, primero por STEPHEN y, después, de nuevo reiterada por Frank Whalen, Jr.

(92) Según se ha dicho, incluso después de muerto, Jeffreys fue excluido del indulto general dado por Guillermo III (*Bill of Indemnity*-1690), como también lo fueron Herbert, Wythens, Holloway, Lutwyche, Heath y Jenner. En diciembre de 1689, los Lores procedieron a investigar los “asesinatos de Lord Russell, col. Sidney —en el que tan gran parte tuvo Jeffreys—, y otros”, anulando varios procesos. El 18 de diciembre de 1689, Jeffreys y Jenner eran colgados y quemados “en efigie”. Cfr. A. F. HAVIGHURST: *James II and the Twelve Men in Scarlet*, en *L. Q. Rev.*, 69 (1953), 522-523.

(93) El “*Act of Attainder*” contra Cromwell y otros por el proceso y ejecución

debates de la Cámara de los Comunes no hacen referencia alguna al “*Bloody Circuit*” como algo “cruel, desusado e ilegal” (94).

— Por el contrario, nuestro autor cree encontrar una prueba fehaciente de lo que los autores de la Declaración de Derechos pretendieron proscribir en algo que, a mi juicio, encierra tanto valor epistémico, por no decir más, como el propio “*Bloody Assize*”, pero que, en opinión de GRANUCCI —firmemente anclado en una interpretación estática de la “*mens legislatoris*” y rechazando, en consecuencia, toda interpretación dinámica que pudiera hacerse de la cláusula referida— guarda estrecha conexión con la intención perseguida por el legislador inglés de 1689: el “*affaire*” de Titus Oates, comúnmente conocido como el “*complot papista*” (“*The popish Plot*”).

(Continuará)

de Carlos I es el Estatuto 12. Chas. 2, c. 30, 1660: “*An Act for the Attainder of severall Persons guilty of the Horrid Murther of Hislate Sacred Majesty King Charles the First*”. Cfr. THE STATUTES, Third Revised Edition, vol. I, 1950, 380-1. En *Journals of the House of Commons*, 8 (6 diciembre 1660), 252, aparece la Resolución de los Lores y Comunes en el sentido de que “*the carcasses of Oliver Cromwell, Ireton, Bradshaw, and Pride should be taken up drawn on a hurdle to Tyburn, and there hanged up in their coffins for some time, and after that buried under the gallows*”. Cfr. PIKE: *A History of Crime in England*, vol. II, 200, Apéndice, 630.

(94) A. F. GRANUCCI: “*Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted*”: *The Original Meaning*, en *Cal. L. Rev.*, 57 (1969), 839, 855.

Anotaciones sobre las asociaciones ilícitas, tras la reciente reforma penal

LUIS RODRIGUEZ RAMOS
Doctor en Derecho

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. ALCANCE DE LA REFORMA: Cambios introducidos.—Motivaciones de la reforma.—Verificación de las motivaciones.—3. PROBLEMAS PENDIENTES: Factores de incriminación.—El galimatías sistemático.—El principio de legalidad.—Sustantividad de estos delitos y delimitación de injustos.—Las penalidades.—Autoría y participación.—El «iter criminis».—Problemas concursales.—4. CONCLUSIONES.

1. PLANTEAMIENTO

La Ley 44/71 de 15 de noviembre («B. O. E.», del día 16) ha introducido modificaciones y adiciones en el vigente Código penal. La reforma ha afectado de modo inmediato a dos artículos relativos a las *asociaciones ilícitas* —173 y 174—, pudiendo influir levemente, también en dicho ámbito, las derogaciones totales y parciales previstas en la correspondiente disposición número dos (1). El objetivo de este boceto de investigación se centra en calcular el alcance de la reciente

(1) Veintiséis artículos del Código penal han sido reformados por la citada Ley, que también ha modificado las rúbricas del Capítulo primero del Título II del Libro II, de la Sección primera de dicho Capítulo y de la Sección tercera del Capítulo segundo del mismo título. También ha introducido dos nuevos capítulos: el noveno bis del Título XIII —«Del cheque al descubierto»— y el octavo del Título XII —«De los delitos contra la libertad y seguridad en el Trabajo».

La reforma ha derogado algunas leyes especiales: Decreto de 21 de septiembre de 1960 y las disposiciones que refunde (Ley de 2 de mayo de 1943 y Decreto-ley de 18 de abril de 1947), relativas a rebelión militar, bandidaje y terrorismo; Decreto-ley de 16 de agosto de 1968, sobre competencia de la Jurisdicción Militar; Ley de 9 de febrero de 1939, sobre responsabilidades políticas, «salvo lo dispuesto en su artículo segundo, que se declara expresamente vigente»; Ley de 1 de marzo de 1940, sobre represión de Masonería y Comunismo; Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre entrada clandestina en el territorio español; artículos primero y segundo de la Ley de 2 de diciembre de 1963, sobre Juzgado y Tribunal de Orden Público, y el artículo segundo del Decreto-ley de 15 de febrero de 1952, relativo a estafas y otros engaños.

reforma, en lo que a asociaciones ilícitas respecta, para terminar renunciando sumariamente algunos problemas técnicos inmersos en la vigente configuración de tales delitos, que reclaman un replanteamiento cara a futuras revisiones (2), sin intentar en ningún momento la exhaustividad en la descripción de planteamientos y soluciones, labor que exigiría un complejo, arriesgado y extenso estudio monográfico definitivo.

2. ALCANCE DE LA REFORMA

Cambios introducidos.

Las actuales versiones de los artículos 173 y 174 ofrecen las siguientes novedades, introducidas en la reciente reforma:

Versión derogada

Versión vigente

Artículo 173

Núm. 2

«unidad de la Nación española.
«promover o difundir actividades separatistas».

«unidad o independencia de la patria».
«la integridad de sus territorios».
«la seguridad nacional».
«el orden institucional».
(Se deroga el párrafo segundo de este número).

Núm. 5

«las formaciones con organización de tipo militar prohibidas expresamente por las leyes».

«las formaciones con organización militar que tengan por fin alguno de los señalados en el número 2 de este artículo o que se prohíban expresamente por las leyes».

(2) No hay que olvidar que la Ley de 19 de julio de 1944 limitó su propósito a «refundir con escasas modificaciones el Código penal de 1932 en espera de la posibilidad de reforma total del mismo». Si se considera que el Código de 1932 es una reformación del promulgado en 1870, que a su vez hundió sus raíces en el de 1848, cabe esperar la pronta realización de la renovación total anunciada en 1944 (en tal sentido ver DEL ROSAL, *Esquema de un anteproyecto de Código Penal Español*, Madrid, 1964, págs. 9 y sigs.). Sea en revisiones parciales, como las promulgadas en los años 1963, 1967 y 1971, o en la preconizada total, es deseable una próxima y profunda renovación en esta parcela del Código relativa a las asociaciones ilícitas que, como se muestra más adelante, debe su actual configuración a lo previsto en la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de mayo de 1941, que fue la fuente de inspiración más inmediata (RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1971, pág. 617), y que responde obvia y consecuentemente a una situación concreta de posguerra civil.

*Versión derogada**Versión vigente**Artículo 174**Núm. 1**Párrafo 3.º*

«los fundadores, organizadores o directores».
«los meros participantes».

«... el ataque, a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional...»

«los fundadores o directores»,
«los meros afiliados o participantes».

Párrafo 4.º

«podrá imponer (3) a los meros participantes la pena inferior en un grado o la de destierro y multa de 5.000 a 25.000 ptas.»

«podrá imponer a los meros participantes la pena inferior en un grado.»

Núm. 2

«Los que con su cooperación económica, aún encubierta, favorecieren... reconstitución...».

«Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase...».

Cabe, pues, destacar las siguientes novedades, ya patentes en la descripción comparativa que antecede :

1.º Una leve modificación terminológica y una ampliación, al menos aparente, de la esfera recriminativa con la inclusión de nuevas realidades objeto de ataque por los fines de la asociación, en el número 2.º del artículo 173.

2.º La supresión del párrafo 2.º del citado número del artículo 173, que preveía la aplicación de una pena de multa, además de la que correspondiera de carácter privativo de libertad.

3.º Una inclusión de nuevas finalidades típicas relativas a las «formaciones con organización de tipo militar», antes tipificadas formal y exclusivamente por la expresa prohibición legal.

4.º Una ampliación, también de las finalidades típicas previstas, en los supuestos del párrafo 3.º del número 1.º del artículo 174.

5.º Supresión, en el mismo párrafo, del término «organizadores» e inclusión del de «afiliados», en equivalencia al de «meros participantes».

(3) Antes de la reforma de 1963 este párrafo vinculaba al Tribunal en el sentido de reducir la pena («El Tribunal *impondrá* la pena inferior...»), y por otra parte, no limitaba la benignidad preceptiva a los «meros participantes».

6.º La supresión, en el párrafo 4.º del número 1.º del mismo artículo 174, de la pena de destierro y multa que arbitrariamente podía imponer el Tribunal en vez de la privativa de libertad.

7.º Supresión de algunos términos y ampliación de las cooperaciones típicas, a otras de carácter no económico, en el párrafo primero del número 2.º, del artículo 174.

Motivaciones de la reforma.

En el párrafo inicial de la exposición de motivos, de la Ley de 15 de noviembre de 1971, se hace mención lematizada de los extremos de la reforma y de las razones que la oportunistan. Las asociaciones ilícitas no han sido objeto principal ni inmediato de la reforma, pues no se mencionan entre los ámbitos delictivos afectados de modo directo por las motivaciones del cambio (4). ¿Qué razones han jugado, a la hora de modificar estos artículos, si están excluidos de la descripción general prevista en el citado párrafo inicial? Para responder con propiedad al interrogante planteado, es preciso seguir leyendo la exposición de motivos que, en el apartado «seis», reza así: «Razones también de orden técnico han impuesto una atención detenida y, a consecuencia de ella, algunos *leves retoques* en los artículos 17, 173, 251, 262 y 264 (5), del Código, algunos de ellos prácticamente en desuso por efecto de las leyes especiales. Con ello se han adaptado los preceptos a las necesidades actuales, con la mira puesta en la derogación de las leyes especiales, cuya pervivencia ya no es necesaria ni procedente, comprendiendo la represión penal por parte del Código los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables y la *simple pertenencia* a éstos».

Al intentar completar la aludida laguna del párrafo introductorio de la exposición de motivos, con lo expresado en el número «seis» de la misma, parece evidente que la modificación de los artículos 173 y 174 es una mera consecuencia de la nueva regulación de los delitos de terrorismo (arts. 260 y 264), que asigna al Código penal la repre-

(4) El párrafo inicial de la exposición de motivos solamente hace referencia a la «Protección penal de la persona y derechos del sucesor a la Jefatura del Estado, delito de genocidio, tráfico de estupefacientes, delitos contra la libertad religiosa, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, protección penal del trabajador, delitos de terrorismo, emisión de cheques en descubierto y rehabilitación del penado».

(5) Aun cuando sólo se trata de una omisión involuntaria, no se incluye en esta relación el artículo 174, que también ha sido modificado. Hay que destacar, a título de curiosidad, que *ninguna enmienda* fue presentada ante la Comisión de Justicia de las Cortes, haciendo referencia a estos artículos. Por otra parte, no es adecuado el calificativo de «leve» para los retoques introducidos, pues en algunos supuestos son «graves» y «radicales», como por ejemplo en los artículos 262 y 263, que tipifican como terrorismo conductas que difícilmente pueden considerarse como tal, pues más bien se trata respectivamente de infracciones de «coacción» o «amenaza» y de «desórdenes públicos» (el artículo 263 «es en realidad un delito de desórdenes públicos y no de terrorismo»). RODRÍGUEZ DEVESA, *Suplemento de la cuarta edición. Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 1972, pág. 72).

sión de «los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables y la simple pertenencia a éstos», concretándose en esta *simple pertenencia* la asociación ilícita delictiva, que requería una nueva regulación que coordinase su ámbito represivo con la parcela no militar del terrorismo (6). A esta tesis, que parece irrefutable, se suma la circunstancia de que el mismo artículo 6.º modifique conjuntamente ambos ámbitos delictivos.

Verificación de las motivaciones.

¿Se trata, pues, de un mero retoque de las asociaciones ilícitas, para evitar incongruencias sistemáticas en el Código penal? La exposición de motivos así lo declara. Sin embargo, de inmediato destacan datos contradictorios desde los contenidos concretos modificados, que desdican la declaración programática y, profundizando, se difumina tal declaración casi hasta desaparecer.

La derogación del párrafo segundo del número segundo del artículo 173 (7) es un primer exponente de la incongruencia apuntada, pues nada tiene que ver con el terrorismo la desaparición de una pena pecuniaria; tampoco la supresión del término «organizadores» y la inclusión del vocablo «afiliados», en el párrafo tercero del número primero del artículo 174, suponen especificaciones de la genérica declaración de motivos. En igual sentido cabe destacar la desaparición de la pena de destierro y multa que, en régimen alternativo, podía imponer el Tribunal en los supuestos que contempla el párrafo cuarto del número primero del artículo 174, si no se pretende explicar tal endurecimiento en base a la simple inclusión de grupos terroristas en las asociaciones ilícitas, hipotética justificación que carece de fundamento, por ser el espectro de conductas típicas más amplio que la simple pertenencia a estos grupos. Otro tanto cabe apuntar respecto a la ampliación, a otras cooperaciones no económicas, del ámbito típico del número 2.º del artículo 174.

En las restantes modificaciones legales, relativas a las asociaciones ilícitas, sí se aprecia una coincidencia terminológica que, en principio, puede inducir a la aceptación de la declaración de motivos. Pero antes de analizar en profundidad tal apariencia, es preciso aludir a la trayectoria histórica de los delitos de terrorismo en su versión actual. La vigente Ley de Orden público otorgó especial autorización

(6) Por Ley 42/1971 de 15 noviembre, se adicionan al Código de Justicia Militar los artículos 294 bis a), b), c), d), y e), en el Título IX, Capítulo primero bis, sobre «Terrorismo».

(7) Hasta que no se publique el texto refundido del Código penal, tal y como preceptúa en la disposición final de la presente Ley de reforma, no se puede saber con absoluta certeza si el segundo párrafo ha sido derogado. Sin embargo, a tenor de los términos en que se expresa la reforma (arts. 173. «Los números 2.º y 5.º se redactan en la forma siguiente»): omitiendo toda referencia a la existencia de más de un párrafo en el referido número segundo, parece evidente tal derogación.

al Gobierno (8) para revisar y unificar la Legislación que atribuía a la Jurisdicción Militar competencia para conocer de determinadas infracciones (9). El decreto de 21 de septiembre de 1960 refundió lo establecido sobre delitos de rebelión militar, bandidaje y terrorismo (10), manteniendo su carácter de ley especial afecta al Código de Justicia Militar. Once años más tarde, la presente reforma coetánea de los Códigos penal y de Justicia Militar deroga la citada disposición especial, incorporando tales preceptos a los Cuerpos legales comunes (11), declarándose que, con tal motivo, se modifican los dos artículos ahora considerados, relativos a las asociaciones ilícitas.

Como se indicaba, existe un paralelismo terminológico entre las restantes modificaciones de los artículos 173 y 174 y las novedades ofrecidas por la versión «civilizada» del terrorismo (12). Suponiendo, en una primera aproximación, que exista la complementariedad apuntada por la exposición de motivos, cabe preguntarse hasta qué punto era necesaria tal reforma, para verificar a continuación si se han mantenido las mutaciones en los márgenes de pura complementariedad que se han expuesto. Respecto al primer interrogante, en términos genéricos la respuesta solamente puede ser negativa, pues, como se verá más adelante, difícilmente cabe un sistema penal recriminante de las asociaciones ilícitas más amplio y represivo que el vigente, y las conductas específicas, que se han tipificado recientemente, tenían ya varias posibilidades de encaje en la versión antigua de los artículos 173 y 174.

(8) Se recoge tal autorización en la disposición transitoria segunda de la Ley.

(9) Tales infracciones eran las contenidas en las Leyes de 1 de marzo de 1960 (sobre represión de la Masonería y del Comunismo, derogada en la presente reforma), de 2 de mayo de 1943 y Decreto-ley de 18 de abril de 1947, relativos respectivamente a rebelión militar y a bandidaje y terrorismo; esta última disposición derogó la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, ya modificada por las de 19 de febrero y 11 de mayo de 1942.

(10) Este decreto, que no refundió las normas establecidas en la ley de 1 de marzo de 1940, instrumentó del siguiente modo las dos disposiciones restantes:

<i>Ley 2.3. 1943</i>	<i>Decreto ley 18.4. 1947</i>	<i>Decreto 21.9. 1960</i>
Art. 1.º, núms. 1.º, 2.º y 4.º, párrafo 2.º. Arts. 1.º al 8.º	Art. 2.º. Arts. 3.º al 7.º.

(11) Dada la consideración doctrinal que recae sobre las Leyes penales especiales (ver, p. e., DEL ROSAL *Tratado de Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1969, págs. 219-220), la introducción de tales normas en cuerpos legislativos comunes puede interpretarse, y así lo han formulado algunos autores, como un intento de *peremnizar* y *normalizar* lo que se consideraba *transitorio y excepcional*, tanto en lo relativo a la competencia de la jurisdicción militar como en la tipificación de preceptos y penas.

(12) «Seguridad del Estado» y «nacional», «orden institucional», «integridad de sus territorios», «unidad», etc., son términos existentes en los artículos 173, 174 y 260 del Código penal, y en el 294 bis, a) del Código de Justicia Militar.

¿A qué propósito pueden, pues, responder las novedades que se van a analizar? La respuesta se centra en la cualificación de determinados supuestos específicos, dentro del amplio mundo genérico de las asociaciones ilícitas (13), y solamente el deseo de incluir tales conductos de mera pertenencia a grupos terroristas, en la tipología agravada de las asociaciones ilícitas, puede explicar la renovación extensiva aludida. Mas aún resta comprobar si incluso en este planteamiento específico era necesaria la reforma, pues posiblemente en la versión derogada, menos profusa, existían ya moldes típicos suficientemente amplios; pero este tema se trata más adelante, al hacer referencia a los problemas pendientes de la configuración penal asociativa.

Por otra parte, aún aceptando provisionalmente que la reforma de los artículos 173 y 174, en los extremos ahora considerados, fuese necesaria, no cuadra tampoco con los motivos expresados en la exposición, porque las nuevas versiones no exigen en todo caso que ocasional o permanentemente tales asociaciones *practiquen métodos terroristas* (14), para ser castigadas.

Del análisis realizado se deduce:

1.º Que algunos supuestos legales reformados nada tienen que ver con los propósitos expresados en la exposición de motivos (15).

2.º Que en los restantes, la configuración ha traspasado los límites de la mencionada exposición, al no limitarse la nueva tipología a los casos de *simple pertenencia* a grupos terroristas (16).

(13) A modo de esquema notional, puede exponerse el siguiente sistema tipológico de las asociaciones ilícitas por su origen:

- 1) Tipos privilegiados: Art. 172, núm. 4 y 175 núm. 1.
- 2) Tipos básicos: Art. 172, núm. 1, 2.º y 3.º y 173, 174, núm. 1.º párrafo 1.º.
- 3) Tipos cualificados: Art. 172, núm. 1.º, 2.º y 3.º; 173 y 174, núm. 1, párrafo 3.º.

(14) Los artículos 260 y 261 del Código penal (los restantes no pueden considerarse propiamente terrorismo, como se ha mostrado en relación con los artículos 262 y 213, y el 264 se refiere a la tipificación de actos preparatorios o ejecutivos en grado de tentativa de delitos de terrorismo) y los artículos 294 bis a) y b) del Código Militar, tipifican tales delitos no sólo en función de los fines últimos («atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios», etc.), sino además y principalmente por los *finés inmediatos* —miedo o terror— («destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y ...») y por los *medios* empleados (utilizar «sustancias explosivas o inflamables o armas...»). En tal sentido ver RODRÍGUEZ DEVESA ot. cit. Parte Especial, pág. 744. También V. Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho penal, Madrid, 1933.

(15) Derogación del párrafo segundo del número 2 del artículo 173; cambios en el párrafo tercero y supresión de la pena de destierro y multa en el párrafo cuarto del número primero del artículo 174, y ampliación de los supuestos del mismo artículo.

(16) La tipificación de los *finés inmediatos* y de *medios* exigida por el terrorismo, a la que se ha hecho alusión anteriormente, no consta en relación con los grupos incluidos como asociaciones ilícitas, que sólo se describen con trazos formales o de fines mediatos (últimos).

3.º Que, en definitiva, la reforma ha resultado ser un endurecimiento del sistema anteriormente vigente, por la agravación y extensión de los supuestos cualificadores (17).

4.º Que se han derogado algunas leyes especiales, relativas parcialmente a las asociaciones ilícitas, sin repercusiones favorables para la sistemática y la praxis penal (18).

3. PROBLEMAS PENDIENTES

Los retoques introducidos en la tipología de las asociaciones ilícitas, por la reforma legislativa de 1971, no han pretendido ni mucho menos logrado una simplificación de su difícil sistemática, problematizada precisamente a raíz de la reforma de 1944 (19). Las asociaciones ilícitas en abstracto y con mayor razón en su actual construc-

(17) Concretamente:

1.º Tipificación de nuevos supuestos fácticos, en base a la finalidad de la asociación, en los números 2.º y 5.º del artículo 173, y el párrafo tercero, número primero del artículo 174.

2.º Inclusión de nuevas conductas participativas en el párrafo tercero del número segundo del artículo 174 («afiliados» y «cooperación... de cualquier otra clase» respectivamente).

3.º Supresión de la pena más benigna que preveía, en régimen alternativo, el párrafo cuarto del número primero del artículo 174.

(18) Las derogaciones aludidas no han significado modificación de las asociaciones ilícitas. El artículo segundo de la ley de responsabilidades políticas (9.2. 1939) sigue vigente, y enumera una serie de organizaciones declaradas expresamente fuera de la ley; parece sin embargo tal supervivencia superflua, dado que los Tribunales han aplicado en ocasiones la declaración genérica VIII.^a de la Ley Fundamental de Principios del Movimiento Nacional (17 de mayo de 1958) que reza así: «Toda organización política de cualquier índole, al margen de este sistema representativo, será considerada ilegal». La ley de represión de masonería y el comunismo (1.3. 1940) estaba en situación de derogación material. Las restantes derogaciones no afectan de inmediato a la temática elegida.

(19) El Código de 1822, en sus artículos 316 a 320 sancionaba algunos supuestos de asociación y reunión, con penas benignas (multas de entre uno y cincuenta duros y privaciones de libertad que llegaban hasta un año de duración); la configuración de los tipos era excesivamente casuística. El texto punitivo de 1848, artículos 202 a 206, se refiere específicamente a las asociaciones ilícitas diferenciando dos categorías: «sociedades secretas» y «demás asociaciones ilícitas», centrandó la entidad punitiva de estas últimas en su formación «sin consentimiento de la autoridad pública» o en el incumplimiento de «las condiciones que ésta le hubiera fijado»; las sanciones, en relación con las sociedades secretas, se concretaban en destierro, inhabilitación absoluta y prisión mayor, según los casos, y en lo que respecta a «las demás asociaciones ilícitas», en multa de veinte a cien duros; en la reforma de 1850 se mantuvo la regulación con leves retoques (arts. 207 a 212). Pero es a partir del Código de 1870 cuando la regulación se simplifica (artículos 198 a 201) y, sin entrar ahora en actos ilícitos de «asociaciones ilícitas», admite solamente *dos supuestos de asociaciones ilícitas*: «1.º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública» y «2.º Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este Código» (art. 198). El texto de 1928 (arts. 268 y 856) eludió el propósito el tratamiento de esta temática. Finalmente, el Código de 1932 mantuvo la regulación prevista en el de 1870, con leves actualizaciones en las penas (arts. 185 a 189).

ción legislativa, ofrecen interesantes problemas que como se verá, llegan a poner en tela de juicio su sustancialidad delictiva. Al considerar lematícamente tales cuestiones con una intención más globalizadora que de análisis minucioso se tratarán de nuevo algunos aspectos relativos a la reciente reforma.

Factores de incriminación.

Para contemplar con cierta sistemática el campo elegido, cabe hacer la siguiente *clasificación*, en base a los factores que integran el núcleo preceptivo de los diversos tipos de asociación ilícita:

1. Por factores relativos a su *constitución* o a *elementos esenciales*:

1.1. Por sus *finés*:

- 1.1.1. «Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública». (art. 172, núm. 1).
- 1.1.2. «La que tengan por objeto cometer algún delito». (art. 172 núm. 2).
- 1.1.3. «Los grupos o asociaciones que tiendan a la destrucción o relajación del sentimiento nacional» (art. 173, núm. 1).
- 1.1.4. «Los grupos o asociaciones constituidas dentro o fuera del territorio nacional, para atacar en cualquier forma la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional» (art. 173, núm. 2).
- 1.1.5. «Las que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de los españoles, en grupos políticos o de clase cualesquiera que fueren» (art. 173, núm. 3).

1.2. *Por declaraciones formales* o por *circunstancias o requisitos de este carácter*:

- 1.2.1. «Las prohibidas por la Autoridad competente» (artículo 172, núm. 3).
- 1.2.2. «Las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la ley, y cualesquiera de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso» (art. 173, núm. 3).
- 1.2.3. «Las formaciones con organización de tipo militar que tengan por fin alguno de los señalados en el número 2.º de este artículo o que se hallen prohibidas expresamente por las leyes» (art. 173, núm. 5).
- 1.2.4. «Las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la ley» (art. 172, núm. 4).

2. Por factores relativos a su *funcionamiento* :

- 2.1. «Los directores, presidentes y meros individuos de Asociaciones que no permitieren a la autoridad o a sus agentes la entrada o asistencia a sus reuniones» (art. 175, núm. 2).
- 2.2. «Los directores o presidentes de asociaciones que no levanten la sesión al requerimiento que con este objeto hagan la Autoridad o sus agentes, y los meros asociados que en el mismo caso no se retiren de la sesión» (art. 175, núm. 3).
- 2.3. «Las que vuelvan a celebrar sesión después de haber sido prohibida por la Autoridad o sus agentes mientras no se haya dejado sin efecto la suspensión ordenada» (art. 176).

No se hace referencia al artículo 177 por estimar que se relaciona más directamente con la libertad de enseñanza que con la libertad de asociación. Por otra parte de ahora en adelante se omite toda referencia genérica a los tipos relacionados con el «funcionamiento» de las asociaciones, por estar estos problemas subordinados a los existentes en los restantes tipos (20).

Tratando de esquematizar, con la finalidad aludida, los *supuestos básicos, cualificados y privilegiados* de los preceptos agrupados en el primer epígrafe, resulta el siguiente cuadro :

1. *Tipo privilegiado* : «Incurrirán en la pena de arresto mayor : los fundadores, directores y presidentes de asociaciones comprendidas en el número 4 del artículo 172», (art. 175, núm. 1).
2. *Tipo básico* : «Incurrirán en las penas de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 5.000 a 25.000 pesetas : Los fundadores, directores y presidentes de asociaciones que estuvieren comprendidas en el artículo anterior y en los números 1.º, 2.º y 3.º del 172» (art. 174, núm. 1 párrafo 1).
3. *Tipo cualificado* : «Si la asociación tuviere por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional, serán castigados con la pena de reclusión menor, los fundadores o directores, y con la de prisión menor, los meros afiliados o participantes» (art. 174, núm. 1, párrafo 3).

El galimatías sistemático.

Una apreciación inmediata, provocada por la lectura de los artículos 172 y 173, determina la falta de congruencia entre ambos preceptos, máxime cuando el artículo 173 pretende ser una especifica-

(20) La problemática relativa a los supuestos agrupados en el punto «2» («Por cuestiones relativas a su funcionamiento»), tiene una entidad menor y, en ciertos aspectos, subordinada a la radicada en los restantes tipos (más adelante se alude a la tensión injusto penal —injusto administrativo). Además, como indica RODRÍGUEZ DEVESA (o. c., pág. 620), no se trata de asociaciones ilícitas, sino más bien de asociaciones lícitas con comportamiento ilícito.

ción del precedente («Se comprenden en el artículo anterior:») (21). Tal incongruencia se patentiza tanto en el solapamiento de las diversas figuras delictivas, que provocan continuos concursos ideales propios e impropios, como en la posterior diversificación de supuestos que realiza el artículo 174.

Al utilizar tan profusos y variopintos criterios clasificatorios, en una misma clasificación, la intersección de los distintos tipos es inevitable (22). Pero tales intersecciones no sólo se producen entre los conjuntos elaborados conforme a diversos criterios, sino incluso entre los subconjuntos que resultan dentro de los grandes grupos tipológicos (23). En los Códigos de 1870 y 1932 el problema era más simple, pero tras la revisión de 1944 los preceptos incorporados de la Ley de Seguridad del Estado complicaron la situación legal (24) en el sentido apuntado.

El principio de legalidad.

Pero el galimatías carecería de especial gravedad, si la frontera penal de la genérica figura «asociación ilícita» fuera clara. La tipicidad del principio «nullum crimen sine previa lege» es una conquista asentada, pero no se ha logrado que las leyes realicen íntegramente los imperativos de tal principio, que se refuerza a nivel doctrinal con el paso del tiempo (25). ¿Existe realmente la seguridad jurídica que proporciona una adecuada tipicidad, en el ámbito de las asociaciones ilícitas?; responder a esta pregunta exige diversas verificaciones que, en último término y como se verá más adelante, llegan a problematizar la viabilidad lógica del concepto penal de asociación ilícita; de momento, manteniendo el punto de mira a un nivel más superficial, bastará con plantear si la actual configuración preceptiva de tales tipos ofrece o no las debidas garantías de seguridad jurídica, previstas en las leyes constitucionales (26).

(21) FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Murcia, 1948; pág. 119.

(22) Una asociación puede ser ilícita coetáneamente por sus «fines» y por «declaraciones formales o por circunstancias o requisitos de este carácter». En este sentido DEL ROSAL, *Derecho Penal de sociedades anónimas*, I, Madrid, 1971; págs. 483-484.

(23) Efectivamente la ilicitud puede estar enraizada, al mismo tiempo, en diversos tipos del mismo subconjunto: una asociación puede tener fines contrarios a la moral pública, tipificados como delito, tendentes a la relajación del sentimiento nacional, etc.

(24) Los artículos 28, 30, 32, 35, 36, 39 y 41 de la Ley de 29 de marzo de 1941 (Seguridad del Estado) fueron transcritos, con leves retoques sistematizadores, en el nuevo Código penal de 1944. Tal ley se automotivaba en «la imperfección con que nuestras leyes penales, plagadas de prejuicios propios del momento en que fueron promulgadas, sancionan, cuando no olvidan, muchos de los delitos contra el prestigio y la seguridad del Estado...»

(25) En tal sentido DA COSTA, Jr. *Consideraciones acerca de la suprallegalidad en el Derecho penal*, «Estudios Penales», Deusto, 1965, págs. 213 y siguientes.— DEL ROSAL. «Esquema de un anteproyecto...» cit. págs. 44 y 45.— RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legalidad (Principio de)*, Enciclopedia Jurídica. Seix, 1971.

(26) Artículos 17 y 19 del Fuero de los Españoles.

A los efectos mencionados, la subfigura de asociación ilícita más claramente inmersa en un correcto planteamiento de la tipicidad, aun cuando no esté libre de otros problemas (27), es la prevista en el número 2.º del artículo 172 («se reputan asociaciones ilícitas: Las que tengan por objeto cometer algún delito»). Este tipo, de raigambre tradicional en los códigos españoles (28), agota su contenido en los ámbitos propiamente punitivos y sólo indirectamente, es decir, en base a las posibles inseguridades que planteen los «delitos» concretos que elijan como objeto de la asociación los asociados, puede incurrir en incorrecciones que afectan al mencionado principio de legalidad.

No menos tradicionales son las raíces que alimentan el número 1.º del mismo artículo («Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública») (29), pero no por ello ofrece las mismas garantías de seguridad que su coetáneo número 2.º, al no existir código alguno que delimite los preceptos de la «moral pública», y aun cuando GROIZARD exclame: «¡desgraciado país donde la moral pública para ser conocida necesite ser dogmáticamente explicada!» (30), la fuerza estética de la frase no proporciona la anhelada seguridad jurídica.

Antes de proseguir examinando, desde el presente ángulo, los restantes preceptos configuradores de las asociaciones ilícitas, es preciso advertir que en este ámbito, generalmente centrado en la categoría denominada «delitos políticos», la ciencia penal plantea mayores exigencias, ya desde CARRARA, por estimar que generalmente las tipificaciones son «superficiales» en el sentido de carecer de raíces éticas, pues miran más a la supervivencia de una situación política concreta que a la defensa de valores o bienes más estables y de mayor inmediatez para la persona. El mismo CARRARA ya dijo que «el delito político no se define por verdades filosóficas, sino más bien por la prevalencia de los partidos y de las fuerzas o por la suerte de una batalla» (31). Esta consideración incidental coadyuva a exigir mayores garantías de seguridad jurídica, a la hora de delimitar los preceptos que rozan con lo puramente político, y basta para localizar estos supuestos concretos el examen de los núcleos delictivos que varían con ocasión de las mutaciones histórico-legislativas.

(27) Más adelante se examina la posible superfluidad del precepto, en base a otras figuras delictivas, tanto del Libro I como del II del vigente Código.

(28) Como ya se indicó (ver nota 18) se remonta al Código de 1870, que aún era más escrupuloso en estos extremos, pues añadía: «... delitos penados en este Código».

(29) También se mantiene tal configuración desde el texto punitivo de 1870.

(30) *Código penal de 1870. Concordado y comentado*, Burgos, 1874; página 269.

(31) *Programa del curso de Derecho criminal*, Buenos Aires, 1948, vol. VIII, § 3926. En igual sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, «El trato de los delincuentes políticos en España, ante los textos de las Naciones Unidas», «El criminalista», T. XV, Buenos Aires, 1961, pág. 53.

Pero volviendo al hilo principal, corresponde ahora considerar el grado de certeza y exactitud de los restantes supuestos de asociación ilícita que, como se ha dicho, tienen su origen en la inclusión de preceptos a partir de 1944, contrarios a la tradición legislativa y provenientes de la Ley de Seguridad de Estado de 1941. En primer término surgen los números 3.º y 4.º del artículo 172 (32), que a estos efectos plantean escasos problemas, aun cuando puedan merecer abundantes críticas, desde otras perspectivas (33).

Las inseguridades surgen al examinar los supuestos del artículo siguiente —173— por tipificar las conductas prohibidas en términos penalmente indeterminados, que no ofrecen en consecuencia claras fronteras entre lo lícito y lo ilícito. «Destrucción o relajación del sentimiento nacional»; «atacar de *cualquier forma* la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional»; «Las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la ley y *cualesquiera otras de tendencias análogas*, aun cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso» (34); «Los que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de los españoles en grupos políticos o de clase, cualesquiera que fueren», y «las formaciones con organización de tipo militar...»; todas estas descripciones, en mayor o menor grado, son difusas y confusas, careciendo en consecuencia de las debidas garantías de seguridad a través de la certeza. Cabría la interpretación restrictiva de tales configuraciones, en el sentido de que las finalidades o comportamientos descritos tuvieran que corresponder a delitos tipificados en otros capítulos del Código (35), pero tal interpretación, desmentida por la jurisprudencia, haría absolutamente inútiles tales preceptos, al existir el número 2.º del artículo 172.

(32) «3.º Las prohibidas por la Autoridad competente». «4.º Las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley».

(33) Más adelante se alude al problema de delimitación de injustos penales y administrativos. Por otra parte, habría que verificar hasta qué punto los supuestos contemplados en el número 3.º no son más propiamente infracciones de «resistencia» o «desobediencia» a la autoridad (arts. 237 y 570, núm. 5 Código penal).

(34) Aún cuando pueda parecer que tales entidades «declaradas fuera de la ley» no incurrir en la mencionada inseguridad por inconcreta tipificación, ha de considerarse que también el presente tipo se refiere a «cualesquiera otras de tendencias análogas» y, por otra parte, que la declaración genérica del principio VIII de la Ley de Principio del Movimiento Nacional relativiza la aparente certeza, al declarar: que «toda organización política de cualquier índole, al margen de este sistema representativo», es decir, al margen de «la familia, el municipio, el sindicato y demás entidades con representación orgánica que a este fin reconozcan las leyes», «será considerada ilegal».

(35) Por ejemplo, otros delitos contra la seguridad exterior o interior del Estado, consumados, en grado de tentativa o frustración, o en fase de preparación o de resolución manifestada.

Sustantividad de estos delitos y delimitación de injustos.

La materia de asociaciones está ampliamente regulada en el país, aun cuando existan lagunas importantes (36). Desde un punto de vista sancionador, están previstas multas y suspensiones administrativas (37) y penas; en este segundo ámbito —el penal— el sistema carece, como se ha visto, de coherencia interna y de las garantías de seguridad jurídica dimanantes de una correcta y estricta aplicación del principio de Legalidad; sólo los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 172 pueden considerarse cumplidores de requisito de legalidad así entendido. Pero surgen nuevos inconvenientes que se centran en el «derroche de medios legales» y en la «delimitación de injustos» penales y administrativos.

Si existe seguridad jurídica en el ámbito de las asociaciones ilícitas, cuando los fines se centran en la comisión de algún delito, el número 2.º del artículo 172 gozará de tal cualidad. Pero en ese supuesto, ¿no significa un derroche de medios legales la tipificación de tal figura? La «conspiración y provocación» para delinquir (38), al-

(36) Las principales disposiciones que pueden afectar a esta temática son: Fuero de los Españoles, art. 16. Código Civil, arts. 35 y ss. Código de Comercio, arts. 116 y ss. Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951 y Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada, de 17 de julio de 1953. Concordato con la Santa Sede, de 27 de agosto de 1953, arts. II, VI, XII, XXI, y XXV. Ley de Libertad Religiosa, de 28 de junio de 1967 y Orden Ministerial de 5 de abril de 1968. Estatuto Orgánico del Movimiento, Decreto de 20 de diciembre de 1968, arts. 8 c), 11 y ss. y Disposición final 2.ª, párrafo 2.º. Ley Sindical, de 17 de febrero de 1971, arts. 13 y ss. *Ley de Asociaciones* de 24 de diciembre de 1964 y Decreto de 20 de mayo de 1965.

Como algunas legales pueden destacarse, por una parte, la ausencia de regulación —y de existencia— de las asociaciones políticas, preconizadas en el citado Estatuto Orgánico del Movimiento, y, por otra, la imprevisión de la vigente Ley de Asociaciones en lo relativo a la disolución de las mismas, extremo al que expresamente aludía la ley anterior —de 30 de junio de 1887— en su artículo 15, aun cuando el artículo 13 del vigente reglamento (D. 20 de mayo de 1965), haga referencia incidentalmente a la necesidad de un acuerdo social o de una sentencia judicial en tal sentido, *sin concretar la jurisdicción competente*. El artículo 265 del Código Penal alude también a la disolución de asociaciones, pero solamente en supuestos de depósito de armas o explosivos.

(37) Arts. 16 y 19 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, modificada por la Ley de 21 de julio de 1971.—Art. 10 de la Ley de asociaciones y 16 y 17 del Reglamento.

(38) «La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito o resuelven ejecutarlo» (Art. 4.º del Código penal). Según MIGUEL SERRANO (*El iter criminis*, Caracas, 1957, págs. 48 y 49), conspiración equivale a «resolución colectiva para la comisión de un delito». ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ diferencian la conspiración para delinquir de la asociación ilícita examinada (art. 172, núm. 2) «en la mayor estabilidad de ésta y en que la conspiración tienen por objeto un delito determinado y la asociación un número indeterminado de delitos» («Derecho penal», I, 1949, pág. 404). Atendiendo a que tal estabilidad es *de facto*, pues *de iure* no puede existir tal asociación, y a que el número indeterminado de delitos podría configurarse como una serie de conspiraciones, que irían cuajando o no en ejecuciones consumadas, frustradas o tentadas, podría plantearse la hipó-

gunas circunstancias agravantes (39), otras figuras de la parte especial (40) y todos los supuestos de autoría y participación (41), parece que pueden cubrir sin fôrceps los ámbitos ahora reservados a las asociaciones ilícitas, que tienen por objeto la comisión de algún delito, pues amparan tanto la fase de resolución manifestada como la preparatoria y la ejecutiva. Parece obvio, pero no inoportuno, aludir a la naturaleza ficticia de toda asociación que, precisamente en el ámbito penal, se concreta en la no inclusión de las personas jurídicas entre los posibles sujetos activos de delitos (42); ¿hasta qué punto una acción que consiste en asociarse, o agruparse, puede en sí constituir un delito?; ya se ha visto que el Código penal exige unas finalidades o ciertas circunstancias para que tal conducta asociativa sea típicamente antijurídica, y en el supuesto concreto del número 2.º del artículo 172, que tal asociación tenga por objeto la comisión de algún delito; la asociación en sí, además de un derecho, es un puro *acto formal* que admite multitud de *contenidos*, y tales *contenidos* son los

tesis de la superflua funcionalidad del número 2.º del artículo 172, en lo que a zona cubierta por este artículo 4.º respecta.

También la «provocación» puede cumplir un papel similar en la misma fase preparatoria.

Trata estos temas, en relación con la «resolución manifestada» JIMÉNEZ DE ASÚA en el Tomo VII de su Tratado (Buenos Aires, 1970, págs. 370 y ss).

(39) El artículo 10 del Código Penal, en su circunstancia 13, alude a «la cuadrilla», y en la precedente —12— a ejecutar el delito con «auxilio de personas que aseguren o proporcionen la impunidad». Sin entrar ahora en detalles exegéticos en cuanto al número de personas y otros extremos accidentales («Criminología de las asociaciones ilícitas», SERRANO GÓMEZ, Anuario de Derecho penal y C. Penales, enero-abril 1971, pág. 55), en supuestos de delito que hayan incurrido en fase ejecutoria podrían suplir tales circunstancias agravatorias, con leves retoques legislativos, el papel del citado número 2.º del artículo 172.

(40) La figura más destacada es la prevista en el artículo 513, que remite al número 2.º del artículo 172 «la mera asociación, aún transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo» (GONZÁLEZ GARCÍA, «Asociación para cometer el delito de robo», Revista General de la Legislación y Jurisprudencia, 1947. MARTÍNEZ VAL, «El Art. 513 del Código penal», Revista General de Derecho 1958.—RUIZ VADILLO, «Contribución al estudio de la reforma del Código penal», Madrid, 1962, separata de la Revista de Derecho Judicial); constituye esta figura una modalidad específica de conspiración para delinquir que, de estimarse funcional, podría agotar su contenido en sí misma sin remitir al vigente artículo 172 núm. 2, que no por ello supera la hipotética superfluidad.

También puede aludirse al núm. 3.º del artículo 121 («El español que dentro o fuera del territorio de la Nación reclutare gente, suministrare armas u otros medios eficaces para hacer la guerra a España bajo banderas enemigas, sediciosas o separatistas o para tentar contra la seguridad del Estado en cualquier otra forma»). En igual sentido cabe hacer referencia a los artículos 294 bis del Código de Justicia Militar, que alude a los que actúan «al servicio de Organizaciones o grupos».

(41) Los artículos 12 y ss. del Código penal regulan, como es sabido, lo relativo a las personas responsables como autores, cómplices o encubridores. La concurrencia de una pluralidad de personas supone, *de facto*, la existencia de una «asociación», más o menos transitoria, en la comisión de delitos.

(42) DEL ROSAL, «Derecho penal de las sociedades anónimas» cit. páginas 308 y ss.

que esencialmente pueden afectar al orden punitivo, siendo circunstancial el fenómeno asociativo o individual que los conforme. En tal sentido cabe decir que los delitos asociativos carecen de sustantividad, y no deben existir autónomamente, sino sólo como circunstancias de otros actos sustantivos (43).

Por otra parte, en un plano más positivo, el derecho español no reconoce la existencia de asociación o sociedad hasta que los actos formales —aprobación, inscripción en el registro, etc.— reglamentarios se cumplan (44). No es congruente, en consecuencia conceptuar penalmente las asociaciones mirando a la voluntad de los asociados, si en otros ámbitos jurídicos se conceptúan en base a requisitos formales.

Pero hay más. Se reconozca o no la falta de sustantividad de los delitos de asociación ilegal, es preciso delimitar los injustos penales y administrativos, y no exclusivamente en referencia al número 4.º del artículo 172. Aunque el tema genérico de tal delimitación no esté aún asentado en criterios definitivos (45), en este supuesto concreto se puede iluminar la problemática, suprimiendo la tipificación penal de algunas figuras, que carecen de entidad suficiente (46). Solamente los actos individuales tipificados como delitos, parecen merecer la consideración de tales en su versión de pluralidad de sujetos activos. Es decir, que al margen de la inseguridad jurídica ya referida, por deficiente claridad de fronteras, los contenidos totales o parciales de alguno de los preceptos pueden no merecer la tipificación penal que en la actualidad poseen.

(43) Tal postura parece haber adoptado el Código alemán de 1953, que en el párrafo 49 b), en el apartado relativo a la «complicidad», trata de la «Asociación para atentar contra la vida de otro», y en el 90, entre delitos de «Puesta en peligro del Estado» y sin aludir a unas genéricas asociaciones, ilícitas, se refiere a aquellas «cuyo objeto o actividad estén dirigidos contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos», estableciendo en el párrafo siguiente que «si la asociación es un partido político, la infracción no podrá ser perseguida si el Tribunal constitucional federal no ha constatado previamente la anticonstitucionalidad del partido».

(44) Concretamente, en la Ley de Asociaciones vigente, el acto de aprobación por parte de la autoridad gubernativa es el único eficaz, a la hora de dar existencia jurídica a la asociación (art. 3.º). En los Códigos de 1850 y 1932 (arts. 199 y 186 respectivamente) no se hablaba de «constitución» sino de «establecimiento» y, por otra parte, la legislación entonces vigente en materia de constitución de asociaciones no era tan heterónoma como la actual (Decreto-Ley de 20 de noviembre de 1868. Art. 2.º y Ley de 30 de junio de 1887, art. 4.º). Sobre este particular, ver «Las asociaciones no reconocidas por las Leyes», D. RUBINO, Madrid.

(45) RODRÍGUEZ RAMOS «Injusto penal e injusto administrativo en el marco del Derecho de la circulación», Revista de Derecho de la Circulación, marzo-abril 1967, págs. 121 y ss. CORREIA, *El Derecho penal de Justicia y el llamado Derecho penal Administrativo*, Madrid, 1972.

(46) Concretamente del número 4.º del artículo 172. Sin embargo, otros muchos supuestos atentatorios contra bienes jurídicos merecedores de protección administrativa, más que penal, reducirían el ámbito punitivo de la actual configuración de las asociaciones ilícitas.

Las penalidades.

Si se abogara decididamente por la supresión de la tipología penal de asociaciones ilícitas, las consideraciones precedentes y subsiguientes resultarían innecesarias. Como se trata solamente de una hipótesis, al igual que las restantes consideraciones que aquí se aducen en torno a los problemas que se plantean, es posible destacar nuevos puntos de conflicto, en el actual ámbito penal de las asociaciones ilícitas. Así surge la realidad de las penas previstas que oscilan, en lo que a privación de libertad respecta, entre el arresto mayor y la reclusión menor (sin considerar problemas de reincidencia). Los extremos de la escala están muy distanciados: veinte años. Tal amplitud espectral plantea, en sí, cierta perplejidad, pues la mera diferencia de grado que puede apreciarse entre unas y otras asociaciones acogidas todas ellas bajo el genérico calificativo de ilícitas, no parece que pueda merecer un reproche de tan desigual gravedad.

Por otra parte, si se comparan las penalidades previstas en este capítulo, con las que se establecen en los delitos contra las personas (núcleo más constante de los códigos punitivos), se aprecia que la intensidad del reproche se equipara, y en ocasiones supera, al homicidio, infanticidio, aborto, lesiones y mutilaciones, etc. Profundizar en este paralelismo llevaría a consideraciones éticas, que superan las fronteras de lo estrictamente jurídico, y que posiblemente invalidarían en su raíz estas tipificaciones conyunturales. Sí cabe apuntar, en cambio, que teniendo en este país la criminalidad asociativa un carácter predominantemente político, la pena aplicable a estos «delinquentes por convicción» cumplirá solamente una función represiva, pues no es concebible la eficacia «rehabilitadora» o «medicinal» de la sanción en tales ámbitos.

Autoría y cooperación.

Los preceptos examinados hacen las siguientes referencias expresas a supuestos específicos de participación y cooperación:

1. Tipo privilegiado: (No se hace alusión alguna a las asociaciones comprendidas en este tipo, desde el presente ángulo).
2. Tipo básico: «incurrirán en la pena de arresto mayor: los meros individuos de asociaciones comprendidas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 172 y en el 173» (art. 175, núm. 4).
3. Tipo cualificado: «Si la asociación tuviere por objeto... serán castigados con la pena... de prisión menor, los meros afiliados o participantes» (art. 174, núm. 1, párrafo 3.º).
4. Cooperación: «Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase favorecieren la fundación, organización, o actividad de las asociaciones, grupos, organizaciones, entidades y formaciones mencionadas en el artículo anterior», «incurrirán en las penas de prisión menor, inhabilitación especial

y multa de 5.000 a 25.000 pesetas». «En este caso, cuando el caudal del culpable lo permita, podrán los Tribunales elevar la cuantía de la multa hasta 1.000.000 de pesetas, atendidas las circunstancias y consecuencias del hecho» (art. 174, número 2.º).

Tales referencias plantean conflictos con las previsiones generales del Código sobre el particular. Se alude a «directores», «presidentes», «organizadores», y «fundadores», por una parte, y a «meros individuos», «meros afiliados o participantes» y «a los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase...», por otra. Tales configuraciones, ¿hasta qué punto desmontan la genérica clasificación de «autores», «cómplices» y «encubridores»?

De nuevo se topa con la falta de expresividad legal, a la hora de definir la extensión de tales figuras, lo cual exige acudir a la jurisprudencia, para comprobar las especies que el arbitrio judicial ha construido, y en tal quehacer se aprecia que la interpretación judicial ha sido más bien extensiva en favor de los peculiares «autores» y en detrimento de los «cómplices» (47). Pero, además, se plantea de nuevo la dificultad dimanante del concepto penal de asociación que, como se ha visto, rompe con las restantes construcciones del ordenamiento jurídico, porque ¿cuándo se organiza una asociación?, ¿cuándo se funda, si carece de existencia jurídica?; por otra parte, si una asociación ya «existente» trata de establecerse en otra provincia, por ejemplo, ¿realiza nuevos actos de «fundación», o más bien, desarrolla una labor normal de crecimiento, que compete a todos los asociados, sin que por ello dejen de ser «simples afiliados o participantes»?; la aludida interpretación extensiva del Tribunal Supremo destruye tal hipótesis, pero no por ello dejan de existir los problemas enunciados,

(47) El T. S. afirma que «la oposición... que realizan... los artículos 174 y 175 del C. p. entre meros participantes, asociados o individuos por un lado, y fundadores, organizadores, directores o presidentes por otro, requiere en defecto de definición directa legal determinar su diferencial condición, con arreglo a la realidad práctica y al concepto lógico y semántico de los propios términos enunciativos de la condición personal, en correlación de la inexistencia de situaciones intermedias; ...» (S. 30.10.67). Sobre esta base concluye, en distintas ocasiones, criterios como los siguientes: «los procesados tomaron contacto con individuos venidos de fuera de España, por lo que no se limitaron a cumplir simple y corrientemente sus deberes de afiliados» (S. 26.4.69), «si sus actividades como afiliados hubiesen estado limitadas al simple pago de cuotas e incluso, en ciertas condiciones, a la captación de adeptos, en lugar de rebasar estas poco importantes actividades, con las más destacadas y de mayor importancia de celebrar reuniones de carácter regional y sobre todo la de enlazar con miembros de mas relieve de Madrid, de los que recibían instrucciones, y el sufragar gastos de juicio de otros adeptos, y de desplazamientos de afiliados a la organización; pues estos actos comisivos son de indudable gravedad y no los asumen los simples afiliados sólo por esta circunstancia, sino que los realizan elementos que se destacan por su actividad» (S. 9.6.69). Sobre el tema general de la autoría y complicidad puede verse: «Autor y cómplice en el Derecho penal», GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1966.

que vienen a sumarse a los ya descritos en relación con la aporética existencia de estas entidades delictivas.

También resulta sorprendente que la figura del «cooperador» (artículo 174, núm. 2) sólo extienda su vigencia a los supuestos del artículo 173, sin incluir los del precedente, y que se conceda a los Tribunales un arbitrio tan amplio en lo relativo a la fijación de la cuantía de la multa. En este apartado de autoría y complicidad cuadrarían nuevas consideraciones, más detenidas y precisas, pero a los efectos enunciativos mencionados pueden bastar las reseñadas, no sin apuntar la dificultad técnica de encaje, a la hora de tipificar la participación de un delito que, a su vez, no es más que la punición de resoluciones más o menos manifestadas de delinquir, en la más benigna de las calificaciones.

El «iter criminis».

El vigente Código penal también tipifica especialidades relativas al «iter criminis» en la parcela de las asociaciones ilícitas. Concretamente se hacen las siguientes referencias:

1. Tipo privilegiado: (no existe alusión alguna a las asociaciones comprendidas en este tipo).
2. Tipo básico: «Si la asociación no hubiere llegado a constituirse, las penas serán de arresto mayor, suspensión y multa de 5.000 a 10.000 pesetas (art. 174, núm. 1, párrafo 2.º).
3. Tipo cualificado: «Cuando los hechos sancionados en el párrafo anterior carecieren de gravedad o la asociación no hubiere llegado a constituirse, el Tribunal podrá imponer a los meros participantes la pena inferior en un grado» (art. 174, núm. 1, párrafo 4.º).

Tales especialidades no sólo plantean problemas en orden a los preceptos generales relativos a la conspiración, tentativa y frustración, sino que en sí mismos replantean los temas esenciales de esta parcela: ¿cuándo se estima *constituida* una asociación, si legalmente existen requisitos formales constitutivos a tales efectos, que no suelen concurrir en estas asociaciones de hecho? Es lógicamente imposible distinguir entre resoluciones manifestadas, actos preparatorios, ejecutivos y de consumación, si también lógicamente es inconcebible en España una asociación sin reconocimiento jurídico. Este problema básico manifiesta una vez más la inseguridad jurídica, derivada de la deficiente tipificación legal, que pulula por estos ámbitos positivos.

Además, una conducta que, como se ha visto, sólo es en esencia una resolución manifestada de delinquir (ni siquiera ha comenzado la ejecución del delito sustantivo, que da pie a esta tipificación de la asociación), difícilmente puede a su vez recibir punición en fase preparatoria o ejecutiva incompleta, en buena técnica penal.

Problemas concursales.

Para que no falten problemas relativos a las asociaciones ilícitas en ningún capítulo de la teoría jurídica del delito (48), hay que hacer también una referencia sumaria a los confusos conflictos concursales que esta joyosa figura plantea. Por una parte, puede concurrir con otros delitos cometidos con anterioridad e, incluso, con motivo de su constitución; por otra, con los perpetrados posteriormente a la existencia (fáctica, que no jurídica) de la asociación. En el primer estudio concursal, en base al artículo 71, a veces se considera el delito no asociativo como «medio necesario para cometer» el de asociación ilícita, y es absorbido por éste (49). La absorción recíproca que parece igualmente técnica en los casos «ex post», no siempre se realiza, y la asociación ilícita mantiene su sustantividad como delito acumulable al cometido, sin que tampoco llegue a convertirse en una mera circunstancia del delito principal (50).

Una contemplación más reposada de todos los variantes concursales (tanto ideales —propios e impropios— como reales), evidenciarían unos problemas que, en definitiva, radican en la aporítica existencia lógico-jurídica de esos delitos, en su versión actual, y por ello no precisan mayores consideraciones.

4. CONCLUSIONES

De este rápido repaso a la reglamentación penal de las asociaciones ilícitas, pueden formularse las siguientes conclusiones:

PRIMERA.—La reciente reforma de los artículos 172 y 174 del Código penal, no goza de justificación fundada en la Exposición de

(48) No se han tratado temas de sumo interés, plenamente enraizados en la teoría jurídica del delito, por la sumariedad programática de este artículo, ya advertida al comienzo. En los cauces de la culpabilidad, por ejemplo, sería de gran interés lo relativo a la consciencia de la antijuricidad o, reconocida la existencia de la misma desde un punto de vista formal, la concurrencia de estados de necesidad putativos, o, en el peor de los casos, la constante presencia de motivos «morales, altruistas y patrióticos».

(49) Tal es el caso de la concurrencia de propaganda ilegal que «iba dirigida exclusivamente a captar los prosélitos necesarios para reorganizar la asociación ilícita... (y ambas actividades) están en la relación de medio a fin prevista en el párrafo 1.º del artículo 71 del Código penal» (T. S. 23.1.67; 27.1.65, etc.).

(50) Se estima que «el delito de asociaciones ilícitas es de naturaleza eminentemente formal y pasiva y que basta para existir alguna de sus diversas manifestaciones de la entidad ilegal, penándose su existencia por este solo hecho, sin que absorba las actividades delictivas de propaganda o desórdenes públicos, que la asociación realice, que por ser delitos de resultado, si son individualizados, deben sancionarse en concurso real» (T. S. 26.12.66; 11.5.70, etc.). En relación con la asociación para el robo, se ha declarado, en cambio, inaplicable el artículo 513, cuando el robo se ha intentado, frustrado o consumado, pues entonces entran en juego los preceptos sustantivos que a estos grados de la infracción penal se refieren (T. S. 15.11.74; 3.10.48, etc.), siendo esta postura más coherente con la configuración de la asociación ilícita como criminalización de actividades sólo en fase de «resolución manifestada».

Motivos de la citada Ley, y la explicación indirecta que puede captarse del mencionado preámbulo carece de base al verificar las novedades introducidas, máxime cuando significan un endurecimiento de los preceptos retocados, en lo relativo a su extensión temática e intensificación represiva.

SEGUNDA.—La actual tipificación penal de las «asociaciones ilícitas» es la más prolija de la historia de los Códigos hispanos, centrándose su origen inmediato en la Ley de Seguridad del Estado de 1941, típica ley especial promulgada en una época de posguerra, carente de raigambre tradicional y de la necesaria tónica de paz cívil.

TERCERA.—Existen evidentes incorrecciones lógico-sistemáticas, en la vigente reglamentación penal de las «asociaciones ilícitas», agudizándose tal torpeza por la ausencia de la ineludible seguridad jurídica dimanante de una idónea aplicación del principio de legalidad de los delitos, máxime cuando en el presente ámbito político no existen normas legales que determinen, en términos positivos y prácticos, el margen de «lo lícito».

CUARTA.—La amplitud temática del Código penal en este punto agrava el problema básico relativo a la sustantividad de tales infracciones, que quizá deban concebirse como meras circunstancias de otros entes delictivos tanto en fase de resolución manifestada como de preparación, ejecución y consumación.

QUINTA.—Existe una patente confusión de zonas administrativas y penales en la presente regulación jurídica de las asociaciones ilícitas, que multiplica la problemática enunciada. Podrían considerarse injustos administrativos (si se siguen estimando disfuncionales para la vida social) todos aquellos supuestos que, en su versión de individualidad activa, no estén tipificados como delitos.

SEXTA.—Las penalidades típicas, además de oscilar en un espectro excesivamente amplio, evidencian una gravedad desproporcionada en contraste con otros delitos claramente antisociales y de estable tipificación jurídico-penal.

SEPTIMA.—Las especialidades legislativas en este ámbito, relativas a la autoría y al *iter criminis*, están deficientemente especificadas y por otra parte replantean la dificultad nuclear de reconocer el momento «fáctico» en el que se constituye una asociación, cuando el orden legislativo general centra tal instante en un acto *jurídico formal* y no *ontológico*. También parece forzar los cauces doctrinales la tipificación de conductas participativas y en fases no consumadas, cuando las asociaciones ilícitas sólo parecen defendibles en base a su configuración como resolución manifestada de cometer otro delito principal.

Estas conclusiones, superficiales e hipotéticas, reclaman estudios minuciosos sobre las asociaciones penalmente ilícitas, que posiblemente exigirán una pronta reforma de la vigente legislación penal,

que incluso puede consistir en la abolición de tal figura genérica por superflua y contraria a las exigencias técnicas, en el presente estadio de la ciencia penal. Asimismo, la estadística criminal más reciente extiende el ámbito de exigencia a niveles pragmáticos, al evidenciar la vigencia material de los preceptos examinados (51).

(51) Según la Fiscalía del Tribunal Supremo, «las cifras relativas a la «delincuencia subversiva», fueron los siguientes... Asociación ilícita:

1968: 68
1969: 124
1970: 114».

(«Memoria elevada al Gobierno Nacional en la Solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1971, por el Tribunal Supremo», página 85). Por otra parte, cabe presumir una vasta zona de «criminalidad oculta».

Los términos «delito» y «falta» en el Código penal

SANTIAGO MIR PUIG

Prof. A. Derecho penal en la Universidad de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El presente trabajo intenta contribuir a la iniciación del análisis de una de las estructuras lingüísticas fundamentales del Código penal: los términos «delito» y «falta» (1) en su uso *normal* por parte del Código y en los preceptos que los definen (arts. 1 y 6). La perspectiva adoptada es ante todo *terminológica*. Se pretende, en primer lugar, desentrañar el significado de ese par de términos legales según el uso de la ley. Ello no significa, sin embargo, que este objetivo haya de ser alcanzado con independencia de la dogmática. Por el contrario, el esclarecimiento del sentido de los términos legales «delito» y «falta» debe efectuarse en estrecha relación con las categorías dogmáticas del hecho punible.

Primera cuestión a resolver será, en efecto, la de si el uso normal del Código y las definiciones de los arts. 1 y 6 emplean los términos «delito» y «falta» en el mismo sentido en que la ciencia lo hace del delito, y, puesto que la respuesta será negativa, qué notas de las exigidas por la construcción dogmática del hecho punible son requeridas por los términos «delito» y «falta» en el Código penal. Este problema se halla en íntima conexión con el del criterio, abstracto o concreto, para la calificación de un hecho concreto como «delito» o como «falta», que

(1) Aparte de las referencias necesariamente fragmentarias contenidas en los manuales, destinadas sobre todo a la interpretación del artículo 1 CP (así, J. ANTON ONECA, *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, págs. 139 ss.; J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.^a ed., Madrid, 1971, páginas 275 ss.; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, 16.^a ed., Barcelona (Bosch), 1971, págs. 288 ss.; A. QUINTANO RIPOLLES, *Curso de Derecho Penal*, Madrid (Ed. Rev. D.^o Privado), 1962, págs. 208 ss.; J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a su traducción cast. del Tratado de Derecho Penal*, de E. MEZGER, 2.^a ed., Madrid (Ed. Rev. D.^o Privado), 1946, I, pág. 174), deben señalarse como contribución importante al estudio de la perspectiva terminológica de «delito» y «falta» las observaciones de J. CÓRDOBA RODA en sus *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de R. MAURACH, Barcelona (Ariel), 1962, I, páginas 151, 159 y 175; en J. CÓRDOBA RODA y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona (Ariel), 1972, sobre todo págs. 22 ss., puede verse resumida su posición frente al artículo 1.

se estudiará a continuación. La tercera parte del trabajo está destinada a la cuestión del alcance de aquellos términos en relación a las formas de imperfecta ejecución, de participación y preparatorias punibles: se quiere averiguar si todas ellas, y no sólo el hecho consumado del autor previsto en la Parte Especial, constituyen «delito» —o «falta»— en el sentido del Código.

La importancia de la problemática suscitada se refleja, de modo inmediato, en la interpretación de los numerosos preceptos en que los términos «delito» y «falta» aparecen como previamente definidos. Nos hallamos en esos casos frente a hipótesis de lo que Larenz llama «lenguaje especial del legislador» (2). *En principio* deberá partir el intérprete del significado normalmente concedido por la ley a tales términos, si bien es cierto que dicho significado habrá de ceder cuando del contexto del precepto de que se trate se deduzca la imposibilidad —no sólo inconveniencia— de su admisión. Así por ejemplo, sólo si se entiende que la tentativa es «delito» o «falta» cabrá admitir que prescribe, y de acuerdo con la pena que le corresponda, según el art. 113 C. p., que se refiere sólo a la prescripción de los «delitos» y de las faltas». Por otra parte, los resultados a que se llegue en este trabajo pueden ser significativos para problemas dogmáticos nucleares. Así, el contenido propio de los términos «delito» y «falta» puede revelar una toma de posición de nuestro Derecho en relación a los problemas de la posición del dolo y la culpa en la teoría del delito y la admisibilidad de la construcción de los elementos negativos del tipo. El tema abordado constituye, en todo caso, un presupuesto general de la elaboración de una dogmática jurídico-penal específicamente vinculada al Derecho penal español.

II. SENTIDO DE «TIPO LEGAL» DE LOS TERMINOS «DELITO» Y «FALTA»

1. *Planteamiento.*

En el lenguaje de la ciencia la palabra delito expresa el concreto presupuesto de la pena, con la sola salvedad de la discrepancia doctrinal existente en torno a la eficacia excluyente o no del delito de las condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias. Sin embargo, en el número siguiente se pondrá de manifiesto un uso *normal* de los términos «delito» y «falta» en el Código penal en el sentido, abstracto e *incompleto* respecto del concepto dogmático de delito, de «tipo legal». A continuación se *precisará* el contenido dogmático de ese concepto de «tipo legal»: es necesario decidir si el tipo legal coincide con la «tipicidad» *stricto sensu* de la teoría del delito, si incluye, además, en forma de tipo de injusto definitivo, la «antijuricidad», o si contiene también elementos de culpabilidad. Lo segundo aparecerá como la solución preferible (punto 3). Decidir si es el uso de «delito» y «falta»

(2) Vid. K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. cast. de E. GIMBERNAT ORDEIG, Barcelona (Ariel), 1966, págs. 255 ss.

como «tipo legal», así entendido, o el dogmático de hecho punible completo el que tiene lugar *como regla*, por ser el impuesto por las definiciones de los arts. 6 y 1,1 del Código penal, constituye el objeto de los puntos 4 y 5.

La solución de la problemática señalada es, por una parte, decisiva para la interpretación de ciertos preceptos que se refieren a la palabra «delito» y, por otra, de elevado interés dogmático. En cuanto a lo primero, debemos destacar que la presente investigación nació de la necesidad de interpretar el término «delito» de los arts. 10,14 y 10,15 del Código penal, donde operan como elementos normativos jurídicos. La solución *típico-abstracta* decide en estos preceptos el sentido de las expresiones «delito a que la ley señale igual o mayor pena», «dos o más delitos a que la ley señale pena menor» y «otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código» (3). En cuanto a la relevancia dogmática de la temática estudiada, se halla vinculada, sobre todo, a la *precisión* del contenido del tipo legal expresado por los términos «delito» y «falta», como se verá al considerar este aspecto (punto 3).

2. «Delitos» y «faltas» como «tipos legales abstractos» en el uso normal del Código.

La definición del art. 1,1 del Código penal podría dar a entender que en la terminología legal *sólo —y siempre—* constituye «delito» o «falta» la acción u omisión que *resultare penada —punible—* por la Ley en el caso *concreto*. En este sentido, la calificación de «delito» y «falta» habría de recaer, en la terminología del Código, en cada una de las *concretas acciones producidas en el mundo empírico* que merecen de forma concreta una pena que depende, en su cualidad y cantidad, de las particulares circunstancias de aquéllas. En términos de dogmática ello significaría que para la presencia de un «delito» o «falta» —siempre en el lenguaje del Código— sería necesaria la concurrencia de todos los elementos que permiten la concreta punición de una acción u omisión empírica; a saber, no sólo la adecuación de la misma a un *tipo legal abstracto*, sino también —y además— los concretos juicios de culpabilidad y, si se admite, punibilidad (4).

(3) Por ejemplo, en cuanto a la primera de estas expresiones, la solución *típico-abstracta* obliga a entender que las penas a comparar en el artículo 10,14 son las penalidades *típicas*, no las concretamente —con circunstancias— imponibles: cfr. S. MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal*, tesis doctoral, Barcelona (Bosch), en prensa, Cap. 5, III.

(4) Esta interpretación concreta —o completa— de la definición del artículo 1,1 CP es la dominante en la doctrina española. De modo explícito, J. CÓRDOBA RODA, *Notas*, cit., I, págs. 152 y 175; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., págs. 139 ss.; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, cit., I, páginas 288 ss. También, aunque entiende que sólo *implícitamente* se contienen en el artículo 1,1 la antijuricidad y la culpabilidad, A. QUINTANO, *Curso...* cit., I, pág. 209. No parece totalmente favorable a esta interpretación J. M.^a

Sin embargo, el Código penal contiene un uso *normal* de los términos «delito» y «falta», según el cual no se consideran como tales las *acciones del mundo empírico concretamente punibles*, sino los *abstractos procesos* de actuación previstos por la Ley en los distintos *tipos legales* que, como regla, constituyen la Parte Especial del Código, *con independencia* de que concurran o no, además de esa tipicidad legal, otras notas adicionales de la teoría del delito. Como es sabido, las rúbricas de los Libros II y III del C. p. rezan «Delitos y sus penas» —Libro II— y «de las Faltas y sus penas» —Libro III—. Esto revela que los tipos legales que se encierran en el Libro II constituyen —al menos en principio— a los ojos del Código «los delitos», mientras que en el Libro III se hallan «las faltas». Y, si como se halla generalmente admitido (5), los preceptos de estos libros no contienen la totalidad de las características dogmáticas del hecho punible completo, habrá que concluir en el sentido incompleto y abstracto de los tipos legales y, por ello, de los «delitos» y «faltas» de los Libros II y III (6).

Confirma esta interpretación el hecho de que el Código califique de «delito» o «falta» conductas en las que, concurriendo la realización de la descripción típica de los preceptos de la Parte Especial, falta, sin embargo, la culpabilidad: en estos casos, la calificación de «delito» o «falta» tiene lugar *abstracción hecha* de las circunstancias *concretas* que fundamentan la exclusión del personal juicio de culpabilidad. Es lo que sucede en los números 1.º párrafo 2, 2.º párrafo 2, 3.º párrafo 2, y 4.º circ. 1.ª párrafo 2 del art. 8 C. p. El segundo párrafo del núm. 1 del art. 8 dice: «Cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la *Ley sancionare como delito...*» El párrafo 2.º del núm. 2 del art. 8 empieza también diciendo: «Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un *hecho castigado por la ley...*» (7). Y el párrafo 2.º del núm. 3 del mismo artículo hace, asi-

RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General* cit., págs. 278 ss. Tampoco J. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal*, I, Madrid, 1968, página 493, donde afirma que en el artículo 1 no se contiene la culpabilidad. Por nuestra parte, primero intentaremos poner de manifiesto que el concepto concreto y completo no es el expresado por el CP normalmente, y tampoco en el artículo 6, por medio de los términos «delito» y «falta». A continuación podremos abordar la cuestión en el artículo 1, que, a nuestro juicio, permite también la interpretación típico-abstracta: cfr. *infra*, II 4. Debe adelantarse, sin embargo, que el tipo legal abstracto incluye, para nosotros, la antijuricidad (cfr. *infra*, II 5). Delito *completo* y delito *incompleto* se distinguen, pues, por la concurrencia o no de culpabilidad y, en su caso, punibilidad.

(5) Así, J. CÓRDOBA, *Notas*, cit., I, pág. 152; F. F. OLESA MUNIDO, *Estructura de la infracción penal en el Código español vigente*, Barcelona (Ariel), 1971, pág. 39.

(6) J. CÓRDOBA, *loc. cit.*, escribe: «Si los preceptos de la Parte Especial del CP se limitan, pues, en principio, a la configuración de los tipos, es evidente que el término «delito», utilizado por el legislador para rotular los epígrafes de los títulos del libro 2.º del CP, equivale a *acción típica*».

(7) RODRÍGUEZ MUÑOZ señala los números 2.º, 1, y 3.º, 2, del artículo 8, como casos en que «hecho» y «delito» coinciden: *Notas* cit., I, pág. 174. CÓRDOBA observa que «hecho» y «delito» o «falta» se corresponden recíprocamente con frecuencia en la terminología legal: *Notas* cit., I, pág. 413.

mismo, alusión a «cuando éste —el sordomudo— haya cometido un hecho que *la Ley sancionare como delito...*» (8). Teniendo en cuenta que los preceptos citados hacen referencia a supuestos en que la conducta concreta se halla exenta de pena por ausencia de culpabilidad, no cabe otra interpretación de las expresiones subrayadas que la de entenderlas referidas a *tipos legales* no constitutivos de delito, en sentido dogmático, en el caso concreto. Del mismo modo, en el núm. 4 del art. 8 es indiscutible que, igual que cualquier otra *agresión*, la de los bienes, si bien se exige que «constituya delito», no hace falta que además de antijurídica (9) sea culpable y punible (10).

El mismo uso de los términos «delito» y «falta» tiene lugar inequívocamente en los arts. 104, 453, 546 bis a) y bis b) C. p. La puesta en relación del art. 104, que impone la indemnización de perjuicios irrogados «por razón de *delito*», y el art. 20, que prevé la responsabilidad civil por el hecho del inimputable, muestra que este hecho debe incluirse en el tenor del término «delito» del art. 104, pese a la falta de culpabilidad. En el art. 453, que define la calumnia como «la falsa imputación de un *delito* de los que dan lugar a procedimiento de oficio», debe entenderse que el hecho del inculpable cabe en la esfera de significación de la palabra «delito», a no ser que se quiera admitir que el inculpable no puede ser nunca sujeto pasivo del delito de calumnia. Del art. 546 bis f) se desprende que el «delito» o «falta» de los arts. 546 bis a) y bis c), respectivamente, puede ser cometido por autor inculpable o exento de pena (11).

Finalmente, es altamente expresivo en favor de la equiparación de «delito» o «falta» y «tipo legal», en el sentido *abstracto-incompleto*, que el Código utilice el término «delito» en este sentido incluso en preceptos como el art. 10,15 —y muchos otros (vid. *infra* II 4Cb y c), entre ellos lógicamente también el art. 10,14—, *pese* a que en ellos se presupone la presencia de un delito completo concreto. No cabe duda, en efecto, de que en el art. 10,15 la exigencia de que el o los «delitos» anteriormente condenados se hallen «comprendidos en el mismo título de este Código» pone de manifiesto que la ley apunta al tipo legal abstracto: éste es el único que puede hallarse «comprendido en un título» (el delito completo concreto es el producto de la coordinación del Libro I y II, esto es, de *dos* títulos por lo menos). La necesidad de extender esta conclusión al término «delito» del paralelo art. 10, 14 es sistemáticamente obvia.

(8) Los subrayados son nuestros.

(9) Ya se ha adelantado en la Nota 4 que, como se verá, el tipo legal incluye la antijuricidad en forma de *tipo total* de injusto.

(10) En este sentido expresamente, J. CÓRDOBA, *Comentarios...* cit., I, página 237.

(11) Seguimos el planteamiento de G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, pág. 902. Los subrayados son nuestros.

3. *Precisión del contenido dogmático de los términos «delito» y «falta» como «tipo legal abstracto».*

Las observaciones anteriores llevan a la conclusión *negativa* de que los términos «delito» y «falta» en el uso normal del Código no se corresponden con la noción dogmática de hecho punible completo y concreto. Como conclusión *positiva*, nos hemos limitado a equiparar «delito» y «falta» a «tipo legal abstracto». Interesa ahora *precisar* qué elementos del concepto dogmático de hecho punible —de delito— pertenecen a ese tipo legal. Más concretamente: ¿«tipo legal» es «acción típica», «tipo de injusto» o «tipo de injusto con ciertos elementos de culpabilidad»?

a) La respuesta ha de partir de los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del art. 8 C. p., ya examinados. De todos estos preceptos se desprende que, si bien es innegable la utilización abstracta-incompleta del término «delito», resultaría altamente insatisfactorio equiparar éste a toda «acción típica» en sentido estricto. Al margen de la posibilidad de requerir efectiva peligrosidad en el imputable para su sometimiento a las medidas de seguridad previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 8 (12), no cabe sino condicionar tales medidas a la *antijuricidad* del hecho realizado por el imputable. Sería absurdo aplicar el internamiento de seguridad por causa de una actuación en legítima defensa justificante. Del mismo modo, debe entenderse que en el art. 8, 4.º no basta que el ataque a los bienes sea típico, sino que es necesaria, además, su antijuricidad. Lo contrario supondría la admisión legal de legítima defensa contra una agresión *legítima*, lo cual contradiría el encabezamiento general del art. 8, 4.º en un supuesto —la propiedad— en que lo que se pretende es precisamente *limitar* los casos en que cabe legítima defensa.

La misma conclusión —en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del art. 8. «delito» requiere, por lo menos, la antijuricidad— se deduce de los arts. 104 y 453 C. p. (13). Ya se ha visto que el término «delito» del art. 104, en relación con el art. 20, alcanza al hecho del imputable. Sin embargo, el mismo art. 20 muestra que aquel término —«delito»— se extiende en el art. 104 sólo, en principio, a hechos antijurídicos. Si el art. 104 se refiere a la indemnización de perjuicios «por razón de delito» y el art. 20 en principio excluye de los hechos que originan responsabilidad civil los amparados en una causa de justificación (así, legítima defensa o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), cabe pensar que el hecho justificado no es «delito» en el sentido del artículo 104. Cierto que el art. 20 admite la responsabilidad civil por hecho ejecutado en estado de necesidad, aun en caso de conflicto de

(12) Es encomiable, en este sentido, el esfuerzo de CÓRDOBA por mostrar la necesidad de subordinar la aplicabilidad de las medidas de los números 1.º y 3.º del artículo 8 a la presencia de peligrosidad: *Comentarios...* cit., I, páginas 222 ss. y 236.

(13) Así, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, pág. 902.

bienes desiguales. Pero eso no significa que el mismo *deba* calificarse de «delito» según el art. 104. Puede interpretarse sólo como supuesto de ampliación excepcional de la responsabilidad civil por la *peculiar* naturaleza del estado de necesidad, que, pese a la justificación *penal* del *autor* (que puede no ser el *beneficiado*), supone la causación de un «mal» (arts. 8,7.º y 20 regla segunda) para el sujeto pasivo en beneficio de otro sujeto (el *beneficiado*, que puede no ser el *autor*) (14). Resultado material del estado de necesidad es, pues, un *desequilibrio* entre dos sujetos, el pasivo y el beneficiado, que, en cuanto sea *reparable* económicamente, desde la perspectiva de derecho *civil* aquél no tiene necesidad de soportar (15). Adviértase, en efecto, que el art. 20, regla segunda, establece la responsabilidad civil en el caso del artículo 8,7.º sobre «las personas en cuyo favor se haya precavido el mal —y no sobre sus autores (16)— en proporción del beneficio que hubieren reportado», y no en proporción a la gravedad del mal. Por lo demás, la indemnización de perjuicios del art. 104,1 *in fine* puede entenderse *analógicamente* extendida al estado de necesidad en base al art. 20, regla segunda. Tratándose de materia *civil*, la vía analógica no se halla excluida por el art. 2 C. p., base legislativa de la prohibición de analogía (17). En cuanto al art. 453 —que exige la imputación de un «delito»— parece lógico que para la calificación de «calumnia» no baste la imputación de un hecho típico *justificado*, carente de sentido depreciativo —no cabe calumnia por la atribución de una detención *legal*—, sino que es precisa la antijuricidad del hecho.

La conclusión obtenida para los arts. 8,1.º, 2.º, 3.º y 4.º, 104 y 453 es susceptible de *generalización* al uso normal de los términos «delito» y «falta», por el mismo sentido *valorativo* de estos términos, confirmado inequívocamente por el genérico «infracción» (art. 6), que alude al quebrantamiento de una norma, y, sobre todo, por exigencias de la esencia de la participación. En cuanto a lo primero, debe señalarse que para la aprehensión del significado de desvalor de los términos «delito» y «falta» no bastaría entender que constituyen el «tipo» *stricto sensu*, ni siquiera entendido como *ratio essendi* de la antijuricidad en sí mismo y, por ello, como «tipo de injusto» con independencia de que concurran

(14) Salvo que el estado de necesidad se resuelva en la *lesión de un deber* carente de resultado material lesivo (art. 8, 7.º, 1, CP).

(15) Probablemente sea éste un ejemplo de la diversidad *cualitativa* —no sólo *cuantitativa*— del significado del injusto *civil*, limitado *esencialmente* a la constatación de un *resultado* lesivo causalmente producido que hay que *reparar* —de ahí que la responsabilidad *objetiva* sea en Derecho civil de signo *progresivo*—, y el injusto *penal*, que supone la calificación de *desvalor de la acción*, en cuanto causal de un resultado lesivo o de peligro, pero también en sí misma. Esto no es óbice, claro está, a la unidad *superior* del ordenamiento jurídico.

(16) Así, J. CÓRDOBA, *Comentarios...* cit., I, pág. 969.

(17) En base a la expresión «rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley» le atribuye con razón CÓRDOBA el carácter de base legal de la prohibición de analogía (a nuestro juicio criticable en cuanto alcanza a la *in bonam partem*): cfr. *Comentarios...* cit., I, págs. 58 s.

o no causas de justificación: el tipo permite sólo un juicio *provisional* de desvalor, debe admitirse que no supone *por sí solo* todavía desvalor alguno, si no se quiere caer en la contradicción, señalada por Roxin, de considerar «antijurídico en sí» un hecho justificado (18). Sería desconocer la connotación de desvalor implícita a la palabra «delito», calificar de tal la acción del verdugo, la detención legal de la policía o la ejecución legítima de una pena privativa de libertad (19).

Por otra parte, constituye presupuesto de la participación en un hecho de otro, que éste sea injusto —*accesoriedad limitada*— (20). Como escribe Rodríguez Mourullo, «sería absurdo castigar a alguien como *partícipe* en un hecho conforme a Derecho» (21). Por ello, en los arts. 12 y ss. debe entenderse que las palabras «delito» (22), «falta», «hecho» (23), «hecho punible» (24) e «infracción» (25) requieren la antijuricidad. Confirma esta conclusión el art. 546 bis f), en relación con los arts. 546 bis a) y b) C. p. Se ha dicho en el epígrafe anterior —2— que la concordancia de estos preceptos pone de manifiesto el sentido *incompleto* de los términos «delito» y «falta» de los artículos 546 bis a) y b) respectivamente. El tenor del art. 546 bis f) indica que lo que *falta* en aquellos términos es la *culpabilidad*, o, en su caso, la *punibilidad*, no la antijuricidad. Así se deduce de que dicho artículo limite la salvedad que prevé al caso de que «el *autor* del hecho» fuere irresponsable o estuviere exento de pena». La causa de la im-

(18) Vid. C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2.^a ed. inalt., Berlín (W. de Gruyter), 1970, págs. 42 s. y 175.

(19) J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA escribe: "... es evidente que la ley no quiere imponer la pena de homicidio (art. 407) a cualquiera que mate a otro, sino a quien lo haga sin concurrir una legítima defensa o el cumplimiento de un deber". Ello es para este autor un argumento decisivo para la admisión de la teoría de los *elementos negativos del tipo*: cfr. *Derecho Penal Español*, P.G. cit., pág. 338. W. GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. cast. de J. CÓRDOBA RODA, Barcelona (Bosch), 1959, pág. 48, afirma en el mismo sentido: "Lo que está fuera de duda es que el legislador pretende describir, al propio tiempo que las acciones típicas, también las acciones *prohibidas*".

(20) Así, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, II, pág. 294; J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. G. cit., pág. 651; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., págs. 435 s.

(21) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, pág. 806, N. 24.

(22) Es obvio, p. ej., que en el artículo 17, "reo habitual de otro delito" no podría serlo el policía por las detenciones que practica legalmente.

(23) Así, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., pág. 422; DEL ROSAL cree incluso que el "hecho" requiere la culpabilidad: *Derecho Penal Español (Lecciones)*, Madrid, 1960, II, pág. 119. Pero esto contradice el significado de "hecho" en el art. 8, 2.^o y 3.^o, CP, que excluye la culpabilidad.

(24) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., pág. 443, cree que "hecho punible" se corresponde en el artículo 17 con "delito completo". Pero tiene razón RODRÍGUEZ DEVESA cuando objeta que "hecho punible" equivale a "delito" —como en los Códigos anteriores— y a "hecho castigado por la ley", en el sentido *incompleto* de los artículos 8, 1.^o, 2.^o y 3.^o: *Derecho Penal Español*, P. G. cit., pág. 674. En este sentido, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, págs. 901 ss.

(25) Vid. *Infra*, II 4 Cb, donde se analiza este término en el artículo 15 CP, en el cual equivale, sin duda, a hecho *injusto*.

punidad debe, según esto, residir en el *autor*, no en el *hecho*. Este resultado interpretativo se aviene con los postulados de la accesoriidad limitada de la participación.

El planteamiento propuesto resuelve satisfactoriamente el antiguo problema suscitado por la utilización del término «delito» en el último párrafo del art. 564 C. p. pese a que los autores se hallan exentos de responsabilidad. No se trata aquí de contradicción alguna con la definición del art. 1: más adelante se verá que cabe entender ésta referida sólo al tipo legal, no al hecho concretamente punible (*Infra*, II 5) y el art. 564 excluye sólo esta concreta punibilidad por razón de la persona. Mucho menos cabe justificar el término «delito» por la posibilidad de participación de sujetos no exentos de pena, como hace Antón (26). Esto permitiría sólo llamar «delito» a la conducta de participación, pero nunca al hecho no punible en que se participa. El art. 564 puede utilizar el término «delito» porque éste requiere sólo la tipicidad y antijuricidad del hecho realizado por los familiares previstos en aquel precepto, que no excluye estas características dogmáticas (27). Por esto último es posible la participación de terceros.

b) De la argumentación seguida se desprende que «delito» o «falta», como «tipo legal», significa no sólo el conjunto de elementos *fundamentales* —positivos— de la antijuricidad. Si así fuese, no sería más que el «tipo» dogmático *stricto sensu*. El «tipo legal» exige además, *negativamente*, la ausencia de causas de justificación: se corresponde con el llamado «tipo total» (*Gesamttatbestand*) (28) de injusto. Pues bien, la unificación de elementos positivos y negativos del injusto en el tipo legal podría constituir base sistemática de los llamados *elementos negativos del tipo* (29). Ciertamente que esta unidad legal no significa que no exista diferencia de naturaleza entre ambas componentes del tipo legal (30). Pero si se demostrase que tal diferencia fuese predominantemente *constructiva* —formal—, sin reflejo en el significado material de los posibles casos de *error* sobre cada uno de ambos aspectos, positivo y negativo (31), la unidad de los mismos en

(26) Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., pág. 317.

(27) Esto no obsta a que, además, pueda concurrir en ellos plena culpabilidad. Pero ello no es necesario para la participación de terceros.

(28) Vid. C. ROXIN, *Offene Tatbestände...* cit., págs. 132 y 171 ss.

(29) Para el concepto de elementos negativos del tipo vid. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn (Röhrscheid), 1960, página 15.

(30) Así, sobre todo, E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allg. Teil, Ein Lehrbuch*, Tübingen (J. C. B. Mohr), 1970, págs. 226 ss. También H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 2.^a ed., Berlin (Duncker-Humblot), 1972, páginas 185 s.

(31) Así opina C. ROXIN, *Offene Tatbestände...* cit., págs. 173 ss. y 132.. Es significativo que SCHMIDHÄUSER, que caracteriza con especial claridad la diferencia entre *fundamentación* y *exclusión* del injusto, entienda que esa diferencia no tiene nada que ver con la de error *de tipo* y error *de prohibición*: cfr. E. SCHMIDHÄUSER, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en *Radbruch-Gedächtnisschrift* 1968, págs. 286 ss. y 278.

el tipo legal podría ofrecer un argumento *sistemático* que contradijese la necesidad de distinguir, conforme a aquella diferencia constructiva, el tratamiento jurídico de los distintos casos de erros sobre las circunstancias de hecho del «tipo total» de injusto.

B) Las observaciones formuladas en la letra A) anterior permiten concluir que los términos «delito» y «falta» exigen, *por lo menos*, la antijuricidad típica del hecho, esto es, equivalen a «tipo total de injusto» (32). Mucho más discutible es si, *además*, el tipo legal a que se refieren aquellas palabras contiene *elementos* de culpabilidad (que no contiene *toda* la culpabilidad se desprende de los mismos arts. 8 1.º, 2.º, 3.º y 4.º, 104, 453 y 546 bis a) y b) en rel. con 546 bis f), ya examinados —*Supra* II 2—). La solución depende del esquema dogmático que se mantenga. En efecto. El tipo legal contiene la totalidad de elementos que fundamentan positivamente la punibilidad del *hecho*. más, implícitamente en principio, la ausencia de justificación. Ahora bien, la distribución *sistemática* de las distintas componentes positivas depende de la respuesta que se dé a las cuestiones de: a) la posición del dolo; b) la admisión o no del llamado «tipo de culpabilidad».

a) De la conminación penal típica y de la alusión negativa a la «malicia» en los arts. 565, 586 3.º y 600 C. p. se desprende la inclusión, aun implícita, del dolo en el tipo legal. Las penalidades previstas en los tipos de los Libros II y III no se asignan *indistintamente* a la ejecución dolosa o culposa de los procesos causales que describen. Por el contrario, las penas señaladas en la mayor parte de los preceptos del Código se dirigen *sólo* a tipos dolosos, de modo que si sólo concurre imprudencia no cabe entender realizado el supuesto de hecho de aquellas penas. Entonces habrá que acudir a los preceptos configuradores de la imprudencia (arts. 565, 586 3.º y 600 C. p.), que, del mismo modo, prevén penas sólo para los hechos culposos, los cuales encuentran su tipificación en la concordancia de estos preceptos con la *parte* objetiva de los tipos dolosos. Confirma esta interpretación la exigencia negativa de los arts. 565, 586 3.º y 600 de que no concurra «malicia», formulada de tal modo —«que si mediare malicia constituiría delito»— que pone de manifiesto que la falta de «malicia» impide la presencia del «delito» doloso, esto es, del tipo legal doloso. De lo contrario se hubiese dicho solamente: «el que por imprudencia teme-

(32) No contradice esta conclusión el artículo 3 CP, pese a que sin duda, cuando la realización de todos los actos ejecutivos del tipo *stricto sensu* no origina el «delito» —tipo legal— por hallarse justificado, no constituye frustración; esta conclusión deriva precisamente el que, si «delito» es hecho *injusto*, para que haya frustración es necesaria la voluntad dirigida a un hecho injusto, y la justificación es incompatible con esta voluntad. Según nuestra interpretación de «delito», si falta dicha voluntad, por desconocimiento de los presupuestos *fácticos* de la causa de justificación, sí cabrá frustración: puesto que se quería realizar un hecho que se creía injusto («delito») y ello no ha tenido lugar. Esta solución tiene la ventaja sobre la que mantienen los finalistas, de que no equipara estos supuestos y los casos en que el hecho es objetivamente injusto.

raria ejecutare un hecho que constituyere delito» (32a). Que este razonamiento no puede discutirse afirmando que «delito» en estos preceptos significa hecho punible *completo* y no tipo legal lo demuestra la inadmisibile consecuencia que ello supondría: el inimputable o el inculpable no podría realizar el supuesto de hecho imprudente —porque, pese a no concurrir malicia *nunca* podría constituir «delito»—.

La conclusión propuesta, que responde al *contenido* de los tipos legales como presupuesto de la pena típica, no puede ser contradicha tampoco por los párrafos segundo y último del art. 565. El párrafo 2.º dice: «Al que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia...». Cabe entender esta última expresión en relación al mismo «delito culposo». Cometer «un delito por simple imprudencia» significaría, según esto, «cometer un delito culposo» —con imprudencia simple—. Esta es la interpretación dominante (33). Más difícil resulta la coordinación del párrafo 1 con el último del art. 565, que alude «al mismo delito cometido intencionadamente». No cabe negar que aquí tipo legal doloso y tipo legal culposo se consideran «el mismo». La observación de la función de la expresión «el mismo delito citado permite, sin embargo, explicar esta identificación sin que se contradiga la afirmación, innegable a la vista de los preceptos de la Parte Especial, de que tipos dolosos y culposos no coinciden. Dicha expresión tiene la finalidad *sistemática* de señalar el *género*, esto es, el *nomen*, a que reconducir ambas modalidades —dolosas y culposas— en virtud de la lesión objetiva de un bien jurídico común: homicidio doloso y homicidio culposo pertenecen al género «homicidio». Pero esto no significa que ambas *especies* coincidan. Cuando se trataba de señalar las diferencias entre éstas el párrafo 1.º contraponía delito doloso y delito culposo; en cambio, cuando se trata de destacar la función sistemática de la lesión contra determinado bien jurídico —sea dolosa, sea culposa—, como elemento diferencial respecto de otras lesiones de bienes jurídicos, lo que importa es apuntar al elemento común de delitos dolosos y culposos, la pertenencia a un *mismo* género de delito. En resumen, «mismo delito» no significa en el art. 565, últ. párr., que delito doloso y culposo sean *iguales*, sino sólo que, cuando poseen la parte

(32 a) Lo dicho no supone desconocer que, como advirtió RODRÍGUEZ MUÑOZ, el artículo 565, 1.º, al requerir la ejecución de un «hecho» que si mediara malicia constituiría «delito», exige la realización de «la misma conducta objetiva que en los delitos dolosos» (de modo que parece excluida la construcción del *crimen culpae*) (Notas cit., I, pág. 207). Pero esta observación no obsta a que esa «conducta objetiva» no sea suficiente para la realización de los tipos legales anteriores al artículo 565 —«delitos»—: para eso haría falta, además, la «malicia». La observación de RODRÍGUEZ MUÑOZ no permite concluir, pues, como quiere este autor (pág. 208), que no exista dualidad de tipos legales dolosos y culposos, salvo que se parta del *prejuicio* —relativo precisamente a lo que se trata de demostrar— de que el tipo legal es sólo la conducta objetiva.

(33) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., pág. 140; J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. G. cit., pág. 276.

objetiva común, constituyen el *mismo* género, es decir, el mismo *nomen de delicto* (p. ej.: «Homicidio»).

El planteamiento efectuado conduce a la conclusión de que el tipo legal incluye, aunque sea implícitamente, el dolo o la culpa. Pero tipo legal y tipo dogmático pueden no coincidir (34), de modo que ello no obsta a que desde un esquema causalista se sitúe el dolo fuera del tipo dogmático, en la culpabilidad. Entonces habría que entender que el tipo legal *no sólo* es tipo de injusto, sino que incluye elementos de culpabilidad. Ahora bien, si se entiende, en cambio, que el dolo y la culpa integran el momento objetivo de *infracción* de la norma propio de la antijuricidad (35), es posible la correspondencia de tipo legal —«delito» o «falta»— y tipo total de injusto (36).

Esta es la solución que consideramos preferible. En primer lugar, por responder a la concepción dogmática más acorde con la naturaleza de la norma *penal*, no sólo valorativa, sino esencialmente imperativa (37), y con la esencia de su *objetiva* infracción, así como con el fundamento *sistemático* más correcto de distinción de injusto y culpabilidad, ámbitos respectivos del *hecho* y de su atribuibilidad al *autor*. En segundo

(34) Esta posibilidad la reconoce CÓRDOBA, *Notas cit.*, I, pág. 266.

(35) Aparte de los finalistas, que mantienen esta conclusión como consecuencia del concepto ontológico final de acción (cfr. H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, Lehrbuch*, 11.^a ed., Berlin (W. De Gruyter), 1969, págs. 31, 37, 61 ss.; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, Lehrbuch*, 4.^a ed., páginas 229 y 530; G. STRATENWERTH, *Strafrecht, Allg. Teil*, I, Köln-Berlin... (Heynemann), 1970, págs. 87 ss. y 288 ss.; J. CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, en "Anuario de Derecho Penal", 1961, págs. 61 ss.; J. CÓRDOBA, *Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista*, Barcelona (Ariel), 1963, págs. 94; Del mismo, *Notas cit.*, I, pág. 301; Del mismo, *Zum Verbrechensbegriff im Spanischen Strafrecht*, en MAURACH-Festschrift, Karlsruhe (Müller), 1972, págs. 630 s.), la misma solución se deriva de la consideración de la esencia del injusto como infracción voluntaria del imperativo de la norma: así, W. GALLAS, *La teoría del delito...* cit., pág. 46; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit., pág. 179, muy claramente; J. WESSELS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.^a ed., Karlsruhe (Müller), 1972, págs. 21 s.; E. GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, en "Anuario de Ciencia Jurídica", 1, 1971-72, pág. 278; P. BOCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München (Beck), 1973, págs. 53 ss.

(36) Aunque se parta del esquema finalista, la correspondencia de tipo legal y tipo (total) de injusto no puede ser, sin embargo, mantenida si se entiende que el "voluntarias" del artículo 1 expresa la exigencia de conocimiento del injusto y que la "malicia" del 565, 568, 3.^o y 600, incluye este conocimiento. Pues, salvo que se adopte alguna de las dos soluciones más abajo señaladas (*Infra*, II 5)—lo que resulta inconveniente—, la malicia y la voluntariedad deben entenderse incluidas en el tipo legal. Ello, suponiendo que la conciencia del injusto se sitúe en la culpabilidad: cfr. *Infra*, loc. cit.

(37) Así, K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 5.^a ed., Stuttgart-Berlin... (Kohlhammer), 1971, págs. 22 ss. Ciertamente que a toda norma precede un juicio de valor; pero, como señaló Armin KAUFMANN, ambos—norma y juicio de valor— poseen un *objeto común*: la conducta humana *final*. Por eso es incorrecto, porque destruye la unidad de los dos aspectos, la separación no sólo lógica, sino relevante en el entendimiento de la antijuricidad, de "norma de valoración" y "norma de determinación", al estilo de MEZGER y Eb. SCHMIDT: cfr. Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen (Schwartz), 1954, págs. 75 ss. y 77 ss.

lugar, por resultar más satisfactorio que las categorías dogmáticas coincidan con las legales. No parece demasiado plausible que el tipo legal —«delito» o «falta»— no se corresponda ni con el tipo *stricto sensu*, ni con el tipo total de injusto, ni con la culpabilidad, ni tampoco con la suma de ninguno de estos conceptos, sino sólo con el resultado de la adición al tipo de injusto de ciertos elementos de culpabilidad.

En cambio, el planteamiento dogmático elegido permite explicar satisfactoriamente que el tipo legal incluya sólo el injusto y no la culpabilidad. La ley ha de limitarse, al nivel típico-abstracto, a definir a través de la conminación penal típica la gravedad *objetiva* del hecho injusto —como producción de resultado y como acción en sí misma—; con independencia de que, sin alterar la gravedad de éste —tampoco el desvalor de la *acción*—, las excepcionales condiciones personales o situacionales del *autor* puedan alterar o excluir la pena imponible por menor o ausente culpabilidad (menor o ausente «poder» de motivación normal conforme a motivos) (38). La pena de reclusión menor en el artículo 407 C. p. califica la gravedad objetiva —abstracta— de todo homicidio doloso injusto: también el cometido por el enajenado sigue poseyendo la gravedad señalada por aquella pena (39). A esto no cabe objetar que el hecho del inimputable no se halle penado en tipo legal porque, como en las causas de justificación, la ley no quiera castigarlo, según se desprende de la concordancia con el art. 8. Que el *autor* se halle exento de pena no significa que el *hecho* no esté *objetivamente* penado por la ley. Como escribe Rodríguez Mourullo, «si identificamos punibilidad del hecho y punibilidad del autor, tendríamos que llegar a la absurda conclusión de que el único y mismo hecho, en el que han participado un sujeto criminalmente responsable y otro que no lo es, resulta punible y no punible a la vez» (40). En cambio, el carácter doloso o culposo del hecho sí modifica su gravedad objetiva. El homicidio cuposo tiene, como su menor penalidad típica indica, gravedad objetiva menor que el doloso —con independencia de las condiciones del sujeto—.

b) Más difícil resulta la cuestión que suscita la existencia o no del llamado «tipo de culpabilidad». Esta construcción ha sido mantenida fundamentalmente por quienes, de forma coherente con la consideración de la desvalorable «actitud interna» (*Gesinnung*) del autor frente al Derecho como esencia de la culpabilidad, admiten la concurrencia en el tipo legal de elementos de culpabilidad caracterizadores de la actitud

(38) La distinción de *hecho* y *autor* se halla confirmada por la expresa distinción legal de gravedad del *hecho* y *personalidad* del autor (así en artículos 61 y 564 bis e) CP.

(39) Es altamente significativo que las definiciones de homicidio de CARMIGNANI (*hominis caede ab homine iniustae patrata*) y CARRARA (*strage del uomo ingiustamente commessa dall'uomo*) (cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca (Giusti), 1877, *Parte Speciale*, I, parágr. 1087) incluyesen el elemento de antijuricidad, pero no el de culpabilidad.

(40) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, págs. 902 s.

del sujeto (41). entre los que cuentan los llamados «elementos de culpabilidad configurados objetivamente» (*objektiv gefasste Schuldmerkmale*) (42).

a') No creemos que deba mantenerse un esquema dogmático en que la culpabilidad se entienda como valoración de la *actitud interna* del sujeto frente al Derecho. Tal esquema eleva a *necesidad* del sistema la estimación penal de esa actitud, que, en cuanto no supone una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos externos, no parece que deba constituir, al menos *en principio*, objeto de punición. El Derecho penal debe limitarse a castigar los hechos que comprometen la integridad de los bienes más importantes para la comunidad (43). En este sentido se habla del significado de *ultima ratio* (44) y del carácter *fragmentario* (45) de lo penal. Por razón de este planteamiento político-criminal estimamos preferible remitir al injusto la totalidad del *objeto* de valoración jurídico-penal, de modo que los eventuales supuestos en que la ley —no la dogmática— *obligue* a la toma en consideración de la actitud jurídica del autor se entiendan como manifestaciones de desvalor del *acto*. Con ello se *reducen* a lo legalmente requerido los casos en que se sanciona la actitud del sujeto: De lo contrario, en el espacio que la ley concede al arbitrio del juez debería valorarse *siempre*, como índice de culpabilidad, la actitud anímica del autor. Por lo demás, si no erige la actitud interna en necesidad del sistema le queda al intérprete la puerta abierta a la *crítica* de la eventual punición legal de la actitud por la ampliación que supone de lo injusto penal (46).

A la misma conclusión conduce el principio sistemático elegido de distinción de injusto y culpabilidad. No sólo por la esencia que en él posee la antijuricidad —que abarca la totalidad del objeto de desvalor, esto es, de la infracción voluntaria objetiva—, sino también por el significado político-criminal de la culpabilidad, que es sólo *límite* de garantía para el sujeto de que no se le atribuirá un hecho injusto realizado en condiciones tales de «poder» que no le *pertenece normalmente*. No se trata en la culpabilidad de valorar *ex novo* el aspecto *espiritual* del comportamiento del autor —la actitud interna—, sino sólo

(41) Así, W. GALLAS, *La teoría del delito...* cit., pág. 43; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit., págs. 352 ss.; W. MAIHOFER, *Objektive Schuldmerkmale*, en Hell. MAYER-Festschrift, Berlin (Duncker-Humblot), 1966, págs. 190 s. y 195. E. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht* cit., págs. 357 ss.

(42) Sobre todo vid. MAIHOFER, *Objektive Schuldmerkmale* cit., págs. 193 ss.

(43) Cfr. en este sentido C. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en el libro *Franz von Liszt zum Gedächtnis*, Berlin (De Gruyter), 1969, págs. 78 ss.

(44) Vid. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht* cit., pág. 857.

(45) Vid. M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en MAURACH-Festschrift, Karlsruhe (Müller), 1972, págs. 10 s.: existe acuerdo en la actualidad en que la pena debe reservarse para hechos no sólo *immorales*, sino que, además, “vulneren bienes jurídicos”.

(46) Recientemente se ha pronunciado contra el “derecho penal de la actitud” (*Gesinnungsstrafrecht*) H.-J. RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, en MAURACH-Festschrift cit., pág. 58, pese a su admisión del injusto personal.

del juicio *negativo* de ausencia de factores que *impidan* total o parcialmente *atribuir como normal* a su autor el hecho previamente desvalorado en el injusto (47). Porque no ha de castigarse la culpabilidad, sino el *injusto* atribuible a su autor, culpable (48). No ha de *reprocharse* la culpabilidad, sino que ésta ha de ser solamente *condición de atribución del reproche del injusto*. (49)

b') Lo anterior permite negar que los elementos típicos que caracterizan la actitud jurídica del autor deban ser considerados como integrantes de un «tipo de culpabilidad». La presencia de tales elementos no contradice, según el planteamiento dogmático propuesto, la coincidencia de «tipo legal» y «tipo total de injusto». Pero si se descubriese que ciertos tipos legales contienen elementos que incluso en el esquema propuesto apareciesen como pertenecientes a la culpabilidad, habría que admitir que, aun excepcionalmente, el tipo legal puede comprender *más* que el injusto. Para ello sería necesario, no obstante: 1.º, que dichos elementos *fundamentasen*, es decir, decidiesen la concurrencia del tipo legal; 2.º, que no fuesen explicables como integrantes del injusto. Lo primero, porque un elemento de culpabilidad que no afectase esencialmente a la presencia o ausencia del tipo legal podría explicarse como *externo* a éste (el tipo legal podría ejecutarse *con o sin* aquel elemento). Su previsión legislativa en la Parte Especial podría justificarse por la oportunidad *sistemática* de prever *junto*

(47) Diametralmente en contra, W. MAIHOFFER, *Objektive Schuld-elemente* cit., págs. 186 s., para quien la concepción normativa de la culpabilidad impone como consecuencia lógica necesaria el planteamiento aquí negado. Pero ver más abajo, nota 49.

(48) Estamos de acuerdo con HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine Systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, Berlin (Duncker-Humblot), 1969, pág. 139, cuando escribe: "El autor no es castigado *por su culpable* acción injusta, sino *por su acción injusta* dentro del marco de su culpabilidad" (...) "el quantum de la culpabilidad no tiene un peso *propio* en la evaluación de la medida de la pena; no se añade nada nuevo que no estuviese ya ahí procedente de lo injusto. La culpabilidad es sólo un cedazo por el que tiene que pasar, en su camino a la medida de la culpabilidad, el quantum—único relevante—de lo injusto. Con un "quantum" de culpabilidad sólo se *determina* el, por así decirlo, espesor de malla de cedazo. Con "escasa culpabilidad" queda retenido "mucho injusto", la medida de la pena resulta relativamente pequeña; con "plena culpabilidad" queda adeudado en cuenta al determinar la pena todo lo injusto realizado". Cfr. E. GIMBERNAT, *El sistema...* cit., págs. 82 s., de quien hemos tomado la traducción del pasaje citado.

(49) No creemos que, como afirma MAIHOFFER, *Objektive Schuld-elemente* cit., págs. 168 s., la concepción normativa de la culpabilidad, que la entiende como reprobabilidad, conduzca *necesariamente* a la afirmación de un *objeto* de valoración específico para la culpabilidad, que él ve en la *Rechtsgesinnung*. Si así fuese, rechazaríamos la concepción normativa. Pero que no es así lo demuestra que los finalistas, a quienes se debe en buena parte la depuración de esta concepción, identifiquen el objeto de valoración de injusto y culpabilidad en la acción final: cfr. W. GALLAS, *La teoría del delito...* cit., página 61. También nos apartaríamos de la concepción normativa si, como entiende E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca (Universidad), 1971, págs. 91 ss.; *El sistema...* cit., pág. 275, ésta exigiese el *libre albedrío*

al tipo legal el tratamiento jurídico-penal especial de un aumento de culpabilidad de particular significación cuando aparece vinculado —no integrándolo— a aquel tipo. En cuanto a lo segundo, debe tenerse presente que es ampliamente reconocido (50) que el hecho de que un elemento típico no afecte al desvalor del *resultado*, no significa que sea irrelevante para el injusto. Puede afectar al desvalor del *acto*. Este es el caso de los elementos *subjetivos* del injusto: el ánimo de lucro no influye en la gravedad de la *lesión* económica producida y, sin embargo, nadie niega hoy que integre la antijuricidad de los delitos contra la propiedad. En España se interpretan de este modo los elementos *subjetivos* descritos en los tipos (51).

La problemática más ardua la presenta, en este punto, alguno de los llamados «elementos objetivos de culpabilidad». Maihofer entiende que sin acudir a ellos no cabe explicar, p. ej., la doble exigencia de «ilegitimidad» (*Unhehlichkeit*) y simultaneidad o inmediatez al parto para la concurrencia del delito de infanticidio (*Kindstötung*) del párrafo 217 StGB (52). Ello es una consecuencia coherente con la opinión dominante alemana, según la cual en este delito la *creencia* en la madre de la ilegitimidad equivale a ésta. Se entiende, sin duda, que el privilegio obedece a la menor culpabilidad de la madre que actúa en una situación *conflictiva* —paralela a las que determinan inexigibilidad— originada por el desvalor *social* de la maternidad ilegítima, que permite presumir (pues el privilegio es *objetivo*, como en las causas de no exigibilidad) (53) que a madre actuó con un menor «poder» de motivación normal.

En España, la configuración *final* del tipo de infanticidio ha permitido a la doctrina considerar que este tipo se distingue por un elemento *subjetivo* que disminuye el *injusto* (54). Pero la misma solución hubiese sido posible ante un texto *objetivo* como el alemán, igual como lo es para el elemento objetivo «recién nacido» del art. 410 C. p. Como señala

—como “libertad de voluntad” *stricto sensu*, esto es, como desvinculación de la voluntad de la ley de *causalidad en el sentido más amplio*—. Esto sucedería, sin duda, si el *objeto del reproche* fuese la *infracción del poder* del autor en sí misma, como *insuficiente empleo del poder* con que *contaba* el sujeto en el momento de la decisión contra derecho (como quiere WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* cit., págs. 138 s.). Pero para nosotros el *reproche* propio de la culpabilidad —normativa— debe referirse al *injusto*, no a un “abuso del poder” (del libre albedrío): La culpabilidad es sólo condición de *atribuibilidad* del reproche del injusto al autor y por ello, aunque sólo en esta medida, posibilidad de reproche —*reprochabilidad*— frente al autor del injusto.

(50) No sólo por los finalistas, sino también por todos quienes admiten los elementos subjetivos del injusto.

(51) Vid., como exposición de conjunto, M. POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto*, Sevilla (Universidad), 1972, págs. 228 ss. y 247.

(52) Cfr. W. MAIHOFFER, *Objektive Schuldemente* cit., págs. 197 s. También E. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht* cit., pág. 378; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit., pág. 354.

(53) Cfr. W. MAIHOFFER, op. cit., págs. 196 s. La no exigencia de efectiva menor culpabilidad personal le lleva a afirmar una “culpabilidad típico-social”.

(54) Así, M. POLAINO, *Los elementos subjetivos...* cit., págs. 228 ss. y 247.

Quintano, este precepto contempla, más que un conflicto psicológico pasional, un conflicto objetivo de intereses: el de la vida del niño y el de la honra de la madre (55). Y, como ahora pone de manifiesto Gimbernat, la *sola* idea del conflicto de bienes, despojada de la perturbación psicológica, puede situarse en la antijuricidad (55 a). No es preciso, pues, acudir a la construcción de los elementos objetivos de culpabilidad para explicar el art. 410 C. p., cuya especialidad reside en el injusto del infanticidio. Ello es coherente con el hecho de que el artículo 410 C. p. no exige que disminuya el «poder» de evitación del injusto en la madre. Esto indica que el art. 410 C. p. rebaja el grado de prohibición de la muerte del recién nacido frente a *toda* madre que, aun fríamente, la ejecute para ocultar su deshonra. En este sentido puede decirse que el infanticidio posee una gravedad *objetiva* menor que el parricidio que afecta a su injusto. No porque el bien jurídico representado por la vida del recién nacido ilegítimo sea de menor valor que la del legítimo, sino porque el *desvalor objetivo del acto* es distinto (56).

El ejemplo examinado muestra que, también cuando el pretendido elemento típico de culpabilidad se halla configurado *objetivamente*, si es independiente de la situación de «poder» psíquico del sujeto, puede ser explicado como modificación del grado de prohibición objetiva del hecho a través de su influencia en el desvalor del acto y, por ello, como relativa al injusto, según la concepción dogmática propuesta. Con ello se ha intentado probar que no sólo los elementos típicos *subjetivos*, sino también los *objetivos* pueden considerarse integrantes del tipo de injusto. Sigue en pie, en cuanto a todo ello, que «delito» o «falta», como tipo legal, significan «tipo total de injusto» (57).

4. «Delitos» y «faltas» como «tipos legales» en el art. 6 del Código penal.

A) PLANTEAMIENTO.

Una vez puesta de manifiesto la existencia del uso de las palabras «delito» y «falta» por parte del Código como tipo total de injusto, se trata de indagar si el mismo es el empleado *como regla* por el C. p. La respuesta a esta cuestión *partirá* de la interpretación del art. 6, en relación con buen número de preceptos del Código que utilizan el término «delito». Se prefiere tal modo de proceder al planteamiento de la cuestión a partir del art. 1 C. p. porque en éste resulta más dudosa la solución, por el carácter de fundamento del concepto dogmático de de-

(55) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 1, 1.^a ed., Madrid (Ed. Rev. D.^o Privado), 1962, págs. 454 ss.

(55 a) Vid. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem*, en *WELZEL-Festschrift*, III 2, en prensa.

(56) Se pretende con esto evitar la crítica de MAIHOFFER, op. cit., pág. 198.

(57) Es importante destacar que la solución alcanzada se halla sancionada en el parágrafo 12 del nuevo StGB alemán, en que "Verbrechen"—delito grave—y "Vergehen"—delito menos grave—se definen como "*rechtswidrige Handlungen*" (acciones antijurídicas).

lito atribuido por la doctrina dominante a este precepto (58) y por la particular dificultad que resulta de la diversidad de interpretaciones existentes de la palabra «voluntarias». Ello no exime, sin embargo, de la necesidad de considerar el problema en este precepto fundamental, lo que se hará *tras* la exégesis de los preceptos que, como el importante art. 6 en relación con muchos otros, permiten adelantar una hipótesis más segura sobre el uso normal de los términos «delito» y «falta». Entonces se verá que el art. 1 *confirma* tal hipótesis.

Importantes argumentos de carácter histórico, por una parte, y sistemático, por otra, apoyan la extensibilidad a las nociones formuladas por el art. 6 de la interpretación de las palabras «delito» y «falta» como tipos legales abstractos.

B) CONSIDERACIÓN HISTÓRICA.

El art. 6 del Código de 1870, antecesor del actual art. 6, decía:

«Se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas que en cualquiera de sus grados sean afflictivas.—Se reputan delitos menos graves los que la ley castiga con penas que en su grado máximo sean correccionales.—Son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves.»

En esta redacción no cabía duda de que «delitos» y «faltas» se entendían en sentido típico-abstracto. En el antiguo art. 6, en efecto, las penas determinadoras de la calificación de la infracción no eran *las penas aplicables en el caso concreto*: la alusión a la existencia de «grados» en las penas hacía necesario pensar en penalidades *no concretadas todavía*. Por su misma ausencia de concreción, dichas penalidades no podían referirse a las infracciones concretas. Lógico es, pues, deducir que los «delitos» a los que habían de referirse las mencionadas penalidades eran los *tipos abstractos* del Código. Esta conclusión, por coherencia sistemática, debía extenderse no sólo a los «delitos graves y «menos graves», sino también a las «faltas». Ahora bien, la definición de éstas coincidía literalmente con la actual del párrafo 2.º del art. 6 del Código de 1944-1963. A no ser que se demostrase que la reforma legislativa que dio origen a la actual redacción del art. 6 pretendió alterar la sustancia de la regulación anterior, parece correcto pensar que las palabras de la definición de las «faltas» no han cambiado de sentido. Y si esto es así, que la actual definición de los «delitos» del art. 6, 1, ha de ser interpretada, también por coherencia sistemática entre los términos de un mismo precepto, en el mismo sentido de la de las «faltas»: a saber, en el de conferir al término «delito» significación *típico-abstracta*.

Ninguna duda cabe de que la reforma que en 1932 dio lugar a la redacción actual no se dirigió a alterar el sentido material del precepto que consideramos. Así se deduce del lugar sistemático en que el Preámbulo del Código de la República incluyó dicha reforma, a saber, entre las «Reformas de errores materiales de técnica e incorporación de leyes

(58) Vid. *Supra*, nota 4.

complementarias» (59). A lo mismo parece conducir la escasa atención que la misma Exposición de Motivos le dedica: «La disposición tripartita —se limita a afirmar—, que apenas tenía repercusión en el Código, ha sido reemplazada por la bipartita en el art. 6º. Cabe, pues, entender que en lo que no resultó afectado el art. 6º por parte de la reforma, estos, en la definición de las «faltas», ha de permanecer el sentido anterior, que, como se ha visto, apelaba al tipo legal abstracto. Y si esto es así, preciso ha de ser afirmar la misma interpretación típico-abstracta en la actual definición de los «delitos» del mismo art. 6º.

C) CONSIDERACIÓN SISTEMÁTICA.

a) Desde el punto de vista *sistemático*, constituye un argumento de la máxima importancia en favor de la interpretación típico-abstracta de las nociones de «delitos» y «faltas» del art. 6º la nomenclatura utilizada por el legislador del Código para calificar los tipos legales que se contienen en sus Libros II y III. Si «los delitos» y «las faltas» del Código se hallan, al menos *en principio* (60), en estos Libros, parece lógico deducir la necesidad de referir las definiciones del art. 6º a los tipos legales de la Parte Especial (61), que, como se ha puesto de manifiesto más arriba (62), constituyen sólo tipos totales de injusto, no delitos dogmáticamente completos.

b) El término «infracción» objeto de las definiciones del art. 6º, se halla utilizado por algún precepto, como el párrafo segundo del artículo 49 y el art. 15 en relación con el 13, en un contexto que conduce, con bastante seguridad, a la interpretación típico-abstracta propuesta.

Cuando el art. 49, 2.º dice que «siempre que la Ley señalare generalmente la pena de una infracción, se entenderá que la impone a la consumada», se refiere al supuesto de asignación de penalidad a las distintas tipicidades legales. En primer lugar a esta interpretación parece conducir con claridad la utilización del adverbio «generalmente». En segundo lugar, confirma la misma interpretación la finalidad que encie-

(59) Para que se comprenda el limitado alcance de este orden de reformas, véase lo que, como introducción al apartado correspondiente, decía la Exposición de Motivos del Código de 1932: «Sólo se ha enmendado alguna errata impresa y numerosos casos de técnica tan torpe que ya entran en la categoría de yerros».

(60) Vid. *Infra*, IV.

(61) A. FERRER SAMA, *Comentarios...* cit., I, pág. 93, escribe: «Innecesaria de todo punto resulta esta declaración contenida en el artículo 6.º de nuestro Código, careciendo de todo valor, tanto desde el punto de vista doctrinal, como del puramente práctico (...). Desde el terreno práctico nada se perdería con su supresión, puesto que sabemos por las propias rúbricas del Código que son delitos las figuras definidas y sancionadas en el Libro II, mientras que son faltas las agrupadas en el Libro III». En el mismo sentido, E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* cit., I, págs. 294 s.; F. F. OLESA MUÑIDO, *Estructura de la infracción penal...* cit., pág. 22.

(62) Vid. *Supra*, II, 2 y 3.

rra la declaración del art. 49, 2.º, a saber, señalar el *punto de partida* sobre el que deben operar las reglas de medición tanto de la concreta pena del delito consumado, como de la pena abstracta que corresponde a las formas de imperfecta ejecución. Si la pena señalada por el art. 49, 2.º, fuese la concreta del delito consumado no podría cumplir ninguna de ambas funciones.

Ahora bien, si, como es notorio, la penalidad prevista para el tipo legal de la infracción puede no ser la misma que la imponible a la concreta infracción, y la «pena» a que se refiere el art. 49 es la señalada a aquella tipicidad abstracta, no cabe sino interpretar la palabra «infracción» del mencionado art. 49 —como objeto de referencia de la «pena» que contempla— en el sentido típico-abstracto.

La misma interpretación se hace precisa en relación al uso del término «infracción» del art. 15 del Código penal. Este precepto dice, por lo que interesa, que «solamente se reputarán autores de las *infracciones* mencionadas en el art. 13 los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos. Si aquéllos no fueren conocidos o no estuvieren domiciliados en España o *estuvieren exentos de responsabilidad...*» (63). Quiere esto decir que las «infracciones» a que se refiere este artículo poseen existencia propia, *independiente de la culpabilidad de sus autores*. Si no fuera así, quedaría sin explicación que, en caso de inculpabilidad de éstos, pueda la ley declarar la responsabilidad de los partícipes en *aquellas «infracciones»*. El art. 15 constituye, en efecto, una manifestación del principio de *accesoriedad limitada* de la participación, al no exigir una «infracción completa» como base de la responsabilidad de los partícipes, y las tipicidades cuya realización antijurídica se considera fundamento suficiente para esa responsabilidad se denominan en dicho precepto con el término «infracciones». «Tipo de injusto» e «infracción» coinciden, pues, en el art. 15 del Código penal.

c) Si bien la expresión «pena señalada por la Ley» —y sus similares— no puede identificarse, sin más, a la de «pena señalada a los tipos legales» (64), la referencia de esta clase de expresiones a las palabras «delito», «falta», o, en general, «infracción», permite, pensamos, conferir tal interpretación a las mismas. Esto es, cuando el Código habla de «pena señalada al delito», o «a la falta», o «a la infracción», parece posible entender que, en principio, se refiere a la penalidad asignada al tipo legal correspondiente. Deducimos esta conclusión de la configuración de los arts. 49 y ss. del Código penal.

Ya más arriba se ha puesto de manifiesto la utilización en sentido típico-abstracto de la palabra «infracción» en el segundo párrafo del art. 49. Ello —como se recordará— por el argumento de que la «pena» a que alude dicho artículo es, sin duda, la señalada en el tipo legal de la infracción consumada. Pues bien, obsérvese que en este precepto la expresión «pena señalada por la Ley» va referida a la «infracción»

(63) El subrayado es nuestro.

(64) Vid. S. MIR PUIG, *La reincidencia...*, cit., cap. 5, III, 4, C).

consumada: se cumple, por de pronto, la observación efectuada de que cuando la primera expresión se refiere a la palabra «infracción» tiene el significado de «pena señalada en el tipo legal». Ahora se verá que este supuesto no es, ni mucho menos, excepcional.

El primer párrafo del art. 49 se refiere a la «pena que *para el delito o falta* que hubieran cometido —los autores— *se hallare señalada por la Ley*». Tampoco cabe duda de que en este caso la última expresión subrayada alude a la pena asignada al tipo legal de la infracción. Pues, referida a la infracción concreta y completa, conduciría a inutilizar totalmente la declaración del art. 49, 1.º, cuya función es servir de *base* a la medición de la pena concreta de delito del autor y a la determinación de la pena abstracta correspondiente a los demás partícipes. Piénsese, en cuanto lo primero, que la pena asignable a los autores asimilados del art. 14 no podría partir directamente de las conminaciones típicas, que sólo alcanzan al autor ontológico. Por lo demás, podría llevar a la absurda posibilidad de deducir, *a contrario sensu*, que a los no autores —cómplices o encubridores— no se les debe imponer la pena señalada concreta y finalmente por la Ley para su completa infracción.

La misma interpretación ha de mantenerse respecto de las expresiones «pena... señalada por la Ley para el delito consumado» y «pena... señalada por la Ley al autor del mismo delito» contenidas en los arts. 51 y 52, por una parte y 53 y 54 por otra, respectivamente. La adopción de la interpretación *concreta* que rechazamos supondría la necesidad, evidentemente impensable, de graduar la pena de los autores de un delito frustrado o intentado, de los cómplices y encubridores de un delito consumado, frustrado o intentado, de los autores de tentativa inidónea y de los reos de conspiración, proposición y provocación para delinquir, en base a la *pena concretamente señalada por la Ley para el autor del delito consumado, frustrado o intentado concretamente realizado* (65).

El art. 56 confirma, por otra parte, la conclusión propuesta. En su regla 1.ª contempla el supuesto de que la «pena señalada por la Ley», en base a la cual hay que practicar las rebajas en grado impuestas por los artículos anteriores, se halle prevista «en toda su extensión». Esto supone que se está refiriendo a una penalidad abstracta, todavía no concretada. Pues, como es notorio, la pena concretamente imponible no puede ser designada en toda su extensión (v. gr.: «prisión menor» sin más).

(65) No se ocultará al lector que la interpretación de la expresión «pena señalada por la Ley...» no tiene en los artículos 53 y 54 el mismo sentido que en los artículos 49, 51 y 52. En aquellos dos artículos la pena aludida puede ser la correspondiente al autor de frustración o tentativa —arts. 51 y 52 respectivamente—: tal pena no se halla prevista, por tanto, en los preceptos de la *Parte Especial*. Sin embargo, como ampliamente habrá ocasión de señalar más adelante (*Infra*, IV, 1, D), esta diferencia técnico-legal no excluye la *tipicidad* de las formas de imperfecta ejecución.

No cabe duda, tampoco, de que el art. 57 emplea la expresión que analizamos en sentido de tipo legal. «La pena establecida para el delito» a que se refiere este artículo no puede ser de otra naturaleza que la de «las penas con que estén castigados la mayor parte de los delitos de la sección, capítulo o título donde esté contenido el delito». Es decir, la pena *típica*. En términos parecidos se pronuncia el art. 73, núm. 3, que hace mención de «las penas señaladas para los delitos más graves de la misma especie».

Finalmente, sólo la interpretación típico-abstracta puede ser mantenida en relación al párrafo tercero de la regla 2.^a del art. 61, cuando declara que «en ningún caso se impondrá la pena de muerte cuando, *no hallándose establecida en este Código para el delito de que se trate, resultare aplicable por agravación de la pena señalada al mismo*». De la concordancia de las dos expresiones subrayadas por nosotros resulta la imposibilidad de entender en sentido *concreto* las penas aludidas en ellas, a menos que se acepte que nos hallamos ante un precepto internamente absurdo. La doctrina y la Jurisprudencia mantienen, por lo demás, la exégesis típico-abstracta que propugnamos (66). La sentencia de 7 de julio de 1955 inequívocamente declara:

«... pero tal precepto no quiere decir, y no dice, que no pueda llegarse a la imposición de tal pena (muerte) por la aplicación normal de dicha regla segunda, cuando el delito tenga *en su tipificación reconocida en el lugar correspondiente y adecuado del Código como señalada una pena* que esté formada por varios grados, el último de los cuales sea la muerte, porque *entonces ya esta pena resulta establecida para el delito que se persigue...*» (67).

En conclusión, puede decirse que en lenguaje del Código constituye el uso *normal* de la expresión «pena señalada por la Ley a una infracción, delito o falta» —y similares— el sentido de «pena señalada en el tipo de la infracción, delito o falta» (68). Cuando el artículo 6 CP define los «delitos» como «infracciones que la ley castiga con penas graves», y las «faltas» como «infracciones a que la ley señala penas leves», cabe, pues, pensar que atribuye a estas expresiones aquel sentido de *tipo legal*.

(66) Vid. M. LUZÓN DOMINGO, *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, II, cit., págs. 243 y 244, y la Sentencia de 7 de julio de 1955 que se cita en el texto.

(67) Vid. *Jurisprudencia Criminal*, t. XXVI, n.º 773, pág. 825. El subrayado es nuestro.

(68) Eso no significa que no haya alguna *excepción*. Pero sólo el artículo 77 recoge sin duda el sentido *concreto* de la clase de expresión que comentamos. Es discutible, en cambio, que la expresión «penas correspondientes a las diversas infracciones», empleada por los artículos 69 y 70 en sentido evidentemente *concreto*, puedan entenderse formalmente *equivalentes* a las que consideramos.

D) CONCLUSIÓN.

La investigación histórica y sistemática efectuada permite afirmar que las definiciones del artículo 6, de conformidad con el uso normal del Código, hacen alusión a la noción *incompleta*—típico-abstracta—de delitos y faltas. Consecuencia de ello es atender que para los términos «delito» y «falta» del artículo 6 es suficiente la tipicidad legal (69).

La validez de esta conclusión sólo podría ser discutida si se demostrase la imposibilidad de entender en este sentido la definición del artículo 1,1, de la que el artículo 6 es, sin duda, el desarrollo. Cabría, entonces, razonar de la forma siguiente: es cierto que «castigadas por la ley» y «a que la ley señale penas» se refieren en el artículo 6 a los tipos legales; pero, al suponer los términos «delito» o «falta», y por lo mismo, lógicamente, «infracción», la totalidad de las notas dogmáticas del hecho punible según el artículo 1, el artículo 6 ha de ser entendido como: «son delitos las infracciones *completas* que la ley castiga típicamente (en su tipo) con penas graves»; «son faltas las infracciones completas a que la Ley señala típicamente penas leves». Pero en el número siguiente—5—se verá que el artículo 1 no conduce a esta interpretación. Por el contrario, confirma la equiparación de «delito» o «falta» y tipo total de injusto en el artículo 6, por virtud del elemento que ambos preceptos, el artículo 1 y el 6, poseen de común: la referencia a la penalidad típica («penadas por la Ley») como elemento central de sus definiciones.

5. La cuestión en el artículo 1 del Código Penal.

La solución del problema en relación al artículo 1 se halla complicada por la acusada división doctrinal en torno al término «voluntarias», por una parte, y a la consideración—en parte ligada a lo anterior—del artículo 1,1, por un sector de la doctrina como base de la definición dogmática completa de delito. No es éste lugar para terciar en la discusión del primer aspecto. Sin embargo, la perspectiva en que nos hemos situado permite hacer algunas observaciones que ponen de manifiesto las *consecuencias* de la adopción de una u otra de las interpretaciones mantenidas del «voluntarias» para la solución de la cuestión aquí planteada. Indirectamente ello puede suministrar al intérprete nuevos argumentos para decidir la exégesis del adjetivo «voluntarias».

A) Cinco posiciones fundamentales se defienden frente al término «voluntarias»: como voluntad referida a la *acción* (comprendiendo

(69) La conclusión alcanzada coincide con la interpretación mantenida por la doctrina alemana de la expresión “mit Strafe bedrohte Handlung” —acción conminada con pena—, base de la división en “Verbrechen” —delito grave—, “Vergehen” —delito menos grave— y “Übertretung” —falta— del párrafo 1 del vigente StGB. Cfr. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., pág. 37, nota 19. Ya se ha dicho (*Supra*, nota 57) que el futuro párrafo 12, ya aprobado en 1969 por el 2. *Strafrechtsreformgesetz*, sanciona expresamente esta interpretación.

dolo y culpa) (70), como voluntad referida al *resultado* (limitándose al dolo) (71), como voluntad referida a la *norma* (alcanzando al dolo y la culpa como exigencia común de conocimiento del injusto) (72), como imputabilidad (73) y como culpabilidad (74). Sólo las dos últimas interpretaciones son incompatibles con el entendimiento típico-abstracto de la definición del artículo 1, en la medida en que suponen en ésta la exigencia de un requisito no previsto en los tipos legales y que posee elevado carácter de concreción. Y dichas interpretaciones son las que, aparte de ser defendidas minoritariamente, aparecen como más claramente discutibles, por avenirse abiertamente mal con la palabra «voluntarias» (75). En cambio, cualquiera de las otras tres posiciones permite la inteligencia del 1.1 de conformidad con el sentido del artículo 6 y normal en el Código, en cuanto identifican la voluntariedad con elementos pertenecientes a los tipos legales.

No cabe duda de ello respecto de la concepción del «voluntarias» como voluntad de la *acción*. En la teoría del delito es este elemento —la acción— previo al de tipicidad. En el Código penal la conminación *típica* presupone siempre, sin duda, la voluntad de la acción. O lo que es lo mismo, el tipo legal contiene la voluntad de la acción. Mayor detenimiento exige el análisis de las otras dos posiciones.

En cuanto a la primera de ellas —voluntariedad como dolo o intención—, de los tipos legales de los libros II y III del Código se desprende que fuera de los artículos que incriminan la imprudencia (565, 568, 3.º y 600), los demás suelen presuponer, aunque sea implícita-

(70) En este sentido, A. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, I, 2.ª ed., Madrid, 1902, pág. 35; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., pág. 140; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 1.ª ed., Madrid (Ed. Rev. D.º Priv.), 1946, I, pág. 17 y 2.ª ed., Madrid (Ed. R. D. P.), 1966, al cuidado de E. GIMBERNAT, pág. 16; mismo autor, *Derecho Penal de la culpa*, Barcelona (Bosch), 1958, pág. 214, con jurisprudencia, que parece evolucionar en este sentido; J. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal Español (Parte general)*, I, Madrid, 1968, págs. 484 ss.

(71) Así, J. F. PACHECO, *El Código Penal*, I, Madrid, 1881, pág. 73; L. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, II, Madrid, 1903, págs. 116 ss.; E. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código Penal español. Exposición y comentario*, Barcelona (Bosch), 1929, pág. 77; A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, Murcia, 1946, págs. 23 y 29; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, III, 3.ª ed., Buenos Aires (Losada), 1965, pág. 82 (en 1.ª ed., 1951, págs. 71 ss.); J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, P. G.*, cit., págs. 278 s.

(72) Así, J. CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona (Bosch), 1962, págs. 64 ss., con abundante cita de Jurisprudencia; mismo autor, *Notas*, cit., II, págs. 12 s.; mismo autor, *Una nueva concepción del delito*, cit., págs. 87 ss.; mismo autor, *Comentarios...*, cit., I, págs. 24 ss.; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, pág. 35.

(73) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad*, en *Homenaje a D. N. Pérez Serrano*, II, Madrid, 1959, pág. 433; mismo autor, *Curso...*, cit., I, págs. 208 y 265.

(74) E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, cit., I, págs. 288 ss.

(75) "...la fuerza que se hace entonces —con estas teorías— a la fórmula del artículo 1 es tan notoria que no merece que nos detengamos en ellos": J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, P. G.*, cit., pág. 277.

mente, el dolo o intención: la pena que señala, p. ej., el artículo 407 se prevé sólo para el tipo legal doloso, no para cualquier homicidio, sea doloso o culposo. Los artículos 565, 586, 3.º, y 600, confirman esta conclusión al exigir negativamente para los tipos legales culposos la ausencia de «malicia» (Cfr. *Supra*, II, 3 B a). De todo ello se deduce que la equiparación de «voluntarias» y «dolo» —como intención— no excluye la posibilidad de interpretar los «delitos» y «faltas» del artículo 1 como «tipos legales».

No cabe negar tampoco que la «voluntad referida a la norma» en que, según Córdoba, consiste el «voluntarias» ha de entenderse prevista tácitamente en los tipos legales, si, como piensa este autor, se considera aquella voluntariedad como elemento integrante de la «malicia» (76). El artículo 565, 1, así como el 586, 3.º, y el 600, conducen a la conclusión de que los tipos dolosos requieren la «malicia» y, si ésta incluye la «voluntad referida a la norma», deberá admitirse que los tipos legales dolosos encierran esta voluntariedad, la del artículo 1. Esta sigue siendo, según esto, elemento de los tipos legales dolosos. Lógico es extender paralelamente esta conclusión a los delitos culposos.

La conclusión acabada de extraer sólo podría discutirse por una de las dos vías siguientes: 1) afirmando que los artículos 565, 1.º, 586, 3.º, y 600 se refieren al «delito» —o «falta»— completo y concreto, de modo que la «malicia», en su contenido de voluntad referida a la norma, fuese sólo elemento de éste y no del tipo legal; pero ello supondría negar la posibilidad de la realización de los tipos culposos por el inimputable o por quien se halla en alguna otra causa de inculpabilidad o exento de punibilidad —pese a concurrir malicia no podría constituir nunca «delito» en este sentido completo, como, sin embargo, exigen los artículos 565, 1.º, 586, 3.º, y 600—, lo cual no es admisible. 2) Entendiendo que el artículo 1,1, en relación con los artículos 565, 1.º, 586, 3.º, y 600, definen un concepto de «delito» —o «falta»— incompleto dogmáticamente, pero más exigente que el tipo legal del artículo 6 y que el uso normal del Código, en el sentido de que requeriría, además de las notas propias de éste, la sola concurrencia del conocimiento del injusto; esta posibilidad parece, sin embargo, excesivamente artificiosa, no sólo por suponer la existencia de dos conceptos de delito incompleto discrepantes, sino también por resultar injustificable que «delito» —o «falta»— no haya de ser en la definición fundamental del Código, la del artículo 1, ni tipo legal ni delito completo, sino un *arbitrario* escalón intermedio entre ambos.

Según cualquiera de las tres interpretaciones más importantes y probables del término «voluntarias» del artículo 1, éste es elemento de tipo legal abstracto. No puede, pues, fundar la exigencia de ningún elemento adicional al mismo. Si se demuestra que el otro componente

(76) Cfr. J. CORDOBA, *El conocimiento...*, cit., págs. 64 ss.; *Notas*, cit., II, págs. 12 s.; *Una nueva concepción...*, cit., págs. 87 ss.

de la definición del artículo 1, el «penadas por la Ley» no requiere tampoco más que la tipicidad legal, habrá que concluir que en este precepto «delito» y «falta» no es más que «tipo legal».

B) a) Lejos de contradecir la hipótesis establecida, la expresión «penadas por la Ley» supone su confirmación. Pese a que se ha interpretado como exigencia de *concreta* punibilidad, requiriendo incluso la concurrencia de condiciones de punibilidad o la ausencia de excusas absolutorias (77), las páginas correspondientes al número anterior —4— han puesto de manifiesto que en el uso normal del Código y, sobre todo, en el artículo 6, el tipo de expresión «infracción, delito o falta a que la ley señale o castigue con pena» remite a la *conminación penal típica*, no a la punición concreta (78). Ahora cabe añadir que la concordancia *sistemática* del «penadas por la Ley» del artículo 1 y las expresiones «que la Ley castigue» y «a que la Ley señala penas» de artículo 6, constituye precisamente el argumento central que conduce a la conclusión de que en el artículo 1 «delitos» y «faltas» son los tipos legales abstractos. Tras la conclusión alcanzada respecto del «voluntarias», no cabe aducir ninguna razón de contexto del artículo 1 para negar que aquellas expresiones hayan de coincidir.

Adviértase, además, que la necesidad de concordancia sistemática indicada subsistiría aun en el caso de que se pusiera en duda que «delitos» y «faltas» deban significar «tipos legales» en el artículo 6. De tal modo que con ello se viene a confirmar que en el artículo 6 «delitos» y «faltas» y «tipos legales» coinciden. En efecto, la interpretación propuesta del artículo 6 se basaba en parte en que en él las penas graves o leves señaladas por la Ley son las penalidades típicas. Pero podría considerarse que esto no basta para extraer aquella interpretación, en cuanto el artículo 6 pudiese ser entendido como: «son delitos las infracciones *completas* castigadas típicamente por la Ley con penas graves»; y «son faltas las infracciones *completas* a que la Ley señala típicamente penas graves». Ahora bien, ello no excluiría evidentemente la necesidad de seguir entendiendo las expresiones «que la Ley castiga» y «a que la Ley señala penas» como referidas al tipo legal. Y la interpretación sistemática no dejaría de obligar a entender del mismo modo típico la expresión paralela «penadas por la Ley» del artículo 1, si, como se ha visto, el contexto de éste —el «voluntarias»— no conduce a lo contrario. En suma, también entonces «delitos» y «faltas» serían las acciones penadas en el tipo, esto es, como típicas. Lógicamente, en el artículo 6 dichos términos deben tener, pues, el mismo sentido de tipos legales.

La necesidad sistemática de interpretación del «penadas por la Ley» del artículo 1 conforme al sentido abstracto del artículo 6 se halla confirmada, por lo demás, por el artículo 3 y por el sentido de

(77) Así, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., pág. 140; J. CÓRDOBA RODA, *Notas*, cit., I, pág. 175.

(78) En este sentido expresamente J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. G., cit., pág. 278.

la expresión «hecho punible». El artículo 3 utiliza la expresión «son punibles» también en sentido típico-abstracto, ya que en él y en el artículo 4 se refina sólo el *tipo legal* de frustración, tentativa, conspiración, proposición y provocación para delinquir. Y, como se vio más arriba, «hecho punible» significa en el artículo 17 «hecho injusto» (vid. *Supra*, II, 3 Aa).

El párrafo 3.º del artículo 1 no contradice la interpretación propuesta del párrafo 1, aunque afirme que «el que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal». Esta declaración no puede tener más que el sentido *hipotético y condicionado* de las conminaciones típicas de la Parte Especial del Código. Es sabido que, pese a asignarse éstas a todos los que realicen el tipo legal —de *forma incondicionada*—, no pueden operar si concurren circunstancias eximentes o, *incluso*, ciertas circunstancias modificativas. El párrafo 3.º del artículo 1 puede, del mismo modo, interpretarse como: «incurrirá *en principio* en responsabilidad criminal». Nadie duda, en efecto, de que el artículo 407 haya de entenderse como: «el que matare a otro será castigado *en principio* —aunque no dice eso— como homicida con la pena de reclusión menor».

b) Que el artículo 1 no contenga una definición del hecho punible en sentido dogmático, sino sólo de los tipos legales, no origina inconveniente alguno que pueda ser salvado por la tesis contraria. Aparte del «voluntarias», que, como se ha visto, pertenece a los tipos legales, el otro elemento «penadas por la ley» no añadiría requisito alguno a la noción dogmática de hecho punible completo que no se desprenda de los preceptos que determinan la concreta punibilidad (sobre todo artículo 8), aunque fuese interpretado en sentido concreto. Es decir, el artículo 1 sólo podría ofrecer una definición del concreto hecho punible dogmático por medio de la remisión a otros preceptos que, *aun sin* aquella definición —sin su sentido concreto—, poseen la *misma* eficacia. Dicho de otro modo: que se entienda en sentido típico abstracto o concreto el artículo 1 no influye en la noción dogmática de hecho punible.

Por otra parte, desde la perspectiva *político-criminal*, la elección de una u otra interpretación del artículo 1,1 no influye en la función que en primer lugar está llamado a cumplir este precepto. A saber, la fijación de un *límite de garantía*: sólo los tipos —hechos— definidos por la Ley como punibles —objetivamente— son «delitos» o «faltas». Este *principio de legalidad* es, sin duda, el contenido fundamental del artículo 1,1 (79).

(79) Por todo ello puede admitirse, sin empobrecer el art. 1,1, la alternativa que rechaza CÓRDOBA, según la cual “el artículo 1 no ofrece una definición material de *delito* y *falta*, sino una pura circunscripción formal del ámbito de comportamiento sometido al poder punitivo”. No creemos, sin embargo, que deje de explicarse entonces “el *por qué* se ha incluido el término “voluntarias” (*Comentarios...*, cit., I, pág. 23, y *Notas*, cit., II, pág. 12). Aunque se contenga ya en el tipo legal, este término cumple, según la interpretación que se adopte del mismo, distintas funciones: 1) Si se entiende referida a la acción, tiene el

En cambio, la adopción del criterio típico-abstracto para el artículo 1 es la solución *coherente* con el sentido del artículo 6 —y del 3— y normal en el uso del Código. Ciertamente que se ha mantenido la posibilidad de concurrencia de los dos usos, concreto y típico-abstracto, de los términos «delito» y «falta», reservándose el primero para el artículo 1 (80). Cabría pensar, según esto, que el artículo 1 «no es de tipo formal» (81), mientras que el artículo 6 posee una función clasificatoria (82). Pero no dejaría de resultar gravemente anómalo que dos preceptos tan unidos como los artículos 1 y 6 —hasta el punto de que éste es el desarrollo de aquél —apuntasen a sentidos de «delito» y «falta» divergentes. Sobre todo porque ambos preceptos, el artículo 1 y el 6, acuden en sus funciones a expresiones paralelas que hay que entender, a nuestros efectos, equivalentes: «penadas por la Ley» y «que a Ley castiga» o «que la Ley señala penas». Tampoco sería satisfactorio que la definición fundamental del Código, la del artículo 1, se hallase en contradicción con el uso *normal* del propio Código. Por todas estas razones creemos preferible la interpretación típico-abstracta de la definición del artículo 1.

III.—CRITERIO ABSTRACTO DE LA CALIFICACION DE «DELITO» FRENTE A «FALTA»

La interpretación abstracta de los términos «delito» y «falta» adoptada en el apartado anterior (83) es la única coherente con la solución que, a los ojos de la doctrina científica y según el sentido de la regulación jurídico-positiva, debe mantenerse respecto de la cuestión de la *calificación de un hecho particular* como «delito» o como «falta».

1. Estado de la cuestión en la ciencia penal alemana

En la doctrina alemana, las dos posibilidades extremas de solución que se ofrecen a la cuestión que tenemos planteada —que no es

sentido de *subrayar* que todo tipo legal presupone *por lo menos* un acto voluntario; en cuanto ello supone una toma de posición *político-criminal* fundamental, no es injustificado que se diga en el artículo 1; 2) Si se entiende referida al *resultado*, tiene además el efecto de excluir de la denominación de «delito» o «falta» a los tipos culposos; 3) Si se entiende referida a la *norma*, contiene la advertencia de que los tipos legales sólo se realizan con esa voluntad, cosa que no se desprendería de la sola observación de los tipos.

(80) Así, J. CÓRDOBA, *Notas cit.*, I, pág. 151.

(81) Así, J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, P. G., cit.*, pág. 275.

(82) J. CÓRDOBA reconoce la posibilidad de esta distinción al afirmar que: «mientras el Código alemán se limita, en su artículo 1.º, a clasificar las infracciones en crímenes, delitos y faltas, el Código penal español, en el mismo artículo 1.º, ofrece un concepto de delito». *Notas, cit.*, I, pág. 165. Sólo que la clasificación del artículo 6 se hace en base a expresiones equivalentes a la de: «penadas por la Ley» del artículo 1.

(83) Vid. *Supra*, II.

otra que la del nivel de abstracción válido para la calificación de un hecho de «delito» o de «falta»— se conoce con los nombres de *punto de vista abstracto* (*abstrakte Betrachtungsweise*) y *punto de vista concreto* (*konkrete Betrachtungsweise*) (84). Según la primera posición—*punto de vista abstracto*—, la calificación de «delito» o «falta» (85) depende de la pena abstractamente señalada *al tipo*. Son irrelevantes, a este fin, las circunstancias concretas concurrentes—por ejemplo, circunstancias modificativas genéricas—. Para el *punto de vista concreto*, al menos en su formulación más extrema, es la penalidad concretamente aplicable la que decide la gravedad formal de la infracción. Según esta posición, cuando las particulares circunstancias determinan la disminución en uno o más grados de la penalidad típica, es esta pena resultante la que decide la calificación de «delito» o «falta» (86).

En la actualidad, el parágrafo 1,4 del *Strafgesetzbuch* (87), ha decidido la cuestión en favor del *punto de vista abstracto*, en realidad absolutamente dominante en la doctrina y Jurisprudencia ya antes de la reforma de dicho precepto (88). A decir verdad, desde la perspectiva teórica concurrían razones de importancia que aconsejaban la adopción de la tesis abstracta (89).

(84) Además, la peculiaridad del ordenamiento jurídico-penal alemán ha determinado la elaboración de posiciones intermedias conocidas con el nombre de *puntos de vista especializadores o diferenciadores* (*spezialisierende Betrachtungsweise*): Cfr. R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal* (ed. castellana), cit., I, págs. 161 a 163; H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., pág. 38.

(85) Se hace referencia aquí a la dicotomía «delito» «falta» por ser éstos los términos que el Derecho penal español conoce. Téngase en cuenta, sin embargo, que en Alemania las posibilidades de clasificación por la gravedad son designadas con las voces «*Verbrechen*» (delito grave), «*Vergehen*» (delito menos grave) y «*Übertretung*» (falta).

(86) Lo dicho no refleja más que de un modo extremadamente esquemático los puntos de vista analizados: Cfr. MAURACH, *Tratado...* (ed. cast.), cit., I, págs. 159 a 163.

(87) Fruto del *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, en vigor desde 1-9-69. En el futuro *Strafgesetzbuch*—que ha de entrar en vigor el 1 de enero de 1975— dicha reforma se incorpora al parágrafo 12,3.

(88) Vid. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., pág. 147. El desarrollo doctrinal tiene lugar de modo mucho más amplio, en las ediciones anteriores, por preceder a la solución del legislador: cfr. *Tratado...* (ed. castellana), cit., I, págs. 161 y 162, donde se afirmaba que el extremo *punto de vista concreto*, «defendido primitivamente tan sólo de modo aislado, se encuentra hoy prácticamente abandonado». En idéntico sentido, JESCHECK escribía en 1969: «Die Konkrete Betrachtungsweise... wird nicht mehr vertreten»: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1.ª ed., pág. 35. En la 2.ª ed. de 1972 se recoge la nueva regulación: pág. 38. A favor de la posición abstracta se hallaban, además, entre otros, MEZGER (*Tratado...*, cit., I, págs. 179 a 181), JAGUSCH (*Strafgesetzbuch, Leipziger Komentar*, fundado por L. EBERMAYER, A. LOBE y W. ROSENBERG y publicado por H. JAGUSCH, E. MEZGER, A. SCAEFER y W. WERNER, 8.ª ed., Berlín (Walter de Gruyter & Co.), 1957, parágr. 1, N. 3) y H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 17 y 18 y traducción de FONTÁN BALESTRA, cit., pág. 24. Ver por lo demás los autores citados en la nota anterior y los referidos en la edición castellana del *Tratado* de Maurach, loc. cit.

(89) Vid. R. MAURACH, *Tratado...*, cit., I, pág. 163.

2. Examen de la cuestión en Derecho penal español.

A) En el C. p. español la calificación de un hecho como «delito» o «falta» depende exclusivamente de la punición abstracta que tiene lugar en cada uno de los tipos. Aquellos tipos que tengan señalada «pena grave» darán lugar *siempre* a la presencia de un «delito», mientras que los que determinen una «pena leve» originarán *siempre* la calificación de «falta». Ello se desprende con claridad de la imposibilidad que existe de que la concurrencia de circunstancias concretas determine el paso de una «pena grave» a una «pena leve» (90) (artículo 74 en relación con el 73, y artículo 601), en relación con la definición de «delito» y «falta» del artículo 6, que hace depender de la asignación de «pena grave» o de «pena leve» la calificación conforme a una u otra categoría.

El artículo 74 C. p. dice, en efecto, que «la multa en la cuantía de 5.000 a 50.000 pesetas se considerará como la última pena de las escalas graduables anteriores»; y, según el artículo 73, «la pena inferior o superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada», y «los tribunales atenderán, para hacer la aplicación de la pena inferior o superior a las siguientes «Escalas Graduales». Los tribunales no pueden, por consiguiente, acudir a ninguna otra pena que las enumeradas en las Escalas Graduales del artículo 73 y en el artículo 74 —salvo las reglas específicas del artículo 75—, no pudiendo descender por debajo de la multa de 5.000 pesetas (90 a). Ahora bien, en el artículo 73 se contienen sólo «penas graves», y en el 74 el mínimo señalado obliga a considerar «graves» a las multas a que se refiere (artículos 27 y 28). El artículo 601, por otra parte, impide a los tribunales castigar un hecho tipificado en el Li-

(90) En este sentido, J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte general*, cit., págs. 750 y s., donde afirma en favor de esta interpretación la constante práctica jurisprudencial y una constante tradición.

(90 a) De distinta opinión, J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, cit., II, páginas 74 s. Entiende este autor que, del mismo modo que el artículo 75 modifica la aplicación de las Escalas Graduales del artículo 73, el artículo 76 puede modificar el alcance del artículo 74. Pero el artículo 75 es *lex specialis* respecto del 73 y, por lo demás, impone *expresamente* la única modificación que prevé, relativa a un solo aspecto del artículo 75, la pena de muerte. Sus demás reglas no son modificaciones, sino que completan el artículo 73. En cambio, ha de afirmarse que el artículo 74 —en relación con el 73— es, en el punto considerado, *lex specialis* frente al 76, y no viceversa: el artículo 76 regula de forma *general* la obtención de los grados superior e inferior de la pena de multa— sin referencia alguna al caso concreto de que el límite mínimo de ésta sea de 5.000 pesetas—, mientras que el artículo 74 contempla *expresamente* el supuesto *especial que consideramos*. De forma tal que, de aplicarse la solución de CÓRDOBA, habría que admitir que el artículo 76 —*genérico*— *contradice* al artículo 74 —*específico*— en su contenido fundamental: la pena de multa en la cuantía de 5.000 a 50.000 pesetas no sería, contra lo que establece este precepto en relación con el artículo 73, la última pena a que cabe descender. Por el contrario, la interpretación mantenida en el texto respeta a la vez el artículo 74 y el 76, al coordinarlos así: el artículo 74 limita —no contradice— el tenor genérico del artículo 76.

bro III —conminado con «pena leve»— con «pena grave», puesto que les obliga a permanecer *dentro de los límites* de la pena típica (91).

Si el tipo de un determinado hecho señala «pena grave», la concurrencia de circunstancias, no puede, pues, determinar la imposición de una «pena leve» y viceversa. Ahora bien, si el artículo 6 define el «delito» y la «falta» en función de la asignación de «pena grave» o «pena leve», cabe afirmar que la calificación correspondiente al tipo de «delito» o «falta» —determinada por la conminación del mismo con «pena grave» o «leve»— no podría ser alterada por la concurrencia de ninguna clase de circunstancias concretas, en la medida en que no es posible que éstas hagan variar la naturaleza de «graves» o «leves» de las penas concretamente imponibles.

El *punto de vista abstracto* en materia de calificación de un hecho como «delito» o «falta» es, pues, el acogido por el Código penal.

B) Esta solución constituye, además de una *confirmación*, una *consecuencia lógica* del entendimiento *abstracto* de los términos «delito» y «falta» en el artículo 6 del Código penal.

a) Si, según la interpretación propuesta del artículo 6, las expresiones «infracciones que la Ley castiga con penas graves» o «infracciones a que la Ley señala penas leves» deben entenderse como «tipos a que la Ley señala pena grave o leve», obligado es pensar que la calificación de «delito» o de «falta», según el artículo 6, ha de efectuarse de acuerdo con el *punto de vista abstracto*: para que haya «delito» es preciso —y suficiente— que la Ley señale al tipo una «pena grave» (92).

IV. EXTENSIBILIDAD DE LOS TERMINOS «DELITO» O «FALTA» A LAS FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCION, FORMAS DE PARTICIPACION Y ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

En los apartados anteriores se ha llegado a la conclusión de que «delito» y «falta» equivalen a tipo legal abstracto. Se ha partido para ello de la observación de que, según las rúbricas de los Libros II y III del Código, los tipos legales previstos en la Parte Especial son «delitos» y «faltas». Debe responderse ahora a la importante cuestión

(91) Dice este precepto: "En la aplicación de las penas de este Libro procederán los Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una."

(92) Esta es, por lo demás, una conclusión generalmente admitida por la doctrina española: Vid. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, cit., I, págs. 291 y 292; A. FERRER SAMA, *Comentarios...*, cit., I, pág. 93; F. OLESA MUÑO, *Estructura de la infracción penal...*, cit., pág. 22. CÓRDOBA, *Comentarios...*, cit., II, pág. 74, no discute, pese a admitir la posibilidad de descender de pena grave a pena leve (vid. *Supra*, nota 90 a), que la calificación típica sea decisiva. Entendi sólo que es posible castigar un "delito" en el caso concreto —sin que deje de ser "delito"— como pena leve.

de si fuera de los Libros II y III hay en el C. p. otros hechos que puedan recibir la denominación de «delito» o «falta». El problema se plantea en relación a las formas de imperfecta ejecución, de participación y preparatorias punibles, todos ellos previstos en la Parte General del Código penal. La respuesta a esta cuestión no aparece, a la vista de la regulación legal de estas modalidades, como desprovista de dificultad. Que no es evidente que deba ser positiva lo demuestra el hecho de que Rodríguez Mourullo —aunque para supuestos particulares— (93) y Rodríguez Devesa (94) y Córdoba Roda (94 a) —de modo general— la nieguen en la actualidad.

(93) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, pág. 149, donde entiende que el artículo 565 la palabra “delito” significa sólo al delito consumado, excluyendo a las formas de imperfecta ejecución. En pág. 164 escribe: “Los términos “delito” o “falta” que se utilizan en los artículos 69 y 71 significan la ejecución, completa o incompleta, de un hecho previsto como delito o falta en la Parte Especial del Código, ejecución cuya ausencia es precisamente lo que caracteriza a la conspiración”, a la cual niega, por ello, la calificación de “delito”. Más adelante insiste en la misma tesis al equiparar el “hecho” del artículo 16 al “hecho típico descrito en la Parte Especial del Código”, pág. 169. Ver también pág. 122.

(94) Cfr. J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, P. G.*, cit., págs. 621 ss., donde, tras negar la tipicidad de las formas de aparición distintas al delito consumado del autor y aparte de no calificar de “delito” —o “falta”— a las mismas, escribe: “No son conductas, sin embargo, independientes del delito (subrayado nuestro)”. *No constituyen “delitos” distintos* (pág. 621). Obsérvese que no cabe interpretar esta última afirmación en el sentido de que suponga *a sensu contrario* que las modalidades en cuestión sí son los mismos “delitos” que los consumados correspondientes: ello resulta vedado por la negación expresa de RODRÍGUEZ DEVESA de que las mismas realicen los tipos consumados (pág. 621). Además, este autor llega a extraer expresamente consecuencias sólo explicables en base a la negación de la denominación legal de “delito” a aquellas modalidades: “Así el plazo de *prescripción* del delito ha de entenderse que se refiere al delito consumado, nunca al frustrado o a la tentativa ni a la pena señalada para el cómplice o el encubridor... Lo mismo ha de decirse sobre la determinación del *tiempo* y *lugar* de comisión del delito” (pág. 622). Todo ello es, por lo demás, coherente con la interpretación que este autor mantiene del artículo 1,1 del Código Penal, según la cual “la definición del artículo primero se refiere únicamente a los delitos dolosos y además consumados (art. 49, párrafo segundo)”, y, por otra parte, las conductas de *inducción*, *auxilio* o *encubrimiento* se consideran punibles *pese* a que se entiende que no realizan las *acciones penadas por la Ley* a que se refiere aquel precepto, reservadas para RODRÍGUEZ DEVESA para la autoría: pág. 278.

(94 a) Aunque en relación al art. 10, 2.º C. p., CÓRDOBA escribe: “Sólo comete el delito el autor material o directo, pues el legislador en el número 2 del art. 10, tal como se desprende del sentido de esta expresión legal en su relación a las disposiciones anteriores de los artículos 1, párrafo primero, 3 y 10, párrafo primero, concibe el “cometer el delito” como realizar el hecho típico”.

En nota referida al art. 3, dice: “Que muy significativamente reconoce que ni la frustración ni la tentativa constituyen “delito”: Cfr. *Comentarios...* cit., I, págs. 561 y 563.

1. Las formas de imperfecta ejecución *stricto sensu*.

A) PLANTEAMIENTO

La regulación jurídico-positiva de los grados de ejecución imperfecta en sentido estricto, esto es, de la *tentativa* y *frustración*, no es, desde la perspectiva que aquí importa, inequívoca. A continuación van a exponerse los argumentos legales que apoyan las dos soluciones posibles de la cuestión de la subsumibilidad de aquellas figuras en los términos «delito» o «falta» de los artículos 1 y 6 C. p. Después se intentará elegir la solución que aparezca como aceptable.

B) ARGUMENTOS LEGALES CONTRARIOS.

a) El artículo 3 C. p., definidos de la frustración y de la tentativa, distingue de modo expreso estas figuras de las de «delito».

«Hay delito frustrado—dice el segundo párrafo del artículo 3—cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que *deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen...*». O sea, que, a pesar de la denominación legal «delito frustrado» (95), la definición transcrita conduce inevitablemente a deducir que la frustración supone la no realización del «delito» como condición de existencia (96).

La misma conclusión cabe inferir de la definición legal de tentativa. El tercer párrafo del ya citado artículo 3 dice: «Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y *no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito...*». Según esto, el «delito» no puede haberse producido. Lo cual resulta, por lo demás, adecuado al término elegido por el legislador para denominar este grado de ejecución: «tentativa», o, lo que es lo mismo, intento fallido de realizar el «delito».

Tanto respecto de la frustración, como de la tentativa, la configuración expresa de los preceptos definidores de estas instituciones parece, pues, llevar a la negación de la equiparación de los conceptos representados por aquellos términos —o por los sinónimos también empleados por el Código, como el de «delito intentado», para la tenta-

(95) Nótese, sin embargo, que sólo aparentemente la denominación «delito frustrado» podría sugerir la idea de que esta figura constituye «delito». Pues aquella nomenclatura equivale, sin duda, a la de «frustración de delito», ya que, desde el punto de vista estrictamente semántico, el adjetivo «frustrado» sólo puede ser referido a algo que *no ha podido ser realizado* perfectamente.

(96) Ya SALDAÑA se percató de esta consecuencia a que conduce el texto del párrafo segundo del artículo 3: Vid. *Adiciones al Tratado de Derecho Penal* de F. von LISZT. Madrid, 3.^a edición, III, pág. 60 y más ampliamente, en sus *Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870*, I, Madrid (Reus), 1920, págs. 605 y 611. En la actualidad, en el mismo sentido J. CORDOBA RODA, *Comentarios...* cit., I, pág. 561, nota 12; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, pág. 149 (ambos autores tanto para frustración como para tentativa).

tiva—y el designado por la palabra «delito». De modo que, según esto, la calificación de «delito» no parece pueda ser extendida a aquellas fases de ejecución.

b) La misma conclusión parece deducible del tenor de algún precepto, como los artículos 49 y 50 del Código penal.

No cabe duda de que el artículo 49 utiliza la palabra «delito» de modo excluyente de la frustración y de la tentativa, esto es, como limitada a expresar «delito consumado» (97). La interpretación sistemática del art. 49, en relación con los demás que se contienen en su *Sección*, conduce a esta conclusión. La rúbrica de ésta reza: «Reglas para la aplicación de las penas según el grado de ejecución y las personas responsables de las infracciones; y los artículos 51 a 54 prevén la regulación de las distintas posibilidades de combinación de grados de ejecución y formas de participación con la sola excepción del supuesto de *autoría en delito consumado*. Lógico es entender que a este supuesto es destinado el art. 49, único precepto capaz de dar cabida al mismo. Por lo demás, el mismo tenor del artículo 49 conduce a esta interpretación: ello se desprende de la coordinación del párrafo primero con el segundo. En efecto, según el primer párrafo, «a los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hallare señalada por la ley»; y, de acuerdo con el segundo párrafo, «*siempre* que la ley señalare generalmente la pena de una infracción se entenderá que la impone a la consumada»; luego, hay que entender que la «pena señalada por la ley» para los autores ha de ser la impuesta al delito consumado.

También la exégesis mantenida por la doctrina del artículo 50 obliga a entender que la voz «delito» empleada en el primer párrafo de este artículo excluye las formas de imperfecta ejecución. Como dice Antón Oneca: «El art. 50 —en su 2.º párrafo— impone la pena de delito imperfecto solamente cuando esté castigado con pena mayor (párrafo segundo). Si la penalidad del intentado fuera menor o igual, se impondrá la sanción del delito realizado en su grado máximo (párrafo primero del mismo art. 50)—partiendo de la base de que el resultado producido corresponde a delito menos grave que el propuesto—» (98). Es decir, que, según esta interpretación, cuando no se cumpla el requisito impuesto por el párrafo segundo de la mayor gravedad del «delito imperfecto», habrá que estar a lo dispuesto en el párrafo primero, interpretando la referencia al «delito ejecutado» en relación *no al «delito imperfecto»* producido, sino *sólo* al originado por la causación del resultado no querido. Para entender, por el contrario, que el artículo 50, 1.º, considera que la tentativa o frustración constituyen «delito», tendría que reconocerse que en el supuesto planteado hay *dos* «delitos ejecutados»: no sólo el propio del resultado producido, sino también el representado por el «delito imperfecto» de que

(97) Vid. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., I, pág. 560.

(98) Vid. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., I, pág. 560.

se trate. Esta interpretación, sin embargo, no sólo dificultaría la aplicabilidad del párrafo 1.º del artículo 50 (99), sino que, sobre todo, se hallaría en contradicción con el párrafo 2.º del mismo artículo, que pretende regular con exclusividad el caso de que el delito cometido constituya tentativa o prestación de otro hecho. Por lo demás, al hacer aplicable el art. 50, 1.º a todos los casos de tentativa o frustración, por ser éstas siempre supuestos de delito producido —delito imperfecto— distinto al que se quería realizar —el consumado perseguido—, supondría una práctica derogación de las normas de aplicación de la pena que los artículos siguientes (51 a 54) asignan a aquellas formas incompletas en la mayoría de los supuestos posibles (100).

C) ARGUMENTOS LEGALES FAVORABLES.

No obstante lo expuesto en el apartado anterior B), del tenor de otros preceptos del mismo C. p. referentes a la frustración y a la tentativa se deduce la consideración legal de estas figuras como «delitos» o «faltas». No nos referimos a las designaciones «delito frustrado» y «delito intentado», cuya significación favorece, más bien, la exclusión de la presencia de «delito». Pensamos en los artículos 5, 12, 14, 16, 17, 51, 49, 2.º, 52, 53, 54 y 56 del Código penal.

a) El artículo 5 dice: «Las faltas sólo se castigarán cuando han sido consumadas. Se exceptúan las faltas frustradas contra las personas o la propiedad». De la redacción de este precepto cabe inferir que tiene como misión la «restricción» del ámbito de faltas punibles. La utilización del adverbio «sólo» parece indicar, en efecto, que el mandato de punición que a continuación viene a establecer el artículo 5, párrafo 1.º, no tiene lugar respecto de *todas* las «faltas», sino «sólo» de *una clase de ellas*, a saber, las faltas consumadas. De ahí se deriva que, en el espíritu del art. 5, no sólo son «faltas» las consumadas, sino también otras categorías, que, por lo que cabe inferir del contexto, son las intentadas y frustradas.

Confirman la misma interpretación el párrafo segundo del mismo artículo. Al decir «se exceptúan las faltas frustradas», da a entender que, mientras el párrafo 1.º efectúa la *exclusión* de punición de ciertas «faltas», el segundo introduce una *excepción* a esta exclusión, permitiendo así levantar la punibilidad de otra clase de «faltas», las frustradas. En este sentido, el art. 5 viene a reconocer la existencia de *otras «faltas»* junto a las consumadas. Con lo que, de modo indirecto, atribuye a éstas la calificación de «faltas».

Por otra parte, la redacción del artículo 5 permite llegar a la misma conclusión por otro camino tal vez más fecundo todavía. Cuando

(99) La elección de cuál de ambas figuras —delito imperfecto ejecutado o delito perfecto ejecutado— habría de ser tomada en consideración para llenar de contenido la expresión del art. 50, 1.º, “delito ejecutado”, sería, sin duda, de difícil solución.

(100) Aquellos en los que no se hallasen tipificados especialmente los actos constitutivos de ejecución imperfecta de otro tipo.

éste dice que «las faltas sólo se castigarán *cuando han sido consumadas*», da entrada a la idea de que la «falta» no constituye un concepto *instantáneo*, en el sentido de que su presencia o ausencia dependa con carácter absoluto de la perfecta realización del tipo en que se manifieste. Es decir, según aquel modo de expresarse de la Ley, el concepto de «falta» posee una existencia *susceptible de distintos grados de perfección*. La «falta» *empieza* a realizarse antes de la producción perfecta del correspondiente tipo y, una vez iniciada su trayectoria, no deja de existir, aun cuando la perfección típica no se haya producido (101).

Extender el razonamiento efectuado a los «delitos» no parece difícil, puesto que los conceptos de «delito» y «falta» aparecen configurados en el Código, por lo que se refiere al extremo que consideramos, de modo paralelo, diversos sólo en cuanto a su respectiva gravedad. Prueba de ello es la persistencia en ambas categorías del reconocimiento de la existencia de fases de incompleta ejecución. Puede afirmarse, pues, que el art. 5 conduce a admitir la presencia de *tipicidad* o, lo que es lo mismo, según lo dicho más arriba (*Supra* II), la calificación de «delito» o «falta» de la frustración y tentativa.

b) Los artículos 51, 52, 53 y 54 C. p. prevén la punición de la autoría, complicidad y encubrimiento en «delitos frustrados o intentados», junto a la de en «delitos consumados». Relacionando estos preceptos con los artículos 14, 16 y 17, resulta necesario interpretar las expresiones «ejecución del hecho» y «ejecutarlo», utilizadas por los artículos 14 y 16, y «hecho punible» que aparece en el artículo 17,

(101) Según la interpretación efectuada, el artículo 5 del Código Penal parte de la idea de que un tipo *puede realizarse parcialmente*. La *perspectiva finalista de la acción* reconoce la corrección ontológica de esta concepción. Si la acción es un concepto ontológico de cuya esencia no forma parte el resultado (Cfr. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil* (1971), cit., págs. 185 y s. y 189 y 190 y *Tratado de Derecho Penal*, trad. y notas de J. CÓRDOBA RODA, I, cit., págs. 212 y 219 y ss.) la no producción de éste no hace desaparecer la presencia de aquélla. Y si la voluntad rectora de una acción es lo que permite en primer lugar calificar a la misma conforme a sentido (Vid. H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 36), la persistencia de una acción a pesar de la no producción del resultado perseguido por la misma, hace posible que dicha acción sea tomada por sí sola en consideración, en base a la dirección que imprime en ella la voluntad. Por ello, en la sistemática finalista (y también en sistemas no finalistas, como el *social* seguido por JESCHECK, cfr. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., págs. 181 y ss.), aunque los tipos requieren, para su consumación, la perfecta adecuación a los mismos de la parte objetiva y de la parte subjetiva, la no completa realización de la primera no obsta a la posibilidad de afirmar la persistencia de la segunda (Vid. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, cit., pág. 492, y traducción de J. CÓRDOBA, cit., II, pág. 172. También H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 189, y en la traducción castellana de FONTÁN BALESTRA, cit., pág. 193. De modo, además, que las conductas que externamente podrían ser consideradas como *típicamente fallidas* respecto de la parte objetiva de un tipo determinado, alcanzan significado de manifestaciones de voluntad integrantes del proceso ejecutivo *típico*, si el contenido de voluntad que las rige permite afirmar su conexión *final* con la producción del resultado fallido. Resulta correcto, pues, según este planteamiento, admitir la posibilidad de que un tipo sea *realizado parcialmente*.

en un sentido amplio, comprensivo de los momentos de ejecución incompleta propios de la tentativa y de la frustración. Piénsese que la regulación básica de las formas de participación en delitos frustrados e intentados *sólo* puede ser hallada, por lo que respecta a la configuración de los *presupuestos* de las penas asignadas en los artículos 51 a 54, en los citados artículos 14, 16 y 17 (102). Ahora bien, según el uso del Código, la palabra «hecho», utilizada en aquellos artículos, hace referencia, por lo general, al «tipo legal. En palabras de Córdoba: «el *hecho* incorporado por el legislador a la esfera penal es el tipo (vid. art. 2 del Código penal» (103). En este sentido, admitir que la frustración y la tentativa pueden realizar el «hecho» de los artículos 14, 16 y 17, conduce a calificar de «delito» o «falta» a aquellas formas imperfectas, en la medida en que estos términos equivalen a «tipo legal».

c) Los artículos 53 y 54 califican expresamente de «delitos» a la frustración y tentativa. El artículo 53 dice, en efecto: «A los cómplices de un delito consumado, frustrado o intentado se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley al autor del mismo *delito*». Y el artículo 54, en parecidos términos, declara: «A los encubridores de un delito consumado, frustrado o intentado, se les impondrá la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley al autor del mismo *delito*» (104). La única interpretación posible de estos preceptos es referir el término «delito» subrayado por nosotros a la forma de ejecución en el que la participación haya tenido lugar: «delito consumado, frustrado o intentado» (105). Luego, según estos artículos, no sólo el «delito consumado», sino también el «delito frustrado» y el «delito intentado» son «delitos».

También las reglas 1.^a y 2.^a del art. 56 califica de «delito a las formas de ejecución imperfecta: «Para graduar las penas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 51 al 54, inclusive, corresponde imponer a los autores de delito frustrado y de tentativa, y a los cómplices y encubridores, se observarán las reglas siguientes: 1.^a La pena inferior será la que siga en número en la escala gradual respectiva a la señalada al *delito* o a la menor de las impuestas *al mismo*... 2.^a Cuando la pena señalada o la menor de las fijadas *al delito*» (106).

d) Finalmente, la equivalencia de significación cualitativa —no cuantitativa— de los términos «infracción» y «delito» o «falta» (todos

(102) CÓRDOBA escribe: «De la lectura de los artículos 53 y 54, en relación a los mencionados 14, 16 y 17, se infiere que el hecho o delito se ejecuta tanto cuando se consuma como cuando se frustra o intenta» (el subrayado es nuestro). Cfr. *Notas*, cit., I, pág. 355.

(103) Este autor cita como preceptos del Código que reflejan equiparación de «hecho» y «tipo» en el sentido del texto los artículos 2, 3, párr. 2, 8, número 1, párr. 2, 9, cir. 6, 10, circs. 1 y 16, 14, números 1 y 3, 20, reglas 1 y 31, 60, párr. 2, 66, 71, 50: Vid. *Notas*, cit., I, págs. 153 y 154.

(104) Subrayados nuestros.

(105) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 752; expresamente, QUINTANO, *Curso...*, cit., I, pág. 492.

(106) Subrayado nuestro.

ellos apuntan a la tipicidad legal) permite extraer del párrafo segundo del art. 49 del Código un argumento favorable a la calificación de «delito» o «falta» de las figuras de frustración y tentativa. Teniendo en cuenta que, como es sabido, este precepto dice: «siempre que la Ley señalare generalmente la pena de una infracción se entenderá que la impone a la consumada», cabe deducir a *contrario sensu* que no sólo son «infracciones» las consumadas, sino también las frustradas o intentadas». Como es fácil advertir, esta vía argumental enlaza con la interpretación más arriba efectuada del art. 5. (Vid. *Supra*, IV, 1 Ca.).

D) INTERPRETACIÓN QUE SE PROPONE.

Ante la diversidad de argumentos legales que abonan una u otra solución a la cuestión de la posibilidad de entender incluidas en el uso del Código de la palabra «delito» en el sentido de «tipo legal» a los supuestos de tentativa y frustración, debemos decidirnos en favor de la posición que aparezca como más acorde con el espíritu del Código penal y con la naturaleza propia de aquellas instituciones.

a) *Prevalencia de los argumentos legales favorables.*

A pesar de la concurrencia indicada de preceptos que apoyan las dos soluciones posibles de la cuestión que nos ocupa, parecen de mayor fuerza los argumentos que conducen a la afirmación de la extensibilidad del término «delito» a la frustración y tentativa. Obsérvese, en efecto, que sólo esta solución cuenta con un *apoyo expreso* por parte de la letra de la Ley. *Ninguno de los preceptos que al parecer llevan a la posición contraria niegan expresamente la calificación de «delito» a las formas de ejecución imperfecta.* En cambio, sabemos que *en varios artículos la ley llama «delito» a estas figuras.* Por esta razón, cabe, pensamos, inclinarse en favor de la inclusión de la frustración y la tentativa bajo el alcance de la palabra «delito». No existen razones suficientes para excluir a las mismas del tenor definitorio *general* del art. 6, en relación con el 1.

Esto último supone que dicho precepto encierra la posibilidad de extender a la tentativa y frustración la denominación «delito». En efecto, es sabido que aquel precepto considera «delitos» a «las infracciones que la ley castiga con penas graves». Y, según el art. 3, la tentativa y frustración son «punibles». Cuando la aplicación de las reglas de determinación de la pena asigne a aquellas formas imperfectas una «pena grave», cabrá pensar en la inclusión de las mismas en el tenor definitorio del art. 6.

No debe desconocerse, sin embargo, que, pese al tenor literal de los arts. 1 y 6, no toda conducta humana penada por la Ley constituye «delito» ni «falta». Piénsese en las circunstancias de agravación que suponen la concurrencia adicional de hechos distintos a los previstos en el tipo legal, en especial la reincidencia, que puede determinar

la superación del marco típico de la pena (art. 61, 6). En estos supuestos cabría decir que nos encontramos frente a *conductas penadas por la Ley*. Sin embargo, nadie puede mantener que tales conductas constituyan «delito» ni «falta».

Pero la circunstancia modificativa y las formas de imperfecta ejecución poseen distinta naturaleza. Pese a que en la doctrina alemana tanto aquéllas como éstas se consideran *circunstancias concretas* que no deben ser tomadas en consideración a efectos de calificación de un hecho como «delito» o como «falta» (107), debe advertirse que, mientras que las circunstancias modificativas suponen la *adición de hechos a un tipo legal situado* a un nivel de abstracción superior, de modo que lo punible finalmente es la *suma* de ambas componentes —las circunstancias no son punibles por sí solas—, la tentativa y frustración no suponen la modificación ni, por consiguiente, una determinada forma de concreción de un tipo legal más abstracto, sino que constituyen conductas que aun *referidas* a un tipo legal, se hallan situadas al *mismo nivel de abstracción* que éste. Aquí no se produce la *adición* de hechos al núcleo originario, ni es la suma resultante de esa adición el objeto de la punición, sino que la presencia de una forma imperfecta de ejecución *desplaza* la concurrencia de la tipicidad a que se refiere, *sustituyéndola*. Puede afirmarse, por ello, que la tentativa y frustración se hallan «penadas por la Ley» al mismo nivel y en el mismo sentido que los tipos legales de la Parte Especial.

b) *Consecuencias a que conduciría la solución negativa.*

La negación de la calificación de «delito» a las conductas constitutivas de tentativa o frustración conduciría a consecuencias *absurdas* y, lo que es peor, *injustas*.

a') Consecuencias lógicas y prácticamente intolerables serían las siguientes: en primer lugar, las reglas relativas al cumplimiento de pena en el concurso real (arts. 69 y 70 C. p.) no podrían extenderse a aquellas figuras; tampoco podría aplicarse a ellos la normativa de los arts. 68 y 71, dejando vacía de regulación respecto de los mismos una materia tan importante; asimismo, habría que considerar inaplicable el mandato del art 77, según el cual, «cuando las mujeres incurrieren en delitos que este Código castiga con las penas de presidio mayor o presidio menor, se les impondrá, respectivamente, las de prisión mayor o prisión menor», en caso de proceder por razón de tentativa o frustración la penalidad correspondiente; finalmente, piénsese que principios tan generales como el contenido en el art. 23 —«*nulla poena sine lege praevia*»— serían inaplicables, por referirse sólo a «delitos», a las formas de imperfecta ejecución.

b') La exclusión de la denominación de «delito» de las figuras de tentativa y frustración daría lugar a consecuencias notoriamente

(107) Cfr. R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, cit., I, pág. 161.

injustas. Adviértase la imposibilidad que ello determinaría en orden a la aplicación de la remisión condicional de la pena: el art. 93 C. p. condiciona la concesión de dicho sustitutivo de la pena a que «el reo haya *delinquido* por primera vez» (párrafo 1.º) y a «que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o falta...» (párr. 3.º). Tampoco sería justo que no cupiera admitir la prescripción de la tentativa y frustración, por no poder recibir el nombre de «delitos» (Vid. art. 113). Dudosa tendría que ser, también, la posibilidad de rehabilitación de aquellas formas de ejecución incompleta (arg. ex. último párrafo *in fine* del art. 118). En fin, no sería posible el indulto de los condenados por dichas figuras, ya que el art. 1 de la Ley reguladora de 1970 limita la concesión del mismo a los «reos de toda clase de delitos...».

c) *Adecuación de la solución positiva al significado técnico de tentativa y frustración.*

La solución propuesta —extensión de la calificación de «delito» a las formas de ejecución imperfecta— resulta, por lo demás, adecuada al significado técnico de las formas de tentativa y frustración. Asiste la razón a Quintano cuando escribe: «En puridad de principios dogmáticos, los grados de ejecución imperfecta... no son otra cosa que *extensiones* de las tipicidades básicas...» (108).

El hecho de que la referencia a la punibilidad de la frustración y la tentativa tenga lugar en la Parte General —y no en la Parte Especial— no empece a la posibilidad de que por dicho procedimiento haya que considerar ampliado el elenco de *hechos típicos* a los que la Ley asigna una penalidad en *abstracto* —que se hallen *penados por la Ley* en el sentido de los arts. 1 y 6— . La función del art. 3 C. p. —en relación con los arts. 52, 53 y 54— tiene un sentido de *economía legislativa*, dirigida a evitar la necesidad de añadir a la descripción de cada tipo la alusión a las penalidades correspondientes a cada grado de ejecución (109). El resultado de las cláusulas genéricas del

(108) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, cit., I, pág. 46; en sentido similar, J. ANTÓN HUERTA, autor de una monografía sobre el tema, recoge las opiniones de la doctrina extranjera, como favorables a la idea de la *extensión típica*; Cfr. *La Tipicidad*, México (Porrúa), 1955, págs. 10 y ss. Recientemente, en idéntico sentido, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, páginas 68 y s. En contra, J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. G., cit., pág. 621, para quien en los supuestos examinados “se da siempre una excepción a la regla de que para que una conducta sea punible es preciso que esté tipificada por la ley”.

(109) WELZEL escribe: “Es ist eine gesetzestechnische Frage, ob man bei der Tatbestände den Versuch in den Tatbestand miteinbezieht... oder ob man die Tatbestände grundsätzlich nur als Vollendungsverbrechen formuliert und dann in einer Generalklausel den Versuch ebenfalls unter Strafe stellt... Letzterer Weg ist technisch handlicher und sprachlich volkstümlicher”. Cfr. *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 189. E. SCHMIDHAÜSER, en el mismo sentido, afirma “*Fer-*

art. 3 es, pues, el de obligar a considerar ampliada la eficacia acotada de los distintos tipos de la Parte Especial a los supuestos de ejecución imperfecta o parcial de los mismos. De modo que, relacionando aquel precepto con los de la Parte Especial, habrá que considerar *típicos* —o, lo que es lo mismo, «delitos» o «faltas» en la terminología del Código— no sólo las realizaciones acabadas de las diversas figuras de la Parte Especial, sino también las conductas que suponen sólo una parcial ejecución de ellas.

2. LAS FORMAS DE PARTICIPACION

A) PLANTEAMIENTO.

La acción del *autor material* —en sentido ontológico— (110) de un «delito» constituye, sin duda, este mismo «delito» (111). Tal acción es, precisamente, la prevista y penada en el tipo correspondiente en la Parte Especial, es la que realiza este tipo. En este sentido, es lógico que el art. 49 C. p. declare: «A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido, se hallare señalada por la Ley». Pero, por una parte, no sólo se consideran *autores* en nuestro ordenamiento jurídico-penal los que lo son desde el punto de vista ontológico, sino también otros cuya participación se estima suficientemente importante para que vean equiparada su responsabilidad a la de aquéllos —arts. 14 y 15 C. p.— (112); y, por

mell gesehen geht es also auch hier... um eine gesetzestechnische Vereinfachung.. Wenn der Strafgesetzgeber sich und dem rechtsanwendenden staatlichen Organ die Mühe machen wollte, konnte er alle Versuchadelikte einzeln in genauer-tatbestandlicher Schilderung unter Strafe stellen": Cfr. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., pág. 469. En España, y de forma expresa, FERRER SAMA, *Comentarios...*, cit., I, pág. 57. Este autor dedica un trabajo especial al tema de *La tentativa como especial tipo penal*, en "Revista de Estudios Jurídicos", 1941, pág. 251. Vid. también L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El iter criminis y la tentativa*, en "El Criminalista", tomo IV, pág. 243 y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, págs. 67 s. En contra, sin embargo, J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 621.

(110) En este sentido, "autor" es concepto derivado directamente del de *acción*. Depende, por tanto, su precisión de la posición dogmática que se adopte respecto de esta trascendental noción, y no de la regulación jurídico-positiva de la autoría. Vid. la Nota de CÓRDOBA, al *Tratado...*, de MAURACH, cit., II, pág. 310.

(111) "Autor es todo aquel que ejecuta la acción, el "quien" sin nombre usado por la Ley", afirma —en la traducción castellana— H. WELZEL: *Derecho Penal, Parte General* cit., pág. 72; cfr., en la 11.^a edición alemana de *Das Deutsche Strafrecht* cit., pág. 63.

(112) Desde la perspectiva ontológica en que se sitúa, CÓRDOBA escribe: "El texto legal español permite, pues, afirmar que no todos los sujetos a que se refiere el artículo 14 *son* autores. De este modo, si bien todos aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho *son* autores, los que fuerzan o inducen tan sólo lo *serán* cuando la fuerza o inducción alcance el grado de la autoría mediata. Respecto al número 3 la cuestión es incierta". Vid. *Notas*, cit., II, págs. 310 y ss. Vid. también J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., I, página 421; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General* cit.,

otra parte, no sólo los autores queden sujetos a responsabilidad criminal, sino que, junto a ellos, debe incluirse a los cómplices y a los encubridores —arts. 12, 16 y 17 C. p.—. Conviene averiguar si las conductas de todos estos partícipes constituyen, o no, «delito» o «falta», según la terminología del art. 1, en relación con el C. p.

Ahora bien, mientras que el citado art. 49 C. p. dice literalmente que los autores *cometen* los delitos o faltas de los cuales han de responder —«el delito o falta que hubieren cometido»—, ningún precepto utiliza dicha expresión para referirse a la actuación de los demás partícipes. El art. 12 se limita a decir, coherentemente con la rúbrica del Capítulo en que se incluye (113): «Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.º Los autores. 2.º Los cómplices. 3.º Los encubridores». La amplitud de los términos de la Ley deja, como se ve, sin solución la cuestión de la naturaleza de las acciones propias de los cómplices y de los encubridores. Sólo la situación de los *autores no materiales* o asimilados *ex lege* aparece calificada con claridad: el artículo 49 citado se refiere, indiscriminadamente, a todos los autores que el Código prevé. Respecto de los restantes partícipes, la cuestión de si procede la calificación de su conducta como «delito» o «falta» hace necesaria una labor de investigación mucho más amplia.

B) LAS FORMAS ASIMILADAS DE AUTORÍA.

No resulta difícil inferir de la letra del art. 49 del Código penal que no sólo la acción del *autor material* constituye «delito» —o «falta»—, sino también la de los que, sin serlo, son asimilados por virtud del art. 14 o del art. 15. Todos ellos, en efecto, *cometen el «delito»*, según aquel precepto, aunque la real ejecución de los distintos tipos sólo pueda tener como sujetos a los *autores materiales*. La asimilación legal de todos los supuestos enumerados en los arts. 14 y 15 conduce a la necesidad de calificar de igual modo —«delito» o «falta»— las acciones de todos ellos.

Adviértase, sin embargo, que las conductas de los autores asimilados no constituyen «delito» o «falta» *por sí mismas*, sino sólo en

página 642, quien recuerda el argumento legal que, el artículo 15 ofrece, al decir que “sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior (art. 14) solamente se reputarán autores de las infracciones mencionadas en el artículo 13 *los que realmente lo hayan sido...*”. GIMBERNAT, autor de una monografía sobre el tema, recoge la restante bibliografía española sobre la cuestión del carácter *ampliatorio* del artículo 14: Vid. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid (Universidad de Madrid), 1966, páginas 15 y ss. Sin embargo, este autor discrepa de la doctrina dominante que ve en el artículo 14, núm. 1, la definición de la *autoría material*, por entender que no todo el que “toma parte en la ejecución de un hecho” “realiza” el hecho típico de que se trate: Cfr. op. cit., págs. 218 y 219. Sigue esta orientación RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal, Parte General*, cit., págs. 652 y 653. Vid también en este sentido G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, pág. 802.

(113) Que reza: “De las personas responsables criminalmente de los delitos y faltas”.

cuanto que a través de ellas *la Ley considera* que «cometen el delito» en que participan. Esta equiparación no priva a las mismas del carácter *accesorio* respecto del hecho principal (114).

C) LA COMPLICIDAD Y ENCUBRIMIENTO.

Decir, como hace el art. 12 C. p., que los cómplices y encubridores «son responsables climinalmente de los delitos y faltas», no es suficiente para decidir la calificación de «delitos» o «faltas» de las conductas de dichos partícipes. Por el contrario, dicha expresión podría ser interpretada en el sentido siguiente: «los «delitos» y «faltas» por una parte y las conducta de los «responsables» de los mismos no son conceptos equivalentes, pues sólo cometen los «delitos» o «faltas», según el art. 49, los *autores*, mientras que en el mismo art. 12 se reconoce que no sólo estos son «responsables»; luego, no todas las conductas de los «responsables» son «delitos» o faltas». Preciso es, por consiguiente, una investigación más detenida de esta cuestión.

a) Sin duda las conductas de los cómplices y encubridores no pueden entenderse incluidas en las tipicidades legales de la Parte Especial. Esta afirmación se halla generalmente compartida por los autores que de modo especial se han ocupado del estudio de la tipicidad (115). En la doctrina actual alemana, ésta es la posición generalizada (116). Los finalistas pueden fundar esta posición —concepto *restrictivo* de autor— en el significado *ontológico* de la acción. Para ellos, sólo realizan los tipos dolosos de la Parte Especial los que poseen el *dominio final de la acción* propia de la descripción legal de aquellos (117). En nuestro Derecho, esta posición parece, sin duda, acertada. En efecto,

(114) Más adelante se explicará más ampliamente el sentido de la *accesoriedad* de los tipos de los partícipes: *Infra*, C, b, b' y C, d, d'. Adelantemos aquí, como conclusión derivada del carácter *accesorio* de las formas de *autoría asimiladas*, que no cabría admitir, por ejemplo, la *participación en la participación* del núm. 3 del artículo 14, si aquella se hallare desconectada del hecho principal, ni tampoco la *inducción frustrada*.

(115) Cfr. M. JIMÉNEZ HUERTA, *La tipicidad*, Méjico (Portua), 1955, páginas 110 y ss., donde señala como favorable a lo dicho en el texto a BELING, M. E. MAYER, VANNINI, RANIERI. Vid. también, en este sentido, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, pág. 65.

(116) Cfr. E. MEZGER-H. BLEI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 14 ed., München (Beck), 1970, pág. 265; HELLMUTH MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., págs. 150 y 151 y pág. 154; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., págs. 488, 492 y 495; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., páginas 396, 429 y 431; CLAUS ROXIN, *Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems* en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 1971, 2 (t. 83), página 394.

(117) Cfr. H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* cit., págs. 99, 100 y 101, y págs. 105 y 106 de la traducción castellana de FONTAN BALESTRA cit.; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil* cit., págs. 626 y 627 y páginas 308 y ss. de la edición castellana cit. Pero en la actualidad no sólo los finalistas defienden el criterio indicado: el *dominio del hecho (Tatherrschaft)* constituye en Alemania la doctrina dominante. Por todos, vid. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., pág. 495.

del art. 14 C. p. se desprende que sólo el núm. 1.º del mismo se refiere a los que «ejecutan» el hecho (118). Si, pues, ni siquiera los inductores y cómplices necesarios de los núms. 2 y 3 del art. 14 «ejecutan» el hecho, lógico es pensar que tampoco los cómplices y encubridores lo hacen. Por lo demás, respecto de los cómplices, necesario es extender a los mismos la afirmación formulada respecto de los cómplices necesarios del 14, 3. Y en cuanto a los encubridores, la propia literalidad del art. 17 excluye la posibilidad de entender que los mismos «ejecutan» el hecho (119). En segundo lugar, el art. 15 —como señalaba Rodríguez Muñoz— constituye un argumento decisivo a favor de entender acogida por nuestro derecho la concepción de las formas de participación como causas de extensión de la pena (120).

b) Tampoco puede afirmarse que el Código considere la complicidad y encubrimiento como «delitos» o «faltas» cualitativamente equiparados a los de la Parte Especial. A diferencia de éstos, aquellas modalidades no son *delitos autónomos*: requieren siempre la presencia de un delito principal al que referirse (121). Ahora bien, en ciertos preceptos (así, arts. 3, 12 y ss., 51, 52, 53 y 54 C. p.) los términos «delito» y «falta» se refieren sólo a los delitos autónomos. En esos casos complicidad y encubrimiento no son «delito» o «falta». Cabe fundar este planteamiento en distintos argumentos jurídico-positivos.

a') La calificación de las formas de participación que consideramos como «delitos» o «faltas» *autónomos* —esto es, *indiscriminadamente* respecto de los delitos (autónomos) de la Parte Especial— llevaría a entenderlas incluidas en el término «delito» de los arts. 53 y 54 C. p. Ello obligaría a conceder que nuestro Derecho admite la «participación en cadena» en su sentido más amplio, esto es, de la participación en la participación *ad infinitum* con la necesaria consecuencia de la *sucesiva reducción de la pena* en cada escalón de participación (*arg. ex. arts. 53 y 54 C. p.*) (121 a). Pero esta construcción no es admitida, en

(118) Ello no obsta a la posibilidad de que se discuta si *todos* los que «toman parte directa en la ejecución del hecho» «ejecutan» el hecho, como hacen E. GIMBERNAT ORDEIG en *Autor y cómplice en Derecho Penal*, cit., páginas 15 y ss., y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid (Tecnos), 1966, pág. 287, y *Comentarios... cit.*, I, pág. 802.

(119) Según este artículo, la calificación de encubrimiento se halla condicionada al hecho de que la intervención tenga lugar «con posterioridad a su (del hecho) ejecución» (art. 17).

(120) Respecto a esto último, cfr. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, en *Notas al Tratado de Derecho Penal*, de E. MEZGER (traducción castellana cit.), página 294. También J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA utiliza el artículo 15 para apoyar la adopción del concepto restrictivo de autor: *Derecho Penal Español, Parte General* cit., pág. 642. Por lo demás, la doctrina generalizada en España es partidaria de este concepto restrictivo: cfr. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* cit., I, pág. 621; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., I, pág. 433.

(121) Vid. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch... cit.* pág. 497.

(121 a) Lo que en Alemania se entiende por «participación en cadena», generalmente admitida en ese país, no coincide con la caracterización del texto:

primer lugar, por el T.S. (S. 30 noviembre 1964) (122), ni, en segundo lugar, por Quintano Ripollés (123), Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo (124) y Antón Oneca (125), (126). Y, a la vista de la redacción literal de los arts. 53 y 54, hay que reconocer que parece contrario a la voluntad de la Ley admitir la participación concatenada. En primer lugar, si el art. 53 impone al «cómplice» de un «delito» una pena inferior en un grado a la señalada por la Ley al «autor» del mismo delito, la punibilidad según este precepto de la complicidad en la complicidad tendría que llevar a la absurda conclusión de que el «cómplice» a su vez auxiliado es, *al mismo tiempo* «autor» de un delito consistente en ser cómplice (127). Pero sobre todo, hay que pensar que si el Código ha entendido necesario en los arts. 53 y 54 *explicitar* la participación en los distintos grados de incompleta ejecución, sin considerar suficiente la alusión genérica a la participación en el «delito» —aun cuando, como es sabido, dichos artículos consideran «delitos» a las formas de ejecución imperfecta—, con mayor motivo habría puesto de manifiesto de modo expreso la más rebuscada posibilidad de la complicidad o encubrimiento de un cómplice o encubridor, si su propósito hubiera sido la admisión de punibilidad de estas figuras.

b') La equiparación a los «delitos» —o «faltas»— *autónomos*, en el sentido que conocemos, de las conductas de participación, supondría entenderlas incluidas en el término «delito» de los arts. 3, 51 y 52 C. p. Ello determinaría la necesidad de dar entrada a la posibilidad en las mismas de los grados de ejecución imperfecta (arg. ex. arts. 3, 51 y 52 C. p.). Habría que entender posible la *complicidad frustrada o intentada y el encubrimiento frustrado o intentado*. Esto exigiría considerar constitutiva de una de estas formas imperfectas la *participación en un hecho finalmente no ejecutado*. Pero en el Código existen argumentos que contradicen esta posibilidad.

En efecto, la *proposición* y la *provocación* de los arts. 3 y 4 son, sin duda, *formas —sui generis— imperfectas de ejecución* de la participación. Al exigir la no realización —total ni parcial—

en Alemania se entiende la participación en cadena como una forma *mediata* de participación en el hecho principal, con la consecuencia de que no corresponde menor pena que a la participación directa (Vid. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., pág. 528). Esta construcción no contradice, sino que presupone la *naturales* del hecho del partícipe, de que parte el C. p. español.

(122) Citada por A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...* cit., pág. 265; y por E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal* cit., página 326.

(123) *Comentarios...* cit., pág. 274.

(124) *Derecho Penal Español (Parte Especial), Delitos contra las personas*, Madrid, 1962, págs. 272 a 274.

(125) *Derecho Penal* cit., I, pág. 449.

(126) Opinión distinta sustenta CÓRDOBA: Vid. *Notas* cit., II, pág. 286.

(127) Vid. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, cit., pág. 320.

del delito propuesto o provocado (128), por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo de la proposición o provocación (129), el art. 4 supone la no consumación de la participación, puesto que la participación acabada sólo puede producirse, según nuestro Código, en relación a un «delito» consumado, frustrado o intentado (130). En este sentido, Córdoba escribe: «La participación intentada se encuentra castigada en el art. 4 C. p.» (131). Lo mismo opinan Quintano Ripollés y Cuello Calón (132). Ahora bien, si la participación fuese «delito» *autónomo* y, por ello, fuese aceptable en nuestro Derecho, como regla general, la participación frustrada o intentada, la punición de aquellas figuras definidas en el art. 4 sería por lo pronto *óciosa*. Este resultado interpretativo sería, ciertamente, insatisfactorio. Además, la presencia de aquel artículo supondría una *restricción* de la esfera de acciones punibles. En efecto: mientras que en la regulación actual la complicidad y encubrimiento en la conspiración, proposición y provocación no parecen posibles, por no hallarse previsto en los arts. 53 y 54 C. p., de no existir las figuras del art. 4, si se concediese la calificación de «delito frustrado» o «delito intentado» a la participación frustrada o intentada, sí resultarían punibles aplicando las reglas generales de aquellos preceptos. Pero entender que el objeto de la introducción de las figuras del art. 3 y 4 fue el de reducir la esfera de lo punible es, a todas luces, impensable: contradiría el inequívoco significado político de las violaciones legislativas que en este punto acusa la historia de los Códigos penales españoles (133).

Más lógico es entender que, por el contrario, las figuras de los artículos 3 y 4 a que nos referimos son causas de *extensión* de la pena, que determinan la punibilidad de conductas que, de no concurrir dichos preceptos, quedarían, *por la sola aplicación de las reglas generales*, impunes. En este sentido se manifiesta la doctrina cuando consideran *impunes* los supuestos de participación frustrada o intentada que no

(128) E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* cit., I, pág. 622 s., y S.TS 3 junio 1889; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, pág. 176, para la proposición. Este autor niega, en cambio, que ello sea necesario para la provocación: pág. 183. Pero ello no excluye que la punición de la provocación *en cuanto tal*—no como inducción—exija la no realización del “delito” provocado, como tiene que admitir RODRÍGUEZ MOURULLO: pág. 181. No cabe duda, pues, de que *por lo menos* la provocación no castigada como inducción es una “variedad—*sui generis*—de inducción frustrada”, como dice la S.TS 23 mayo 1962 y admite RODRÍGUEZ MOURULLO (pág. 186).

(129) Aunque este requisito no lo explicita la Ley, se halla reconocido por la doctrina: Vid. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...* cit., pág. 60; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., I, pág. 406; A. FERRER SAMA, *Comentarios...* cit., I, págs. 82 y 89.

(130) El Código sólo utiliza las designaciones “cómplice” y “encubridor” para esos casos.

(131) Vid. *Notas* cit., II, pág. 362.

(132) Vid. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...* cit., pág. 60; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* cit., I, pág. 623, y págs. 639 y 622.

(133) Vid. el sugestivo planteamiento de esta evolución en G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, págs. 62 y ss.

encajen en aquellas figuras. Córdoba escribe: «En nuestro ordenamiento jurídico, si el autor principal desiste o se arrepiente no nacerá responsabilidad partícipe alguna, por falta de «hecho» al que pueda referirse la participación, por ausencia, en el último término, de un precepto que, al modo de los artículos 49, 51, 52, 53 y 54, sancione penalmente la conducta. Únicamente cuando la participación adopte la forma de la incitación al delito, podrá el sujeto incurrir en la responsabilidad derivada de la provocación del art. 4» (133). De la misma opinión respecto de la inducción ineficaz es Antón Oneca, quien entiende que, de no ser posible adaptar esta conducta a la «proposición» del art. 4, hay que considerarla *impune* (134). Por su parte, Cuello Calón parece admitir la misma conclusión, cuando, después de negar virtualidad actual a la antigua doctrina del TS, según la cual la no aceptación de la instigación criminal excluye la punibilidad de la inducción, basándose en la introducción con carácter general en el Código de 1944 de la «provocación», escribe: «... por tanto, la inducción *por estos medios* —los descritos en el art. 4— no seguida de efecto será castigada como provocación» (135).

Nosotros pensamos, en efecto, que la introducción en el actual Código de las figuras del art. 4 tuvo el sentido de *extensión* de la punibilidad a ciertas formas de imperfecta ejecución de participación de otro modo impunes. Por lo demás, es obvio que las formas de participación imperfecta que en el actual régimen legal no reúnan los requisitos exigidos por aquel precepto no pueden ser castigadas según las reglas generales de los arts. 51 y 52. Por ello, en la terminología de dichos preceptos no cabe entender la voz «delito» como comprensiva de las formas imperfectas de participación.

A la misma conclusión conduce la argumentación *material* de los autores que niegan la posibilidad de ejecución imperfecta en la participación en base al principio de la *accesoriedad* de la participación. Según este sector de la doctrina, la admisión de la punibilidad de la participación no seguida de la ejecución del autor principal por causas que excluyan la calificación de tentativa o frustración, contradiría aquel principio fundamental de materia de participación (137).

(134) Vid. J. CÓRDOBA RODA, *Notas cit.*, II, pág. 362. Del mismo modo, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, pág. 880, en base a que el artículo 3, definidor de las formas y perfectas de ejecución se refiere al «delito», que para este autor es sólo «el hecho típico» descrito en la correspondiente figura del delito. Pero obsérvese que este razonamiento, paralelo al de CÓRDOBA, da por supuesto lo que trata de demostrar: que la participación imperfecta no es «delito» en los artículos 3, 51 y 52.

(135) «... del carácter accesorio dado a la inducción en los preceptos sobre codelincuencias y de no haber incluido en este lugar una fórmula expresa, podría deducirse la impunidad»: Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal cit.*, I, pág. 438.

(136) Del subrayado nuestro cabe deducir *a contrario sensu* la conclusión que mantenemos: cfr. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal cit.*, I, pág. 639.

(137) Así opina J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal cit.*, I, pág. 421. También, E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal cit.*, I, pág. 635, en relación con página 627, y A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...* cit., pág. 273.

c) *Consideración de las alternativas subsistentes.*

Descartadas, por las razones aludidas, las soluciones expuestas —a') las formas de participación realizan las tipicidades («delitos») de la Parte Especial; b') las formas de participación constituyen «tipos autónomos» («delitos autónomos») —, quedan como posibilidades a considerar las dos siguientes:

a') Las formas de participación de complicidad y encubrimiento no pueden ser incluidas bajo el término «delito», entendido éste en el sentido *típico-abstracto* que conocemos.

b') Dichas formas de participación, si bien no se hallan comprendidas en los tipos «delitos» o «faltas» de la Parte Especial, y no constituyen por otra parte figuras de infracción autónomas, han de ser consideradas «delitos» o «faltas» *accesorios*, esto es, «tipos accesorios», respecto de los «delitos» *centrales* (los contenidos en la Parte Especial).

A favor de ambas posiciones existen argmentos legales.

a') *Argumentos legales favorables a la solución negativa.*

Desde al perspectiva terminológica del Código penal, la misma distribución de los Títulos del Libro I de dicho Cuerpo Legal parece dar a entender que, en el lenguaje de la Ley, son cosas distintas «los delitos» y «las faltas», por una parte, y las acciones de «las personas responsables de los delitos y faltas». Mientras que el Título I se denomina «De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen la responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan», no incluyendo referencia alguna a las conductas de los partícipes de los arts. 16 y 17, el Título II reza «De las personas responsables de los delitos y faltas». Y en este segundo Título se trata no sólo «de las personas responsables *criminalmente* de los delitos y faltas» (Capítulo I), sino también «de las personas responsables *civilmente* de los delitos y faltas» (Capítulo II).

No resulta aventurado, por ello, suponer que, puesto que el Código reserva el Título I para regular los hechos constitutivos de «delito» y «falta», y el Título II para regular la atribución de responsabilidad criminal y civil por los mismos a ciertas categorías de personas, no parece lógico que la enumeración de estas categorías personales pueda interpretarse como creación de nuevos «delitos» o «faltas».

Confirmaría esta observación el hecho, sin duda altamente expresivo desde la perspectiva terminológica, el que en *ninguna ocasión* el Código califique de «delito» o «falta» la conducta de un partícipe de los incluidos en los arts. 16 y 17.

Desde la vertiente *jurídico-procesal*, la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Criminal parece responder al mismo planteamiento discriminador de los «delitos» y «faltas», por una parte, y las formas de participación, por otra. El art. 650 de dicha Ley, al configurar el contenido del *escrito de calificación provisional*, distinguen en números separados los «hechos punibles» (1.º) y su calificación legal según «*el delito*

que constituyan» (2.º), de «la participación que en ellos hubiere tenido el procesado o procesados, si fueren varios» (3.º). El mismo esquema inspira el contenido de las *sentencias* (art. 142, regla 4.ª, núm. 10 y 2.ª L. E. Cr.).

b') *Consecuencias inadmisibles de la solución negativa.*

El mantenimiento de la conclusión de que no cabe designar con la palabra «delito» a las conductas de complicidad y encubrimiento (138), llevaría, sin embargo, a resultados evidentemente contrarios a la lógica y a la practicabilidad en algunos casos, notoriamente injustos en otros casos y, finalmente, contradictorios incluso con los propios imperativos de la Ley en otros. Aquí examinaremos sólo este último aspecto. Las demás consecuencias coinciden con las señaladas para las formas de imperfecta ejecución (139) (140).

Contraria a la expresa letra de la Ley sería la inevitable consecuencia de la imposibilidad de estar a lo dispuesto en las reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes. No cabe duda, en efecto, de que, dada la sinonimia más arriba apuntada de «hecho» y «delito» —o «falta»— en el Código (141), avalada por la indiscriminada utilización que de ambos términos se hace en los artículos incluidos en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título III del Libro I, de entenderse que la actividad del cómplice o del encubridor no puede recibir el nombre de «delito», habría que juzgar inaplicables a estas formas de participación las reglas de medición de la pena relativas a las circunstancias modificativas. Y sin embargo, del art. 60 C. p. se desprende con seguridad la posibilidad de que las circunstancias agravantes o atenuantes alcancen sin distinción a los partícipes, atenuando su responsabilidad conforme a las reglas generales de medición (art. 60 en relación con el 58).

En efecto. El art. 60; 1.º dice:

«Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con

(138) Parece pronunciarse en este sentido negativo de la calificación de «delito» de las formas de participación, J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General* cit., pág. 621.

(139) Vid. *Supra*, IV, 1, D, b.

(140) Como lógica consecuencia de su posición negadora de la calificación de «delito» de las formas de participación, RODRÍGUEZ DEVESA escribe: «... el plazo de *prescripción* del delito ha de entenderse que se refiere al delito consumado, nunca al frustrado o a la tentativa, ni a la pena señalada para el cómplice o el encubridor». A continuación afirma: «El cómputo de la *prescripción* deberá verificarse en función de los actos que realice el autor principal, y no los partícipes» (*Derecho Penal Español, Parte General* cit., pág. 622. Pero téngase en cuenta que, según el artículo 113 CP («Los delitos *prescriben...*»), de la negación de la calificación «delito» de las formas de participación deducirse la *no prescriptibilidad* de estas conductas, y no la *prescripción* en base a los plazos del delito principal).

(141) Vid. *Supra* I, C), d).

el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurren.»

En primer lugar, del adverbio subrayado cabe inferir que el art. 60 posee carácter *restrictivo* —«sólo de aquellos culpables en quienes concurren»— respecto de la esfera de aplicación de las circunstancias modificativas a los partícipes. Ello supone que dicho precepto parte del *principio* de que los partícipes deben soportar con carácter general los efectos de las circunstancias agravantes o atenuantes. Por consiguiente, no es que el art. 60 *extienda* excepcionalmente a ciertos partícipes la eficacia modificadora de las circunstancias atenuantes o agravantes, sino que el Código da por supuesto que la sola aplicación de sus distintas disposiciones conduce a aquella extensión.

Por otra parte, el art. 60 declara la aplicabilidad de las circunstancias modificativas a los partícipes en quienes *concurran*: se admite que las circunstancias alcancen *naturalmente* a los partícipes.

En conclusión, ha de entenderse contrario a la voluntad de la Ley, manifestada en el art. 60, interpretar los arts. 61 y ss. en sentido excluyente de las circunstancias de los partícipes. Y relacionando el artículo 60 con la norma general del art. 58, que impone la necesidad de acudir a las reglas formuladas por los preceptos que le siguen para atenuar o agravar la pena (142), habrá que concluir en que los partícipes no sólo incurrir en circunstancias modificativas, sino que han de ver graduada su penalidad de acuerdo con las reglas generales de medición de la pena, en atención a aquellas circunstancias. Por tanto, decidir que los términos «delito» y «hecho» no alcanzan a los cómplices y encubridores supondría, en la medida en que ello llevaría a excluir del ámbito de dichos preceptos a estas formas de participación, una contradicción con el tenor expreso del Código penal.

d) *Solución que se propone.*

a') A la vista de los argumentos legales señalados a favor y en contra de la designación de las conductas de complicidad y encubrimiento en el término «delito» en el sentido de los arts. 1 y 6 C. p., no resulta difícil advertir que, mientras que *sólo al falta de utilización expresa* de aquel término por parte del Código para referirse a aquellas formas de participación —es decir, un argumento esencialmente *negativo*— puede ser alegada para oponerse a la inclusión de las mismas en el alcance significativo de las palabras «delito» y «falta» —aun en sentido *accesorio*—, concurren fuertes razones, derivadas unas de consideraciones lógicas, de practicabilidad y de *justicia material*, y dictadas otras por la propia voluntad expresa de la Ley (art. 60 en relación con el 58 C. p.), a favor de dicha inclusión. Esto sólo bastaría para decidir al jurista a extender la denominación de «delito» —o «falta»— a las formas de participación de los arts. 16 y 17.

(142) El artículo 58 dice: «Las circunstancias atenuantes y agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en esta sección».

Puede añadirse, sin embargo, que esta conclusión viene confirmada por el propio tenor de la *definición general* de que hemos partido para determinar el significado y contenido de las palabras «delito» y «falta» que conocemos, en la medida en que no existen argumentos *positivos* decisivos en favor de la exclusión de aquellas designaciones respecto de la complicidad y encubrimiento. En efecto, si según el artículo 1. C. p. «son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley» —esto es, conforme a la interpretación mantenida más arriba de este precepto, «tipos que abstractamente castiga la Ley»—, de no ocurrir ningún argumento legal que expresa o tácitamente ponga de manifiesto la voluntad de la Ley de *exceptuar* de esta configuración algún supuesto particular, habrá que considerar que *todos* los hechos penados de *modo típico-abstracto* por la Ley con pena grave constituirán: «delitos» o «faltas» según aquella definición general. Pues bien, no cabe duda de que el Código «pena de modo típico-abstracto» las conductas del cómplice y del encubridor. Ello lo hace en los artículos 53 y 54, los cuales asignan la penalidad que determinan, no a hechos que supongan *concreción de tipos abstractos* —como sería el caso de los hechos constitutivos de circunstancias modificativas—, sino a categorías dotadas de un grado de abstracción paralelo al propio de los tipos descritos en la Parte Especial para los autores (143).

En un sentido contrario a lo aquí expuesto se manifiesta Rodríguez Devesa. Según este autor, las formas de participación «constituyen siempre una excepción a la regla general de que para que una conducta sea punible es preciso que esté tipificada en la Ley» y «su característica en que hay un déficit respecto de la *tipicidad*» (144). Sin embargo, como en las formas de imperfecta ejecución, el hecho de que los preceptos incriminadores de la complicidad y encubrimiento, si bien *referidos* a la Parte Especial, se hallen incluidos en la Parte General del C. p., no ha de considerarse como falta la tipicidad, sino sólo como un procedimiento de técnica legislativa. Como señala Schmidhäuser, el legislador hubiera podido acudir a otros sistemas. Así, hubiera podido describir para cada caso las distintas formas de participación; o, por el contrario, le hubiera sido posible también prescindir de toda tipificación descriptiva de las acciones a través de

(143) La complicidad, por ejemplo, no es una *forma concreta de aparición* de los tipos de la Parte Especial. Para ello sería preciso que los tipos de la Parte Especial *incluyeran*, por estar dotados de un más alto nivel de abstracción —generalidad—, como manifestación posible, la conducta del cómplice. Pero quien mantenga —como en Derecho español es obligado (vid. *Supra*, IV, 2. C. a)— un concepto *restrictivo* de autoría, no puede mantener que la complicidad se halle prevista en los tipos de la Parte Especial. El caso del encubrimiento es, todavía, más evidente. Compárense estos supuestos y los de diferente naturaleza de las circunstancias agravantes, que si bien son hechos penados por la Ley, no dan lugar más que a *formas* de aparición *concretas* de los distintos tipos abstractos —inclusive los de complicidad y encubrimiento—.

(144) Cfr. J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. G. cit., página 621.

las cuales se realiza el contenido desvalorado del injusto propio de Tmada delito (la Ley podría decir sólo «quien lesione el bien jurídico de la vida antijurídica y culpablemente», por ejemplo), en cuyo caso las formas de participación quedarían, a juicio de aquel autor, abarcadas sin más. Ambos procedimientos hubieran sido, pero, insatisfactorios (145).

b') La extensión de las calificaciones «delito» o «falta» a las formas de participación ha de efectuarse, sin embargo, teniendo en cuenta la imposibilidad de entender los tipos de estas figuras en sentido *autónomo* (146). Si se admite, por otra parte, que los partícipes no realizan los tipos de la Parte Especial (147), habrá que convenir en que la naturaleza que en nuestro ordenamiento jurídico-penal cabe atribuir a la complicidad y encubrimiento, debe situarse en una zona *intermedia* entre estas dos extremas posiciones. Puede decirse, en efecto, que tales figuras constituyen «delitos subordinados» —o «accesorios»—. En el sentido de que suponen necesariamente la referencia a los «delitos» de la Parte Especial o a las formas de imperfecta ejecución (148). Desde el punto de vista *terminológico* que nos es propio, ello se traduce en ciertas ocasiones en la utilización por parte del C. p. de los términos «delito» o «falta» —o «hecho»— en referencia exclusiva al «delito» —«falta» o «hecho»— *autónomo*, que incluye,

(145) E. SCHMIDÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, cit., página 429. Es muy sintomático, por lo demás, que la doctrina alemana considere las cuestiones de autoría y participación como problemas de *tipicidad*. Sostentan esta posición GALLAS, KOHLRAUSCH-LANGE, MAURACH, MEZGER-BLEI, ROXIN, H. MAYER, SCHROEDER y JESCHECK: cfr. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, cit., pág. 488, y C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed., Hamburg (Cram, de Gruyter & Co.), 1967, pág. 615.

(146) Recordar los argumentos expuestos *supra*, IV, 2, b).

(147) Vid. *Supra*, IV, 2, C, a.

(148) Esta configuración responde al significado atribuido ya por BELING a las formas de participación. En la 6.^a y 7.^a edición de sus *Grundzüge des Strafrechts, Tübingen* (J. C. B. Mohr [P. Siebeck]), 1920, pág. 83, incluía entre las "*Erscheinungsformen des Verbrechens*" (formas de aparición del delito) las formas de participación: aquellas figuras se caracterizan, a diferencia de los tipos de la Parte Especial —"*Tatbestände*" en la terminología de BELING—, por carecer por sí solas de significación jurídico-penal, requiriendo la conexión con los tipos centrales. Por esta razón, no dan lugar a ninguna "*Verbrechensart*" (clase de delito), sino sólo a "*Verbrechensnebenformen*" (formas subordinadas de delito). La nota 3 de la pág. 396 de la obra del mismo autor, *Die Lehre vom Verbrechen*, Darmstadt (Scientia), 1964 (reimpresión), ayuda a comprender el sentido de la subordinación de la participación en el pensamiento de BELING. En la actual doctrina alemana es, por lo demás, absolutamente dominante la consideración de la participación como figura *referida* necesariamente a un delito principal: cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit., página 488; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 4.^a ed., cit., página 672, y *Tratado...*, ed. cast. cit., pág. 357. Incluso E. SCHMIDHAUSER, quien critica que la doctrina dominante hable de "participación en el delito" y no de "delito de participación", reconoce expresamente la necesidad de referencia a los tipos centrales: cfr. *Strafrecht, Allg. Teil, Lehrbuch* cit., pág. 429.

en este sentido, las formas de ejecución imperfecta (148 a). Ello sucede en los artículos 3, 12 y ss., 51, 52, 53 y 54 C. p.

3. Los actos preparatorios punibles.

A) Desde la perspectiva terminológica en que nos situamos, existen ciertos argumentos legales que parecen obstaculizar la designación de las figuras de *conspiración*, *proposición* y *provocación* con el término «delito».

a) En primer lugar, la propia *designación legal* parece conducir a la negación del carácter de «delito» —en el sentido de los artículos 1 y 6 C. p. de las figuras de «conspiración, proposición y provocación para delinquir» (art. 3, 1.º C. p.): si, según esta denominación el Código parece considerar a las figuras que analizamos ahora como meros actos *antecedentes* a la comisión de un «delito», que cobran significación sólo por la relación de preparación intencionada en que se encuentran respecto de un «delito», es posible pensar que, según el legislador, la concurrencia de tales actos no supone *todavía* la propia realización de un «delito».

b) Parece coherente con tal observación la expresa configuración de las *definiciones* que el artículo 4 C. p. formula para dichas instituciones. De este precepto cabe inferir la exclusión de las mismas de la presencia del «delito». El artículo citado dice:

«La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

«La proposición existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción». (149).

En los tres casos, según la misma letra de la Ley, existen ya la conspiración, la proposición o la provocación cuando se dan las respectivas actividades que describe el artículo 4 transcrito, que han de tener lugar, desde luego, antes de que se haya dado comienzo, siquiera, a la ejecución del «delito». Ahora bien, si la fase de ejecución del «delito» no ha empezado todavía, mal puede hablarse, ante la sola actuación preparatoria descrita en el artículo 4, de la existencia de «delito» (150).

(148 a) Es cierto que las formas de imperfecta ejecución encuentran su tipificación también en la concordancia de la norma general incriminadora con cada específica tipicidad de la Parte Especial; en este sentido, «la tentativa es un tipo *dependiente*» (*unselbstständige*), como escribe H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit., pág. 388. Pero ello no equivale a la *accesoriedad* (*Akzessorietät*) característica de la participación, que presupone la efectiva *concurrencia* de un hecho principal (no sólo una concordancia sistemática): loc. cit., pág. 497.

(149) Subrayado nuestro.

(150) Escribía GROIZARD: «La teoría de los actos de ejecución comienza donde acaba la teoría de los actos preparatorios. Vimos allí al criminal resolver la perpetración del delito, proveerse de armas e instrumentos para reali-

c) El artículo 12, en relación con los artículos 51, 52, 53 y 54, ofrece un argumento cuya fuerza no cabe desconocer en contra de la extensibilidad de la calificación «delito» a la conspiración, proposición para delinquir. El artículo 12 dice que «son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.º los autores; 2.º los cómplices; 3.º los encubridores». Puede esto interpretarse en el sentido de que todo «delito» o «falta» responden criminalmente las tres clases de sujetos señaladas. Sin embargo, los artículos 51 a 54, limitados a *determinar la pena* imponible a los distintos supuestos de participación definidos en los artículos 12 y ss. no prevén respecto de la conspiración, proposición y provocación para delinquir más punición que la de los *autores* —los «reos» según la terminología de la Ley—. De lo cual no cabe sino inferir la impunidad de las restantes formas de participación en dichas figuras (151). Ahora bien, si los cómplices y encubridores no responden criminalmente de la conspiración, la proposición y provocación para delinquir y, en cambio, el artículo 12 obliga a considerar responsables de *todo* «delito» o «falta» a aquellos partícipes, parece posible concluir que, para este último precepto, aquellas figuras no constituyen «delito» ni «falta». El alcance *general* del artículo 12 acentuarían la significación de esta conclusión.

d) Finalmente, interesa destacar que en ningún lugar del Código se utiliza la palabra «delito» —«falta»—, una conducta de las definidas en el artículo 4. En el planteamiento terminológico en que situamos estas consideraciones, este hecho no puede ser desconocido.

B) *En favor* de la extensibilidad de la designación «delito» de las figuras que ahora consideramos concurren, sin embargo, argumentos a nuestro juicio decisivos.

a) Todos los inconvenientes de la negación de la calificación de «delito» señalados más arriba respecto de las formas de participación (152), concurrirían también en materia de los llamados actos preparatorios punibles (153). Recuérdese, pues, que importantes razones

zarlo, estudiar los sitios y acechar las personas; y, sin embargo, una vez dijimos: "aquí no hay todavía delito". —¿Por qué?—. Porque la ejecución no ha comenzado": cfr. A. GROIZARD, *El Código Penal...*, cit., I, pág. 103.

(151) No vemos qué fundamento legal puede encontrar la Sentencia de 22 de junio de 1953, que por *analogía* a lo establecido respecto de los participantes en los delitos consumados, frustrados e intentados, declara la punibilidad de la complicidad y encubrimiento en la conspiración, proposición y provocación para delinquir: vid. *Jurisprudencia Criminal* cit., t. XX, núm. 444, página 432.

(152) Vid. *Supra*, IV, 2, C, c, b', y, por coincidir en parte con las formas de imperfecta ejecución, IV, 1, D, b.

(153) Se recordará que la proposición y provocación más que fases del *iter criminis*, constituyen verdaderas formas —aunque *sui generis*— de ejecución imperfecta de *participación* (Vid. *Supra*, IV, 2. C. b. b'. Por lo que respecta a la conspiración, también es la pluralidad de intervinientes lo que parece fundamentar su incriminación. En este sentido, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *La punición de los actos preparatorios*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias.

derivadas de la expresa contradicción de la letra de la Ley (art. 60, en relación con el art. 58 C. p.), de necesidades lógicas y de practicabilidad, y de consideraciones de justicia material de la máxima significación, se oponen a aquella posición negativa respecto de la conspiración, proposición y provocación para delinquir.

b) Por otra parte, los argumentos que podrían apoyar dicha solución negativa no permiten, pese a la fuerza que en ellos pudiera encontrarse, afirmar que el Código *imponga positivamente* la exclusión de la calificación de «delito» a las figuras que ahora contemplamos. En efecto, en cuanto a la argumentación basada en la designación legal de tales figuras (desarrolladas en A) a) de este número), que el C. p. hable de «conspiración, proposición y provocación *para delinquir*» no obliga a negar que estas conductas constituyan «delito»: puede sin duda, pensarse en «delitos» cuya calificación de tales dependa de la dirección final de las conductas que los integran hacia *otros* «delitos». El mismo razonamiento puede alegarse frente a la argumentación negativa fundada en la literalidad de las *Definiciones* del artículo 4 (expuesta en A) b) de este número). El argumento que la relación de los artículos 12 y 51 a 54 ofrece en favor de la posición negativa (formulado en A) c) de este número) puede también ser objetado, si se niega que la expresión del artículo 12 «son responsables criminalmente de los delitos y faltas» equivalga a la de «son responsables criminalmente *siempre* de los delitos y faltas»; negación que aparte de en la literalidad del artículo 12 —que no incluye dicho adverbio—, puede fundarse en la consideración de los artículos 51 a 54 como destinados a precisar el alcance del artículo 12. Finalmente, que en ningún lugar del C. p. se utilice el término «delito» para hacer referencia a los llamados actos preparatorios punibles no puede, obviamente, ser considerado como argumento *positivo*.

En vista, pues, de la falta de *imposición positiva* por parte de la Ley de la solución negativa, parece desaconsejable pensar que el alcance definitorio del artículo 1 C. p. haya de ver restringido su alcance dejando de incluir a los supuestos del artículo 4. Y decimos que la no consideración de «delito» de la conspiración, proposición y provocación para delinquir supondría una restricción del alcance de la definición del artículo 1, por las mismas razones que más arriba se esgrimieron (154) para justificar la misma observación respecto de la complicidad y encubrimiento: si, como parece lógico, las figuras del artículo 4 *no constituyen fases de concreción* de tipos de la Parte Especial, sino que, no hallándose incluidas en el alcance abstracto de dichos tipos,

Penales", 1968, t. XXI, pág. 278, considera fundamento de la punibilidad de estas conductas el hecho de que se traten de acciones preparatorias desarrolladas en "el círculo del autor-copartípe" a que se refiere WELZEL (este autor alemán incluye a ciertos supuestos parecidos bajo la denominación de "strafbare Vorbereitungshandlungen aus dem Täter-Teilnehmerskreis": cfr. *Das Deutsche Strafrecht* cit., pág. 125.

(154) Vid. *Supra*, IV, 2, C, d, a'.

suponen la descripción de nuevos y distintos tipos, dotados del mismo nivel de abstracción que aquéllos y susceptibles, por ello, de los mismos grados de ulterior concreción que ellos, puede afirmarse que tales figuras son «acciones penadas por la Ley» en el mismo sentido típico-abstracto en que interpretamos antes esta expresión del artículo 1, en relación con el artículo 6. Ahora bien, si efectivamente la conspiración, proposición y provocación para delinquir «son delitos» según dichos preceptos, los argumentos examinados en favor de la posición negativa son insuficientes para *modificar* dicha designación. En conclusión, pues, parece necesario mantener la inclusión de las figuras del artículo 4 bajo el término «delito» definido en los artículos 1 y 6 C. p.

C) Sin embargo, como se dijo respecto de las formas de participación, la extensión de la calificación «delito» a los llamados actos preparatorios punibles ha de condicionarse al entendimiento de dicho concepto «delito» —en sentido *accesorio* o *subordinado* a los «delitos» principales (155). Terminológicamente, ello conduce a la imposibilidad de entender incluidos los actos preparatorios punibles en el término «delito», cuando éste se utiliza en el sentido de «delito autónomo» (arts. 3, 4, 12 y ss., 51, 52, 53 y 54). Lo contrario, esto es, considerar «delitos» autónomos a las figuras del artículo 4 conduciría a consecuencias que no parecen sostenibles en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

a) En primer lugar, piénsese que, de considerarse «delito» *autónomo* a la conspiración, proposición y provocación *para delinquir*, habría que aceptar la posibilidad de la conspiración, proposición y provocación *para conspirar proponer o provocar a un delito*, que, a su vez, podría consistir en conspirar, proponer o provocar a otra posible conspiración, proposición o provocación para... Es decir, la conspiración, proposición o provocación «en cadena», con la inevitable consecuencia de la disminución de pena en cada escalón (arg. ex. art. 52, 3.º). Ahora bien, si la doctrina española (156) y el Tribunal Supremo (157) niegan la posibilidad de la «participación en cadena», con mayor motivo han de oponerse a aquella posibilidad. Por nuestra parte, aparte de algún otro argumento utilizado ya para negar la figura de la participación concatenada, baste señalar que, mientras que cuando el legislador ha querido *extender* a casos distintos de los tipos de la Parte Especial, como son la frustración y la tentativa, la esfera de supuestos en que cabe participar, lo ha expresado claramente (arts. 53 y 54), no limitándose a referirse a la participación en un «delito», no se ha referido, en cambio, a la participación en la conspiración, proposición y provocación. Ello hace suponer fundadamente que menos posible ha de ser, todavía, la proposición a la proposición, etc.

(155) Vid. *Supra*, IV, 2, C, d, b'.

(156) Vid. bibliografía cit. *supra*, IV, 2, C, b, a'.

(157) Vid. S. 30 de noviembre de 1964 cit., *supra*, *ibidem*.

b) Por otra parte, la consideración de «delito» *autónomo* de la conspiración, proposición y provocación supondría la necesidad de admitir las formas de imperfecta ejecución en las mismas: tentativa y frustración. Y, por lo mismo, la tentativa o frustración de las distintas formas de participación —que también deberían ser admitidas— en la conspiración, proposición y provocación. Contra esta posibilidad véase, sin embargo, lo dicho *Supra* (158), en base precisamente a la presencia del art. 4, que pone de manifiesto, a través de la incriminación de las formas de imperfecta ejecución de la participación que define, y *a sensu contrario*, la no punibilidad de las demás formas imperfectas de participación no contenidas en él.

(158) Vid. 2, C, b, b', b''.

Jurisprudencia penal 1973

Primera parte

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.**

Casa el T. S. la sentencia del Tribunal a quo, condenatoria por un delito de abusos deshonestos del artículo 430, en relación con el 429: 2.º, y absuelve por apreciar la eximente completa del artículo 8: 1.ª, tratándose de deficientes mentales, habida cuenta de que “ni uno ni otro (sujeto), en razón de su similar edad mental, pudieron valorar en su intensidad moral tal actuación, sin probarse guardara el procesado superioridad intelectual frente a la agraviada, **“con ausencia, por tanto, de su culpabilidad dolosa, siempre necesaria para poder servir de soporte a una condena en el orden penal, que exige, en armonía con lo dispuesto en el artículo 1.º del Código penal, la voluntariedad de la acción, con el conocimiento que ha de precederla...”** (S. 7 febrero 1973).

§ 2. Artículo 9: 4.ª, **Preterintencionalidad** (en relación con el artículo 50).

Según doctrina reiterada de la Sala 2.ª del T. S., **el artículo 50 no es aplicable en un supuesto de tentativa de violación y de lesiones, puesto que “sólo procede en los delitos contra las personas, cuando el daño que lo determina y gradúa, recae sobre persona distinta de la que se quiso ofender”** (S. 2 octubre 1897). De modo que, cuando el mal recae sobre la misma persona, debe aplicarse el artículo 9: 4.ª, que no procede apreciar en este caso (S. 22 noviembre 1973).

§ 3. Artículo 9: 9.ª, **Arrepentimiento espontáneo.**

No cabe apreciar esta circunstancia atenuante en un delito de propagandas ilegales, pues, **“a pesar de que en el domicilio del procesado se encontró oculto**

bajo un montón de tierra el material inventariado en el sumario, en deficiente estado de conservación, esto no quiere decir que el acusado pretendiera destruir dicha propaganda..." (S. 14 marzo 1973).

§ 4. Artículo 10: 10.^a, **Prevalimiento del carácter público del culpable.**

Esta circunstancia de agravación comporta **"abuso de superioridad en el plano moral utilizado en su beneficio particular por el delincuente, a semejanza de la agravante 8.^a del mismo artículo, la cual actúa en el plano físico"** (S. 5 diciembre 1973).

§ 5. Artículo 10: 13.^a, **Nocturnidad y despoblado.**

"Ambas circunstancias tienen **análogo fundamento**; y, si bien la **primera se contrae al tiempo y la segunda al sitio o lugar, las dos tienden a conseguir mayor facilidad en la realización del delito**, haciendo más probable su impunidad y más angustiada y desamparada la situación de la víctima...". Siendo necesario, según doctrina jurisprudencial, que **"ambas sean buscadas de propósito o, al menos, aprovechadas para la ejecución del delito..."** (S. 23 marzo 1973).

§ 6. Artículo 10: 14.^a, **Reiteración.**

Para apreciar esta agravante lo que juega es el requisito legal de la **relación cuantitativa de la gravedad de las penas**, conforme a los artículos 27 y 72 del Código penal. Por lo que no procede aplicarla, cuando el procesado fue anteriormente condenado por delito de hurto de uso a una pena de dos meses de arresto mayor, pena inferior a la prevista en el párrafo 1.^o del artículo 431, aplicado ahora al caso debatido (S. 19 febrero 1973).

Casa el T. S. la sentencia dictada por el Tribunal a quo, que había apreciado la circunstancia de reiteración en un delito de propagandas ilegales [el reo había sido condenado en 1959 por insulto a fuerza armada, por la Jurisdicción Militar, a la pena de seis meses y un día de prisión], pues, a tenor de dicho precepto, debe realizarse una "rigurosa comparación punitiva para deducir si la pena señalada al delito por el que el culpable es juzgado es igual o mayor que la impuesta anteriormente, criterio que cede únicamente si los delitos antecedentes son dos o más, en cuyo caso engendran también la reiteración, aunque la pena asignada a ellos sea menor...".

Por consiguiente, si el recurrente fue condenado en 1959 por la J. Militar, por el delito de insulto a fuerza armada, a la pena de seis meses y un día de prisión, y en la presente causa es condenado a la pena de prisión menor y multa, es preciso acudir al Código de Justicia Militar para saber cuál es la extensión concreta de la pena señalada a dicho delito castrense... Y bajo el nomen genérico de "insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada", el cap. III del tít. IX del tratado II, de aquel cuerpo legal, incluye una serie de delitos que van desde el maltrato de obra a la ofensa de palabra a dichos sujetos pasivos, pasando por las figuras delictivas intermedias de amago de ataque y de resistencia; de tal modo que las modalidades más leves (resistencia y ofensa verbal) están castigadas con prisión hasta seis años en los artículos

310 y 311, respectivamente, estableciéndose, de esta forma, **un límite máximo** a dicha clase de pena, cuya duración genérica —a tenor del 212 del mismo C. J. M.— es de **seis meses y un día a doce años**. Estos datos, no viniendo especificada la concreta modalidad de insulto a fuerza armada integradora de aquel antecedente penal, permiten verificar la comparación entre el anterior delito por el que fue condenado el recurrente y el sancionado en la presente causa. Por lo que, tanto por el dato de la pena mínima impuesta como por la obligada interpretación del principio “pro reo”, es preciso concluir que el anterior delito militar corresponde a los tipos punitivos de menor gravedad que comportan el antedicho límite de pena. Si, en consecuencia, **la pena no podía exceder de seis años de prisión**, y el correspondiente al delito de propagandas ilegales del artículo 251: 1.º C. p., es de prisión menor y multa, **ésta segunda pena es de mayor entidad** (dada la conjunción de penalidades; la pena privativa de libertad y la de multa), según SS. 8 abril 1969 y 12 febrero 1972), que la primeramente impuesta. Procediendo desestimar la aplicación de la agravante mencionada (S. 14 marzo 1973).

§ 7. Artículo 10: 15.ª, **Doble reincidencia**.

La Sala 2.ª del T. S. cambia la doctrina, “casi centenaria, quietista, inmovilizada y anclada en el siglo XIX... y excesivamente respetuosa con el precedente”, que sostenía “**bastaba con que el culpable hubiera sido castigado anteriormente por la perpetración de dos o más delitos de la misma naturaleza para que entraran en juego**, según los casos, la regla sexta del artículo 61, el artículo 516, número 3.º o el 530 del C. p., siendo indiferente que las condenas anteriores hubiesen sido o no impuestas en la misma sentencia o que éstas estuviesen escalonadas con el rigor exigido por el número 15 del artículo 10, de tal modo que fuese dable distinguir entre delito primitivo, situación de reincidencia y doble reincidencia. Ahora, considerando que la **doble reincidencia no es más que una intensificación de la reincidencia o una reincidencia duplicada, no basta, por tanto, para su apreciación la simple o mera repetición de delitos**, sino que es menester que éstos se hallen en la misma disposición temporal y orden sucesivo que se exige para la reincidencia, de tal modo que si los distintos delitos, al ser enjuiciados y sancionados en la misma sentencia, **no pueden generar reincidencia entre sí, tampoco pueden originar doble reincidencia respecto a un nuevo delito cometido**, cuando ya había adquirido firmeza la sentencia que castigó a los primitivos, Es, por consiguiente, **merester que una segunda sentencia aplique o pueda aplicar el grado máximo de la pena que corresponda**, pues, con arreglo al número 15.º del artículo 10, al tiempo de delinquir el culpable, ya está ejecutoriamente condenado por uno o varios delitos comprendidos en el mismo título; y que, posteriormente, y firme ya la sentencia condenatoria, cometa un tercer o ulterior delito también homogéneo (SS. 1 enero 1973 y 10 abril 1973). Este “giro de ciento ochenta grados”, según lo califica la Memoria de la Fiscalía del T. S., puede apreciarse a partir de las SS. de 22 febrero, 13 abril, 18 octubre, 9 noviembre y 1 diciembre 1972.

Para que quede configurada la **doble reincidencia**, se precisa, según se desprende de la noción legal del número 15 del artículo 10, en relación con la regla 6.ª del artículo 61, que **sólo puede declararse por segunda vez reincidente**

a quien fue reincidente por la primera, en anterior sentencia; o lo que es lo mismo, que para que haya doble reincidencia, es preciso que se hayan dictado por lo menos dos sentencias condenatorias anteriores al hecho que se enjuicia, de modo que, en el segundo de dichos fallos, se haya apreciado la primera o simple reincidencia (S. 25 enero 1973).

Plurirreincidencia.

La doctrina expuesta recientemente por la Sala 2.^a en torno al concepto legal de reincidencia y su concepto derivado de **plurirreincidencia**, ha subrayado la importancia de la condena **intercedente** en cada uno de los delitos sucesivamente cometidos por el culpable, de acuerdo con la definición de dicha agravante en el número 15 del artículo 10 del Código penal, según la cual: “Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido **ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos** comprendidos en el mismo título de este Código”; fórmula descriptiva en que se hace bascular el concepto en la **previa existencia de condena**, esto es, de **sentencia firme y ejecutoria**, de acuerdo con la doctrina científica más moderna que concede superlativa importancia a ese estado o situación de reidad del condenado que descansa, a su vez, en la **severa y formal admonición que el ordenamiento dirige al culpable a través de la condena misma, sin esperar a que ésta se cumpla, de modo que la reincidencia tanto dista del mero concurso o pluralidad de delitos, de la multidelinuencia en suma, como de la exigencia de la previa ejecución de la pena impuesta por el anterior delito.** El Código penal acoge así el sistema llamado de la reincidencia “ficta”, en el que se fundamenta la agravante por el “plus” de culpabilidad que implica la recaída en el delito por quien ya es reo, concepto que si es válido para la simple reincidencia, debe serlo igualmente para la **multirreincidencia, que no es un concepto autónomo y específico, sino simple agregado, suma o resultado de reincidencias simples**, como así lo confirma el propio Código, cuando en la regla 6.^a del artículo 61 —excepcionando todo el sistema que impide rebasar la pena señalada por la ley por el concurso de agravantes— permite imponer la pena superior en uno o dos grados, a **partir de la segunda reincidencia**, es decir, que se exige para que haya segunda o posteriores reincidencias una primera o precedente, con los mismos requisitos, por tanto, impuestos para la agravante simple por la expuesta definición legal. En consecuencia, **no basta con que se haya proferido una sola sentencia condenatoria por varios delitos para que pueda hablarse ya de multirreincidencia en quien delinquiró después, sino que es menester que medie la condena entre cada uno de los delitos sucesivamente cometidos, de tal modo que el segundo o más veces reincidente lo haya sido declarado por primera vez al menos**, según se desprende también de las expresiones utilizadas en los artículos 516: 3.º y 530 del Código penal. Puesto que, desde la segunda reincidencia, los efectos agravatorios del sistema se parifican; siendo ya cuestión totalmente distinta la procesal de probar la anterior declaración judicial de la agravante, a cuya prueba puede llegarse no sólo por testimonio literal de las condenas, sino por la propia índole de las penas antes impuestas u otros datos que hagan necesaria la conclusión de que el reo ya fue considerado reincidente al delinquir por tercera o sucesivas veces (S. 21 febrero 1973).

En la legislación penal española actual cabe distinguir la **reincidencia**, definida como agravante genérica en el número 15 del artículo 10 del C. p., y que posee otras manifestaciones específicas como las contenidas en el artículo 533, in fine, o en el párrafo tercero del artículo 534, del mismo cuerpo legal; la **birreincidencia o doble reincidencia**, a que se refiere la regla 6.^a del artículo 61 y los artículos 516, número 3.^o, y 530, atribuyéndole un carácter agravatorio privilegiado, que la doctrina moderna censura con unanimidad, puesto que, después de comprobada la inutilidad e ineficacia disuasoria de la pena impuesta, en un Derecho criminal que dice propender principalmente a la reforma y corrección del delincuente y a su reinserción y readaptación a la vida social, el cual, ante la nueva recaída o contumacia del delincuente, sólo encuentra como solución adecuada la de aumentarle considerablemente la dosis de lo que, como ya se ha dicho, se reveló ineficaz e inidóneo: y la **multirreincidencia**, caracterizada por la realización de todavía mayor número de infracciones delictivas, que hoy día tiene su asiento en el artículo tercero de la Ley de 4 de agosto de 1970, de Peligrosidad y Rehabilitación social, y que, en su modalidad habitual criminal, se manifiesta en distintos lugares del Código penal, como, vr. gr., en el artículo 18, número tercero, circunstancia segunda, en el artículo 402, párrafo 2.^o, y en el artículo 542 (17 enero 1974).

Debe desestimarse la reincidencia múltiple cuando se trata de condenas impuestas en la misma sentencia (S. 4 julio 1973).

§ 8. Artículo 10: 16.^a, **Agravante de morada.**

“Por morada debe entenderse el lugar más o menos habitado donde una persona reside y satisface las condiciones de la vida doméstica” (S. 17 abril 1973). En sentido similar, SS. 19 junio 1940, 11 diciembre 1952, 23 septiembre 1963.

§ 9. Artículo 11, **Circunstancia mixta de parentesco.**

El Tribunal Supremo casa la sentencia dictada por el Tribunal a quo —que había apreciado la agravante de parentesco en un delito de estupro incestuoso—. Puesto que, condenado el procesado como autor de cuatro delitos de **estupro incestuoso**, no puede luego aplicársele la **circunstancia mixta de parentesco como agravante**, una vez que el legislador ya tomó en cuenta la relación parental que unía al reo con su nieta —sujeto pasivo de la infracción— para describir el tipo penal contenido en el artículo 435 del Código penal. De modo que estamos ante el segundo de los tres supuestos enumerados en el artículo 59, calificados por la doctrina de **inherencia expresa** y que convierte al precepto sancionador del incesto en **norma principal** respecto de la contenida en el artículo 11 que viene así a actuar como **norma subsidiaria expresa** sólo para los tipos cuya entrada en juego lo permitan (S. 6 diciembre 1972).

§ 10. Artículos 17 y 18, **Encubrimiento** (Exención de pena).

“El principio de inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho tiene su pleno desenvolvimiento en el Derecho penal sustantivo, en el cual el artículo 18 del Código punitivo exime de las penas impuestas a los encubridores

que lo sean de análogos parientes y se trate precisamente de aquellas formas de encubrimiento que atacan a la administración de justicia" (artículo 17: números 2.º y 3.º). Mostrando, de este modo, **la conexidad con el orden jurídico procesal**, en el cual los artículos 416, 1.º, y 418 de la LECrim., en el sumario, y el 707 de la misma Ley, en el plenario, dispensan de la obligación de declarar como testigos a los parientes del procesado mencionados"; **excusa, cuyo fundamento no es otro que el de evitar poner en contradicción la voz de la sangre con el deber de todo ciudadano de colaborar en el descubrimiento y sanción de los delitos** (S. 26 noviembre 1973).

§ 11. Artículo 24, **Retroactividad de la Ley penal más favorable.**

Según lo dispuesto en la regla 3.ª del artículo 5. de la Ley de 8 abril 1967, "las sentencias ya ejecutadas no se pueden rectificar "a efectos de antecedentes penales", por razón de las variaciones de cuantías que para la calificación de ciertos delitos han sido establecidas en la Ley citada" (S. 8 febrero 1973).

§ 12. Artículo 25, 112: 5.º, 443, párrafo 4.º, 451, 452, párrafo 3.º, 467, párrafo 4.º, 487, párrafo último y 586: 1.º.

Perdón del ofendido (comunicabilidad del perdón a los co-reos no beneficiados expresamente por la agraviada).

En un supuesto de **violación de una prostituta por cuatro sujetos**, a uno de los cuales otorga, con arreglo al artículo 443, párrafo 4.º, del C. p., la víctima su perdón, **previo pago de 30.000 pesetas**, la Audiencia, tras estimar que los hechos constituían tres delitos de violación en grado de tentativa, absuelve a los cuatro procesados, **comunicando** a todos el perdón otorgado por la víctima a sólo uno de ellos.

El Tribunal Supremo casa la sentencia, haciendo efectiva la concesión del perdón de la agraviada respecto al sujeto, al cual se lo había otorgado previamente, pero condenando a los otros por el referido delito, en base a considerar:

En primer término, que, con independencia de la opinión que se tenga en el plano de **lege ferenda** sobre la supervivencia en el moderno Derecho penal de los **delitos privados** [que, en el **orden procesal**, suponen la reserva en favor del ofendido de la **iniciativa** de su persecución, con la correlativa facultad de extinguir la acción penal mediante su **renuncia** (artículo 106, párrafo 2.º LECrim.); mientras que, en el **ámbito jurídico-sustantivo**, suponen la posibilidad de cancelar la responsabilidad penal y la pena en ejecución mediante el **perdón del agraviado** (artículos 25, 112: 5, 442, párrafo 4.º, etc...)], lo cierto es que "tales auto-limitaciones que el Estado se impone respecto al **ius persecuendi** y al **ius puniendi** obedecen a consideraciones de política criminal que van desde la necesidad de evitar el **strepitus fori** hasta la conveniencia de **reparar el perjuicio**, pasando por otras razones de elevada índole moral, como la restauración de la paz familiar en el actual delito de abandono de familia, y otras más utilitarias..., como la de facilitar la restitución de la **res furtiva** y aún la de limitar el número de procesos de interés mínimo...".

En segundo, que tales necesidades de política criminal se observan en el Derecho penal patrio, donde sí, por un lado, se ha constreñido la facultad

privada de perdonar, cuando se trata de menores ofendidos, requiriéndose la aprobación del Tribunal sentenciador, **“a fin de evitar compensaciones a costa de los mismos”**; por otro, se ha aumentado, en cambio, el número de delitos privados o, si se *prefiere*, *semipúblicos* (abusos deshonestos, abandono de familia), lo que indica que la interpretación judicial ha de atenerse estrictamente a la *mens legis* y al *ius positum*, sin perjuicio de vigilar la autenticidad de la conducta de los interesados, es decir, la presencia en el perdón de las notas de espontaneidad, firmeza, incondicionalidad, irrevocabilidad e intransmisibilidad. Cfr. S. 11 marzo 1968.

En tercero, a efectos de dirimir la problemática de la comunicabilidad del perdón a todos los autores del delito privado o semipúblico, cuando el ofendido ha limitado su concesión a uno solo o a varios de los co-reos, debe partirse de que “se trata de un derecho que confiere a su titular una facultad de disposición exclusiva y excluyente, y, por ende, perfectamente divisible respecto a los sujetos activos del delito, como igualmente lo es el derecho de querrela privada...”. “Hasta el punto de que cuando la ley ha querido hacer indivisible la persecución, como el perdón—adulterio y amancebamiento—, lo ha consignado expresamente..., mostrando lo excepcional del supuesto, que se explica, dada la naturaleza pluripersonal de dichos dos delitos..., lo que no acontece en los demás delitos tocantes a la honestidad...”

Y, por último, **que la tesis de la comunicabilidad del perdón en el delito ahora planteado [basada en argumentos de Derecho comparado, ajeno por completo al vigente ordenamiento punitivo; en el *ius conditi*, al argumentarse en base a los referidos artículos 450 y 451, o, en fin, con base en la discriminación que la actitud de la ofendida introduce entre los encartados, al perdonar al que su mejor situación económica permite satisfacer la cantidad de dinero por ella exigida], a todos los partícipes es contraria a la doctrina jurisprudencial invocada, sin que basten a exceptuarla en este caso concreto, ni el hecho de que la ofendida ejerciera la prostitución en el llamado “barrio chino” de V...; ni el hecho de haber exigido la cantidad de 30.000 pesetas por conceder el perdón, de modo que sólo otorgó el perdón al procesado que le hizo pago de esa suma, pues tal reparación dineraria, lejos de venir excluida por la Ley, es tenida en cuenta por la misma, tanto en general (artículo 101 del C. p.) como en particular (artículo 444, 1.º)..., de modo que la condición moral de la víctima podrá servir para regular el quantum de los perjuicios de esa índole moral mentada por el artículo 104, pero no para denegar la responsabilidad civil in totum...**” (S. 13 junio 1973).

§ 13. Artículos 28, 74. Pena de multa grave de cuantía inferior a 5.000 pesetas.

El T. S. casa la sentencia pronunciada por el Tribunal a quo, la cual, al apreciar en el autor de un delito de resistencia a agente de la autoridad la exigente incompleta de trastorno mental transitorio, había rebajado sólo en un grado la pena privativa de libertad de arresto mayor, pero no en el mismo grado o proporción la pecuniaria de multa de 5.000 a 25.000 pesetas, señalada como pena conjunta para tal delito.

A este respecto, afirma que, **“si bien parte de la doctrina y jurisprudencia,**

bajo el imperio de la legislación anterior al Código Penal de 1944, **venía sosteniendo que en ningún supuesto podía imponerse al culpable de un delito una pena de multa inferior al mínimo señalado por la ley**, cualquiera que fuese el grado de desarrollo que hubiera alcanzado en su ejecución el hecho o las circunstancias que concurriesen en el mismo, puesto que, de hacerlo así, se desnaturalizaría el concepto de delito contenido en el artículo 6.º del expresado cuerpo legal sustantivo, que califica como tales solamente aquellos hechos que la ley castiga con penas graves, olvida que **la distinción entre las formas de la infracción contenida en el mentado precepto y efectuada, sin duda, a efectos procesales o de competencia, no debe tener un valor diferencial ontológico**, puesto que la calificación como delito o falta de un hecho la verifica el legislador exteriorizándose no sólo en el castigo señalado a cada conducta, sino, ante todo, con la descripción e inclusión de las mismas —por razón de su intolerabilidad para la convivencia social— en uno y otro de los libros II o III del Código, donde se recogen y separan los delitos de las faltas”.

De ahí que aquella doctrina haya quedado actualmente sin fundamento dada la redacción del artículo 28 del Código vigente, que sólo impide tal rebaja en aquellos casos en que la multa se imponga como pena principal única. Por lo que, a sensu contrario, debe entenderse que, en aquellos supuestos en que no se imponga como pena principal, sino como conjunta o acompañada de una pena privativa de libertad, la multa no perdería su carácter de grave, aunque quedara por debajo del límite mínimo señalado a las penas graves en el artículo 74 del referido Código. En consecuencia, no sólo no hay inconveniente alguno para rebajarla de ese límite, sino que, en este caso, resulta obligatorio hacerlo, de acuerdo con el artículo 61: 5.ª, que ordena tal rebaja en uno o dos grados, al existir dos o más atenuantes o una sola muy calificada (S. 3 octubre 1973).

§ 14. Artículo 69, Delito continuado (escándalo público).

Deniega nuestro más alto Tribunal la aplicación del delito continuado en un caso de escándalo público, por considerar que no concurren en él los requisitos que la doctrina jurisprudencial exige para que pueda apreciarse: **homogeneidad de actos y de propósito, identidad del sujeto activo y del pasivo, unidad del bien jurídico atacado, e imposibilidad de separar o individualizar cada una de las acciones realizadas**. Presupuestos que no concurren, cuando el procesado realizó sus actos de exhibicionismo ante diferentes personas, en ocasiones o momentos distintos (S. 6 julio 1973). Cfr. § 30.

§ 15. Artículo 71, Concurso ideal de delitos.

No procede apreciarlo en un supuesto de violación y falta de lesiones, por cuanto el concurso ideal exige **“que un solo hecho sea constitutivo de dos o más delitos o uno de ellos medio necesario para cometer el otro; y si a la violación subsiguen las lesiones, que únicamente constituyen falta, no cabe la aplicación de esta norma”**, según ha declarado reiterada doctrina de la Sala 2.ª del T. S. [SS. 7 julio 1947, 15 noviembre 1963]. Por consiguiente, deben separarse el delito y la falta para su sanción; **debiendo, además, tenerse en cuenta**

la diversidad de bienes jurídicos infringidos: en la violación se ataca a la integridad sexual de la ofendida; en las lesiones, a su integridad física (S. 22 julio 1973).

El delito de estupro doméstico, del artículo 434 del Código Penal, puede coincidir con el delito de escándalo público del artículo 431 del mismo cuerpo legal, si la realización del acto carnal se efectúa en condiciones de visión directa externa, y que afecte a la moral o a las buenas costumbres gravemente, por herirse dos bienes jurídicamente protegidos de diferente condición: la doncella, respeto y libertad sexual, en el primero, de las mujeres entre doce y veintitrés años de edad; y dicha moral y buenas costumbres, de otras personas en el segundo, sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 71, porque un mismo hecho constituya dos delitos distintos. Pero, en tal caso, no puede estimarse presente una absorción delictual sin lesión del principio "non bis in idem"; y mucho menos en el supuesto de que se cometiera el estupro de tal condición con una mujer y en acto distinto, anterior o posterior a la realización de los accesos carnales en el tiempo, y no simultáneo o coetáneo, se le exhibiera a la misma, en unión de otra muchacha menor de edad, los órganos genitales y se le propusiera su masturbación, porque se trata de dos conductas diferenciadas en su ejecución (S. 11 mayo 1973).

§ 16. Artículo 101, Responsabilidad civil.

"La indemnización de daños y perjuicios es inherente a la comisión de todo delito, según establece el artículo 101 y siguientes del C. p.; de lo que no quedan excluidos los perjuicios de carácter moral, como son los derivados del delito de adulterio, según el texto del artículo 104 de dicho cuerpo legal" (S. 20 diciembre 1973). Cfr. § 38.

§ 17. Artículo 112: 5.º, Indulto (en delitos privados).

Frente a la petición de que los delitos perseguibles a instancia de parte están excluidos del indulto (D. L. de 23 de septiembre de 1971), cuando así lo interese el querellante dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la firmeza de la sentencia, según lo dispuesto en el apartado 3.º del artículo 2, de dicho Decreto, el T. S. declara que procede aplicar el indulto de 1971, en contra de la sentencia recurrida, por no haber llegado el momento oportuno de que la parte ofendida haya podido manifestar su oposición a la concesión del indulto.

En la persecución de los delitos contra la honestidad, la razón que fundamenta la manera de proceder, está en la autolimitación del Estado, que depone su derecho preferente de perseguir y castigar esta clase de delitos (como el estupro), ante el interés particular de la persona o familia ofendidas. Y, por eso, tales interesados poseen facultades especiales en los llamados delitos privados, y no debe negársele lo que se concede a otros interesados, sólo por tratarse de los llamados querellantes" formales", mucho más cuanto que según la ley de 18 de junio 1870, artículo 15.º, debe oírse a la parte ofendida, en la aplicación de la gracia (S. 14 noviembre 1973).

... **Indulto y "tempus delicti commissi".**

Al efecto de aplicar el indulto de 23 de septiembre de 1971, en un delito de raptó impropio y otro de estupro, y de fijar el "**tempus delicti commissi**", el T. S. deniega los beneficios de dicho decreto de indulto, por no estimar comprendido dicho "**tempus**" dentro de los límites temporales marcados por el decreto. Habida cuenta de que "**el delito de raptó es de carácter permanente**", cuya ejecución persiste o se prolonga en el tiempo mientras dura el ataque al honor familiar y personal, bienes jurídicos que protege. Ya que, si bien se consuma en el momento de la sustracción de la mujer, dicho momento consumativo persiste mientras no se produzca el reintegro de aquélla al hogar familiar. De otro lado, el **delito de estupro** es un **delito continuado**, ya que los accesos carnales diversos en el tiempo, se deban a la causa de dependencia o engaño o a cualquier otra que los origine, suponen el resultado de una voluntad homogénea única, planificada o renovada, que lo hace persistir durante todo el tiempo, en que las condiciones normativas se produzcan (S. 27 diciembre 1973).

§ 18. Artículo 123, **Ultrajes a la Nación Española.**

"Manifestar en alta voz y en lugar público «España es una mierda y los españoles son unos hijos de puta y unos ratas», ofendiendo con ello de un modo grosero y vulgar a la Nación Española, que le da hospitalidad y educación [a los procesados, de nacionalidad guineana]...", es un acto que configura el tipo del artículo 123 del C. p. Sin que pueda alegarse que tales ultrajes iban dirigidos solamente contra algunos elementos que constituyen la Nación, concretamente contra el personal perteneciente al sexo masculino, ya que la primera de tales injurias va dirigida contra España, "**término que no puede ser referido más que a la Nación Española**, y, además, porque también **constituyendo la Nación un conjunto de personas unidas por la misma historia, raza, lengua y tradición, asentadas en un mismo territorio, la injuria dirigida genéricamente contra los miembros de tal grupo afecta a la dignidad de la Nación entera como ente colectivo...**" (S. 11 diciembre 1973).

... § 19. Artículo 147, párrafo 1.º, **Injurias al Jefe del Estado.**

El requisito de la "publicidad" queda patentemente demostrado, cuando las palabras injuriosas contra el Jefe del Estado español se profririeron en lugar público (un "tele-club"), estando presentes más de diez personas (S. 1 febrero 1957, 22 febrero 1969), máxime cuando el acusado emitió las palabras injuriosas con la fría y premeditada reflexión que supone estar dando una conferencia o charla y ante personas de cultura básica (S. 12 abril 1973).

§ 20. Artículo 164 bis b), **Ofensas al Movimiento Nacional (diferencia entre delito y falta).**

El acto de **coger unas banderas de FET y JONS**, colocadas en los balcones de una calle con motivo de las fiestas patronales del pueblo, **rasgarlas** y luego **quemar** alguna de ellas, **constituye**, pese a haber apreciado el Tribunal sentenciador la atenuante de embriaguez, número 2.º del artículo 9, **el delito del 164 bis b)**, sin que puedan tales actos degradarse a la calidad de faltas de los

artículos 570: 3.º y 590 (daños); pues “**tal conducta es intrínsecamente injuriosa por su propio contenido y significación, dada la presunción dolosa del artículo 1.º del C. p. y la valoración que socialmente se le atribuye**”; por lo que no cabe apreciar inexistente el ánimo de injuriar en base al estado de embriaguez del recurrente (S. 7 diciembre 1972).

§ 21. Artículo 209. **Delito de ultraje a la Religión Católica.**

“**Presentar a un sacerdote —en las viñetas de una revista— en un confesionario, diciendo a un penitente, de rodillas, al pie del mismo, “son 345,70 y la voluntad”, es escarnecer al Sacramento de la Penitencia que figura administrándose; irrisión, mofa o burla que se traduce en descrédito y desprestigio en el concepto público...**” (S. 11 octubre 1973).

§ 22. Artículo 240, **Desacato (concepto y diferencia con la falta del número 5.º del 570).**

Aprecia el T. S. el recurso interpuesto por el M. F. contra la sentencia dictada por la Audiencia, calificando como falta del artículo 570, 5.º del Código penal, el escrito dirigido por un obrero a la Magistratura de Trabajo con motivo de dictar ésta una sentencia que, a su juicio, denegaba sus derechos como obrero.

El T. S. considera que, así como **el delito de atentado** implica un ataque material al principio de autoridad encarnado por las personas que la ostentan, **el de desacato**, entraña una ofensa moral a ese mismo principio, un desconocimiento de la dignidad entrañada en el ejercicio de la función pública, bien jurídico atacado, el cual trasfunde toda la estructura y dinámica del tipo hasta configurar su autonomía conceptual y ubicarlo dentro de los delitos que atacan la seguridad interior del Estado, en cuanto éste actúa a través de órganos autoritativos, **emancipándose así de la consideración de mero delito privado contra el honor —que es un bien jurídico personal—**, para convertirse en un **delito público** con todas las consecuencias que ello comporta (SS. 6 febrero 1959, 13 noviembre 1963, 10 junio 1964, 28 noviembre 1966, 28 octubre 1969 y 8 octubre 1973).

La distinción entre el **delito** de los artículos 240 y siguientes y la **falta de desacato** prevista en el artículo 570, radica en los fundamentos siguientes:

a) **El delito** ataca, como **bien jurídico protegido**, a la dignidad que supone el ejercicio de la función pública, lo cual fundamenta su inclusión entre los delitos contra la seguridad interior del Estado.

— El delito se apoya, además, sobre un **elemento objetivo**, constituido por la calumnia, injuria (con su arcaica variante del insulto) o amenaza. Y, además, sobre **otro elemento de naturaleza subjetiva**: el **animus infamandi**, cuyo alcance no es sólo deshonorante, como sucede en el delito privado, sino que su ámbito es mayor, pues se trata de la **intención de vejar o menospreciar a personas que encarnan la autoridad** en cuanto la misma es representante de esa calidad pública (S. 8 febrero 1966).

b) La **falta de desacato** supone un alcance menor, en cuanto al **bien jurídico protegido**, el orden público.

— Su descripción típica (del 570, 5.º) alude tan sólo a **falta de respeto y consideración debida a la Autoridad**. No precisa, pues, la imputación ca-

luminosa, la injuria o amenaza paladramente proferida, desde el prisma objetivo.

— Desde el punto de vista subjetivo, **no requiere el animus injuriandi** o de despreciar a la autoridad, “verdadera **alma mater** del delito de desacato”

— En la falta se sanciona, más bien, **un exceso verbal**, expresiones incorrectas e irrespetuosas, sin mayor trascendencia para el prestigio de la autoridad pública (SS. 7 abril 1965, 8 febrero 1966, 29 septiembre 1969, 8 octubre 1973).

§ 23. Artículo 246-249, **Desórdenes públicos.**

Bien jurídico protegido. Diferencia entre delito y falta (570, 3.º).

Los estrictos **delitos de desórdenes públicos**, descritos en los artículos 246 a 249 del Código penal y las correlativas **faltas contra el orden público**, recogidas en el artículo 569-1.º y en el 570-1.º a 4.º del mismo Código, tienen, a no dudarlo, **un bien jurídico protegido común a todas las referidas infracciones: la paz pública.**

El criterio de diferenciación entre aquellos delitos y las meras faltas es, una vez más, puramente **cuantitativo**, con todo el relativismo circunstancial que comporta la distinción, atinente a lugares y tiempos, personas y fines que las impulsan. Lo cual quiere decir que **la perturbación del orden, para ser delictual, ha de revestir cierta entidad, ha de ser, en definitiva, una perturbación grave, que así deviene elemento normativo del tipo, ya expresamente enunciado** (artículos 246 y 247), ya **implícito** en la descripción; sea por **la misma gravedad del resultado** (artículo 249), sea por la **relación tangencial y comparativa por las faltas de igual índole**, en las cuales se mienta también expresamente **la perturbación leve** (artículos 569-1.º y 570-2.º y 4.º) o la presuponen, dada la **índole mínima y limitada en la trascendencia que suponen** (artículo 570-1.º y 4.º). De modo que la subsunción en una y otra de tales faltas —suesta la levedad del trastorno— ya es **un problema técnico de mera subsunción**, atendidos los principios de **especialidad y concreción**.

En el caso de autos, la frase pronunciada —“Para mí, la hoz y el martillo”—, si bien ofrece un indudable cariz subversivo, en cuanto alude al característico emblema del partido o doctrina comunista, declarados fuera de la Ley por el vigente ordenamiento jurídico, por **las circunstancias en que fue pronunciada, ni acusa la conmoción emocional que todo grito subversivo produce en el medio social en que se lanza, ni tuvo en el caso sub iudice la fuerza inductiva a que se refiere el auténtico delito del artículo 248 del Código punitivo, al exigir que provoque directamente a la alteración del orden público; tratándose más bien de un exabrupto verbal y más o menos consciente de quien se encuentra en estado de ebriedad, con la terca obstinación y disposición mental que caracteriza a quienes actúen o se conducen en tal estado patológico. Lo cual lleva a degradar la infracción a la categoría de mera falta contra el orden público, siendo ya problema secundario de subsunción —dada la igualdad punitiva con que son conminadas— el de optar entre la falta del número 3.º o la del número 4.º del artículo 570, que es preciso decidir en favor de la primera, dada la específica alusión que contiene a la embriaguez como causante**

de la leve perturbación que ambas sancionan. Lo que lleva a casar en este punto la sentencia de instancia que estimó que los hechos por ella relatados eran constitutivos del delito previsto y sancionado en el artículo 248 del Código penal (S. 30 noviembre 1973).

§ 24. Artículo 251, **Propagandas ilegales.**

El delito de propaganda ilegal, definido y sancionado por el artículo 251 del C. p., está compuesto por varios elementos: por las publicaciones o, simplemente, por la mera tendencia o posesión para repartir —pues se trata de una infracción de consumación anticipada—; por el elemento subjetivo o espiritual, consistente en el *animus diffundendi* del agente, con la finalidad de lograr alguno de los objetivos concretos incorporados a la tipicidad y delimitados en los cuatro apartados que contiene el precepto sancionador, con independencia que se alcancen o no, los cuales prohíben en su conjunto atentar contra los intereses nacionales y el orden estatal..., siendo necesario que dichos actos sean susceptibles o tengan entidad suficiente para conseguir esos objetivos, con independencia de que se produzca o no el efecto apetecido. Por consiguiente, confirma el T. S. la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia (S. 2 noviembre 1973).

“Prohibiendo bajo la represión penal la libre expresión de ideas estimadas por el legislador como perjudiciales para la soberanía del Estado...”, el artículo 251, por medio de la tipificación de un delito de propaganda ilegal, establece un delito de tendencia o peligro, ajeno a todo resultado material (S. 17 marzo 1973).

§ 25. Artículo 251: 1.º, **Propagandas ilegales.**

El Tribunal Supremo casa la sentencia dictada por la Audiencia y absuelve del delito de propagandas ilegales, en base a las siguientes consideraciones:

La entidad delictual de propagandas ilegales —máxime si se trata de la figura prevista en el número 1.º del artículo 251 del ordenamiento penal sustantivo, aplicado en la sentencia ahora recurrida— es una **infracción de tendencia concreta** y no remota, a modo de provocación al delito, especialmente tipificada por razón de su peculiar naturaleza y amplitud, dirigida contra Instituciones estatales propias y vigentes protegidas por la Ley penal, que, sin perjuicio de comportamientos de signo análogo, posiblemente incurso en el artículo 164 bis, referente a los delitos contra las Leyes Fundamentales, **deja fuera de su típico ámbito lo meramente doctrinal o extranacional que no comporte ataque cierto a la organización política patria, con alguno de los designios previstos en el mentado apartado primero o en cualquier otro del mismo precepto.** Sin que quepa llevar el reproche penal más allá de donde la Ley quiso llegar, ni extender judicialmente el alcance de la incriminación a comportamientos que el legislador se abstuvo de incluir en el área punitiva. Debiendo concurrir, además, para que el delito de propaganda surja, **la consiguiente difusión de los textos hostiles o, cuando menos** —como supuesto de consumación anticipada, legalmente configurado y revisable en casación en cuanto al decisivo elemento intencional— **su tendencia con tales miras de distribución,**

circulación o comunicación, susceptibles de llenar los propósitos catequísticos o proselitistas que toda propaganda supone. Aplicada esta doctrina al caso de autos, es evidente que faltan en él elementos suficientes para incardinar aquellos hechos en el delito de propagandas ilegales previsto y penado en el aludido artículo 251, habida cuenta de que en los títulos y textos literalmente transcritos en la misma sentencia, entresacados del conjunto, redactados incluso en idioma extranjero, intervenido en poder de los procesados a su entrada en España y destinados a terceras y desconocidas personas, **no constan ataques o incitaciones a la subversión contra el Estado español**, subsumibles en la norma penal cuestionada. Pues, **aparte del indiscutido carácter comunista-maoísta de esta literatura**, los títulos reseñados en la sentencia, atinente en buena parte a temas polémicos intercomunistas, a disgresiones ideológicas de las que algunas se remontan a Marx, así como a Lenin, y apreciaciones tácticas, de sectas, **no ofrecen**, al menos en lo que ha sido objeto de transcripción, **alusiones trascendentes a nuestro país y a su Régimen Político**. Y, en cuanto a los únicos pasajes de aquellos textos que en la resolución impugnada se recogen, **tan sólo contienen lemas** tales como el consabido e inveterado **"Proletarios de todas las naciones y países oprimidos, uníos"** y otras expresiones semejantes de carácter general, sin mención de llamamientos insurreccionales o de criterios concretos dedicados a España, ausentes del relato, en que se encierra la única premisa apta para servir de soporte fáctico al fallo de instancia y al ulterior juicio casacional. Por lo que, ausente el primer elemento, **objetivo**, concerniente al contenido punible de los textos, sería baldío entrar en la complementaria consideración del segundo elemento, teleológico, relativo al destino y finalidad propagandística asignables a los impresos de que los procesados eran portadores (S. 20 noviembre 1972).

§ 26. Artículo 251: 4.º, Propagandas ilegales.

La doctrina del T. S. en torno al delito de propagandas ilegales destaca los dos elementos estructurales sobre los que aquél se fundamenta. A) Uno, **normativo-objetivo**, contenido en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 251 del C. p. Los fines perseguidos por la actividad proselitista y que califican al **delito como de tendencia**; y, de otro lado, la misma propaganda subversiva de la que se da una definición auténtica condensada en tres acciones típicas—la **impresión del material**, que enumera a título enunciativo; la **distribución del mismo**; o su **tenencia**—. B) Otro elemento, **de naturaleza subjetiva**, bifurcado en dos vertientes: al exigir un **animus diffundendi**, elemento subjetivo de lo injusto e implícito en el propio nomen iuris del delito, puesto que, en buena acepción léxica, propagar equivale a multiplicar el conocimiento de una cosa; y una **previa conciencia por el sujeto del sentido atentatorio** contra la seguridad interior del Estado entrañado en la propaganda ilegal, elemento intelectual del dolo. Elemento concurrente en el hecho planteado ahora (S. 20 diciembre 1973). En idéntico sentido, S. 27 diciembre 1973.

Existe el delito del 251, número 1.º, párrafo 4.º, del C. p., al darse el **elemento objetivo**, constituido por la **distribución de la propaganda ilícita**; y el **subjetivo**, concretado en el ánimo y propósito de **difusión de la misma con fines de subversión de la organización estatal** o de perjudicar su crédito,

prestigio o autoridad, a que aluden los números 1.º y 4.º del mencionado precepto (S. 10 diciembre 1973). En sentido idéntico, SS. 17 marzo, 26 septiembre y 13 octubre 1973.

§ 27. Artículo 252, **Propagandas ilegales** (en rel. con art. 251: 4).

Los tipos delictivos previstos en el número 4.º del artículo 251 y en el artículo 252 del C. p. difieren en su naturaleza y significación.

Aun cuando ambos parten de que las conductas revistan carácter ofensivo, y vengan provistas de orientación difusoria, sólo el 251:4.º, requiere que se dé una conducta propagandista abierta y radicalmente hostil, netamente propagandística, proselitista, es decir, la **propaganda pura**. Mientras que el 252 alude a lo que podríamos denominar "**cuasi-propaganda**", en cuanto transmisión o comunicación de noticias falaces o rumores insidiosos, comportamiento cuyo deslinde del 251 no suele ser fácil.

Por consiguiente, el caso contemplado, en el que el procesado, en el curso de una conferencia, ya que no discurso o soflama, dada en un colegio mayor universitario, en la que extremó su ardor crítico hasta el punto de poner en tela de juicio la calidad de Estado de Derecho de la comunidad política nacional, comunicando al auditorio, fuese éste numeroso o exiguo, especies gratuitas sobre pretendidas sevicias de la Autoridad pública en el trato aplicado a determinados detenidos inculcados por entonces de terrorismo de signo separatista, cae dentro del delito tipificado en el artículo 252 del Código penal, el cual hace referencia a la denigratoria circulación de noticias o rumores falsos, desfigurados o tendenciosos (S. 16 octubre 1973).

§ 28. Artículo 570: 4.º, **Falta de propagandas ilegales**.

Anula el T. S. la sentencia pronunciada por el Tribunal a quo, condenatoria por un delito de propagandas ilegales, del número 4.º del 251 del C. p., estimando, por el contrario, que sí existe una falta del artículo 570: 4.º Pues "la tosca impresión de unas pegatinas con las escuetas afirmaciones 'Fascismo no', 'Libertad' y 'Amnistía', y el intento de su difusión colocándolas los acusados en las calles de Palma de Mallorca, con ocasión de la celebración del Consejo de Guerra de Burgos contra los afiliados de la ETA, verificada, además, por un grupo de estudiantes muy jóvenes (mayores de dieciocho años), de buena conducta en todos los órdenes, sin antecedentes penales y sin constancia de su afiliación con partidos políticos o asociaciones declaradas fuera de la ley..., no bastan para llenar el tipo del delito de propagandas ilegales. Dado que "el texto de las pegatinas es expresivo de la negatividad de una determinada tendencia o forma política de gobierno; de la petición de libertad y de concesión de amnistía a los que se juzgaba...". De modo que, colocadas en otra ocasión y circunstancias, y sin relación con el aludido proceso, serían por su intrínseca significación penalmente atípicas, todo lo más sancionables en vía gubernativa con base a la Ley de Orden Público". Pero que, en el caso de autos, sólo motivaron una pequeña alteración del orden público, que procede encuadrarlas como falta del artículo 570, número 4.º, del citado Cuerpo Legal (S. 26 abril 1973).

§ 29. Artículo 371, **Denegación de auxilio.**

De las dos modalidades de denegación de auxilio que prevé y establece el artículo 371 del Código penal común, la tipificada en el párrafo final que se concreta a la denegación del funcionario público al requerimiento de un particular; y, aunque era figura delictiva ya inserta en los viejos Códigos de 1822 y 1928, su regulación actual aparece incorporada al ordenamiento jurídico positivo en el texto refundido del Código Penal de 1944, viniendo a resaltar además el deber general de obligada asistencia impuesto por la solidaridad social de prestar ayuda a quien se encuentre necesitado de auxilio manifiesto, el deber más visible, destacado y de superior vinculación de quienes ejercen la profesión médica y específicamente de todos cuantos integran los Cuerpos de Sanidad provincial o municipal, regulados por la Ley de 25 de noviembre de 1944 y Reglamento de 27 de noviembre de 1953, que les confiere el carácter de funcionarios públicos, en cuya situación es de plena ortodoxia moral y legal que les alcance un "plus" de exigibilidad en el cumplimiento de sus deberes específicos, en cuanto son facultativos y en cuanto son funcionarios del servicio público; y, consecuentemente, un "plus" de responsabilidad en sus omisiones o abstenciones en la prestación de auxilio, correctamente criminalizadas por el tipo penal configurado en el párrafo tercero del artículo 371 de referencia. Para la consumación del mismo no se requiere que el mal que se trata de evitar sea grave, ni que la abstención del requerido sea total, bastando con la falta de asistencia y colaboración en lo preciso cuando el requerimiento se contrae al cumplimiento de deberes profesionales médicos ejercidos en exclusiva y se produce un perjuicio o mal directamente relacionado y dimanante de la inasistencia solicitada (S.7 diciembre 1973).

§ 30. Artículo 430, **Abusos deshonestos.**

El delito de abusos deshonestos (430, en rel. con art. 429) es un delito de mera actividad, no de resultado, que castiga la exteriorización impúdica de un propósito lujurioso que atente materialmente contra el pudor de otra persona en su cuerpo, guiado por excesos lúbricos.

Elementos para la existencia del delito son:

— Uno, **objetivo**, acción de atentado al pudor realizada sobre persona de uno u otro sexo, sin acceso carnal, pero lesionando la honestidad de su cuerpo.

— Otro, **elemento subjetivo de lo injusto**, pues el agente tiende a satisfacer su ánimo lúbrico o móvil libidinoso con su quehacer criminal. Este elemento subjetivo de lo injusto ha de derivarse de la misma conducta del agente, de la peculiar índole de los actos de libidine practicados o del propio medio empleado en el "modus operandi", así como de las partes del cuerpo manoseadas o tocadas. En contra, S. 27 junio 1973.

— Y un tercer elemento, **normativo**, por utilizarse violencia o intimidación material o ideal sobre el sujeto pasivo, o aprovecharse de la situación de inconsciencia de la persona ofendida (S. 6 abril 1973). Véanse SS. 24 noviembre 1972, 3 mayo y 20 diciembre 1973.

El delito de abusos deshonestos se integra por la concurrencia de tres requisitos esenciales: 1. **Abusos deshonestos**. 2.º **Con personas de uno u otro sexo**. 3.º. Concurriendo cualquiera de **las circunstancias del artículo 429**: a) **abuso de fuerza o intimidación**; b) **víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa**; c) **menor de edad de doce años cumplidos**.

Se exigen, pues, presupuestos: de **naturaleza objetiva o material**—el quehacer directo sobre el cuerpo de otra persona o el forzar a la misma a tocamientos impúdicos sobre el cuerpo del sujeto pasivo—; de **carácter subjetivo**, un elemento intencional o psicológico, **elemento subjetivo de lo injusto**, constituido por el ánimo lúbrico o libidinoso del agente, excluyente del ánimo de yacer cuando el sujeto ofendido es una mujer, y presupone una finalidad lesiva y atentatoria a la libertad sexual o pudor del sujeto pasivo, puesto que **el bien jurídico protegido es la libertad sexual del hombre o de la mujer a consentir o no los actos impúdicos**; y, por último, una **adecuada relación causal del ánimo deshonesto con su realización exterior**. Si estos elementos se unen a cualesquiera de las circunstancias previstas por el artículo 429, surge el problema de la interpretación de la **fuerza o intimidación**, que ha de entenderse **no en términos absolutos**, en el sentido de fuerza irresistible o invencible, sino que basta emplear **la necesaria y eficaz para conseguir los propósitos del culpable**; es decir, **la suficiente** para suprimir la persistencia y voluntad discrepante de la víctima (S. 11 diciembre 1973).

La fuerza empleada para incurrir en el tipo del artículo 430, en relación con el número 1.º del 429, **no requiere ser irresistible o invencible, ni que revista una especial intensidad**, bastando sea **idónea, eficaz y de entidad bastante** para alcanzar lo torpemente deseado o **cohiba con “vis física” la libertad sexual de la víctima**, o que ésta, por ser menor de edad o incapaz no pueda consentir la aceptación de los abusos deshonestos. SS. 30 diciembre 1957, 17 diciembre 1965, 14 octubre 1967, 27 febrero 1968, 10 diciembre 1968, 5 marzo 1968). En cuanto al significado de la expresión **“privada de razón por cualquier causa”**, es doctrina de la Sala 2.ª, que aquélla abarca **no sólo la pérdida de razón de carácter transitorio y duradero**, sino que además en la frase **“privada de razón”** se incluye **a las personas que nunca la tuvieron por defecto constitucional**, ya que unas y otras adolecen de la misma incapacidad psíquica. El precepto se aplica, pues, **no sólo a casos absolutos**, como los de locura, imbecilidad o idiocia plena, sino que se extiende a otros, como la **cligofrenia**, etc..., dada la **“relatividad de la expresión legal”** (S. 19 octubre, 20 diciembre y 28 septiembre de 1973).

El **dolo específico** de este delito (430, en rel. con 429: 3.º) lo constituye **la intención libidinosa** que inspira o mueve la conducta del agente, al producir los tocamientos libidinosos, sin propósito de yacer—**a menor de doce años**—; **“siendo indiferente al delito que la parte del cuerpo que fue manoseada estuviese más o menos al descubierto y próxima o distante del órgano sexual”**. Lo único que esta figura exige es **“la exteriorización impúdica de un propósito libidinoso”**. (S. 27 junio 1973). En contra, S. 6 abril 1973.

Abusos deshonestos (delito continuado).

“Dadas las circunstancias del caso que se juzga [actos de homosexualismo de un maestro con un alumno de doce años], el T. S. deniega la apreciación de un delito continuado de abusos deshonestos; “pues, no sólo por su duración, sino por la profesión del reo, que, en vez de educador se convierte en corruptor por vía sexual del alumno, aprovechándose de su función pública, según doctrina de la Sala 2.^a, sentada a partir de la S. de 22 marzo 1966, los Tribunales, al tratar del delito continuado, **han de adoptar los principios jurídicos adaptados al caso para buscar la realización de la justicia e implantar la defensa social.** Esta doctrina se aplicará o no según lo reclamen altos intereses superiores, sin que sirva de escarnio a la realidad de los hechos, como en el caso presente ocurriría, si al reo, que puede serlo de más de 300 delitos de abusos deshonestos, se le condenas sólo por uno de ellos, en fraude de la realidad y del sentido común...” (S. 5 abril 1973).

Diferencia entre delito de abusos deshonestos y falta de escándalo público.

Los abusos deshonestos del artículo 430, en relación con el número 3.^o del 429, **no poseen una correspondencia con la falta del artículo 567: 3.^o del C. p.**, puesto que el contenido de esta última se contrae y circunscribe a la responsabilidad atenuada y menos grave del **delito de escándalo público del artículo 431 del mismo cuerpo legal** (S. 5 julio 1973). En sentido contrario, el T. S. considera que **la diferencia** entre el delito previsto en el artículo 430 del Código penal y la falta correlativa del número 3.^o del 567 del mismo cuerpo legal se establece, en principio, con arreglo a un **criterio cuantitativo de gravedad**, impuesto de modo expreso por la base novena de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, que, en referencia a dicha falta, ordenó su modificación, “**de modo que la ofensa a la moral y a las buenas costumbres que prevé sea leve**”, al igual que lo hizo al incorporarse a la redacción de tal precepto el calificativo de **levedad**, suprimido por la reforma de 1944 [si bien para la doctrina jurisprudencial permanecía implícito o subyacente en el precepto citado]. Por consiguiente, **aparte del criterio cuantitativo**, central y básico [SS. 21 diciembre 1964, 28 mayo 1966, 14 octubre 1967, 25 febrero 1968, 8 mayo 1971, 17 diciembre 1971], opera la jurisprudencia dicha distinción, también, con arreglo a **módulos cualitativos**, que se deducen del **bien jurídico protegido en cada una de dichas infracciones**: en el delito, la **libertad sexual individual**, en la falta, la **mayor nimiedad de los embates a la pudicia ajena se compensa con su mayor trascendencia para las buenas costumbres o para la decencia pública**, castigándose la infracción en cuanto afecta a la **moralidad sexual colectiva**, con todo el relativismo que comportan tales criterios axiológicos en orden su vigencia cultural en la sociedad y con arreglo a lugares y épocas, es decir, “**hic et nunc**” [SS. 8 marzo 1971, 15 febrero 1972, 19 enero 1973].

Pero, en el caso de autos se desestima la posibilidad de calificar el acto como falta, “**puesto que no se trata ya de concluir la mayor o menor trascendencia sexual del beso, que, aisladamente entendido, puede ofrecer una valoración de mera contravención al pudor o a las buenas costumbres**” (S. 1 julio 1966). Por el contrario, dicha manifestación más o menos erótica debe

ponerse en relación con el resto de la actividad desplegada por el agente, de modo que los actos que lo precedan y subsigan ofrezcan el **sello del ataque sexual**, según SS. del T. S. de 9 noviembre 1965, 18 marzo 1966, 28 mayo 1966, 22 enero 1968, 2 diciembre 1970, con arreglo a cuya doctrina se otorga **“categoría delictual al beso violentamente impuesto, máxime si le acompañan otras circunstancias impúdicas”** (S. 5 diciembre 1973).

§ 31. Artículo 431, **Escándalo público.**

El artículo 431 protege la **moral individual de las personas y la moral colectiva de la sociedad** contra toda clase de ataques que afecten, agraven o tengan influencia nefasta en la honestidad de unas y otras (S. 12 febrero 1973).

Por **“pudor y buenas costumbres”** deben entenderse **los sentimientos de recato, honestidad y de vergüenza o morigeración de los demás** (S. 12 febrero 1973).

Las **buenas costumbres** son aquellos mismos sentimientos arraigados, respetados y practicados por la colectividad (S. 19 febrero 1973).

Los términos **hechos de “grave escándalo o trascendencia”** son utilizados **disyuntivamente** por el texto penal del artículo 431 del C. p., por poseer diverso significado: El **primero** se contrae a los efectos repulsivos que causa en las personas que, ajenas al delito, lo conocen al tiempo de ejecutarse o de descubrirse: el **segundo**, hace referencia al daño moral que el acto o hecho reprochable ocasiona directamente a las víctimas o sujetos pasivos del delito (SS. 19 febrero y 25 octubre 1973).

El delito de escándalo público del artículo 431 es un **tipo abierto**, por falta de expresa concreción normativa, que requiere que el agente realice actos **inmorales gravemente deshonestos** que lesionen directamente el pudor o las buenas costumbres, en cuanto éstas son los **standards ético-jurídicos que subyacen tras la norma penal**. Además de exigir que los mismos tengan **difusión o trascendencia, al ser manifiesto o sabido lo oculto en su proyección social**, por exigirse la publicidad de la conducta, para que incida en los sentimientos morales de la **colectividad, verdadero sujeto pasivo de la infracción**. En esta infracción **no se persigue tanto la inmoralidad intrínseca del mal quehacer como su proyección social** (S. 3 diciembre 1973).

Se da el elemento de **“grave escándalo”** en el supuesto de autos, en que se realizaron los actos de masturbación a plena luz solar, en una vía pública transitada... (S. 25 marzo 1973).

Por **“grave escándalo”** debe entenderse el **causado en la moral personal del que los presencia o contra el que van dirigidos**. Por **“trascendencia”**, en cuanto se proyectan o miran **hacia la moral de los otros** (S. 12 febrero 1973).

La expresión **“de cualquier modo”**, utilizada por el artículo 431 del C. p., indica el propósito del legislador de **abarcar todos los medios que reúnan los dos requisitos antes expuestos: de grave escándalo y trascendencia, atentatorios al pudor o buenas costumbres** (S. 12 febrero 1973).

El término **“trascendencia”** ha sido utilizado por la Sala 2.^a para calificar de actos de escándalo público **no sólo los deshonestos o inmorales realizados ostentosamente en presencia de extraños, sino también los ejecutados de forma privada, pero hechos posteriormente públicos, adquiriendo notoriedad,**

bien por los propios interesados, bien por cualquier causa o vehículo de difusión, e incluso episódicamente por las actuaciones policiales o judiciales. Pero esta interpretación puramente gramatical, genera una posición indiscriminada, otorgando al término un contenido muy vago, sin valorar como debiera la preferente culpabilidad del autor, que puede no desear la exteriorización, ni el escándalo, del cual no resultaría entonces autor, a pesar de serlo de la impudicia. Por lo que, si la divulgación se debe a terceras personas, y no al comportamiento directo y querido del sujeto activo o a su impresión, no puede atribuírsele tal delito (S. 3 diciembre 1973).

En consecuencia, si terceras personas no relacionadas con el hecho mismo, pero que a causa de su labor de indagación—actividades de diligencia de entrada y registro del domicilio del procesado por la Policía, encontrando varios números de la revista "Play Boy" y otras publicaciones con retratos de mujeres desnudas y dibujos y relatos inmorales—, llegan a tener conocimiento causal indirecto, su actitud divulgadora crea un nexo causal entre la conducta inmoral secreta y su publicidad que no puede atribuirse al sujeto de aquélla, ni serle imputada; falta tanto entonces el elemento normativo del tipo, por la interferencia del comportamiento extraño divulgador. En base a estas razones, la Sala 2.^a del T. S., desechando la vieja doctrina indiscriminatoria de la causa de la expansión de lo oculto, ha venido estimando [SS. 31 marzo 1952, 2 noviembre 1961, 18 mayo 1966] que no existe publicidad o divulgación, a los efectos del artículo 431, cuando, a través de diligencias policiales o sumariales, se publique o difunda el acto inmoral, pues tales actuaciones son secretas por imperativo de la Ley, tienen carácter oficial y, por sí mismas, no pueden representar la consumación del delito, como tampoco pueden representarla por el quebrantamiento del secreto de las personas obligadas a callar. Consumación que, con anterioridad a su infidelidad, era inexistente y que sólo se vió producida por el indebido "strepitus fori" (S. 3 diciembre 1973).

Las expresiones groseras, impúdicas y procaces del proceso, vertidas por él, de profesión taxista, a la usuaria del taxi, mujer de dieciocho años, pretendiendo enseñarla cómo gozar sexualmente sin necesidad de tratar con varón, dando lugar a que la joven se asustase y abandonara el taxi, constituyen el tipo delictivo del artículo 431, párrafo 2.º del C. p. Por cuanto hubo "trascendencia" grave para la formación moral de la agraviada. Y "grave escándalo", al darse extensa publicidad entre las amistades y compañeras de ella, a quienes podió consejo, ya que el revelar la incivilidad del recurrente era necesario para saber qué hacer frente a la misma (S. 1 marzo 1973).

Homosexualismo.

Constituyen el delito de escándalo público los actos de homosexualismo, por cuanto tienen trascendencia en la formación moral y sexual de los menores. Y, por cuanto existe grave escándalo, al ser conocidos por los familiares y amigos de los protagonistas, produciéndose entonces el escándalo, al acusarse una conmoción en los sentimientos de decencia y moralidad social (S. 18 octubre 1973).

Pornografía.

La pornografía constituida por el carácter obsceno de obras literarias gráficas o de otro tipo, ha sido considerada constitutiva del delito del 431 del C. p., siempre que se trate de publicaciones escritas o grabadas **con indudable ánimo de traficar con ellas o de suministrarlas a otras personas**. Pero, el hecho de la mera tenencia de publicaciones o grabados pornográficos para **estricto uso personal**—que, salvo prueba en contrario, debe presumirse— queda fuera del tipo del artículo 431 e incluso de la falta del artículo 567: 3.º, ya que supone un mero pecado moral ajeno al derecho, toda vez que el delito referido exige la divulgación y escándalo grave hacia terceros, y la falta indicada requiere la “exhibición” de estampas o grabados con ofensa leve a la moral o buenas costumbres o decencia publica. Si tales publicaciones se poseen sin publicarlas, sin exhibirlas, el hecho resulta atípico.

El supuesto de hecho viene integrado por un registro practicado por la Policía en el domicilio del procesado con finalidades distintas, pues se trataba de la búsqueda de tóxicos. Por lo que, la mera tenencia de pornografía sin divulgar en absoluto, sin exhibirla, no integra ni delito ni falta. No pudiendo presumirse se dedicara a la venta por no expresarse, y por su pequeña entidad y condición. No puede estimarse la publicidad, porque falta la culpabilidad de la publicidad por parte del agente, que no la hizo. Por lo que el conocimiento causal indirecto debido a los Policías practicantes del registro y a las personas que, como testigos, lo garantizaban, ni sirve para entender realizada la divulgación, produciéndose una interferencia en el comportamiento cauteloso del inculcado; y que no puede tampoco considerarse consumada (la publicidad) al realizarse por Agentes Oficiales y testigos, que, ni por la naturaleza de su cometido, podían escandalizarse, ni mucho menos divulgar lo que legalmente era secreto (S. 3 diciembre 1973).

El requisito de la proyección social que exige el artículo 431 se satisface con el destino de las fotografías pornográficas obtenidas subrepticamente o con consentimiento de las personas en ellas figuradas e implicadas en su exhibición más o menos amplia; bien porque quiera hacerse con ellas comercio lucrativo y escandaloso, bien porque quieran emplearse luego en un círculo más reducido de destinatarios, para hacerles objeto de chantaje [SS. 19 mayo 1909, 21 junio 1947, 17 febrero 1911, 15 abril 1958, 18 noviembre 1961, 15 febrero 1964, 26 octubre 1964, 1 mayo 1967, 15 marzo 1969]. Supuestos que se dan en el *factum* de la sentencia, en que el recurrente, escondido en el armario de la habitación donde la procesada atraía a sus incautos clientes, obtenía, sin ser visto, fotografías de aquéllos realizando toda clase de actos de intimidad sexual, exigiéndoles luego dinero con la amenaza de difundir y divulgar las fotos. De modo que, mientras tuviera en su poder las copias y negativos de las mismas, subsistía el riesgo de ser dadas a la publicidad; sin contar que, a la postre, hirieron los sentimientos de recato de los propios interesados, implicados contra su voluntad en el innoble juego, y puestos en evidencia en el plano de la moralidad sexual que el delito invocado reprime, cuando por la aprehensión policial de las reproducciones y consiguiente “*no titia criminis*” de las mismas, se fue ampliando el número de personas que hubieron de contemplarlas. (S. 29 mayo 1973).

El T. S. casa la sentencia del Tribunal **a quo** y aprecia **delito de escándalo público en grado de tentativa**, por cuanto los procesados adquirieron **treinta y dos películas pornográficas** que pensaban vender en S. para lucrarse con el precio que obtuvieron, siendo detenido por la Policía uno de los procesados que llevaba el maletín con el material pornográfico, **sin que lograsen venderlo**. La ejecución del delito quedó, pues, interrumpida por causas ajenas a la voluntad de aquéllos (S. 7 noviembre 1973).

Según constante doctrina **jurisprudencial**, se incluye en el tipo del artículo 431 del C. p. **“la venta de libros, revistas, postales, fotografías y otros artículos pornográficos, ya revistan tal carácter de manera abierta y descaradamente obscena, ya se encubra su verdadera índole bajo el disfraz o apariencia de obra de arte o de estudios**. A este respecto, basta el hecho de **destinar a la venta las estampas pornográficas en cuestión para que se corra el riesgo de que las posean y contemplen múltiples personas de distintas edades y sexo y se alcancen las notas de gravedad y trascendencia del mal que separan el delito de la falta** [SS. 19 mayo 1909, 21 junio 1974]. Por lo que, **“el tener a la venta libros y publicaciones de carácter pornográfico es constitutivo “per se” del delito de escándalo público** (S. 15 marzo 1969). S. 25 enero 1973.

Casa el T. S. la sentencia condenatoria por falta de escándalo público dictada por la Audiencia y **aprecia delito de escándalo público**, en base a considerar que:

*La línea diferencial entre el delito de escándalo público y la falta homónima del 567: 3.º, reposa en la **gravedad de la ofensa** en el primero, en contraste con la **levedad del ataque** en la falta, con todo el **relativismo** que comportan los **criterios cuantitativos** de distinción. Máxime cuando tales módulos diferenciales reposan en conceptos valorativos como **“las buenas costumbres, el pudor o la decencia públicos”, tan influidos por la moral sexual imperante en cada momento histórico**. Si bien cualquiera que sea el grado de desmitificación sexual y el de presión del erotismo ambiente, muchas veces importado en gracia del mimetismo hacia lo foráneo, **existe un límite mínimo que no es lícito traspasar** y que la axiología judicial no puede desconocer a la hora de atemperar la norma jurídica a la norma de cultura que subyace bajo la primera y que no es otra en esta materia que **el decoro indispensable para la convivencia social**, de tal modo que los criterios de una minoría audaz y desenvuelta no pueden prevalecer sobre la común interpretación en esta materia de la pública honestidad, tan lejos de criterios farisaicos y anacrónicos, como de interpretaciones escandalosas y burlescas para el sentir medio de la comunidad, tanto más que **aun cuando se llegase a un agudo desviacionismo colectivo de los standards éticos y jurídicos que gobiernan este sensible campo valorativo, no por eso habría de claudicar la hermenéutica judicial de su misión restauradora de la vigencia vital de la norma que, no sólo tiene una misión sancionadora, sino también una función reeducadora a través de la represión para utilizar palabras del propio recurso del Ministerio Fiscal...**”*

Por consiguiente, no puede estimarse como falta contra el orden público el hecho de que en un bar de una población costera catalana, tan influida en la época veraniega por la corriente turística, en alarde de libertinaje sexual, muchas veces no tolerado en sus países de origen, se **colgasen de sus**

paredes grabados, carteles y fotografías de desnudos de hombres y mujeres en actitudes inconvenientes y de mal gusto —como el de que está sentado en la taza de un retrete—, que, ciertamente y por sí solos, tal vez no rebasan aquel atentado leve al recato y buen orden públicos que se sancionan en la antedicha falta, pero sí, como remate, se añade en el factum que también se hacía ostentación de una litografía-dibujo en que figuraba una mujer apoyando su mano, en plan de reposo, en un descomunal pene, con aire jocoso, por mucho que sea el aire jocoso que se quiera dar a tal interpretación pictórica, se cae de inmediato en la cuenta de que aquí ya se han traspasado los límites de tolerancia y de benignidad que pueden tenerse en materia de público decoro y que la ofensa al sentimiento de pudor colectivo es grave y trascendente, tanto más cuanto la procaz representación podía ser contemplada por cualesquiera personas, sin excepción de edad ni sexo, que fortuita o deliberadamente penetrasen en dicho establecimiento público. Con lo que dicho se está que se dan los dos elementos de gravedad de la ofensa y el de su proyección social que la doctrina de la Sala 2.^a viene exigiendo de consumo para que se dé el delito aludido en su calificación por la sentencia “a quo”, cuyo aire de boccaccia burla utilizado en la redacción de los hechos, no menos que el empleo inconveniente de vocablos y epítetos malsonantes y de baja extracción, se acuerdan mal con aquella trascendencia de la ofensa que para la moral pública se desprende de los mismos, cualquiera que sea el lugar del territorio patrio en que se produzcan, y sin que sirva disculpar la conducta del procesado su condición de extranjero, más obligado por ello a respetar los sentimientos de recato del país que le acoge, ni la mayor o menor relajación de los resortes morales que la inmigración turística y la época veraniega pueden producir en tranquilos pueblos de nuestro litoral sujetos a experimentar un alud de población flotante y de aire frecuentemente apátrida, disonante de su idiosincrasia y peculiares costumbres ancestrales” (S. 26 enero 1973).

El posar una mujer con prendas íntimas en un salón de fotografía constituye delito de escándalo público. Sin que pueda alegarse que tal exhibición es admitida y tolerada por la sociedad actual, ya sea en revistas, en espectáculos o en la misma playa, donde el traje de baño llamado “bikiny” ha obtenido máxima difusión. Pues también queda dicho que la finalidad estética, higiénica o deportiva, priva en tales manifestaciones sobre otros fines de desviado alcance, al menos en nuestro país, al que va destinado nuestro ordenamiento jurídico, y que hace que, ya sea la previa censura administrativa velando por la pureza de aquellas exhibiciones, ya sea la posterior repulsa judicial llevando a efecto tamaña labor depuradora, se evite la pornografía en cualquiera de sus manifestaciones (S. 23 noviembre 1973).

Escándalo público y blasfemia.

Tanto el artículo 68 (que contempla el supuesto de una sola acción encuadrable en dos o más precepto legales que se excluyen entre sí), como el artículo 71 (que, a su vez, presenta el caso de un solo hecho constitutivo de dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro), contemplan el supuesto de una sola acción o hecho. En cambio, en el supuesto de autos, en que el procesado realizó actos de exhibicionismo y, además, blas-

femó, "se trata de dos hechos distintos y separados entre sí, castigados en distintos títulos del C. p., cada uno con su propia naturaleza e intención delictiva. Mientras la blasfemia ofende a Dios, el escándalo público ofende al pudor o a las buenas costumbres.

En consecuencia, un solo hecho no puede dar lugar a delitos tan distintos en su origen y en su fin, aunque tengan de común el escándalo que producir. No pudiendo apreciarse concurso. (S. 30 mayo 1973).

Corrupción de menores y escándalo público.

El delito de corrupción de menores no es incompatible con el de escándalo público, aunque no puedan ambos ser apreciados por esta instancia en el caso debatido (S. 11 octubre 1973).

Diferencia con los abusos deshonestos del artículo 430.

En el delito de escándalo público, la lesión jurídica no recae en persona determinada, pues afecta a los sentimientos de pudor y moralidad de la comunidad social y requiere dos requisitos básicos: un acto reprobable moralmente "per se" y la proyección del mismo en el cuerpo social, verdadero sujeto pasivo del delito en cuestión. Por el contrario, en los abusos deshonestos, del 430, en relación al 429: 3.º, existe un sujeto pasivo concretado por la persona específica lesionada en su pudor y honestidad. Además de darse el móvil torpe de obscenidad exteriorizado por el inculpaado y la ausencia de voluntad y discernimiento en la víctima, menor de doce años (S. 9 marzo 1973).

Tratándose de actos constitutivos de abusos deshonestos del artículo 430 del Código penal, en relación con el número 2.º del 429, al no haberse acreditado la oligofrenia del menor varón, éstos tienen su encuadramiento adecuado en el artículo 431, que configura el delito de escándalo público, en su doble vertiente de trascendencia para la vida del menor y de escándalo por haberse realizado en unos matorrales en la Montaña de Montjuich, sitio público, y, además en atención a la enfermedad que sufre el sujeto pasivo, el cual, al divulgar los actos, determina que éstos habrán producido la natural repulsa, hiriendo los sentimientos de moral y recato de cuantos los hayan conocido (S. 3 abril 1973).

El escándalo público muestra un tipo perfectamente diferenciado, después de la reforma de 1944, adquiriendo una entidad propia y autónoma, lo que hace que en caso de concurso con otros tipos deba someterse a las normas generales del concurso de delitos (pues ha dejado de cumplir una función supletoria de inclusión de aquellos hechos que sistemáticamente no podían ser subsumidos en otras figuras delictivas del C. p.). De ahí que sea perfectamente coexistente, y no pueda ser absorbido por el delito de abusos deshonestos, al ser totalmente diversos los bienes jurídicos protegidos en ambos (en escándalo público: pudor y decencia pública; en abusos deshonestos, moralidad y libertad sexual de la persona ofendida) (S. 13 diciembre 1973).

No puede apreciarse concurso de leyes entre el delito de abusos deshonestos y el de escándalo público, por cuanto no se trata de un hecho susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos de este Código (concurso de leyes), sino de un hecho que integra dos delitos perfectamente definidos:

el de abusos deshonestos con niña menor de doce años (artículo 430, en relación con 429: 3.º) y el de escándalo público con menores de doce años, a las que el autor de los abusos ofendió por los abusos en sí mismos considerados, con hechos de grave escándalo (S. 5 mayo 1973).

Escándalo público y delito de ultraje a la Religión Católica.

Desestima el T. S. la sentencia absolutoria de los delitos de ultraje a la Religión Católica y escándalo público, dictada por la Audiencia, en un supuesto en que el autor, director de un boletín, autorizó la publicación en el mismo de tres sueltos, en uno de los cuales se trasladaba del inglés un artículo en que se resaltaba la personalidad humana, también en lo sexual, de Cristo: en otro, su personalidad amorosa, y, en el último, se daba cuenta de un libro, titulado "Jesucristo fue una seta", escrito por el hebreo Jhon Allegro, dándose cuenta de algunos pasajes del mismo, como los relativos a que "Jesucristo fue una invención, un mito creado para mistificar y desorientar a las autoridades judías y romanas que perseguían a los seguidores de un culto escondido que adoraban la seta alucinógena Amanita Muscaria". Entre los hechos que se declararan probados, figura el de que la ideología de la publicación aludida es ultraderechista, católica-conservadora, tradicionalista y simpatizante con el nacional-socialismo, adversaria irreductible del comunismo sinorismo y del catolicismo progresista postconciliar. Aparte de que los sueltos reproducidos se han publicado con evidente sentido de reproche a las manifestaciones en ellos consignadas.

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal de que los hechos constituyen un delito de ultraje a la Religión Católica, por estimar que, **al haberse producido los hechos con anterioridad a la reforma penal de 1971, sigue exigiéndose la concurrencia**, para configurar el tipo de delito, **del elemento subjetivo del tipo de lo injusto, constituido por el ánimo deliberado de escarnio a la Religión Católica**, ánimo que excluye todo tipo culposo e incluso el dolo eventual y que, en este caso, no existe, por lo que procede absolver por este delito.

Sin embargo, "tan desacertado exceso de celo, si le hace incurrir en delito contra la honestidad..., pues los hechos son claramente atentatorios contra el pudor y las buenas costumbres", violando el bien jurídico protegido en el artículo 431, párrafo 1.º, constituido por la honestidad como bien ideal de la comunidad, al cual atacan aquellos actos que "puedan producir corrupción social; habida cuenta de que al transcribir "los crudísimos conceptos de orden sexual referentes a Nuestro Señor Jesucristo, por más que ello fuera en sentido discrepante y en tono de censura, como no podía ser menos, tratándose del Dios Humanizado, al que incluso las creencias extra-católicas consideran como un impar Profeta..., en el caso de autos, se propugna a sabiendas e innecesariamente, con lamentable exceso de celo, algo indecoroso y atentatorio a la decencia colectiva, que encaja perfectamente en el tipo delictivo del escándalo público" (S. 12 mayo 1973).

Escándalo público. Diferencia con la falta del 567: 3.º.

Según la S. de 17 octubre 1933, si falta la condición de grave escándalo o trascendencia, el hecho se degrada a la calidad de falta. Teoría que en.

este caso no puede aceptarse, pues, **aunque no hubiera publicidad, existió trascendencia**, ya que la doctrina de la Sala 2.^a tiene afirmado [SS. 15 febrero 1929 y 27 de febrero de 1957] que **basta uno de los requisitos (publicidad o trascendencia) para que se dé el delito en cuestión**. Y aquí existió la trascendencia, que pone de relieve el texto de los hechos probados, pues los repugnantes actos impúdicos ofendieron muy sensiblemente el pudor de una joven de menor edad, y no puede ser falta del artículo 567, número 3.^o, como sostiene el recurso, porque los actos dichos **no ofendieron "levemente"** a la moral, buenas costumbres, ni a la decencia pública, **no pudiendo serlo tampoco de la falta del artículo 566, número 5.^o, como dice el recurso, por no concurrir la utilización de la imprenta, como expresa el tipo penal** (S. 26 diciembre 1973).

La **levedad de la ofensa**, constitutiva de la falta del artículo 567: 3.^o del Código penal, es **incompatible con las trascendencias del dual ataque a la moral colectiva y a la educación sexual que comporta el delito de escándalo público** (SS. 20 octubre 1970 y 25 enero 1973).

§ 32. Artículo 436, párrafo 1.^o, **Estupro común, de engaño o seducción.**

El **estupro común**, previsto en el párrafo 1.^o del artículo 436, requiere los siguientes elementos:

1. Un **elemento normativo**: La edad limitada de la mujer (dieciséis a veintitrés años); y **presuncion iuris tantum** de su honestidad.

2. Un **elemento real o fisiológico**: El yacimiento o entrega carnal al hombre sin el uso de fuerza o violencia.

3. Un **elemento psicológico o ideal**: Que la entrega carnal se deba a engaño cometido por varón, con promesa suficiente para viciar la libertad moral y espiritual de la mujer, lo que determina que ésta otorgue, por error, su consentimiento.

4. Una **relación causal adecuada de causa a efecto entre el engaño y la entrega carnal**: Esto supone valorar ponderadamente la entidad y el carácter de la promesa y de su repercusión en el ánimo de la mujer (SS 22 diciembre 1972, 22 marzo 1973, 23 abril 1973, 4 mayo 1973, 7 mayo 1973, 30 mayo 1973, 25 septiembre 1973).

El estupro común tipificado en el 436, párrafo primero, protege **los bienes jurídicos de la honestidad y la libertad sexual de la mujer** (S. 22 marzo 1973).

El **bien jurídico protegido** en este delito es la **honestidad de una persona** frente a los ataques fraudulentos o violentos de que sea objeto, pero no contiene un punto de carácter moral. No constituye, por consiguiente, delito de estupro del artículo 436, párrafo 1.^o, todo yacimiento de un hombre con mujer, sino **sólo aquellos yacimientos obtenidos con desprecio y burla de la honestidad de la mujer. No existe el delito**, cuando la mujer "consiente y desea satisfacer su instinto sexual temiendo tan sólo las consecuencias sociales del embarazo y cede ante la promesa condicionada de matrimonio para el único supuesto de quedar embarazada..."; pues aunque en el supuesto de autos existían unas relaciones continuadas, no eran formales de noviazgo, "siendo tranquilizada por el procesado que para vencer tal resistencia le aseguró que, de quedarse en estado, se casaría con ella" (S. 15 enero 1973).

Honestidad.

La honestidad implica una **presunción iuris tantum**, “aunque el comportamiento de la mujer se desarrolle con más o menos desidia”, extremo que no importa a la calificación jurídico-penal (S. 16 enero 1973).

La honestidad se presume, y además, si ésta era necesaria para el yacimiento, en cuyo momento no constaba nada en contra de tal presunción, no lo era ya en el momento del incumplimiento, hitos ambos en los que comienza y acaba el comportamiento delictivo; resultando por otro lado injusto que quien creó el fraude pudiera salir indemne, alegando que la mujer, después del primer coito con él tenido, había dejado de ser honesta para los posteriores, porque seguía persistiendo el engaño y fue el mismo recurrente quien quebrantó en principio la conducta recatada, púdica y de inexperiencia sexual que venía observando la ofendida, convenciéndola para que se le entregase bajo la afirmación de que lo hacía a quien iba a ser su futuro marido (S. 8 octubre 1973).

Honestidad y virginidad no son conceptos idénticos. Puesto que, aunque en algunos fallos de la Sala 2.^a, “se han empleado los conceptos de doncellez y virginidad como sinónimos”, sin embargo, “por doncella ha de entenderse la joven de vida honesta anterior al hecho, conserve o no su virginidad física (S. 23 noviembre 1925, 23 febrero 1912), porque ésta —como presencia del himen— puede haberse perdido por accidente, juego, intervención quirúrgica y otras muchas causas. Es evidente que “puede haber jóvenes sin virginidad fisiológica, que sean doncellas, porque el concepto habría que completarlo con la ausencia de copulación voluntaria, y, por tanto, “se mantiene doncella una mujer, mientras no tenga la disponibilidad voluntaria de su libertad sexual”. Por consiguiente, si la doncella, a los ocho años, sin conciencia, ni libertad en el orden sexual, tuvo acceso carnal con otro hombre, perdiendo su virginidad, no perdió su doncellez, si mantenía su fama de honestidad y buena conducta tanto pública como privada, y, por tanto, era de vida honesta” (S. 24 abril 1973). En idéntico sentido, 21 diciembre 1973: “la honestidad, ya que no la doncellez de la mujer”. En sentido contrario, S. 3 mayo 1973, que requiere “honestidad indudable en mujer virgen”.

El T. S. absuelve de un delito de estupro cometido con doncella mayor de doce años (quince, en concreto), a la que el autor había llevado a limpiar su casa, y a la que entregó 1.000 pesetas. Considera nuestro más alto Tribunal que “el pretium carnis es el que se utiliza para distinguir de manera preponderante en el concepto público a la mujer corrompida y prostituida de la decente y honesta, aunque haya tenido la desgracia de caer por seducción o inexperiencia”. Por tanto, no existe delito, pues además de la edad de la víctima, el párrafo 1.º del artículo 436 requiere honestidad de la mujer (S. 28 noviembre 1972).

En contra, la Sentencia de 11 noviembre 1972 declara que “la honestidad ha de valorarse hasta el momento en que se pierde, y no coetáneamente, ni con posterioridad”.

Engaño.

Casa el T. S. la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia y absuelve del delito debatido, por estimar que:

A) El **engaño** ha de resultar de la libre apreciación valorativa de los Tribunales penales y sometido a la censura de la casación. Debe atenderse para **“una justa valoración a la relación de causa a efecto”**; es decir, a la seducción utilizada por el hombre y al consentimiento dado por la seducida al acto carnal (S. 3 mayo 1973).

B) **Aunque es doctrina reiterada** de la Sala 2.^a del T. S. (SS. 29 enero 1918, 13 octubre 1967, 20 enero 1973) **que se da el engaño constitutivo del delito de estupro con la ocultación del estado de casado del hombre, que entabla relaciones de noviazgo unilateralmente con mujer menor honesta, que desconoce ambos engaños, y se entrega al varón, esta doctrina no puede generalizarse de forma absoluta, pues es relativa y circunstancial**, debiendo valorarse los elementos humanos y de hecho concurrentes en cada caso.

C) En consecuencia, **no puede apreciarse en este caso la existencia del delito de estupro**, por cuanto **no hay engaño**, **“toda vez que, a pesar de que la abstracta buena conducta que se declara, del hecho se deduce la dudosa honestidad de la mujer no sólo por su frecuentación a bailes de los llamados discotecas, sino por la tremenda facilidad con que concedió su integridad sexual al hombre... al día siguiente de conocerle... Por lo que “sólo puede calificarse la conducta juzgada como actos de fornicación o yacimiento consensual impune”** (S. 20 junio 1973).

La apreciación axiológica o valorativa de la calidad y alcance del engaño, corresponde a los Tribunales penales de instancia —sin perjuicio de la revisión casacional—, pues **suele operar de manera diferente, según las circunstancias ambientales y humanas de los sujetos, su personalidad y moralidad**; pues aquéllas son las que están en relación directa con las pruebas articuladas, y por tanto, las que pueden valorar los efectos de la erosión moral sexual subjetiva o del contorno social, **sin que puedan admitirse generalizaciones improcedentes, tomadas de opiniones personales, sobre el desvalor comunitario sexual actual, porque sólo sirven las apreciaciones del caso concreto, plenas de relativismo, y nacidas de la conducta y personalidad del hombre y mujer actuantes, y de los valores éticos que posean, en especial la hembra en relación a la honestidad**, demostrada con su conducta particular. Concurriendo en el caso de autos todos los elementos del 436, párrafo 1.^o. Sin que a estas conclusiones **puedan oponerse dialécticos argumentos, basados en el anacronismo y anticualla que suponen hoy tales engaños, para la mujer liberada, en un ambiente erotizado en absoluto, porque las generalizaciones de este tipo son improcedentes, además de discutibles**; y, porque en el supuesto concreto, la demilitación de las exigencias típicas se producen, notoriamente en la conducta, **dando realidad a un delito vigente y no derogado** (S. 3 mayo 1973).

El **engaño** característico del 436, párrafo primero, se viene conectando a **la promesa incumplida de matrimonio por parte del seductor**, puesto que se estima, no menos razonablemente, que **tal promesa u obligación de futuro**, que no otra cosa representa la palabra de matrimonio, hecha en un clima de auténticas relaciones de noviazgo, **es eficaz palanca para mover la voluntad**

de la mujer solicitada, por el hombre en quien ve su próximo e inmediato marido; **sin que sea obstáculo insuperable** a la concertada exigencia de dichos dos requisitos, **la escasa duración de las relaciones amorosas**, pues si en unos casos, **tal gravedad puede argüir en contra de la seriedad de propósitos** que animaba a la pareja respecto a la celebración del prometido e implícito matrimonio, en otros muchos, **puede ser perfectamente compatible con la real intención de contraer el vínculo conyugal**, como enseña la común experiencia, traducida en numerosas resoluciones de la Sala 2.^a [Sentencias de 6 de abril de 1964, 7 de junio de 1965, 11 de marzo de 1968, 20 de enero de 1969, 16 de junio de 1969, 3 dediciembre de 1969, 20 de mayo de 1970, 30 de septiembre de 1970, 14 de noviembre de 1970, 18 de noviembre de 1970], siendo lo esencial la existencia de relaciones de noviazgo lícitas (S. 21 diciembre 1973).

El **engaño** debe ser **notorio, cierto y seguro**, para que pueda darse por existente a efectos penales. S. 27 septiembre 1973. En sentido idéntico, S. 31 mayo 1965.

En el **estupro de seducción o de engaño** (artículo 436, párrafo 1.º) el **engaño de la mujer y la honestidad de la misma son los dos polos complementarios alrededor de los cuales gira la descripción típica**. El engaño presupone ya la **condición honesta de la ofendida**. Cuando la **promesa se liga a pactos o condiciones inmorales**, como diferir la celebración del matrimonio condicionándola al supuesto de quedar embarazada la sedicente estuprada, **no hay engaño** determinante de la entrega, ni resplandece la natural pudicia de la fémina (S. 15 enero 1973).

Entre las numerosas **variedades del engaño**, exigido por el párrafo 1.º del artículo 436, para conseguir el yacimiento, **se encuentra el aprovechamiento de la situación de hecho, derivada de la oligofrenia de la víctima; sin que, para esta clase de delitos, se precise la doncellez** (S. 5 octubre 1955), consumándose entonces el delito de estupro, benévolamente aplicado por el Tribunal a quo, dadas las circunstancias presentes en el sujeto pasivo, de la más grave figura delictiva objeto de la acusación por el M. F. (429: 2) (S. 5 junio 1973).

El **engaño más característico de este delito lo constituyen las promesas reiteradas de matrimonio** (S. 23 abril 1973). El **engaño del estupro debe poseer una entidad moral —no material— suficiente para mover la voluntad de la mujer en el sentido de acceder a la entrega de su cuerpo** (S. 8 mayo 1973).

El **engaño** ha de tener por base relaciones formales de noviazgo con la subsiguiente promesa de matrimonio (S. 1 marzo 1973).

El T. S. absuelve del delito de estupro del 436, párrafo 1.º, por estimar que **“la simple y ligera promesa de que pensaba casarse con ella”, dado el lugar y el tiempo en que fue hecha, no puede engendrar el engaño suficiente y eficaz que exige el tipo para el estupro** (S. 2 febrero 1973).

La **promesa de matrimonio no puede ser condicionada**. SS. 24 noviembre 1955, 27 abril 1964, 22 mayo 1970, 2 febrero 1971, 6 julio 1972, 11 noviembre 1972, 15 enero 1973.

La **promesa matrimonial** puede ser **expresa o tácita**, en relación con el párrafo 3.º del 436. Se entiende que es **tácita**, cuando llevaban de novios tres años, duración que por su permanencia les da **un carácter de formalidad** que presupone normalmente que terminarían en matrimonio (S. 6 abril 1973).

La forma más común de la promesa es la de matrimonio (SS. 22 diciembre 1972, 22 marzo 1973).

El pacto de promesa matrimonial, efectuada sólo para el supuesto de embarazo, no merece protección, pues no existe error en la entrega (S. 11 noviembre 1972).

Frente al argumento de que **no hay engaño porque el procesado tenía un año menos que la estuprada**, debe afirmarse que **sí existe engaño por la reiterada promesa matrimonial**, que determinó el consentimiento carnal de la mujer (S. 19 junio 1973).

Casa el T. S. la sentencia condenatoria del Tribunal a que, y absuelve, por estimar que **no existió engaño** para alcanzar el yacimiento, **al ignorarse la ausencia de capacidad de la mujer para consentir**, lo que no se halla especificado en la sentencia como probado... **"Lo que impide apreciar tal delito en tan lamentable como desgraciado suceso, en que las circunstancias se concitaron para desprovistarle de carácter penal y dejar en mero pecado la conducta que carece del requisito intelectual cognoscitivo"** (S. 2 julio 1973).

Consumación.

El delito de estupro queda **consumado con la primera entrega carnal de la mujer**, cediendo al engaño, sin que el incumplimiento posterior de lo ofrecido pueda desvirtuar el delito anteriormente cometido, aunque sea cierto el pretexto alegado para no matrimoniar (el estar cumpliendo el servicio militar) (S. 20 marzo 1973).

Prescripción.

Aunque el **delito de estupro**, en alguna de sus formas, modalidades o tipos, puede ser calificado, según lo viene haciendo la mayor parte de la doctrina científica, propia y extraña, así como la jurisprudencia de esta Sala [Sentencia de 8 de abril de 1946, entre otras] como un **delito de consumación instantánea**, tal calificación **no puede estimarse exactamente aplicable a su forma más genuina, o sea, al llamado estupro de engaño o seducción que viene contemplado en el párrafo primero del artículo 436 de nuestro Código penal**, al exigir éste **no sólo un acto de yacimiento carnal sobre el sujeto pasivo penalmente protegido** —en este caso una mujer mayor de doce años—, sino **también una promesa de matrimonio, prestada a ésta con engaño** y a los solos fines de seducirla. Por lo que cabe entender que, si bien el delito expresado se ejecuta, en su vertiente material indispensable, **con el acto o actos de yacimiento, no se perfecciona o consuma, hasta que la falacia de la promesa engañosa se exterioriza como tal por su incumplimiento explícito o implícito, como tiene reiterado esta Sala en tema de prescripción de dicho delito en SS 24 abril 1953, 13 de octubre de 1954, 9 de octubre de 1956, 17 de octubre de 1960, 25 de abril de 1964, 11 de febrero de 1965, 20 de febrero y 2 de octubre de 1969**. En consecuencia, un yacimiento carnal conseguido inicialmente con ánimo engañoso **no resultaría delictivo, si su autor, mudando de propósito, acordase con posterioridad a las relaciones sexuales habidas con la víctima o durante el tracto de las mismas, contraer matrimonio con ésta**; doctrina o interpretación que aplicada concretamente al caso de autos, pone de manifiesto que si bien

el primer acceso carnal de la pareja tuvo lugar cuando el varón carecía, por razón de edad [quince años], de la necesaria imputabilidad para cometer el delito por serle de perfecta aplicación la circunstancia eximente consignada en el número 2 del artículo 8 del Código penal, invocada en el primero de los motivos en que se halla basado el presente recurso; en cambio, si la poscía ya cuando en los años 1968 y 1969 reiteró los actos de yacimiento con la estuprada, manteniendo frente a ella la promesa de matrimonio y más tarde cuando, al conocer el embarazo de su novia, rompió su compromiso negándose a contraer el matrimonio ofrecido, completando así la figura de estafa carnal de la que deriva su responsabilidad en el hecho, aunque ésta debe considerarse no plena sino atenuada —por ser mayor de dieciséis años y menor de dieciocho—, toda vez que el engaño larvado se manifiesta y cobra toda su efectividad y trascendencia con la negativa al matrimonio prometido, por lo que debe ser desestimado este primer motivo del recurso (S. 8 octubre 1973).

§ 33. Artículo 436, párrafo 3.º, Estupro de prevalimiento.

El estupro de prevalimiento previsto en el párrafo 3.º del artículo 436, requiere para su presencia:

1. Un elemento objetivo o dinámico: yacimiento o entrega carnal de la mujer al hombre.
2. Un elemento normativo: la edad de la hembra comprendida entre los doce y los dieciséis años.
3. Un elemento subjetivo: la honestidad de la mujer, en cuanto presunción *iuristantum*.
4. Un presupuesto consensual, pues la mujer accede con voluntad viciada por presunción *iuris et iure*, al estimar el legislador que carece de madurez física, ni posee madurez psico-biológica a tan temprana edad.

No exige, por tanto, el engaño para que surja la figura delictiva. De modo que si se da el engaño, opera como agravación específica de la pena, a diferencia de lo que sucede con el párrafo primero del artículo 436 (SS. 11 noviembre 1972, 16 enero 1973, 8 mayo 1973).

Dada esta figura delictiva del párrafo 3.º del artículo 436, si, después que la mujer ha traspasado los dieciséis años de edad, persiste, sin embargo, la relación sexual, si se produce entonces una superposición del párrafo 1.º sobre el 3.º del citado precepto. Por tanto, si se da el párrafo 3.º, sin necesidad de engaño alguno, cede su eficacia, cuando la mujer traspasa el límite temporal de los 16 años, fuera de los cuales, si persiste la relación carnal sin engaño alguno, no puede entonces estimarse el párrafo 1.º del artículo 436, ni tampoco puede imponerse la medida del reconocimiento de prole, según el número 2.º del 444. Porque si la prole se engendró fuera de los límites marcados legalmente (después de los dieciséis años), el delito había dejado de existir, y, al faltar entonces, aunque no antes, el estupro, falta la causa que impone el reconocimiento judicial de la paternidad, sin posibilidades de prolongarlo penalmente fuera de la edad protegida, trasladándose en tal supuesto el problema al ámbito jurídico-civil, artículo 135 y concordantes del C. c., porque la generación ha de tener por causa el delito (S. 11 noviembre 1972).

Casa el Tribunal Supremo la sentencia dictada por la Audiencia [conde-

natoria de un delito de violación del 429: 1.º], por estimar que la víctima era mayor de doce años—trece, en concreto—, y que “lejos de rechazar los besos y caricias del varón, constitutivas en todo caso de la consabida “*vis grata*”, se presta a ellas, hasta el punto de despojarse por sí misma de sus vestidos...”, acto que no puede calificarse de violento, sino de **seducción** y constitutivo tan sólo del **delito de estupro** con mujer mayor de doce y menor de dieciséis años... “**Por más que esta Sala no deje de compartir en el terreno moral y político-criminal—sin otras posibilidades que las de exposición al Gobierno que brinda el artículo 2.º del Código—los sentimientos de acerba repulsa experimentados por el Tribunal de instancia ante hechos como el aquí contemplado..., traducido tan sólo en arresto mayor, a falta de una razonable y deseable previsión punitiva intermedia entre la violación y el estupro...**” (S. 28 septiembre 1973).

§ 34. Artículo 434, **Estupro doméstico**.

Este tipo de estupro no violento supone y lleva implícita la **superioridad sobre la víctima**, representa bien por la circunstancia del parentesco, bien por la coacción derivada de la jefatura doméstica y de convivencia. Sin que sea dable, en este trámite, dilucidar el mayor o menor acierto del Tribunal a quo, al calificar el delito imputado como de estupro doméstico del artículo 434, y no como estupro incestuoso del artículo 435 del C. p., sancionados ambos con idéntica penalidad (pues se trataba de acceso carnal de padre con hija menor de catorce años) (S. 17 enero 1973).

El calificativo “**doméstico**” del artículo 434 abarca en la esfera jurídica a quienes viven bajo el mismo techo formando **una entidad humana de facto** (S. 17 mayo 1973).

En el **estupro doméstico** es irrelevante el consentimiento de la víctima por expresa determinación legal, que da por presunta la **seducción sin admitir prueba en contrario** (S. 17 mayo 1973).

§ 35. Artículo 437, en rel. con 444, **Estupro de prevalimiento**.

El **prevalimiento** de que habla la Ley (SS. 6 marzo 1963, 6 octubre 1969, 25 marzo 1971) **va implícito en la situación de dependencia o subordinación en que se encuentra la víctima**, con independencia del lugar donde suceda el acceso carnal, ya que el prevalimiento puede ser suficiente para determinar la voluntad de la víctima a acceder a consumir las pretensiones de su principal, extramuros del lugar de trabajo (S. 7 febrero 1973).

§ 36. Artículo 443, párrafo 4.º, **Perdón de la ofendida**.

El padre de la ofendida en un delito de estupro del artículo 436, párrafo 1.º, tiene personalidad para denunciarlo, aunque la hija tuviera veintiún años, desprendiéndose esto del párrafo 4.º del mencionado precepto, que exige, para otorgar el perdón de la ofendida, que ésta sea mayor de veintitrés años, **ampliando, por tanto, el legislador la minoría de edad de la mujer en los delitos contra la honestidad** (S. 6 diciembre 1972).

§ 37. Artículo 441, **Rapto impropio.**

El **bien jurídico protegido** en el delito de **rapto impropio o consentido** son los principios que rigen la autoridad familiar y su derecho-deber de guarda y potestad y al respeto debido al prestigio de la familia, como la honestidad de la mujer menor (S. 19 noviembre 1973).

El **bien jurídico protegido** penalmente en el delito de rapto impropio es “el derecho a la integración de la menor en su ambiente familiar” y, además, “la honestidad y decoro de la misma”. Pues la **Ley protege a la mujer durante la minoridad de edad sexual de la víctima, que se extiende —quizá excesivamente— en nuestro Derecho penal a los veintitrés años** (S. 7 diciembre 1973).

Concepto. Elementos. Diferencia con el rapto del artículo 440.

El 441 del C. p. tipifica la sustracción de una mujer mayor de dieciséis y menor de doce años por un hombre, contando con la anuencia de aquélla o con su consentimiento, trasladándola fuera del domicilio paterno o del que lo sea de sus tutores o encargados de la guarda de la misma, o de cualquier otro lugar donde se encuentre legalmente protegida y amparada, y llevándola a otro lugar distinto, por tiempo ostensible, en que su libertad sexual se halle desprovista de protección tutelar (S. 19 noviembre 1973).

La **anuencia** que caracteriza este tipo delictivo puede revestir **diversas formas**: desde el mero consentimiento de la raptada, al más activo “**concurso y concierto**” entre ambos (S. 7 diciembre 1973).

El **rapto impropio**, a diferencia del rapto típico del 440, **no exige la presencia de “miras deshonestas”** en el autor, sino tan sólo la sustracción de la **casa de los padres, tutores o guardadores de la mujer, de edad comprendida entre los dieciséis y veintitrés años**, la cual debe prestar su anuencia, consentimiento o aprobación al hecho del alejamiento de la casa de aquellos. No se precisa acreditar el acceso carnal, aunque la sustracción se haga con miras deshonestas; porque, el hecho de que la menor haya quedado algún tiempo sometida al dominio e influencia del raptor, es suficiente para que se entienda cometido el delito (S. 21 octubre 1972).

En sentido contrario, el T. S. declara que el delito de **rapto impropio o consentido** del 441 **exige, a diferencia del tipo previsto en el 440, las miras deshonestas en el agente como elemento subjetivo de lo injusto**, aunque no lo diga expresamente en su texto. Siendo indiferente que la mujer raptada sea o no objeto de atentado contra su honestidad. En consecuencia, **si con anterioridad al rapto, el sujeto activo había cometido estupro con la mujer raptada después, el delito de estupro seguirá manifestándose, si continúa el trato carnal; sin que pueda ser absorbido por el delito de rapto impropio**. Ya que el engaño a que alude el inciso primero del artículo 441 hace referencia al objeto de lograr la **anuencia de la mujer, a fin de que abandone su domicilio, pero no para la entrega carnal** (S. 27 diciembre 1973). Ambos delitos tienen, pues, autonomía operativa y actúan en concurso real. Cfr. SS. 8 febrero 1973, 5 mayo 1973.

“**La salida con mínima temporalidad del hogar en que viven tales menores, con peligro para su libertad sexual, y con la ausencia de protección**

que supone la integración en el hogar familiar, son suficientes para la concurrencia del hecho punible, porque **tal apartamiento supone un ultraje real a la familia** (SS. 20 abril 1970, 14 mayo 1970, 16 diciembre 1971, 9 junio 1972, 21 octubre 1972).

El delito de rapto impropio del artículo 441 del C. p. exige **seducción o engaño**, para que pueda hablarse de sustracción de la mujer. Pero, **cuando ésta es menor de dieciséis años y mayor de doce, su ausencia es irrelevante**, ya que **no se requiere el engaño**, que, si concurre, supone una agravación del rapto. El T. S., sin embargo, **absuelve** del delito de rapto impropio con mujer menor de dieciséis y mayor de doce años, por cuanto **“no hay sustracción de la mujer, ya que la causa del abandono de la casa paterna por parte de ésta no tuvo su causa en el procesado, sino en la propia voluntad de la mujer, debido “al afán de estar juntos”**. Habida cuenta de que la **“ratio legis”** del precepto radica, según la doctrina jurisprudencial, **en el ultraje a los sentimientos del orden familiar**, que, en este caso, desató no el inculpado, sino la propia inteersada” (S. 5 mayo 1973). En contra, S. 19 noviembre 1973, “aunque no existiese el engaño se daría el delito”.

También, en contra, la S. 8 febrero de 1973 aprecia delito de rapto impropio con mujer mayor de doce y menor de dieciséis años, teniendo en cuenta en **“que no se atiende para nada en su configuración y castigo a la voluntad aquiescente de la menor”**. Sin embargo, dicha sentencia aprecia el engaño para calificar los actos como constitutivos también de un delito de estupro. En idéntico sentido, la S. 5 mayo 1973, que aprecia delito de estupro del 436, párrafo 3.º, pues al tratarse de mujer mayor de doce y menor de dieciséis años, este delito no requiere la presencia del engaño.

En contra, el T. S. declara que **la existencia del engaño** —que vicia el consentimiento de la hembra mayor de doce y menor de dieciséis años, **consentimiento que, en todo caso, resulta inocuo en la figura del rapto impropio**, pues precisamente el 441 exige su presencia para establecer un tipo de penalidad inferior al tipo del rapto violento—, **apreciada en el caso de autos, al generar la entrega carnal, no da vida independiente al delito de estupro, al quedar embebido en el rapto agravado del segundo inciso de dicho artículo 441, según viene declarando la doctrina de la Sala 2.ª, en SS 23 marzo 1932 y 7 octubre 1969 (S. 19 noviembre 1973).**

§ 38. Artículo 449, Adulterio.

El delito de adulterio —declara el T. S.— **“es un delito de resultado, constituido por el yacimiento de mujer casada con hombre que no sea su esposo...”, castigado en el artículo 449 del C. p., por suponer un uso extramatrimonial de la libertad sexual por la mujer casada; una ruptura del deber de fidelidad conyugal que contrajo al casarse; ofendiendo, además, con su mal quehacer la fe jurada al derecho del marido a la exclusividad corporal de su consorte en el aspecto sexual; ofendiendo también a la misma moral social y a la legitimidad de la familia”** (S. 6 junio 1973).

La consumación requiere, en el delito de adulterio, la cópula carnal. No bastan, por consiguiente, las simples relaciones amorosas de carácter no sexual o la mera infidelidad no carnal (S. 6 junio 1973). En sentido idéntico. SS. 7 noviembre 1972 y 4 junio 1973.

Aprécia el T. S. la existencia del delito de adulterio previsto en el artículo 449 del C. p., en base a considerar que el término “yacer” requerido por el precepto, ha de ser reducido en la inmensa mayoría de los casos sometidos a examen de las circunstancias que concurren en el momento de ser sorprendidos los procesados; como sucede en el caso debatido, en que **ambos fueron encontrados en una misma habitación de un hotel, donde permanecieron durante dieciocho días, en dos camas unidas por un cabezal, acostados en ropas menosciocho días, en dos camas unidas por un cabezal, acostados en ropas menores...**, “por lo que es lógico deducir el yacimiento, no una vez, lo que sería suficiente para consumir el delito de adulterio..., sino cuantas veces les viñiese en gana...” (S. 28 junio 1973). En un sentido similar, S. 16 diciembre 1972, en que el querellante sorprendió a los dos procesados juntos en la cama, pero vestidos, en su domicilio conyugal. Asimismo, S. 9 mayo 1973.

Tentativa.

Por el contrario, el T. S., casa la sentencia condenatoria del Tribunal a quo y condena sólo por **adulterio en grado de tentativa**, cuando ambos procesados “han sido sorprendidos completamente desnudos, juntos en la cama, tras de haber practicado el coito o a punto de hacerlo...”. Pues, en este supuesto concreto, considera que la declaración de “haber penetrado el marido y sus acompañantes en el dormitorio y sorprendido a los procesados completamente desnudos, juntos en la cama, “tras de haber practicado el coito o a punto de hacerlo”, **no permite afirmar la consumación delictiva, pues el delito perfecto sólo se da por el ayuntamiento carnal inequívoco, y no por presunciones o sospechas, por muy fundadas y sólidas que sean..., aunque sirvan para admitir la tentativa en razón a la ejecución punible incompleta, que fue interrumpida por causa ajena al querer de los culpables...**” (S. 12 marzo 1973).

§ 39. Artículo 450, **Perdón del agraviado y consentimiento del ofendido.**

El perdón ha de ser **expreso, inequívoco y manifiesto**. Pero, respecto al **consentimiento**—denominado también por la doctrina jurisprudencial “**perdón tácito**”— éste supone una **absoluta pasividad, sin reacciones judiciales, ni extrajudiciales contra el adulterio o amancebamiento por parte del agraviado; y permanece en tal situación durante décadas de años, dieciséis años o doce años**. Pero, cuando no ha transcurrido tan excepcional lapso de tiempo, no puede estimarse el supuesto consentimiento, si no aparece afirmado en el relato de la sentencia con la misma claridad que los hechos delictivos. Por consiguiente, **del dato de la tardanza de más de dos años en presentar la querrela la esposa agraviada, no puede deducirse el presunto consentimiento de la misma**. Consentimiento que implicaría la imposibilidad de perseguir el delito (S. 12 enero 1973). En idéntico sentido, SS. 4 julio 1949, 24 marzo 1958, 11 octubre 1966, 24 enero 1971, 31 enero 1972, 12 junio 1972.

No existe el delito de amancebamiento, según aprécia el T. S., cuando se da la **aquiescencia de la mujer respecto a la conducta sexual de su marido...**, del que se encontraba separada hacía tiempo, tras haber intentado el marido reanudar la vida conyugal, a lo que se opuso la mujer, manifestando en una carta dirigida a su marido que lo que convenía a los dos era conso-

lidar la separación, pues lo que necesitaban eran plena libertad en todos los órdenes, sin excluir el sexual (S. 27 febrero 1973).

Tratándose de un **delito de los denominados privados**, absuelve el T. S. del delito de adulterio, por haberse demostrado que el **marido conocía el adulterio de su mujer con muchos años de antelación. Y, como consentir, significa permitir una cosa**, dejar hacer algo en estado de transigencia, resulta obvio que el **marido permitió durante largo tiempo el adulterio de su mujer, sin ejercitar sus derechos de marido agraviado, y, cuando los efectuó, resultó tardía la reacción...**" (S. 30 mayo 1973). Asimismo, se tiene por desistido al querellante, a estos efectos, cuando, como es el caso, se ha personado en la Audiencia fuera de plazo y sin la firma de Letrado para ratificar la querella. **acto que equivale a la presunción de tener por abandonada la querella por el presunto delito de adulterio**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 275 de la LECrim. (S. 3 julio 1973).

Cfr., además § 16 (art. 101). Responsabilidad civil.

§ 40. Artículo 452, **Amancebamiento.**

El delito de amancebamiento previsto en el artículo citado del C. p. requiere la presencia de los elementos siguientes:

1.º Que el **sujeto activo sea un varón casado**, ligado por un matrimonio anterior subsistente, lo que ha de probarse con los medios ordinarios a que se refieren los artículos 53 y siguientes del C. c.

2.º **Tener manceba**, es decir, mujer no legítima con la que se tiene trato carnal de manera habitual, frecuente o continuada.

3.º **Conocimiento por la mujer del estado de casado del varón**, requisito exigible en relación con lo dispuesto en el artículo 449 del C. p. para el adulterio de la mujer.

4.º **Las relaciones ilícitas pueden tener lugar dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella; expresión esta última que sustituye a la tradicional en nuestro Código de "tenerlo con escándalo"**.

La naturaleza de este último requisito, afirma el T. S., es **objetiva**, al requerirse que **las relaciones ilícitas sean conocidas por todos, por un gran número de personas en el círculo** donde los cónyuges desarrollan su vida, por sus familiares, amigos, en el ámbito social, laboral o en la población donde los hechos tienen lugar. Por consiguiente, **basta la notoriedad fuera de la casa conyugal, cualquiera que sea el lugar donde hubieren acaecido las relaciones** (S. 21 diciembre 1973). En contra, véase la S. 22 diciembre 1971, donde nuestro más alto Tribunal niega la existencia de la **notoriedad, al cambiar los procesados de residencia a otra ciudad**, hecho que revela la ausencia, además, de la afrenta pública para la mujer legítima.

El artículo 452 del C. p., tipificador del delito del adulterio del marido, denominado en la doctrina y jurisprudencia **amancebamiento** (en relación con artículos 450 y 451), exige, para que tal conducta pueda subsumirse en tal figura de delito, una serie de requisitos: unos, **de carácter procesal**, por cuanto afectan a la procedibilidad —que medie querrela de la mujer agraviada—; otros, **relativos al contenido o proyección subjetiva de la querrela** —que ha de deducirse **contra "ambos culpables"**, caso de que vivieren—; otros, de ca-

rácter material, contenidos en el artículo 452 del C. p.: existencia de un matrimonio anterior válido subsistente; que el marido tenga manceba [mujer ilegítima con la que tiene trato carnal de manera habitual y continuada], bien dentro de la casa conyugal, bien notoriamente fuera de ella. El requisito de notoriedad requiere que tales relaciones sean públicamente conocidas, por un gran número de personas pertenecientes al círculo en que los cónyuges desarrollan su vida, o por personas de la población donde los hechos tienen lugar (12 enero 1973).

§ 41. Artículo 452 bis a), **Delito relativo a la prostitución.**

Casa el T. S. la condena por escándalo público, impuesta por el Tribunal a quo, para apreciar un delito relativo a la prostitución. Puesto que, efectivamente, después de la reforma introducida en el Código penal por la Ley de 23 de octubre de 1961, inspirada en el espíritu de los principios informadores de los convenios internacionales vigentes sobre trata de mujeres y niños, y especialmente en el "convenio para la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena", firmado en Lake Success el 21 de marzo de 1950, y al que España, posteriormente, prestó su adhesión. Por lo cual, dicha Ley agrupó en capítulos diferentes los delitos de escándalo público y los relativos a la prostitución, al que llevó preceptos que estaban dispersos en el Código, y especialmente los que estaban incluidos bajo la rúbrica "delitos de escándalo público", dejando independizados los unos de los otros. Y, por ello, atemperándonos a las directrices de esta reforma, cuando de por medio exista explotación, fomento o cooperación a la prostitución habrá de acudirse generalmente a los preceptos que a la misma hacen referencia, enmarcando los hechos según su gravedad y los perfiles y matices que los distinguen en la norma que, dada su amplitud, se estime más adecuada; y en el caso que nos ocupa, los hechos encajan mejor en el número 1.º del artículo 452 bis d), dado que la arrendataria de una vivienda, permite que una prostituta amiga suya ejerciera su oficio en varias ocasiones, y en la última incluso autorizó que la ejerciese una amiga de aquella, también prostituta, recibiendo gratificaciones, en cada ocasión, voluntariamente aceptadas, con lo que queda configurado este tipo delictivo, que requiere se ejerza la prostitución en un local, aunque no esté abierto al público, lo que con cierta continuidad ocurría en el domicilio de la procesada (S. 4 octubre 1973).

§ 42. Artículo 461, **Injurias (exceptio veritatis).**

Con arreglo al artículo 461 del C. p., no se admite prueba del acusado del delito de injurias sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando éstas hayan sido dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo (S. 28 febrero 1973).

§ 43. Artículo 487, **Abandono de familia.**

El delito de abandono de familia creado por la Ley de 12 de marzo de 1942 e incorporado al articulado del texto refundido del Código penal de 1944 protege esencialmente y tutela la familia en su función ético-social, procurando la consecución de los fines asignados a la misma, respecto a la

mutua asistencia, comprensión y colaboración entre las personas que la integran, adoptando dos modalidades: **el abandono malicioso familiar o el incumplimiento de los deberes vinculantes impuestos por los artículos 56, 57 y 60 del Código civil, incumplimiento determinado por la conducta desordenada del sujeto activo** (SS. 25 septiembre 1973, 13 diciembre 1973).

Frente a la doctrina de que el simple apartamiento del hogar no constituye el delito en cuestión [SS. 27 enero 1944, 20 marzo 1947], delito que se basa en la omisión maliciosa de los deberes propios del estado conyugal, el Tribunal Supremo declara, según doctrina reiterada de su Sala 2.^a [expuesta en SS. 30 junio 1951, 12 marzo 1956, 23 abril 1960, 27 octubre 1965], que **“dicho abandono, cuando es total, como sucede en el caso presente, integra la malicia que da lugar a la existencia del delito...; malicia que radica en el egoísmo de quien se muestra indolente frente a las obligaciones del matrimonio y de la paternidad, así como en el actuar doloso de llevarse todas sus ropas o enseres, lo que equivale al rompimiento definitivo de la vida doméstica, conducta que supone una abstención de enviar apoyo dinerario alguno”** (S. 27 noviembre 1972).

Esta figura delictiva tiene por nota común o genérica el **incumplimiento de los deberes familiares de asistencia**, tanto de índole económico o patrimonial como ética o moral. El incumplimiento ha de tener, además, por causa, alternativamente: **el abandono malicioso del domicilio familiar o la conducta desordenada del infractor** (S. 18 junio 1973).

El delito de abandono de familia, previsto en el artículo 487, aunque configurado como un **delito de comisión** [por cuanto exige formas activas de comisión: el **abandono malicioso del hogar o la conducta desordenada** del sujeto que infringe sus deberes familiares], admite también la posibilidad de que **se cometa por omisión**, es decir, en forma negativa, como cuando “habiéndose ausentado uno de los cónyuges por mutuo consentimiento o por decreto judicial, en suma, por causa justificada, se niega después de reintegrarse al hogar común, una vez finalizado el consenso para la separación provisional o cuando se ha puesto ya fin a la causa lícita que la determinaba, según doctrina del T. S. [S. 7 octubre 1964]. Esta doctrina reiterada no se contradice por aquella otra establecida en casos en que se decidió que la falta de reintegro de uno de los cónyuges al domicilio familiar no era constitutiva de este delito [SS. 2 junio 1962; 27 abril 1963; 18 junio 1963; 11 marzo 1968], por cuanto, en estos casos, se juzgaba realmente que la falta de regreso era la consecuencia prolongada en el tiempo de un abandono ya enjuiciado con anterioridad, hecho que no podía, en consecuencia, ser juzgado de nuevo, para no infringir el principio *ne bis in idem*. (S. 14 diciembre 1973).

“En las modalidades omisivas de la conducta de abandono —declara el Tribunal Supremo—, se requiere que en el sujeto activo haya **“antijuridicidad o ausencia de causa de justificación y culpabilidad maliciosa, es decir, el dolo”**. En consecuencia, **“al mediar un consentimiento inicial entre los cónyuges para su separación “de facto”, el dolo puede quedar enturbiado por un “error de prohibición”**; de tal modo que el ausente actúe creyéndose amparado por el pacto inicialmente convenido, con lo que decae la malicia de su negativa a

incorporarse a la convivencia familiar”, procediendo, entonces, la absolución (S. 14 diciembre 1973).

Estas conductas admiten, también, **modalidades omisivas**, las cuales se dan “cuando habiéndose ausentado uno de los cónyuges, se niega luego a reintegrarse al hogar común, una vez que desapareció el principio justificador” (SS. 7 octubre 1964, 14 diciembre 1972, 18 junio 1973).

§ 44. Artículo 520, **Quiebra fraudulenta.**

El delito de quiebra fraudulenta no puede ser perseguido de oficio, ni a instancia de parte, mientras no se dé la **condición objetiva de procedibilidad** siguiente: “que la **jurisdicción civil** haya hecho su calificación y declarado **haber méritos para proceder criminalmente**” (S. 2 junio 1973).

Absuelve el Tribunal Supremo al procesado del delito debatido, porque, pese a haberse fallado civilmente que la declaración de quiebra obedeció a no haberse llevado por la entidad los libros, en la forma que determina el artículo 891, en relación con el número 4.º del artículo 890 y con el artículo 33, del Código de Comercio, **esto, si bien tiene fuerza suficiente para declarar mercantilmente la quiebra, carece de ella, a efectos penales. Por cuanto, el artículo 527 del C. p. requiere se cause a los acreedores una pérdida o perjuicio inferior al 10 por 100 de sus respectivos créditos. De modo que, al no haberse causado ésta y viniendo el delito de quiebra sistemáticamente colocado entre las defraudaciones, no existe entonces defraudación de ninguna clase** (S. 2 junio 1973).

Quiebra por imprudencia temeraria.

“Si bien el hecho de no llevar el procesado, siendo comerciante, los libros **determinados en el artículo 33 del Código de Comercio...**, no es bastante para atraer sobre sí la sanción establecida en el artículo 520 del C. p., aún cuando el incumplimiento fuera voluntario [ya que no aparece probado que la omisión fuera dirigida a defraudar a sus acreedores, y sí, en cambio, debida a una creencia de que los perjuicios que pudieran sobrevenir por la falta de libros... no afectarían a los intereses ajenos], **esta ausencia de intencionalidad defraudatoria no elimina, empero, la culpa...**” (S. 5 marzo 1973). En sentido idéntico, 13 junio 1959, 29 marzo 1968, 20 octubre 1969, 10 diciembre 1971, 27 junio 1972 y 2 junio 1973.

Responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

El problema de la participación de las personas físicas —declara nuestro más alto Tribunal, en un supuesto de quiebra fraudulenta— en las actuaciones defraudatorias de las sociedades mercantiles puede recibir diversos enfoques. Pero, si bien “**las sociedades mercantiles, como personas morales, resultan ser sujetos activos del delito de quiebra fraudulenta, su sancionamiento ha de recaer forzosamente y hacerse efectivo en las personas físicas, no en aquéllas, meras creaciones ideales del derecho, sin existencia real, más de existencia indudable, necesaria y cardinal en el desarrollo económico y mercantil y social de las actuales comunidades nacionales**” (S. 2 junio 1973).

En consecuencia, lo prevalente son las conductas individuales inculpas

que han de ser contempladas con idéntico criterio en los casos de las quiebras punibles que ante cualquier otra especie delictiva tipificada en el Código penal común. Lo primordial, tratándose de sociedades, será acreditar **la real participación en el proceso causal determinante de la quiebra de las personas físicas intervinientes**, puesto que, aún no siendo administradores, es absolutamente inconcuso que, siendo socios propietarios de las mismas pueden realizar **actos u omisiones cooperativos de la insolvencia fraudulenta**" (S. 2 junio 1973).

La **complicidad** tipificada en el artículo 522 del C. p., precepto o norma en blanco que expresamente reenvía al artículo 893 del C. de c., copia a su vez literal del artículo 1.010 del Código Mercantil de 1829, contempla nueve supuestos delictivos contraídos a terceros que auxilian a la quiebra fraudulenta por actos no necesarios, ni planeados, o sea, por acciones que, por su propia índole, corresponden a la noción ordinaria de la complicidad definida en el artículo 16 del C. p. (S. 2 junio 1973).

§ 45. Artículo 535 bis, Cheque en descubierto.

Los **elementos constitutivos** del delito de cheque en descubierto, previsto en el antiguo artículo 535 bis —figura que protege penalmente al cheque como **título-valor mercantil**, con la finalidad de **garantizar el tráfico cambiario**—, son los siguientes: 1.º Uno, de **naturaleza objetiva o material**, consistente en la entrega del instrumento en pago, para liberar o extinguir solutoriamente una obligación precedente, quedando excluidas por atípicas otras finalidades diversas a la señalada. 2.º Otro, de **naturaleza psicológica**, integrante de la culpabilidad, y caracterizado como un **elemento subjetivo de lo injusto**, consistente en conocer por el librador, al transferirse el cheque al tomador, la ausencia de fondos con que satisfacerlo en dinero. 3.º Finalmente, otro **elemento de naturaleza espiritual**, el **engaño** que ha de sufrir el tomador, por estimar que recibe del librador un documento de pago efectivo, y no una mera promesa de abono diferido o simple garantía, lo que sucedería, de aceptarlo, sabiendo que su pago es aleatorio o posible, produciéndose, en tal caso, un supuesto atípico (S. 5 febrero 1973).

El delito de cheque en descubierto requiere la presencia de los siguientes elementos:

- a) **Que el cheque sea dado en pago de deuda.**
- b) **Que se emita y entregue a sabiendas de que, en el momento de ser presentado al cobro, no habrá provisión bastante de fondos para hacerlo efectivo.**
- c) **Que esta última circunstancia sea ignorada por el tomador** (S. 8 mayo 1973).

En los supuestos tipificados en los párrafos 1.º y 2.º del antiguo artículo 535 bis, tanto en la forma dolosa como en la culposa, el **libramiento del cheque no precisa ser simultáneo a la contraprestación que se aparenta pagar**, puesto que, en estos casos, **la cualidad delictiva no consiste en defraudar para obtener la entrega de la mercancía, sino en fingir un pago de deuda preexistente, mediante la emisión de un cheque sin fondos**, bien con conciencia de su inexistencia, bien por culpa o negligencia en comprobar la cobertura.

Por el contrario, en el supuesto previsto en el párrafo 4.º del artículo 535 bis, estamos en presencia de una **defraudación clara y manifiesta, equiparada in-**

cluso a las verdaderas y genuinas estafas, siendo sus requisitos constitutivos: **la utilización de medios engañosos** representado por la emisión de un cheque sin provisión de fondos suficientes para pagar aquello que falazmente se compra; **aparentando una solvencia bancaria concreta y específica**, de la que se carece; **con ánimo de lucro y propósito de defraudar a la víctima perjudicada** que, sin la entrega de este cheque, no hubiera entregado la mercancía (S. 24 enero 1973).

No existe el delito de cheque en descubierto, si el deudor, para pago de una mercancía determinada, consecuencia de una operación mercantil, **acepta unas letras de cambio que**, a su vencimiento, **no son abonadas por el aceptante**, y, en sustitución de aquéllas, consecuencia del impago, **se entregan talones contra cuenta corriente**, pues el tomador de los mismos conoce el estado de insolvencia del deudor. Por lo que, a consecuencia de ello, **el cheque se convierte automáticamente no en instrumento de pago**, el cual debió efectuarse a través de las letras, sino en **garantía de que aquel pago se llevará a efecto** (SS. 24 junio 1972, 12 diciembre 1972).

La **postdatación del cheque no representa**, por sí sola, **que éste desempeñe una mera función de garantía o de simple promesa de pago**, toda vez que esa demora, en especial si se reduce a pocos días, puede tener su razón de ser en múltiples causas... que no alteran la estricta finalidad de la función de título-valor del cheque, **como instrumento solutorio** (S. 5 febrero 1973). En sentido idéntico, SS. 14 abril 1972, 31 mayo 1972, 26 marzo 1973.

Bloqueo de fondos.

El hecho de que el procesado, dos días después de la entrega del cheque, **retire los fondos de su cuenta corriente**, dejándola imposibilitada de pagar la cobertura de aquél, **no elimina la figura delictiva prevista en el artículo 535 bis del C. p.** Y ello porque, en primer término, **es obligado que el librador tenga provisión de fondos suficientes durante “todo” el plazo de presentación del cheque —cinco días en los librados sobre la misma plaza**, a tenor del artículo 537 del C. de c.—. Y, en segundo, porque, **si antes de transcurrir dicho término, retira los fondos, total o parcialmente, haciendo imposible el pago del cheque**, se hace ya **sabedor de tal imposibilidad** (S. 21 febrero 1973).

Responsabilidad civil.

Del delito de cheque en descubierto —según doctrina reiterada de la Sala 2.^a del T. S.— **no se deriva responsabilidad civil**, pues el perjuicio patrimonial no nace de la emisión de los talones carentes de provisión de fondos, sino de la relación crediticia o contractual preexistente (S. 24 enero 1973, 12 febrero 1973, 6 marzo 1973, 8 noviembre 1973).

Por el contrario, **sí procede la responsabilidad civil cuando se da el párrafo último del artículo 535 bis**, ya que, a diferencia de lo que sucede en los dos primeros párrafos del precepto citado [según los cuales la figura delictiva se caracteriza por la dación en pago de una deuda anterior y preexistente que se trata de cancelar con el título-valor, de modo que **el descubierto deriva ex contrato y no ex delicto**, debiendo acudir a la vía civil para que se declare la indemnización], **prevé una verdadera estafa mediante cheque**, en la cual,

éste, al carecer de cobertura, se convierte en el **medio falaz** de que se sirve el delincuente para lograr el traspaso a su patrimonio del contravalor que aquel título representa, **apareciendo clara la relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio**, con la inmediata consecuencia de que aquí sí que **hay que derivar la responsabilidad civil dimanante del delito** (S. 21 marzo 1973).

Casos de aplicación retroactiva del 563 bis b).

Absuelve el T. S. a la procesada por el delito de cheque en descubierto cometido por simple negligencia, **al aplicar retroactivamente la reforma penal de 15 de noviembre de 1971, que, al dar nueva regulación legal al delito de cheque en descubierto, en el artículo 563 bis a), suprime la figura culposa** (S. 5 febrero 1974).

Cometido el delito en marzo de 1970, antes, por tanto, de la promulgación y entrada en vigor de la Ley de 15 de noviembre de 1971, modificadora del artículo 563 bis b), aunque fuera juzgado en la instancia el 11 de marzo de 1972, es decir, cuando había entrado ya en vigor la referida Ley de 1971, **no existe problema de retroactividad de la ley penal más favorable, porque ésta sólo hubiera podido reputarse más beneficiosa para el procesado, si éste hubiese pagado el importe total del cheque dentro de los cinco días siguientes a su presentación al cobro, para poder beneficiarse de la peculiar "excusa absoluta"** que, sólo por razones de seguridad en el tráfico cambiario y de política criminal, se establece en el penúltimo párrafo del precepto modificado (S. 8 noviembre 1973).

§ 46. Artículo 565, párrafo primero, **Homicidio por imprudencia temeraria (Parricidio).**

El T. S. casa la sentencia absolutoria de la Audiencia, en un supuesto en que la madre, excitada, con motivo de una discusión con su hermana, golpeó a su hijo con una navaja que ocasionalmente tenía en la mano para partir el pan que estaba comiendo, produciéndole una lesión en la parte inferior de la región pública derecha de menos de dos centímetros de profundidad; lo que, ante la imposibilidad de lograr asistencia médica para su hijo, produjo una infección en la herida, de la que se derivó una septicemia aguda que, agravada por el estado de desnutrición del niño —“pues la lesión, de no haber ocurrido estas circunstancias, hubiera curado normalmente en un período no superior a los tres días”—, produjo la muerte del mismo.

El T. S. desestima el recurso del M. F., que solicitaba la aplicación del delito de parricidio —pues de los hechos se desprendía la intención de matar por parte de la procesada—, considerando que **“no hubo ni por asomo la intención de matar, ni de lesionar tan siquiera, y sí sólo una mera represión de puro hecho, concomitante con la circunstancia accidental de no prever y prevenir, como debió hacer, que al tener en la mano, con que golpeó, la navaja, ésta podía herir al niño... , faltando, en términos absolutos, la intención como representación de un resultado antijurídico y punible, ni concebido ni querido”**, debiendo excluirse el dolo, sin el cual no puede hablarse de parricidio; como tampoco cabe hablar de la preterintencionalidad, “pues si nada ilícito se quiso causar, no puede generarse un supuesto preterintencional”. Todo

ello excluye, también, la comisión de una falta dolosa contra las personas o de un parricidio.

De modo que, "si bien... **no puede hablarse de delito culposo cuando el acto inicial fue intencionado y malicioso**, no es éste el caso que se contempla, pues si bien el cachete o golpe que la madre quiso propinar al niño en un momento de ira y malhumor pudo ser **voluntario y consciente, su licitud inicial es patente y manifiesta**; pero esta voluntariedad de los actos, que también se da en los actos generadores de culpa, fue en este caso acompañada de una muy grave imprudencia, pues... **pudo prever**, y así **prevenir** las consecuencias de golpear al pequeño teniendo en la mano una navaja... Por lo que concurren en este supuesto:

a) Un **acto voluntario originariamente lícito**, pero productor de graves consecuencias previsibles y prevenibles.

b) La **producción de un daño corporal tangible**, que, por la infección derivada causó la muerte; daño y consecuencia que pudieron y debieron preverse.

c) Una **perfecta relación de causa a efecto** entre el acto y sus resultados inmediata y próxima en cuanto a la herida, y mediata y remota en cuanto a la septicemia productora de la muerte.

De todo ello infiere el T. S. que "**esta culpa es grave e intensa...**", generando la **imprudencia temeraria** con resultado de muerte del artículo 565, párrafo 1.º, del Código penal (15 noviembre 1973).

INDICE ALFABETICO

- Abandono de familia, 43.
Abuso de superioridad, 4.
Abusos deshonestos, 1, 30, 31.
Adulterio, 16, 38.
Agravante de Morada, 8.
Amancebamiento, 40.
Arrepentimiento espontáneo, 3.
Atentado, 22.
Blasfemia, 31.
Bloqueo de fondos, 45.
Chantaje, 31.
Cheque en descubierto, 45.
Complicidad, 44.
Comunicabilidad del perdón del ofendido en los delitos privados, 12.
Concurso de leyes, 31.
Concurso ideal de delitos, 15.
Condición objetiva de procedibilidad, 44.
Consentimiento del ofendido, 37, 39, 40.
Consumación, 32, 38.
Corrupción de menores, 31.
Culpa, 46.
Delito continuado, 14, 17, 30.
Delito de comisión, 43.
Delito de consumación instantánea, 32.
Delito de mera actividad, 30.
Delito de omisión, 43.
Delito de peligro, 24.
Delito de resultado, 38.
Delito de tendencia, 24, 25.
Delito permanente, 17.
Delitos privados, 12, 17, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40.
Denegación de auxilio, 29.
Desacato, 22.
Desórdenes públicos, 23.
Despoblado, 5.
Doble reincidencia, 7.
Enajenación mental, 1, 30.
Encubrimiento, 10.
Engaño, 32, 33, 37, 45.
Escándalo público, 14, 15, 30, 31.
Estupro, 9, 15, 32, 33, 34, 35, 36.
"Exceptio veritatis", 42.
Exhibicionismo, 14.
Falta de desacato, 22.
Falta de propagandas ilegales, 28.
Faltas contra el orden público, 23, 30, 31.
Grave escándalo y trascendencia, 31.
Homicidio, 46.
Homosexualismo, 31.
Honestidad, 32.
Imprudencia temeraria, 44, 46.
Indulto, 17.
Injurias, 42.
Injurias al Jefe del Estado, 19.
Lesiones, 2.
Moral colectiva, 31.
Multa, 13.
Multirreincidencia, 7.
Nocturnidad, 5.
No exigibilidad de otra conducta, 10.
Notoriedad en amancebamiento, 40.
Ofensas al Movimiento Nacional, 20.
Parentesco, 9.
Parricidio, 46.
Participación, 44.
Pornografía, 31.
Prescripción, 32.
Preterintencionalidad, 2, 46.
"Pretium carnis", 32.
Prevalimiento del carácter público del culpable, 4.
Promesa matrimonial, 32.
Propagandas ilegales, 3, 24, 25, 26, 27, 28.
Prostitución, 41.
Pudor y buenas costumbres, 31.
Quiebra fraudulenta, 44.
Rapto, 37.
Rapto impropio, 37.
Reconocimiento de prole, 33.
Reincidencia, 7.
Reiteración, 6.
Responsabilidad civil, 16, 45.
Responsabilidad criminal de las personas jurídicas, 44.
Retroactividad de la Ley penal más favorable, 11, 17, 43.
"Tempus delicti commissi", 17.
Tentativa, 2, 38.
Ultraje a la Religión Católica, 21, 31.
Ultrajes a la Nación Española, 18.
Violación, 2, 12, 15, 30.
Voluntariedad, 1, 46.

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^a del Tribunal Supremo)

Segundo cuatrimestre de 1971

FERNANDO GISBERT CALABUIG
Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIOS I. INTRODUCCIÓN: A. Principios generales del proceso penal: Garantías para el justiciable. B. Fuentes del Derecho procesal penal: Doctrina legal: Su infracción no es motivo de casación.—II. PARTE GENERAL: 1. *Órgano jurisdiccional*: A. Jurisdicción: Delimitación con la jurisdicción militar. B. Competencia: a) criterio territorial: Lugar de comisión. b) Cuestiones: Momento hábil para proponerlas.—2. *Partes*: A. Legitimación: Carecen de ella las entidades aseguradoras. B. Responsable civil subsidiario: En supuestos de cesión de uso de vehículos.—3. *El proceso penal «strictu sensu»*: A. Iniciación: Denuncia condicionante. B. Instrucción sumarial: Valor de la confesión del inculpado. C. Desarrollo del proceso: Vigencia del principio de no limitación de pruebas. D. Juicio oral: a) Pertinencia de las preguntas a los testigos. b) Diligencia de careo: Discrecionalidad. c) Instrucción suplementaria: Cuándo procede. E. Terminación del proceso: Sentencia: a) Hechos probados. b) Reflejo de las conclusiones de las partes. c) Pronunciamiento sobre costas.—4. *Impugnación del proceso*: A. Recurso de casación: a) Preparación: Designación defectuosa de particulares. b) Casación por infracción de Ley: Al amparo del núm. 2.º del art. 849: Documento auténtico. c) Casación por quebrantamiento de forma: a) Al amparo del núm. 1.º del art. 850: Denegación de diligencias probatorias. b') Al amparo del núm. 1.º, inciso primero del art. 851: Falta de claridad en los hechos probados. c') Al amparo del núm. 1, inciso segundo del art. 851: Contradicción entre los hechos probados: d') Al amparo del núm. 1, inciso tercero del art. 851: Predeterminación del fallo. e') Al amparo del núm. 3.º del art. 851 No resolución de todas las cuestiones planteadas. f') Al amparo del núm. 4.º del art. 851: Punicción por un delito más grave. d) Tramitación: Alcance del examen de las actuaciones. B. Recurso de revisión: Ejercicio idóneo de la pretensión del art. 960.

I. INTRODUCCION

A. *Principios generales del proceso penal: Garantías para el justiciable:* Nuestro ordenamiento procesal, aun con sus imperfecciones, está orientado sabiamente, en dar amplias garantías a los justiciables, y muy especialmente a los acusados. (Sentencia 22 junio 1971.)

B. *Fuentes del Derecho procesal penal: Doctrina legal: Su infracción no es motivo de casación:* Como es sabido, en la casación penal, a diferencia de la civil, no se admite como motivo impugnatorio la infracción de *doctrina legal* dimanante de repetidas e idénticas decisiones del T. S. aplicables al caso, y si bien es cierto que el D.-Ley de 25 enero 1962, que reorganiza la Sala 2.^a de este Alto Tribunal, confiere a su Presidente la misión de velar por la *unidad de la jurisprudencia*, exigencia básica para poder establecer un cuerpo de doctrina, no es menos cierto que ello no basta a fundar un recurso de casación en lo penal por infracción de doctrina establecida por la jurisprudencia, a no ser que se invoque el precepto legal que sirva de antecedente y base a la misma, por impedirlo así la índole formal del propio recurso, dimanante de su carácter extraordinario. (Auto 1 julio 1971.)

II. PARTE GENERAL

1. ORGANISMO JURISDICCIONAL: A. *Jurisdicción: Delimitación con la jurisdicción militar:* La cuestión de competencia negativa, entablada entre el Juzgado de Instrucción de Villajoyosa y la Autoridad Militar de la Tercera Región, sobre el conocimiento de las diligencias instruidas, como consecuencia del accidente de circulación acaecido en el término municipal de la mencionada población, al colisionar un vehículo conducido por un paisano, con otro particular pilotado por un cabo del Ejército de Tierra, falleciendo éste a consecuencia de las lesiones sufridas y por tanto extinguida su responsabilidad penal, siendo éste, el único aforado a la Jurisdicción Militar, ante la posible culpabilidad en que hubiera podido incurrir el conductor no aforado, ni siquiera ante la extinción de la responsabilidad no siendo por otra parte esta competencia el trámite procesal idóneo para efectuar declaración sobre la misma, corresponde la competencia para el conocimiento de las actuaciones, en consonancia con lo establecido en los arts. 11 de la L. E. Crim. y 19 núm. 2.^o del Código de Justicia Militar a la Jurisdicción Ordinaria, debiendo proseguir la tramitación de las diligencias el referido Juzgado de Instrucción. (Auto 30 junio 1971).

B. *Competencia: a) Criterio territorial: Lugar de comisión:* El momento decisivo para determinar la existencia legal del delito de cheque en descubierto es aquél en que efectivamente se haga entrega del talón que luego resulta impagado por carencia de fondos de la cuenta corriente contra la que se libra, planteándose, en este caso concreto, cuál sea ese momento, si el del envío desde Zaragoza o el de la recepción en Tarrasa y, no cabe duda, que en esta compleja entrega, el momento relevante es el del envío desde Zaragoza, muestra inequívoca, en ese instante, de la voluntad del librador de extinguir la obligación de pago que le incumbía, razón ésta determinante por sí sola de la competencia y que a mayor abundamiento se refuerza, en el supuesto de autos, por ser Zaragoza lugar donde se emitió el cheque

y donde radica la entidad bancaria en la que estaba situada la cuenta corriente: del librador sin que la invocación del art. 23 del Reglamento de Correos que hace el Juzgado de Zaragoza pueda tener aquí eficacia por tratarse de norma de orden administrativo sin aplicación directa en el terreno penal. (Auto 25 junio 1971.)

b) *Cuestiones: Momento hábil para proponerlas:* El procesado sólo puede promover la cuestión de competencia, dentro de los tres días siguientes al en que se le comunique la causa para calificación, mediante la declinatoria propuesta como artículo de previo pronunciamiento, único medio arbitrado por la Ley, tanto en el orden penal como en el civil, para que el Tribunal que se estima incompetente lo reconozca así, se separe del conocimiento del asunto y lo remita al que fuera competente (S. de 17 mayo 1948), criterio que ha sido ratificado para el procedimiento de urgencia por el art. 797 de la misma Ley, con la única salvedad de que, mientras en el procedimiento ordinario cabe el recurso de casación contra el auto resolutorio de la declinatoria, en el de urgencia no cabe recurso alguno contra el auto desestimatorio de la Audiencia, lo que ya sería una razón para desestimar este recurso, dado que la causa fue tramitada por el procedimiento de urgencia, aparte de que la cuestión de competencia fue extemporáneamente alegada por la defensa en su escrito de calificación y sin plantearla como artículo de previo pronunciamiento como exigen los preceptos citados y que, a mayor abundamiento, la pretensión tampoco hubiera prosperado, pues como tiene declarado esta Sala en sus más recientes resoluciones (Autos de 16 y 18 octubre de 1969, 6 mayo y 18 junio de 1970) el lugar de comisión del delito de cheque en descubierto y, por ende, decisorio de la competencia es el de la entrega del cheque, por lo que habiendo sido dado en pago el de autos en Barcelona, los Juzgados de dicha ciudad serían siempre los competentes. (Sentencia 15 junio 1971.)

2. PARTES: A. *Legitimación: Carecen de ella las entidades aseguradoras:* Tanto las entidades aseguradoras como el Fondo Nacional de Garantía, carecen de legitimación pasiva para ser parte en causa y entablar el recurso de casación según viene sosteniendo esta Sala —SS. de 16 y 27 noviembre 1970 y 25 enero 1971 entre las más recientes—, de modo que esta falta de legitimación tiene un doble aspecto: Procesal o formal (*ad processum*) y sustantiva o de fondo (*ad causam*) y así en el primer concepto ni puede ampararse el recurso en el art. 850 núm. 2.º de la L. E. Crim. por cuanto la omisión de citación que justifica el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio o *error in procedendo* ha de ser referida a las partes que como legitimadas cita el precepto tanto del lado pasivo como activo, esto es el procesado o al responsable civil subsidiario, únicos aludidos en dicho primer aspecto, y si bien es cierto que el art. 854 de la misma Ley, permite que puedan interponer el recurso de casación a los que sin haber sido parte en los juicios criminales resulten condenados en la sentencia, no es menos evidente que tales afectados por la condena tuvieron el derecho de postulación en la causa aunque de hecho no lo ejercitaran (caso del tercero condenado a la restitución de la cosa o del que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito), hasta el punto de que la misma Ley, consecuente con su sistema de bipartición de la responsabilidad civil, directa o subsidiaria, los incluye en esta última como se aprende consultando su Título X del Libro II (arts. 615 y siguientes) en ninguno de cuyos casos cabe encuadrar a las entidades aseguradoras o Fondo Nacional de

Garantía en cuanto no pueden ser asimilados al responsable civil subsidiario, ni tampoco ser consideradas como perjudicadas por el delito; lo que nos lleva a tratar del segundo aspecto antes enunciado, a saber, el de su falta de legitimación *ad causam*, en el aspecto pasivo a que se constriñe el ámbito de este recurso, a cuyo efecto y siguiendo la misma línea argumental del Abogado del Estado, es de tener en cuenta, como afirmación inicial, que la Ley 122/62 en su texto refundido de 21 marzo 1968, vigente ya al proferirse el fallo de instancia y que, por cierto, no cita el recurrente, que sigue invocando los artículos del texto derogado, no concede el carácter de parte a las compañías de Seguros ni al Fondo Nacional de Garantía, ni tal cosa puede deducirse de la obligación que tiene el asegurador de satisfacer directamente al perjudicado, hasta el límite del seguro la indemnización que señale la sentencia penal (art. 5.º de la Ley y 29 b) del Reglamento), pues tal obligación directa, no es sino el correlato de la acción directa que se concede al perjudicado contra el asegurador del vehículo, acción que se ejerce, como tal, tan sólo en vía civil, como se desprende de su ubicación dentro de la «Ordenación civil», del Título I de la Ley y de su ejercicio procesal dentro del «Ordenamiento procesal civil» de la misma, siendo asimismo significativo que el mencionado art. 5.º (43 del texto derogado) ya no concede al asegurador los recursos de apelación y casación que otorgaba en su párrafo último de la antigua redacción que ha sido radiado de la vigente, lo cual está en un todo de acuerdo con la básica declaración del art. 784, prevención quinta, párrs. 2.º y 3.º de la L. E. Crim. reformada por Ley de 8 abril 1967 (R. 700 y Ap. 51-66, 2505) y que, sin duda, sirvió de antecedente a la modificación del texto refundido de la Ley 122/62 de que se ha hecho mérito a fin de concordar ambos preceptos, de modo que si la Ley más general de nuestro ordenamiento procesal penal, sólo permite a la entidad aseguradora o al Fondo Nacional de Garantía, en su caso, para que hasta el límite del Seguro Obligatorio afiance las responsabilidades civiles, sin que «en ningún caso y por concepto alguno» pueden tener otra intervención en el proceso penal, dicho se está que se les está negando de manera manifiesta su posibilidad de comparecer en tal proceso como parte, para ser considerados como fiadores *ex lege* contrapuestos por el mismo tenor del precepto al «responsable directo o subsidiario» entre los que, por tanto, no puede ser incluido; argumento que no puede ser desvirtuado como pretende la Abogacía del Estado invocando, por lo que al Fondo Nacional de Garantía se refiere el Decreto-ley de 3 octubre 1964, regulador de sus funciones, de entre las que destaca, tratando de contraponerlas, el recurrente, las recogidas en los aps. c) y d) del art. 3.º de dicho Decreto-ley, pues si en el primer concepto actúa el Fondo como asegurador del Estado, de sus Organismos autónomos y de las Corporaciones locales, al mismo nivel que otra entidad aseguradora, no lo hace así en el segundo caso en que asume los recargos no aceptados por las entidades aseguradoras en que las obligaciones del Fondo ya no nacen *ex contractu*, sino de la Ley que lo crea, desarrollando una función estatal; argumentación que olvida: a) Que también esta función del Fondo Nacional de Garantía está «dentro del ámbito del Seguro obligatorio», según expresa dicción del apartado d) del art. 3.º invocado; b) Que el art. 6.º, primero a) del propio texto legal, al describir los recursos con los que se ha de nutrir dicho Fondo, considera las primas que obtenga por asumir aquellos riesgos no aceptados por las compañías aseguradoras, lo que muestra claramente el

fundamental aspecto contractual oneroso-conmutativo que se otorga a la asunción de tales riesgos con la consiguiente contraprestación de la prima; y c) que el mismo Reglamento del Seguro Obligatorio, tan aducido por la Abogacía del Estado en pro de su tesis, contempla en su Título III, artículo 36 a) «El Fondo como asegurador», bajo cuya intitulación se comprenden precisamente aquellas dos funciones de tal ente estatal autónomo que dicha Abogacía quería diferenciar y contraponer, esto es, la de asegurador de riesgos derivados de la responsabilidad civil del Estado y demás entes públicos, como el de asegurador de riesgos no aceptados por las entidades aseguradoras; todo lo cual nos lleva ineluctablemente a reafirmar la tesis de esta Sala, mantenida últimamente de manera unánime, de que su responsabilidad nace *ex contractu* y no *ex delicto*, de modo que las primas que tanto por seguro obligatorio como por seguro voluntario, satisface el asegurado son la causa de la contraprestación de dichos entes, que sólo en los casos permitidos por las leyes podrán subrogarse en los derechos y acciones del asegurado (arts. 413 y 780 del C. Com.), subrogación por otra parte conforme con la naturaleza de los seguros contra daños o indemnizatorios, pero no con la del seguro de personas o de suma en los que rige la abstracta cobertura del riesgo, doctrina ya clásica que no ha sido sustancialmente modificada por el advenimiento del Seguro Obligatorio que, no obstante su obligatoriedad, no pierde su fundamental carácter de contrato de seguro, que incluso, tal vez en este punto con exceso, es calificado por el propio Reglamento como una modalidad del seguro privado (art. 1.º); razones todas las expuestas que obligan a desestimar, de acuerdo con la tesis fiscal impugnatoria, el recurso interpuesto. (Sentencia 8 junio 1971.)

B. *Responsable civil subsidiario: En supuestos de cesión de uso de vehículos:*

El problema que se plantea referente a la responsabilidad civil subsidiaria del arrendador de automóviles sin conductor por los daños derivados del uso que del vehículo haga el arrendatario, ha sido resuelto por esta Sala —SS. de 27 diciembre 1967, 11 marzo 1968 y 24 abril 1970, entre otras— en el sentido de no exonerar de tal responsabilidad a quien se dedica al negocio de alquiler de vehículos de motor con esa modalidad, porque como empresario de tal negocio y beneficiario del mismo, ha de soportar los riesgos inherentes al uso de los vehículos, aunque sea por personal no asalariado o no dependientes de él por vínculo laboral, porque la cesión del uso a otro ya supone un reconocimiento implícito de su idoneidad para el manejo, y al prestar su consentimiento para que se lleve a efecto, queda vinculado a las consecuencias que de su uso se deriven, en cuanto ese uso redunde en su beneficio. (Sentencia 19 mayo 1971.)

3. EL PROCESO PENAL «STRICTU SENSU»: A. *Iniciación: Denuncia condicional:* La menor estuprada y objeto de raptó compareció ante la policía relatando lo ocurrido dando lugar a que se iniciase este proceso, habiéndose declarado por esta Sala que comparecer voluntariamente a exponer los hechos constitutivos de delito de esta clase es bastante para estimar la comparecencia como denuncia —Sentencia de 18 noviembre 1944—, no requiriéndose para la denuncia de la agraviada plena capacidad civil —Sentencias de 1 diciembre 1958 y 19 diciembre 1960—. Por último no consta que el representante legal de la menor obstaculizara el seguimiento de la presente causa como ocurrió en el supuesto de la sentencia

de 3 enero 1962, en que también se mantenía infringido dicho artículo. (Sentencia 27 mayo 1971.)

B. *Instrucción sumarial: Valor de la confesión del inculpado:* La confesión no dispensa al Juez de Instrucción de practicar todas las demás diligencias necesarias para formar convicción sobre la verdad de aquella y sobre la existencia del delito, según preceptúa el art. 406 de la L. E. Crim., principio que se complementa con el de la libre apreciación de la prueba consagrado en el art. 741 del ordenamiento procesal. (Sentencia 5 mayo 1971.)

C. *Desarrollo del proceso: Vigencia del principio de no limitación de pruebas:* Es principio general la no limitación de la prueba y la conveniencia de no producir merma de prueba que pueda producir directa o indirectamente falta de conocimiento por el juzgador de todos los detalles relacionados con el hecho que va a ser juzgado y que en modo alguno exista la indefensión de una parte legítima en el proceso, por lo que siendo testigo nuevo y no sumarial y apareciendo conveniente el resultado de la misma debió procurarse ser oído, pero no su exclusión, improcedente a tenor del citado art. 801 de la Ley procesal, por lo que debe admitirse la impugnación formulada. (Sentencia 24 mayo 1971.)

Propuesta en tiempo y forma una prueba documental por la defensa, declarada pertinente en el auto correspondiente de la Sala, cuando de su resultado puedan desprenderse elementos necesarios, que permitan una más adecuada calificación jurídica de los hechos, los Tribunales deben mostrarse pródigos en su práctica, por interesarles siempre, contar con la mayor cantidad de elementos probatorios, al objeto de evitar posibles indefensiones; y en el supuesto contemplado resulta innegable, la importancia probatoria para valorar debidamente la conducta del procesado, el resultado del informe que emite el Sindicato Nacional de Actividades Diversas de Madrid, acreditando si se encontraba o no inscrito en la Agrupación Interprovincial de Corredores de Fincas, Agrupación de Valencia. (Sentencia 27 mayo 1971.)

D. *Juicio oral:* a) *Pertinencia de las preguntas a los testigos:* Al tender la prueba del proceso penal, a lograr la aportación de justificaciones, que sirvan adecuadamente para mejor formar la convicción psicológica del Tribunal, sobre la manera como acaeció un hecho o las consecuencias que de él, en derecho, puedan derivar, es evidente que a todo testigo, que declare con tal finalidad, se le debe interrogar por las partes, en evitaciones de inútiles dispersiones, con preguntas pertinentes y de manifiesta influencia en la causa, pues de otra manera, el Presidente del Tribunal, puede mandar que no se contesten, sin que contra su decisión proceda la casación por quebrantamiento de forma, sólo viable en el supuesto contrario, de que siendo pertinentes se prohibiera su formulación, y acogidos a las causas 3.^a ó 4.^a del art. 850 de la L. E. Crim.; pero esa pertinencia relacionada con la influencia relevante, sólo existirá, cuando la pregunta tenga adecuada relación lógica, más o menos directa, con el supuesto investigado, por tender al exacto conocimiento y acertada apreciación de su verdadero carácter, o que por su perfecta influencia en el resultado final, lleve a la adecuada justificación de la culpabilidad o inocencia del imputado, o de otras consecuencias derivadas del hecho delictivo, porque en definitiva, sea indispensable para generar un

juicio acertado, sobre la naturaleza, ocasión, motivo y efectos del hecho que debe apreciarse. (Sentencia 19 mayo 1971.)

Es buena práctica que los Presidentes de los Tribunales Provinciales de instancia deben mantener, negando a que se formule reiteradamente las mismas preguntas a los testigos cuando prácticamente ya las hubieran contestado, y se tratan de impedir que se violente el testimonio que debe ser libremente emitido bajo la responsabilidad del que contesta. (Sentencia 22 junio 1971.)

La pregunta formulada en el acto del juicio oral por el Letrado defensor de uno de los procesados recurrentes, que dice: «Si con motivo de la reactivación de la base de Zaragoza (re refiere a la base yanqui) se han producido recientemente dos accidentes mortales», tiene un marcado tinte de impertinencia, según las normas jurídicas, toda vez que no guarde relación con el delito imputado y no tiene decisiva influencia en la causa ni en sus hechos fundamentales, y por ello fue rechazada, con acierto, por la Presidencia, lo que lleva implícita su impertinencia, aunque no sea empleada esta palabra. (Sentencia 18 junio 1971.)

b) *Diligencia de careo: Discrecionalidad*: Las facultades del Presidente del Tribunal en orden a la admisión o repudio de las diligencias de careo son de índole discrecional (Sentencia 22 mayo 1971.)

c) *Instrucción suplementaria: Cuándo procede*: La incoación de la sumaria instrucción suplementaria, como la titula la norma invocada, procede según la misma, cuando resoluciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba; y en el escrito de conclusiones no se aludía a esta situación extraordinaria, que tampoco se produjo en el juicio oral, según observamos con la lectura del acta. (Sentencia 5 julio 1971.)

E. *Terminación del proceso: Sentencia a): Hecho probados*: A pesar de su predominante naturaleza procesal el art. 142 de la Ley tiene también un contenido material, y concretamente la forma de forjar las resultancias fácticas hay que declarar los hechos probados con la necesaria claridad, mandato, que tanto puede infringirse por relatar lo ocurrido con oscuridad, como con insuficiencia omitiendo datos y elementos esenciales precisos para un exacto conocimiento. Tampoco, son permisibles contradicciones inconciliables y de notoria incompatibilidad entre los propios hechos probados, ni debe dejar de aportarse a relación histórica cuanto sea necesario para resolver todas las cuestiones de hecho planteadas por las partes, para que así el fallo guarde la debida conexión y congruencia con los problemas debatidos. (Sentencia 22 junio 1971.)

Nuestro Ordenamiento Procesal aun con sus imperfecciones, está orientado, sabiamente, en dar amplias garantías a los justiciables y muy especialmente a los acusados, y en la trascendencia ecuación hechos y derechos, base de los fallos judiciales, con las pautas que la Ley establece, confiere cuasi omnímodas facultades en la apreciación de las pruebas a los Tribunales de instancia «que valorando según su conciencia, las pruebas practicadas» (art. 741 de la L. E. Crim.) fijarán la resultancia fáctica base después de la subsunción, positiva o negativa, de los hechos probados en los conceptos jurídicos sustantivo-penales que fueran atinentes, sin otra cortapisa y limitación en cuanto a este poder de apreciación de pruebas, que no incidir en errores de estimación que se evidencia en el contenido,

que constituyan verdades absolutas, incontrovertibles y de las que no quepa prescindir, de los documentos auténticos, y que no estuvieran desvirtuados por otras pruebas de igual rango. Es por consiguiente casi plena la soberanía para apreciar las pruebas que a los Tribunales provinciales se confiere, y que no se transfiera al Tribunal de Casación por cuanto dada la peculiar naturaleza del recurso que no es en manera alguna un tercera instancia, sólo cabe excepcionalmente, que las declaraciones de hecho base de las sentencias recurridas puedan ser modificadas exclusivamente en el supuesto de que impugnado el fallo por la vía procesal del art. 849 2.º llegue a prosperar la contradicción así articulada, y deba producirse un nuevo resultado de hechos probados base de la segunda instancia, en la cual ya la Sala de Casación actúa como verdadero Tribunal de instancia, pero siempre dentro de ciertos límites provinientes de la parte de la sentencia que hubiera sido recurrida, y en su caso de la prohibición de la *reformatio in peius* cuando tal restricción deba prevalecer. (Sentencia 22 junio 1971.)

b) *Reflejo de las conclusiones de las partes*: Reiterada jurisprudencia en glosa del art. 142, 4.º de la Ley Procesal ha declarado: a) Que no infringe este artículo el Tribunal que sólo refiere en lo esencial las conclusiones de las partes sin transcribirlas o copiarlas literalmente, pues este artículo no exige la literal transcripción de las conclusiones de las partes. b) El hecho de no consignarse en la sentencia la conclusión primera de las formuladas en el juicio por la parte querellante, no es motivo de casación, toda vez que se consignan sus peticiones en orden a las cuestiones de derecho planteadas en el proceso y a la posición de la parte. (Sentencia 19 mayo 1971).

c) *Pronunciamiento sobre costas*: Según el art. 240 de la L. E. Crim. las costas deben de imponerse al procesado condenado, sin que la excepción de no imponer nunca costas al procesado absuelto tenga aquí posible aplicación, ya que el recurrente no ha sido absuelto sino condenado, y siendo además ponderable que la apreciación del Tribunal de instancia de que unos mismos hechos puedan constituir varios delitos o uno solo, habiéndose seguido todo el proceso por estos hechos que condenatoriamente se estiman cometidos, aunque se encuadren como constituyentes de una sola responsabilidad delictual y no de un concurso de delitos, es supuesto por entero distinto, de que la actividad procesal se hubiera seguido por varios y distintos hechos, cada uno de ellos calificable como delitos autónomos y distintos, en cuyo solo caso es lógico que admitiéndose cometidos unos hechos atribuyéndoles el carácter delictivo, y negando que otros tengan el carácter de criminosos, se excluya el pago de las costas correspondientes a los hechos que provocan la absolución, pues si la imposición de costas es un gravamen más de carácter procesal-penal que se impone al condenado por su antijurídico proceder, y como compensación de los gastos que irroga al Estado el seguimiento de proceso en averiguación y castigo de delitos, es natural que pèche con los gastos consecuencia de los hechos sancionados, pero no sería justo que se impusiera respecto de aquellos que no se castigan, pero que la calificación de los mismos hechos se verifique como generadora de uno o varios delitos debe aminorar, si se opta por la «unicidad delictual», el pago de las costas puesto que la actividad procesal se contrae a unos solos hechos que llegaron a considerarse delictivos y que acarrear por consiguiente el pago total de las costas, y no la mitad como en esta ocasión se impuso, habida

cuenta que el criterio de formular en la persecución de uno o varios hechos que pudieran ser calificados como delitos separados pero no que unos mismos hechos constituyan varios delitos, todo lo cual debe provocar la nulidad del fallo recurrido para subsanarlo en la segunda sentencia pero en el solo y exclusivo sentido de imponer al acusado la totalidad de las costas producidas en la instancia, porque incluso es dudoso, aunque no se pueda discutir en este escueto y estricto recurso delimitado por la motivación recurrente, el pronunciamiento absolutorio, pues realmente tratando de unos solos hechos era bastante calificar y condenar sólo por el delito de abusos deshonestos ya que como antes se indica se trataba sólo de un estricto problema de calificación de unos mismos hechos como constitutivos de única o doble responsabilidad delictiva. (Sentencia 27 mayo 1971.)

La causa se siguió por unos hechos únicos, por un solo delito fueron procesados y también por un solo delito les acusó el Ministerio Fiscal, sin que del hecho de que la acusación particular acusara por dos delitos y el Tribunal condenó por uno solo, pueda obstar a la condena y a la subsiguiente declaración de responsabilidad civil, y ni tan siquiera puede repercutir la absolución en el pago de las costas que debe ser íntegro, pues como claramente se advierte la responsabilidad civil se hace proveniente del hecho inculcado, no del delito objeto de absolución, y en cuanto a las cosas, pago de los gastos judiciales irrogados al Estado, si toda la investigación refirió a los hechos en su conjunto, la circunstancia de que estos hechos se integraran como un solo delito y no como dos, cual propugnaba la acusación particular, no puede repercutir en las costas que por entero deben satisfacer los acusados que, con su proceder penalmente calificado de delictivo, dieron lugar a la instrucción y seguimiento de la presente causa. (Sentencia 30 junio 1971.)

4. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: A. *Recurso de casación*: a) *Preparación*: *Designación defectuosa de particulares*: Se hace una cita tan numerosa de folios que equivale a designar prácticamente todo el sumario contrariando lo dispuesto en los artículos 855 párr. 2.º y 884.4.º de la L. E. Crim., interpretados por esta Sala (Autos de 30 marzo 1957 —R. 641—, 21 octubre 1960). (Sentencia 27 junio 1971.)

b) *Casación por infracción de Ley*: *Al amparo del núm. 2.º del art. 849*: *Documento auténtico*: Son documentos auténticos a efectos del recurso de casación, del núm. 2.º del artículo 849 de la ordenanza procesal criminal, aquellos que por su origen procedan de las personas legitimadas para dar fe de sus actos, y que reúnan las indispensables formalidades intrínsecas, manifestando además externa o extrínsecamente, una justificación o fe de certeza indudable e incontrovertible, por no poderse poner en duda en el orden de las valoraciones humanas, haciendo perenne hacia la posteridad, un acaecimiento, por contener una acomodación absoluta entre su expresión y lo sucedido en la vida real, producto de una declaración de verdad y no de una mera o simple declaración de voluntad; de cuyo concepto deriva, que los documentos privados, aun reconocidos por los otorgantes, y los públicos emanados de funcionarios legitimados para crearlos, no pueden ser estimados en todo su contenido como auténticos, sino en cuanto exponen hechos indubitados, pero no en cuanto expresen manifestaciones de voluntad, pues así deriva incluso de lo determinado, al graduar la fuerza probatoria, en los arts. 1.218 y 1.225 del C. c., que sólo les conceden poder justificativo frente a tercero, del

hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha, pero no de la veracidad de lo manifestado por las partes, ni de su otro contenido que puede no corresponderse con la realidad, y ha de interpretar soberanamente la Sala de instancia, adoleciendo aún más de este defecto de no hacer prueba por sí mismos, si su contenido debe oponerse al hecho probado, empleando deducciones, analogías, hipótesis o interpretaciones, más o menos aventuradas, que le impiden dar fe, ante su misma contingencia. (Sentencia 2 junio 1971.)

Se aduce, como documentos auténticos para demostrar el error del hecho padecido por el Juzgador: a) Informes de conducta del procesado o de terceras personas, que *per se* carecen de aquel privilegiado rango —Sentencia 12 mayo 1964—. b) Documentos privados (asunción de deuda, documento de transacción, cartas fotocopias de letras, copias mecanográficas de letras y protestos) que tampoco pueden pretender el carácter de auténticos, pues o bien no han sido reconocidos por las partes intervinientes ante la presencia judicial o han sido desvirtuados por aquéllas, o bien no han sido debidamente cotejados y compulsados con el documento original. c) Documentos judiciales (auto de sobreseimiento libre, auto de revocación de procesamiento) que si bien gozan de autenticidad extrínseca o formal carecen «a priori» de autenticidad intrínseca o de fondo por su mismo carácter provisorio y de resolución interlocutoria —S. de 10 mayo 1957 y Auto 24 abril 1971—, lo que con más motivo debe predicarse de las demandas ejecutivas, denuncias y auto de incoación de sumario igualmente alegados. d) Escrituras públicas de compraventa que igualmente gozan de aquella autenticidad formal, como otorgadas bajo fe de Notario, si bien respecto de las mismas no se hizo la designación de particulares que se oponen a la resolución recurrida. (Auto 27 mayo 1971.)

La diligencia de inspección ocular, si bien tiene la estimación de documento auténtico a efectos del recurso de casación por la vía del núm. 2.º del art. 849 de la Ley de E. Crim., por proceder extrínsecamente del Juzgado de Instrucción, que legítimamente puede originarlo, intrínsecamente, sólo merece tal estimación, para poner de relieve el error de hecho, en que pudiera incurrir el Juzgador de instancia, cuando exprese datos objetivos, que se cuenten, pesen, midan o localicen, por observación visual y directa, a la vez que inequívocamente por el Juez, pero carecen de tal carácter, por no ser demostrativos de ineludible verdad, cuando exponga la manera deductiva, en que pudo acaecer el accidente de circulación a que se refieren, por tratarse de meras hipótesis, en que la garantía de certeza desaparece, como asimismo sucede, cuando la parte recurrente, partiendo de aquellos datos descriptivos, quiere establecer cómo sucedió el accidente, o cuál debieron ser las maniobras del conductor del vehículo, pues al operar con razonamientos, analogías, interpretaciones personales, o hipótesis, todas falibles, tal reconocimiento judicial carece del valor preciso, para levantarse frente a la objetividad constada por el Juzgador, de acuerdo con su conciencia, y la interpretación soberana del conjunto de la prueba, que le corresponde exclusivamente, como órgano jurisdiccional, establecer. (Sentencia 22 junio 1971.)

c) *Casación por quebrantamiento de formas*: a') *Al amparo del núm. 1.º del artículo 850: Denegación de diligencias probatorias*: Si el testigo había declarado en el sumario ampliamente y su calidad de preso hacía difícil, no imposible, su comparecencia, siendo muy de tener en cuenta que al no comparecer el testigo la parte recurrente no se cuidó de expresar cuáles eran las preguntas que pretendía

hacerle para que el Tribunal pudiera graduar de la necesidad y eficacia del testimonio pretendido, este esencial defecto que se dio al pedir la suspensión, tantas veces referido en la jurisprudencia de esta Sala, es una razón para justificar la denegación de la suspensión. (Sentencia 3 mayo 1971.)

Los dos motivos se amparan en el número 1.º del art. 850 de la L. E. Crim., sobre la base de haberse denegado la práctica de prueba documental, consistente en recabar determinados datos de la Delegación y de la Mag. Trab., e igualmente en haberse denegado la práctica de un careo entre el procesado y un testigo, sin que puedan estimarse tales motivos, en cuanto al primero porque aquella prueba documental se propuso extemporáneamente, ya que se trata de un procedimiento ordinario, y la solicitud fue deducida en el período de tiempo que medió entre una primera sesión del juicio oral y la otra en que se continuó y finalizó tal acto, y no existe norma alguna que autorice tal proceder; y, en cuanto al segundo, porque las facultades del Presidente del Tribunal en orden a la admisión o repudio de las diligencias de careo son de índole discrecional, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, no impugnables en casación este tipo de decisiones, aun prescindiendo de que el careo había tenido lugar en la fase sumarial. (Sentencia 22 mayo 1971.)

Por mucho que aparezca en el acta del juicio oral, derivado de otro sumario distinto del que aquí nos ocupa, no puede servir para probar, sin género alguno de dudas como se dice en el motivo lo que pretende dejar acreditado el recurrente, sobre sus honorarios, pues donde tenía que acreditarlo es en esta causa directamente y no por lo que en la otra pudiese haberse dicho, ya que el Tribunal que juzga, debe apreciar la prueba que ante el mismo se practique y no la que se llevó a cabo ante otro distinto, que en nada le obliga, por lo que estuvo bien denegada la solicitud sobre este extremo que, tampoco, al pedirla, no dijo su finalidad. Al no expresarse en el escrito de conclusiones el propósito probatorio de las resoluciones dictadas en otras causas, está bien denegada la prueba, pero ahora que se dice su fin, nos vemos en la necesidad de mantener su denegación, pues las resoluciones de los Tribunales se dictan en atención a las conductas comisivas o no de delitos que por medio de sus actos llevan a efecto los encartados, sin que puedan fundarse en el concepto penal que les merezcan los sometidos a proceso, pero es que, además, en lo único que éste puede tener influjo es en la graduación de la pena, y el Tribunal de Instancia, impuso al recurrente la mínima autorizada. (Sentencia 6 julio 1971.)

b') *Al amparo del núm. 1.º inciso primero del art. 851: Falta de claridad en los hechos probados:* La Sala de instancia es muy dueña de redactar del modo que estime más acertado los hechos que según su conciencia deba de declarar probados, y si entiende que tal como los relata el Fiscal son la fiel expresión de su estado de conciencia, no existe inconveniente alguno en que tome como pauta la redacción del fiscal en mayor o menor medida, ya que ello no es causa de por sí que implique falta de claridad alguna, ni que en modo alguno implique vacilación de carácter alguna. (Sentencia 5 mayo 1971.)

La ausencia de claridad en el relato fáctico de la resolución penal más trascendente, supone falta de evidencia semántica en la exposición, de manera que, por su oscuridad, ambigüedad o ausencia de lógica y comprensión, no pueda llegarse sencillamente a conocer, con los medios normales de aprehensión del relato grama-

tical, y como fue lo que se quiso describir y cual fue, realmente, la conducta humana juzgada, y las circunstancias que la enmarcaban; pero las meras omisiones no suponen falta de claridad y no dan lugar a su complementación por esta vía, sino por la del art. 849 núm. 2.º de la L. E. Crim., aunque de existir y ser relevantes para la configuración de la conducta delictiva, puedan ser apreciadas, en la valoración de la misma, a efectos de la declaración de inexistencia de aquélla, por falta de expresividad de los datos o elementos normativos del tipo que resulten necesarios, lo que tiene cauce distinto, al elegido, del citado art. 851 núm. 1 de dicha ordenanza procesal criminal. (Sentencia 1 junio 1971.)

La claridad en las sentencias penales, indispensable para la comprensión de los hechos probados, que permitan su justa calificación y decisión, se ha de manifestar, por un relato lógico, inteligible y gramaticalmente racional, que evite las oscuridades, ambigüedad e inconexiones, porque de producirse estas últimas, surgirá el quebrantamiento de forma, que precisa el art. 851 núm. 1.º de la L. E. Crim., mas no adolece de este vicio, y no deja de ser clara, la sentencia, que contiene los datos precisos para determinar el alcance de la conducta juzgada, sin que pueda la parte recurrente, asegurar que no lo es, por faltarle datos o detalles, que el Tribunal de instancia soberanamente, no creyó necesario consignar, o que no estaban comprobados, pues tal falta u omisión no significa ausencia de claridad, y tiene otros cauces de manifestación procesal, de contornos netos en el art. 849 núm. 2.º, y distintos al indicado. (Sentencia 2 junio 1971.)

c') *Al amparo del núm. 1.º inciso segundo del art. 851: Contradicción entre los hechos probados:* La contradicción entre diversas expresiones del relato de los hechos declarados probados, por la sentencia judicial, que ponga fin al proceso penal, para que constituyan vicio, que cause el quebrantamiento de forma, que autoriza el art. 851 núm. 1.º del C. p., ha de suponer una oposición o antitetismo total e irreconciliable por ausencia de toda posible coherencia lógica, entre lo que es excluyente entre sí, dado su enfrentamiento conceptual o semántico; más no puede extenderse ese defecto a las valoraciones que de una determinada conducta haga el Tribunal de instancia, pues descrita ésta su posterior axiológica apreciación, si es improcedente tiene su corrección en la casación de fondo, pero no en la de forma, ya que realmente no se da contradicción alguna, sino juicio de valor o estimación desacertada. (Sentencia 1 junio 1971.)

Para que la contradicción obre como vicio formal, que produzca quebrantamiento de forma, de acuerdo con el artículo 851 núm. 1.º de la L. E. Crim., por expresa dicción normativa, ha de manifestarse entre diversas expresiones de hecho, que se establezcan en el relato fáctico de la resolución penal, de manera que se opongan radicalmente entre sí, por su antitetismo irreconciliable, e imposible falta de coherencia lógica y semántica, atendiendo a su enfrentamiento conceptual y significación contradictoria; contenido que determina, que no se puedan enfrentar por esta vía, de un lado, afirmaciones de hecho, con valoraciones jurídicas, por carecer estos últimos de la condición fáctica determinante indicada, y de otro, que por dicha vía no puedan denunciarse omisiones en el relato de la conducta juzgada, amparándose en pruebas obrantes en las actuaciones, porqué resulta ajeno a su esencial contenido al no poder darse oposición entre lo declarado probado y lo que no lo esté, y porque tal defecto de apreciación probatoria

es propio del recurso de fondo, establecido en el art. 849 núm. 2.º de la citada ordenanza procesal, siempre con apoyo en documentos auténticos que permitan demostrar el error de hecho padecido por el Juzgador. (Sentencia 24 junio 1971.)

d') *Al amparo del núm. 1.º inciso tercero del art. 851: Predeterminación del fallo:* Por eliminar el mecanismo lógico argumental de la sentencia penal, que debe describir la conducta humana juzgada con hechos puros y palabras comprensibles y de léxico común, para luego calificarla jurídicamente en derecho, y por anticipar irregular y anacrónicamente la condena, confundiendo lo fáctico con lo jurídico, el art. 851 núm. 1.º de la L. E. Crim., prohíbe el empleo de conceptos jurídicos en los hechos probados, que predeterminen el fallo, pero en la precisión del alcance de este vicio merecedor del quebrantamiento de forma, la doctrina de esta Sala, ha venido con suma reiteración, determinando, que sólo lo constituye, el empleo de palabras o expresiones, que posean estricta y única condición técnico-jurídico-penal, y que se correspondan con el nombre o repitan la esencia de la infracción penal que se proclame en el tipo, resultando además su semántica significación, sólo aprehensible a los juristas u hombres de derecho, y no también a los seres de cultura media, pues si son de lenguaje común o vulgar y entraron en los arrabales del idioma, estas expresiones valorizadas, dejan de ser conceptos jurídicos *strictu sensu*, por lo que la mera repetición de algunas palabras del tipo, si su significación no es sólo jurídica, o siéndolo, han trascendido al conocimiento generalizado de los hombres, no constituyen este vicio, ni pueden llevar a la medida tan enérgica anulatoria, propia del quebrantamiento de forma. (Sentencia 6 mayo 1971.)

Los conceptos jurídicos predeterminantes del fallo que de manera indirecta pero cierta, prohíbe utilizar en los hechos probados el art. 851 núm. 1.º de la L. E. Crim., porque eliminan el mecanismo lógico argumental de la sentencia, anticipando anacrónicamente la condena, son aquellas palabras, frases o vocablos que manifiesta estricta condición técnico-jurídica-penal, con las que el legislador dio nombre o definió la esencia de la infracción criminal que se 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 emplear, para relatar las conductas juzgadas, por lo que sólo supondrá tal vicio, la repetición de las palabras que sean elemento valorativo de la norma en lo jurídico, y no puedan ser eliminadas hipotéticamente del relato, sin que pierda su sentido, y no lo implicaran las que reproduzcan elementos puramente descriptivos, ajenos a la significación jurídica, pues el legislador emplea en los tipos vocablos usuales, al alcance del profano, que de repetirlos el juzgador, dado que no son conceptos valorativos o normativos *stricto sensu*, no representan la definición del delito ni suponen quebrantamiento de forma. (Sentencia 14 mayo 1971.)

Se alega que la Sala se limita a transcribir los hechos sumariales conforme los expusiera el M.º Fiscal en sus conclusiones provisionales, sin que ello sea exacto, siendo suficiente para descubrirlo compulsar el escrito aludido con la relación de hechos probados, pero que, aunque así fuese, no hubiese vulnerado ningún precepto ni sustantivo ni procesal, pues no lo hay que impida y sancione con la nulidad alegable en casación, que un Tribunal siga, incluso literalmente o se apo-

ye en las conclusiones del M.º Fiscal o de las partes, cuando en conciencia estima que responde al resultado de la prueba, pues las partes deben tender a acreditar como cierta la relación de los hechos que resulten del sumario, según lo previenen o formulan los arts. 650, 652 y 653 de la Ley procesal; pero es que, además, para rechazar el motivo, bastaría con tener en cuenta que lo que el inciso invocado prohíbe al Tribunal de instancia, es emplear en la declaración probatoria conceptos utilizados exclusivamente por el legislador al tipificar el delito, conceptos que por esta adopción exclusiva, se elevan a la categoría de jurídicos, y con los que se pretende sustituir la relación circunstancia del suceso. (Sentencia 3 mayo 1971.)

Si bien el art. 344 del C. p., establece el tipo delictivo agravado, de delito contra la salud pública, es relación con el descrito en el art. 331, cuando se vendiere o comerciare con drogas tóxicas o estupefacientes, es lo cierto que la expresión «drogas tóxicas», no puede estimarse como un concepto técnico-jurídico-penal, sino de condición científica, por lo que su inclusión en el tipo y su repetición en los hechos probados, no representa, de acuerdo a la doctrina antes expuesta, un estricto concepto jurídico predeterminante del fallo, más aún, cuando es de conocimiento enteramente vulgar y aprehensible por cualquier persona, provista de meras o livianas nociones idiomáticas, y cuando por fin, no se emplea de manera exclusiva y absoluta, excluyendo las sustancias que la constituían pues se asegura que en el hecho probado, que la enajenación que hacía la recurrente, era de marihuana o griffa, denominándolas drogas tóxicas, por lo que este calificativo, podía suprimirse y el hecho probado, contendría los elementos precisos para llegar a la misma conclusión a que llegó la sentencia recurrida, pues la marihuana y la griffa lo son, dijérase o no. (Sentencia 6 mayo 1971.)

Si bien el tipo del art. 306 del C. p. aplicado, emplea la expresión «perjuicio» de tercero o ánimo de causársele, para describir el delito de falsedad en documento privado, y los hechos probados, aseguran que el recibo falso se presentó en un proceso civil, en «perjuicio del querellante», produciéndose una repetición de la misma palabra, que significa ganancia ilícita dejada de obtener o deméritos o gastos ocasionados por conducta ajena, ha de estimarse sin embargo, que se trata, de expresión puramente descriptiva, al margen de estricta valoración jurídica, y no de un concepto normativo de tal condición, que constituya la esencia o núcleo del tipo, pues su significación es de comprensión común, y está al alcance de todos los hombres, y no sólo resulta aprehensible a los juristas, por lo que el empleo repetitivo por el juzgador, de esa palabra, acogida en el tipo, no supone el vicio denunciado, más aún cuando la esencia de éste se halla en la mutación de verdad, aunque se agregue, para existir, la intención finalista perjudicial, conseguida o no, como elemento económico. (Sentencia 19 junio 1971.)

La expresión «se apoderaron con ánimo de beneficiarse» no es concepto jurídico que predetermine el fallo como pretende la recurrente en su primer motivo por forma, amparado en el núm. 851-1.º, inciso 3.º, de la L. E. Crim., pues no se halla incorporada al tipo penal del art. 514-1.º del Código punitivo ni como elemento normativo, ni tan siquiera como meramente descriptivo o neutro a la valoración jurídica, no habiéndose hecho otra cosa en la sentencia recurrida que expresar con sinonimia vulgar el elemento subjetivo del injusto designado en dicho tipo como ánimo de lucro, sin que el paralelismo ideológico anejo a todo sinónimo lo haga

incurrir en el vicio procesal que se trata de denunciar, pues de aceptarse esta tesis se haría imposible aludir siquiera en el relato a cualesquiera elementos del tipo, por más que se hiciera, como hace la sentencia y suele hacerse por regla general, con expresiones de uso corriente y ajenas a la técnica jurídico-penal, con lo que por huir bizantinamente de caer en el defecto de la predeterminación, se caería en otro mayor al producirse con la propugnada abstención léxica una laguna fáctica que dejaría sin la necesaria base a la calificación jurídica. (Sentencia 28 junio 1971.)

El decir en un resultando de hecho probados que el acusado actuaba «con intención de ofender y perjudicar el honor de una mujer casada» aunque son conceptos que pudieron omitirse sin que la base incriminadora cambiara lo más mínimo, no supone el empleo de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, sino que la Sala quizá con excesivo celo quiso salir al paso a la gratuita afirmación de la defensa del acusado de que el imputado no pretendía injuriar sino corregir, remarcando bien a las claras que la voluntad del acusado fue ofender a la víctima y perjudicarla en su honor. Estos conceptos de los que debe insistirse que aun suprimidos no cambiaría la calificación jurídica de los hechos, no son plena y estrictamente jurídicos sino primordialmente fácticos, expresivos del tipo intencional con que las frases fueron pronunciadas y del propósito de perjudicar el honor de una mujer casada, al ser proferidas las frases, lo cual significa que no se ha cometido la infracción formal prevista en el inciso 3.º del ap. 1.º del art. 851 de la Ley. (Sentencia 2 julio 1971.)

e') *Al amparo del núm. 3.º del art. 851: No resolución de todas las cuestiones planteadas:* La normal legal obliga al juzgador de instancia a resolver todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa, lo que equivale a lo imperioso de dilucidar cuantas pretensiones las partes hayan reducido, esencialmente sus respectivas posiciones de índole o carácter jurídico, mas no compele al órgano jurisdiccional a realizar un desmenuzamiento y pormenorizado examen de alegaciones de carácter fáctico, todo ello sin perjuicio de que en el supuesto de que el relato histórico del fallo de instancia refleja los hechos de modo insuficiente a los fines de su ulterior calificación jurídica, puede impugnarse por otros cauces que el recurso de casación ofrece, bien distintos del elegido en el caso actual. (Sentencia 17 junio 1971.)

La exigencia de resolver todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa refiere y se contrae no a los de hecho, sino a los de derecho, esto es, a las cuestiones jurídicas planteadas; y las sentencias absolutorias y condenatorias resuelven, cuando menos implícitamente, sobre todas las cuestiones propuestas, puesto que lo que no aceptan tácitamente lo rechazan. (Sentencia 19 mayo 1971.)

El vicio formal de incongruencia reprochado a la sentencia recurrida por el procesado recurrente reviste aquí realidad y trascendencia bastantes para provocar la casación impetrada, ya que la calidad, argüida desde un principio por la defensa y silenciada en la sentencia, de ser el destinatario de las imputaciones estimadas como injuriosas, y a cuya supuesta descalificación social se alude, Cura Párroco o Ecónomo de determinada localidad, debió haber sido o netamente negado, de ser así procedente o, por el contrario, recogida, en su caso, con todas sus posibles consecuencias, por el Tribunal sentenciador, que se limitó a consig-

nar, sin más, el mero carácter sacerdotal de dicho querellante; y ello no tanto a fines de una cuestionable «exceptio veritatis», conforme al art. 461 del C. p., por razón de la edificante ejemplaridad que ha de adornar a quien asume responsabilidades parroquiales de cura de almas como, muy señaladamente y en íntima relación con lo apuntado, por la influencia que dato tan relevante puede tener para una justa y exacta valoración del «animus iniurandi», necesariamente concatenado al área de intangibilidad crítica del censurado, deslinde borroso en la presente ocasión, dada la compleja personalidad del sacerdote querellante y la desbordada beligerancia político-social y aún subversiva que se le achaca, acompañada, en su concurrente vida de estudiante, de cierto desenfado en sus costumbres, difícilmente separable, todo ello, en el concepto público, de la silenciada investidura parroquial del criticado, aducida por el procesado recurrente; por lo que al prescindir el Tribunal de la puntualización positiva o negativa, que el recurrente echa de menos, como también del examen de las eventuales consecuencias jurídicas derivables de tal concreción, se ha privado de datos y elementos de juicio significativos, suscitados a su tiempo por el procesado y no desdeñables para el juzgador. Sentencia 13 mayo 1971.)

f) *Al amparo del núm. 4.º del art. 851: Punición por un delito más grave:* Esta Sala ha declarado que en algunos supuestos la prohibición de penar un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación, contenida en el núm. 4.º del art. 851 de la L. E. Crim., determinante de que pueda prosperar el recurso de casación por forma, debe entenderse también aplicable a aquellos casos en que se penen más delitos de los propuestos por las acusaciones, por atenderse de igual modo al principio acusatorio, rector de nuestro proceso penal, privando al inculpado de ejercitar oportunamente los medios de defensa de que pueda hallarse asistido, sorprendiéndole con un fallo condenatorio circunscrito o extensivo a una figura delictiva hasta el momento marginada por completo. (Sentencia 1 julio 1971.)

Entiende el recurrente que la Audiencia concedió a una de las víctimas mayor indemnización que la pedida; y no se acoge el motivo, porque las acusaciones se produjeron por el delito del art. 2.º, párr. 4.º, de la Ley de 24 diciembre 1962, que fue por el que se pronunciaron las condenas, y la responsabilidad civil, cualquiera que fuese la declarada, no puede ser impugnada por la vía de forma utilizada, sino por la de fondo correspondiente, ya que como expresó esta Sala en S. de 19 octubre 1960 (R. 3062), entre otras, el supuesto que contempla el número 4.º del art. 851 de la Ley procesal penal es absolutamente distinto al de condenarse a más responsabilidad civil que la pedida. (Sentencia 8 junio 1971.)

d) *Tramitación: Alcance del examen de las actuaciones:* El directo examen de las actuaciones practicado por esta Sala, conforme al art. 899 de la L. E. Crim. es susceptible de llevar a una mejor comprensión de los hechos probados, pero no a integrarlos o modificarlos, y menos en contra del reo. (Sentencia 12 mayo 1971.)

B. *Recurso de revisión: Ejercicio idóneo de la pretensión del art. 960:* El condenado no pudo cometer los delitos que se dicen perpetrados el día 31 de marzo 1960, al estar a la sazón preso en Francia con nombre distinto; por lo que procede anular en cuanto al mismo se refiere la referida sentencia con todas sus consecuen-

cias, sin prejuzgar el derecho que pueda tener el condenado a la indemnización prevista para estos casos por el art. 960 de la misma ley, al haberse declarado el mismo autor de tales delitos en diversas declaraciones prestadas en el período sumarial, y en una carta que firma en el sumario, es lo cierto que la petición formulada por su defensor en el acto de la vista, no puede ser resuelta en esta sentencia, por no existir datos para fijar tal indemnización, y además por no haber sido parte en este procedimiento de revisión la representación del Estado a quien se pretende se le condene sin ser oído. (Sentencia 9 junio 1971.)

AMELUNG, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens. (Protección de bienes jurídicos y protección de la sociedad. Investigaciones sobre el contenido de un principio del Derecho penal y el ámbito de aplicación del mismo a los fundamentos histórico-dogmáticos. Al mismo tiempo, un informe sobre la teoría de la «nocividad social» del delito), Athenäum Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 1972, 439 págs.

1. El tema del bien jurídico, cuya elaboración puramente dogmática en el Derecho penal se ha visto en considerable medida supeditada a un preferente tratamiento dispensado a aspectos filosóficos, ideológicos y sociológicos conexos al mismo, ha atraído en los últimos años, de modo especial a partir de las investigaciones de H. Jäger y P. Sina, la atención de un amplio sector de la doctrina.

Entre la más reciente literatura, merece ser destacada una importante monografía de K. Amelung, en la que se afronta con rigor técnico el examen de algunos aspectos de una de las cuestiones dogmáticas y metódicas que adolecen de incertidumbre y discrepancia acaso más acentuadas, en el actual grado de desarrollo de la Ciencia juridicopenal.

A las tres partes en que la presente investigación se halla fundamentalmente estructurada precede una común **Introducción**, donde se adelantan afirmaciones que podrían haber sido encuadradas, con mayor rigor sistemático, en el marco de unas finales conclusiones al estudio de la compleja temática que constituye objeto del trabajo.

2. En la **Parte I** de la obra es realizada una revisión del origen de la teoría del bien jurídico, en la que primordialmente se trata de destacar los respectivos postulados de las doctrinas de la «lesión de derecho» propias del movimiento político-criminal de reforma del Iluminismo, y de las tesis de la «protección de bienes» sustentadas sobre la base de las críticas de las precedentes formulaciones de la infracción jurídica.

En el punto de partida de la consideración inicial de este apartado se pone de relieve que, a través de las indagaciones histórico-comparadas de Moos, es conocido con certeza que ya Christian Wolff, último significativo representante de la antigua Escuela del Derecho natural no propugnadora aún de reforma social, desarrolló una teoría de la protección de «bienes», que se caracterizó por la puesta de relieve de determinados principios derivados de la Ética y que, en todo caso, alcanzó un efectivo reflejo en diversos penalistas del siglo XVIII.

En el círculo de examen de la dirección doctrinal de origen iluminista, se constata que el postulado de que una acción sólo debe ser conminada con sanción penal cuando lesiona derechos proviene del gran movimiento de:

reforma político-criminal que en la segunda mitad del siglo XVIII abarca toda Europa.

Como principal fundamento jurídico-cultural del indicado fenómeno, una obra capital de Montesquieu (*Esprit des Lois, Livre 12*), aparecida en Francia en 1784, abre la discusión relativa al Derecho penal vigente. Los enciclopedistas asumen en esencia los pensamientos en ella contenidos, y los desarrollan en ulteriores proposiciones reformistas.

Mediante la singular colaboración en este terreno de Overbeck y Voltaire, el espíritu rector del iluminismo francés atrae la atención del público europeo a las situaciones penales de la época, y prepara las bases para el decisivo resultado que en este ámbito jurídico alcanzara el escrito del joven C. Becaria (1764).

Apenas son, sin embargo, menos radicales con referencia a la pena capital las exigencias de otros autores coetáneos, como J. v. Sonnenfel y K. F. Hommel.

Diversos precedentes históricos, de significativa importancia en el desenvolvimiento científico del Derecho penal, como los debidos a Globig, Huster, Gmelin, Marat, v. Soden y Cellas, contribuyen además al movimiento renovador, que en definitiva hace sentir el efecto de sus más importantes fines políticos en la Revolución Francesa, y de sus logros jurídicos, en la legislación penal de varios Estados europeos de finales del XVIII y principios del XIX.

Finalmente, sólo en los últimos diez años del siglo de la Filosofía», emprenden Kleinschrod, Klein, Stubel, así como —bajo el influjo kantiano— Grolmann y Feuerbach la construcción de nuevos sistemas jurídico-penales.

Con la secularización del pensamiento de Estado introducida en el Derecho natural del siglo XVII, sobre la base del reconocimiento de que la ley suprema es el bien común, y no la voluntad de Dios, se da entrada al libre convenio de los ciudadanos en orden a la determinación del soberano.

Fundamento para la construcción de este sistema jurídico-racional es la teoría del contrato social, que cumple esencialmente la doble misión de trazar un cuadro de la sociedad sobre cuya base resulte fácil establecer lo que ha de considerarse nocivo a la colectividad, y de posibilitar una afirmación relativa al fin del Estado, en el sentido de entender que el mismo sólo puede ser perteneciente al mundo interior: **salus rei publicae lex suprema**.

Dentro de este contexto ideológico, el fin de la pena es determinable de modo más preciso: las personas renuncian a su estado natural para poder vivir pacíficamente en sociedad, y el Estado tiene que apartar a los ciudadanos que perturben el orden de paz por aquéllas establecido mediante el pacto social; el instrumento para la realización de tal cometido de garantía es precisamente la pena, cuya legitimidad queda circunscrita a los límites de conversión de las normas del contrato social en leyes jurídico-penales.

Los presupuestos filosóficos de los autores del iluminismo que creen poder derivar, de escasas premisas obtenidas a través de la experiencia, una forma de sociedad correcta, tanto funcional como éticamente, son removidos por Kant de un modo efectivo.

Sus fundamentos en el plano político, sin embargo, habían sido revisados ya anteriormente por Rousseau, al introducir la voluntad del pueblo como principio de la configuración política de la sociedad, entendiéndolo que, en la

medida en que tal voluntad popular gana terreno en materia del establecimiento legislativo, pasa a segundo plano la idea de la ilustración de que sólo son legítimas las leyes penales que garantizan las condiciones racionalmente reconocibles de una comunidad construida sobre la base de la alianza social.

Por su parte, dentro del círculo filosófico del neokantismo sudoccidental alemán, Rickert, Lask y Radbruch impulsan el voluntarismo inherente al juicio de valor positivo mediante el que se consagra el carácter merecedor de pena de determinados bienes jurídicos, hasta el extremo de llegar a afirmar que al Derecho penal incumbe proteger valores que no se pueden reconocer, sino sólo admitir.

Las transmisiones del pensamiento filosófico-social kantiano afectan principalmente a la teoría del delito de la dogmática jurídico-penal, en rigor, a partir de las formulaciones neokantianas, que, como irradiaciones de la teoría del fin del Estado de Kant, vienen a servir de fundamento a la doctrina de Feuerbach de la lesión del derecho.

La crítica de esta tesis es, en primer término, erigida por Mittermaier y por su discípulo Birnbaum, quienes tratan de reemplazarla por la teoría de la protección de bienes». Asimismo, en el círculo de la consideración crítica de aquella doctrina, por parte de la denominada Escuela positiva moderada, figuran nombres de liberales, como v. Wächter, y conservadores, como Jäcke, compañero de Stahl en la disputa.

Como es sabido, según el parecer de Mittermaier, la configuración de Feuerbach adolece del defecto de conducir a inadmisibles conclusiones en el ámbito de determinados supuestos típicos, que no pueden ser explicados desde la base de los principios filosóficos asumidos por este autor; así, resulta intolerable la justificación, en virtud del mero consentimiento del sujeto pasivo, de acciones típicas como las de bigamia o perjurio, del mismo modo que es inviable el encuadramiento de éste entre los tipos de estafa con pérdida del carácter sacramental.

Con todo, la doctrina de la lesión de derecho es, ciertamente, mantenida durante mucho tiempo a lo largo de la Ciencia penal. Su destino, sin embargo, se decide hacia 1830, cuando la Escuela histórica la desposee de sus fundamentos jurídico-naturales, y la dirección pragmática del positivismo moderado prepara su definitivo debilitamiento.

Ante la negativa de poderse definir al delito, con carácter puramente formal, como la acción conminada con una pena, Birnbaum trata de encontrar el criterio adecuado que permita describir el concepto de lo que es lesionado con la realización delictiva. Tras una breve crítica de la ley vigente, constata este autor que la misma suministra una doble determinación del delito, de naturaleza positiva y natural, respectivamente. Conforme a la primera, es delito la acción conminada por la ley con una pena. A tenor de la segunda, en cambio, es un comportamiento que según la esencia del Derecho penal debe ser reputado en la sociedad como punible. Con base en la apreciación de un concepto transpositivo —es decir, no legalista— del delito, entiende que jamás puede estimarse como fundamento la teoría de la lesión de derecho. La concepción del bien como objeto del delito asume, por el contrario, diversas ventajas. En efecto, permite una precisa descripción de los momentos de lesión y puesta en peligro, que posee directa relevancia en

los grados ejecutivos, y posibilita la separación entre los delitos contra los particulares y las acciones socialmente peligrosas, exigida por el reconocimiento inequívoco de que, no sólo existen bienes del individuo, sino también de la sociedad.

La «teoría de los bienes» de **Birbaum** se aparta fundamentalmente de la lesión del derecho en tres puntos significativos: 1) en la configuración del concepto del bien común, 2) en la ampliación del fin del Estado, y 3) en la renuncia a extraer la tesis del objeto de protección de la doctrina de las condiciones de vida humana en sociedad, como precedentemente habían hecho el iluminismo y el liberalismo originarios. Frente al pensamiento de la ilustración, que creyó poder determinar objetivamente las condiciones de una comunidad pacífica, los bienes susceptibles de garantía constituyen objetos de los que es de afirmar esencialmente que poseen valor social. No se tutela a los mismos porque se haya puesto en peligro la pacífica convivencia de los ciudadanos o la existencia misma del Estado, sino precisamente porque se estima que el carácter de ellos como bien común de la vida humana en sociedad integra criterio suficiente para proveer el aseguramiento penal.

La inmediata labor científica continuadora en el camino del «descubrimiento» de Birbaum correspondió a la concepción jurídico-penal de los **hegelianos** en el segundo tercio del siglo XIX, a cuyo núcleo central pertenece la descripción del delito como consciente rebelión frente a la voluntad general. Al inicial concepto de aquel autor se remonta Hälschner, con el propósito de conseguir determinar la concreta forma de aparición de esta general voluntad.

El camino para la ruptura del pensamiento de la tutela de bienes quedó libre a partir de 1867, con la formulación del injusto objetivo de Jhering, y la definitiva superación de la teoría hegeliana del delito por Merkel.

Por último, con la elaboración doctrinal de Binding y de Liszt se eleva la categoría de «bien jurídico» a la consideración de concepto fundamental del sistema del Derecho penal por ellos establecido. A través de una individualizada valoración crítica de ambas teorías, la obra aquí aludida trata expresamente de demostrar la exactitud del entendimiento de que para Binding —cuyo punto de partida es la ley— el Derecho posee, como tal, una autoridad insuperable, viéndose en el pensamiento de la protección de bienes únicamente un complemento y un enriquecimiento de la teoría del delito desarrollada con base en el concepto de norma, en tanto que para Liszt —quien parte de la consideración del hombre en sociedad— el Derecho no se legitima por sí mismo, sino por sus fines, haciéndose del bien jurídico precisamente el punto álgico del sistema dogmático del Derecho penal. Se llega incluso a describir, de modo gráfico, el contraste entre el formalismo bindigniano y el sociologismo lisztiano con una referencia a la posición liberal «de derechas» y a la posición liberal «de izquierdas» en el Derecho penal.

Con ciertas reflexiones de diverso sentido sobre las «teorías puras del objeto de protección» (entre las que son expresamente encuadradas las tesis de Oppenheim, Hirschberg, Oetker, Gerland, Beling y H. Mayer), algunas formulaciones de las «teorías de los intereses» (en cuyo círculo se alude concretamente a Hertz, Kessler, Merkel, Bünger y Heck), la separación entre bien jurídico y objeto de acción, y la discusión relativa al portador de los:

objetos de tutela, concluye la primera parte del trabajo, la cual, atendiendo de forma primordial a un período del desarrollo histórico de la teoría del bien jurídico, probablemente aparece como la mejor fundamentada del mismo.

3. La **Parte II**, en la que se pretende completar el examen del total proceso de la evolución histórico-dogmática, está dedicada al análisis del concepto de bien jurídico de las teorías del Derecho penal orientadas científico-espiritualmente (desde 1919 hasta la actualidad).

Un primer estadio de la orientación metódica y dogmática se inicia con la desmaterialización conceptual del objeto de tutela bajo el influjo del neokantismo sudoccidental alemán, sustentado esencialmente por Lask y Radbruch, sobre la base de la Filosofía valorativa de Rickert, en la que aparecen íntimamente conectadas las nociones de Ciencia cultural y de Sistema referido a valor. Particularmente se deja sentir el efecto de aquel pensamiento en Wolf, Würtenberger y Mittasch.

Un entronque común con la importancia metodológica del sistema referido a valor de las ciencias culturales poseen las teorías de Honig y de Schwinge, en las que se instaura con firme rigor técnico la «concepción teleológica» del bien jurídico. La influencia científica de las nociones dogmáticas del objeto de protección sustentadas por estos autores es amplia y significativa en diversos sectores de la doctrina penal, en cuyo círculo se someten particularmente a consideración crítica las tesis de Grünhut, Mezger y Schütze.

Una segunda fase de la dirección científico-espiritual en el ámbito de configuración del bien jurídico viene a coincidir, según la sistemática adoptada en el presente trabajo, con el proceso regresivo de las conexiones causales y del correlativo afianzamiento de la comprensión finalista del injusto. Se presta a este respecto especial atención a las teorías de H. Mayer y de H. Welzel, con singular referencia a los presupuestos filosóficos de Scheler y Hartmann. Indirectamente se operan importantes limitaciones críticas a las configuraciones del bien jurídico como situación o estado. Por último, se atiende al ulterior despliegue doctrinal efectuado por Krümpelmann y Schmidhäuser, autores que no postulan con carácter unilateral ni a favor de la «tesis de la situación» ni en pro de la pura «teoría inmaterial» de los bienes jurídicos.

Bajo el común epígrafe de la ausencia de significado de la Constitución del Reich de Weimar para las teorías del bien jurídico de los neokantianos, se afronta el examen del concepto de bien jurídico bajo el dominio del nacionalsocialismo, movimiento político fascista que, con base en el principio del sano sentimiento del pueblo alemán, impone un sistema penal que libra combate contra el dogma del bien jurídico, entendido como momento fundamentador del contenido material de injusto en el ámbito de las descripciones típicas delictivas.

Según la opinión consignada en la obra a que aquí se alude, resulta víctima de la disputa sobre el dogma de la lesión del bien jurídico el concepto teleológico del mismo, sustentado principalmente por Schwinge y Mezger, y a tenor del cual la valoración de tutela tiene también relación con los momentos espirituales, las formas del deseo y las características teleo-

lógico-formales de autoría. El punto de partida de tal debate se halla integrado por la pretensión de purificar de representaciones liberales el mundo conceptual de la dogmática nacional-socialista del Derecho penal. Constituye consecuencia esencial de la emancipación de las características subjetivas del injusto, que psicológicamente aparece como motivo para la superación del concepto teleológico del objeto protegido.

En el círculo de examen del enfrentamiento crítico a la noción tradicional de bien jurídico, se pone de relieve el hecho de que, en tanto los neokantianos sudoccidentales alemanes y la mayoría de los penalistas parten de la consideración de que a toda norma de delito corresponde un bien jurídico, en los últimos treinta años surge alguna duda sobre ello, con ciertos fundamentos histórico-políticos y dogmáticos. Si se equipara —como hace **Schaffstein**— la tesis de la protección de los bienes jurídicos con la teoría iluminista del daño social, se niega la existencia de objeto de tutela en el tipo de malos tratos de animales, dado que el mismo no posee ninguna utilidad social, toda vez que sirve sólo al fin moral de penar la manifestación de un mal espíritu. Por lo demás, es reconocida por diversos autores la existencia de una serie de delitos en los que el injusto no puede ser comprendido como lesión de un estado causalmente alterable.

Se presta seguidamente consideración especial al concepto de bien jurídico en relación con la Ley fundamental alemana, poniéndose de relieve la permanencia y la impasibilidad del mismo frente al cambio de Constitución de 1949. Se indica que por Jäger y Sina ha quedado asegurada la continuación de la política criminal del iluminismo con la exigencia de la protección penal únicamente de bienes jurídicos, acentuándose el carácter prepositivo y el contenido liberal de la noción de éstos, si bien la teoría inmaterial del objeto de tutela ha encontrado también resonancia después de la segunda Guerra Mundial en determinado sector de doctrina, dentro de cuyo círculo deben tenerse singularmente presentes las precisiones efectuadas por Arthur Kaufmann, Würtenberger, Lange y Salm.

Se destaca que en un intento clarificador de la problemática del concepto de bien jurídico durante la postguerra, Krümpelmann llega a la conclusión de que en la teoría de Welzel bien jurídico y objeto de hecho se identifican, en contraste a la corriente de doctrina tradicional, que consideró como objeto protegido la institución jurídica tutelada a través de una sanción penal.

En íntima conexión con el planteamiento welzeliano, se advierte que las reflexiones relativas a un concepto inmaterial de bien jurídico se agudizan en los términos de formulación de la teoría de Schmidhäuser, para quien la lesión de bien jurídico viene a identificarse con el fenómeno espiritual de lesión de deber; en tanto se entiende que la causación de resultado y la puesta en peligro se relacionan con el denominado objeto del bien jurídico real (que se corresponde con el bien bien jurídico en el sentido de Welzel), el objeto de hecho es definido como categoría residual y sin consideración alguna a las funciones positivas del mismo en el tipo: con ello, en suma, el bien jurídico se sustancia en la pretensión de respeto que parte de un objeto de bien jurídico.

Por último, junto a una revisión de la teoría de Jäger, relativa a la prue-

ba del contenido liberal prepositivo del bien jurídico con particular alusión al Derecho penal sexual, se examinan las posiciones de Roxin y Sax, que tratan de justificar sobre la base de las exigencias constitucionales el pensamiento de la protección penal de los bienes jurídicos.

Según el criterio de la presente obra, sin embargo el resultado del examen crítico de tales teorías es alarmante, a causa de la insatisfactoria configuración en ellas operada del concepto de daño social. Con arreglo a la normativa de la Constitución, el afirmar la penalidad de lo puramente inercial —como tal— contradice los fines del Estado moderno. La necesidad de conectar el Ordenamiento de valor de la ley fundamental con el Ordenamiento jurídico penal de los bienes deriva del propio art. 1 de la GG, en virtud del cual el legislador ha de establecer normas que sean coincidentes con las decisiones valorativas fundamentales. No obstante, el deslinde de ambos Ordenes jurídicos ha de ser fundamentado por la doctrina, sobre la base de consideración de supuestos concretos.

A este respecto, se advierte que, ante hipótesis en las que no puede ser aclarado con seguridad si un hecho produce efectos socialmente nocivos, autores como Klug, Rudolphi y Scheneider estiman que el legislador ha de observar el principio fundamental «in dubio pro libertate», en tanto que Ehmke, Hesse y Engisch, entre otros, niegan con firmeza la vigencia de este axioma, que en todo casi integra una máxima más apreciada en general por los penalistas que por los constitucionalistas.

4. En la **Parte III** de la obra se propone el autor realizar un esbozo de una propia teoría de la nocividad social (**Sozialschädlichkeit**), que, partiendo de presupuestos sociológicos, venga a ser aplicable en el ámbito del Derecho penal.

A tal efecto, comienza afirmando que la investigación del problema de si la Constitución exige que el legislador prohíba sólo acciones socialmente nocivas conduce, precisamente, al entendimiento de que el Estado contrasta los principios consignados en el art. 20 GG cuando hace uso de sus facultades legislativas para fines distintos al aseguramiento de la existencia de los ciudadanos.

La respuesta al problema relativo a la determinación de aquello que contradice la meta estatal de la garantía de las condiciones de vida social humana no se debe hacer plenamente dependiente del legislador, como Binding pretendió con su doctrina de la protección de los bienes jurídicos. Por otra parte, de una crítica de las representaciones sociales de Jhering y Liszt deriva que las teorías de los intereses no pueden servir de origen a una tesis transpositiva del daño social.

Sobre la base de la crítica del cuadro social de la teoría inmaterial conectada en su génesis con Rickert, debe entenderse como la más importante consecuencia de las correspondientes investigaciones el hecho de que la tesis jurídico-penal dirigida científico-espiritualmente fracasa en los singulares planos de los sistemas sociales y de las conexiones causales específicamente sociales.

La superación del punto de vista de Jäger, relativo a que el pensamiento de la garantía penal obliga al legislador a proteger solamente «realidades» que no son creadas por el Ordenamiento jurídico, estriba en la considera-

ción de que, si bien se llevara con seriedad tal criterio a una concepción político-criminal, surgirían obstáculos ante una serie de supuestos típicos, como los delitos propios de los funcionarios, los delitos de expresión, los delitos contra la propiedad..., en los que los respectivos objetos de protección han sido precisamente configurados por el Ordenamiento jurídico.

Representa un dato significativo de la inseguridad de la nueva Ciencia del Derecho penal, en la determinación del medio del daño social, la circunstancia de que la teoría del bien jurídico se haya escindida, a partir del giro científico-espiritual, en dos variantes: una, «inmaterial», y otra, «realista». Mientras en aquella dirección se manifiesta el declive de la teoría penalista orientada según la espiritualización de lo social, en ésta pervive la herencia del naturalismo.

Conforme a una teoría «inmaterial» pura de los bienes, no se describen en absoluto realizaciones del hecho punible. Los bienes son sólo valores ideales, pertenecientes a una esfera que exime por completo al legislador de toda realización de índole fáctico-causal. Desde el punto de vista de una concepción que se preocupa por acentuar el carácter real del bien jurídico, por el contrario, no existe inconveniente en considerar que bien jurídico de la ley de protección de animales de 1933 es el propio animal. La lesión causal del bien jurídico es el dolor causado al mismo. Pero la consecuencia **social** de los malos tratos de animales, integrante de peligrosidad para la comunidad **humana**, evidentemente no puede consistir en el dolor ocasionado.

Proporcionan otra muestra de erróneos efectos de estimación de la social las teorías de la protección del sentimiento, que hasta hoy, tanto en la exégesis de antiguos tipos como en la configuración de nuevas figuras legales, juegan un papel no insignificante. Los sentimientos de terceras personas, cuya lesión traduce un efecto de repulsa, pertenecen al mundo externo ajeno al autor.

En conclusión, se considera que es insostenible la exigencia de que el Derecho penal, para la prevención de daños sociales, deba tutelar sólo realidades preexistentes. Y, en sentido contrario, se entiende que una comprensión de los bienes culturales es plena de sentido y fructífera, al permitir determinar los daños sociales, no como perjuicio de la vida humana en sociedad, sino en rigor como manifestación de contrariedad a cultura.

Dentro del bosquejo de una teoría de la nocividad social, se alude finalmente, de un lado, a la consideración de la sociedad como sistema de interacción y, de otro, al intento de un control de las implicaciones políticas, con carácter previo a toda aplicación en el ámbito del Derecho penal.

Los sistemas sociales solucionan sus problemas de mantenimiento, no sólo con la formación de estructuras, sino en especial mediante la institucionalización de normas. La naturaleza de esta superación del problema del contenido de las normas estructurales se constata, en el Ordenamiento jurídico alemán, en parte mediante la ley fundamental y en parte a través de la disposición positiva del legislador ordinario. Como mecanismo de control social, el Derecho penal cumple la misión de garantizar la validez de las normas a tal ámbito aplicables, y aún más concretamente, de asegurar la estructura del sistema social.

El significado del problema de la función social de una norma penal es

destacado cuando se tiene presente que, por exigencias constitucionales, el Ordenamiento punitivo debe prohibir sólo el actuar socialmente nocivo. En virtud de este principio de naturaleza fundamental, la norma penal puede ser establecida nada más que cuando efectivamente opere una contribución al mantenimiento del sistema social de la comunidad.

En todo caso, la noción de función ha de ser nítidamente separada de la de fin. En efecto, correlato del concepto de fin son los de acción y sujeto agente, en tanto que del concepto de función lo son los de sistema y problema de sistema. La búsqueda de la función social de una norma penal integra, en esencia, algo distinto de la indagación del fin de la misma. En cierto sentido, casi la totalidad de las normas penales son multifuncionales, ofreciendo relevancia en cada sistema de interacción, en cuanto fundamento de la integración del agente.

A la teoría sociológica del sistema corresponde el mérito de designar el sistema social como lugar de determinación de las realizaciones socialmente nocivas del delito, indicando con exactitud dónde se ubican las consecuencias perjudiciales de éste.

En el círculo de aplicación del pensamiento de la nocividad social al ámbito del Derecho penal, sin embargo, ha de tenerse presente, como aspecto negativo de ella, la existencia de limitaciones liberales y dogmáticas de la misma.

Por lo que respecta a los límites liberales, debe considerarse la circunstancia de que el pensamiento de daño social en el conjunto de principios fundamentales del Derecho penal suministra únicamente un primer argumento, cuya exacta amplitud es precisada a través de la vigencia de otros principios. Puede apreciarse sobre ello un perdurable provecho de la temprana crítica al concepto teleológico de bien jurídico, erigida en la misma década de la formulación de éste.

Con referencia a los límites de carácter dogmático, es preciso tener en cuenta que el concepto del delito como lesión de un sistema social no puede reemplazar al dogma del delito como lesión de un bien jurídico. En efecto, en una tal misión falta a aquel entendimiento el específico privilegio de la idea de la protección de bienes, representado por el inmediato desarrollo del objeto de la realización de daño de un delito sobre la base de un juicio de valor.

5. Como indicaciones críticas generales referidas a la presente exposición doctrinal, ha de advertirse, en primer término, que en la misma se lleva a cabo una rigurosa investigación relativa a diversas dimensiones del objeto protegido en Derecho penal, en la que se presta preferente atención a los aspectos histórico, sociológico, político-constitucional e ideológico que la temática ofrece, en detrimento, sin embargo, del estudio de las estrictas cuestiones dogmáticas inherentes a la misma.

Dentro de los límites de esta autorrestricción inicial de perspectivas, procede en sentido positivo destacar el dilatado alcance y la rigurosa selección de las fuentes bibliográficas utilizadas en el desarrollo técnico de la línea argumental básica del trabajo de referencia, el cual constituye la más documentada eposición de conjunto en la Ciencia penal alemana sobre el concreto concepto de bien jurídico.

Con rigor sistemático que puede llegarse a calificar de ejemplar, afronta el autor un examen, internamente coordinado, de múltiples formulaciones doctrinales de diversa orientación entre las que a lo largo del extenso proceso de la evolución histórico-dogmática del objeto de tutela han sido sustentadas en la elaboración científica de esta categoría penal.

Junto a una acentuada preocupación metódica en el análisis respectivo de las diferentes posiciones de doctrina, merece ser puesto particularmente de relieve el constante sentido crítico que inspira el tratamiento efectuado de las singulares cuestiones fundamentales en el ámbito de consideración de las correspondientes líneas de pensamiento.

Si bien debe entenderse que la solidez de las apreciaciones críticas aludidas representa por lo general un valor permanente en esta obra, precisamente un exceso de valoración de opiniones ajenas, en ocasiones, perjudica en gran medida la originalidad y el alcance de una requerida toma de posición personal ante los diversos problemas técnicos suscitados por concepciones del bien jurídico y de la protección de la sociedad, y por las recíprocas interferencias de las mismas.

En tal sentido, se echa de menos en el presente planteamiento científico una construcción original, suficientemente fundada, del concepto y funciones del bien jurídico en el Derecho penal. La minuciosidad del examen realizado con referencia a tesis ajenas contrasta con el deficiente desarrollo dispensado a la elaboración original propia en el ámbito dogmático, sobre todo, de la teoría del delito.

La deficiencia técnico-jurídica de la contribución a que se alude, por otro lado tan bien documentada bibliográficamente, afecta no sólo al círculo concreto de la delimitación conceptual del objeto tutelado, sino también al plano de la descripción de la nocividad social del delito, así como a las supuestas relaciones de ambos sectores básicos entre sí.

En lo que se refiere específicamente a la teoría del bien jurídico, la posición adoptada por el autor en la suficientemente amplia como para albergar la generalidad de los momentos categoriales susceptibles de garantía penal, en presencia de una consideración conjunta de todas las acciones típicas. Pero al propio tiempo, a causa de una excesiva ambigüedad, se halla privada del rigor necesario para permitir delimitar con exactitud la naturaleza esencial de aquel concepto, y las funciones dogmáticas del mismo.

En este aspecto, en suma, merece la presente obra un enjuiciamiento negativo, toda vez que en ella no se tiene presente la dinámica de la relación de valor inherente al concepto de bien tutelado a través de los pronunciamientos del legislador positivo, para la construcción dogmática de un concepto técnico de bien jurídico, ni se afronta expresamente ningún aspecto fundamental de la extensa problemática de ponderación de las principales implicaciones axiológicas, teleológicas, metódicas y dogmáticas de éste en la teoría del delito.

Las meras referencias críticas a las distintas formulaciones doctrinales, constatables a lo largo de la evolución histórico-dogmática de esta categoría en el Derecho penal, no satisfacen las auténticas pretensiones científicas actuales de llegar a determinar si el concepto de bien jurídico es necesario o no (y, en su caso, en qué sentido y medida concretos) en la estructura del delito y en el total sistema científico del Ordenamiento punitivo.

En lo concerniente a la teoría de la nocividad social, conviene tener presente que en la actual investigación se pone de manifiesto la circunstancia de que la tesis de la garantía de las condiciones de vida humana en sociedad, debidas al iluminismo y al liberalismo originario del siglo XVIII, tienen muy poco que ver con los postulados de las teorías de la protección de bienes, surgidas en el círculo penalista alemán del siglo XIX. Los respectivos principios esenciales de sendos núcleos de doctrina son ciertamente diferentes. De igual modo las reivindicaciones sociales pretendidas por ambas concepciones, y las exigencias jurídicas que de las mismas derivan son de distinto orden y poseen un alcance y contenido muy diversos.

Estas circunstancias son en efecto, debidamente destacadas en el trabajo a que se alude. Pero en él no se logra, por el contrario, aclarar de forma precisa el hecho de que la separación entre los respectivos presupuestos filosóficos e ideológicos no implica, en modo alguno, una correlativa diversidad de postulados y exigencias jurídicas.

Con ello, se omite prestar la debida atención a la sustancial relación que media entre aquellas tesis doctrinales, al tiempo que no se comprende la relevancia de las condiciones de la vida humana en sociedad para la configuración del concepto de bien jurídico. Toda noción penal técnica de éste ha de tener presente en su base la idea de la satisfacción de necesidades humanas en la convivencia colectiva.

Una supuesta comprensión del bien jurídico que no responda a auténticas exigencias del bienestar social, y que por consiguiente sólo artificialmente sea fundada en un acto dispositivo del legislador carece por completo de justificación sustancial y de intrínseca relevancia según el propio espíritu del Derecho penal, entendido como Ordenamiento regulador de la vida social con referencia a esferas únicamente determinables en virtud de la aplicación de principios objetivos de valor.

Precisamente porque el bien jurídico no puede consustancialmente ser construido a espaldas de la realidad social cuya ordenación pretende el Derecho penal, se halla destinada al fracaso toda elaboración de la teoría de las condiciones de vida humana en sociedad que en este ámbito normativo pretenda ser contrapuesta a los postulados dimanantes de la tesis del objeto en él protegido.

Así ocurre, de hecho con el desarrollo doctrinal efectuado en la exposición de referencia, mediante el auxilio de la teoría sociológica del sistema, a la que efectivamente tienen que ser reconocidos límites, no sólo de naturaleza liberal, sino también de carácter puramente dogmático.

La circunstancia de que el principio de la garantía de la sociedad excede abiertamente el ámbito del bien jurídico en Derecho penal no exige aclaración alguna. Desconectar la noción del objeto protegido de las reales exigencias de la vida social representa, en cambio, un defecto insalvable en el plano técnico de la elaboración de una teoría concerniente a una materia sobre la cual se fundamentan consecuencias de eficacia punitiva.

De las presentes consideraciones puede deducirse, en síntesis, que el tema del bien jurídico, tras la reciente relevante investigación a que se acaba de aludir, requiere en todo caso aun complementarios, pero imprescindibles, aportes esclarecedores en plurales dimensiones dentro de la dogmática de la Ciencia penal.

DALLOZ: «Code de Procédure pénale. Code de Justice militaire». París, Librairie Dalloz. 1973-74. 770 págs.

Innecesario presentar este nuevo ejemplar de los «Petits Codes Dalloz». Desde los primeros años del siglo son bien conocidos y el de procedimiento Penal, editado junto con el de Justicia militar, alcanza ahora su decimoquinta edición.

Nos limitaremos, pues a dar su noticia, no sin poner de relieve cuánto supone esta publicación en verdad **ejemplar**, en un formato de bolsillo, aun alcanzando la 5770 páginas, y blanco papel biblia, con nítida impresión aún en el pequeño cuerpo de abundantes notas de jurisprudencia, a modo de comentario al día, que sigue al texto de cada artículo, así como toda la legislación complementaria, con cita de las diversas reformas legales.

Esta edición se hizo con el concurso del Doctor Pierre André Moreau y del Consejero honorario, M. Devise, del Tribunal de Casación. Rigurosamente al día, es singularmente utilísima, habida cuenta de las últimas importantes reformas legislativas en Francia, así como de conjunto de obras de la editorial Dalloz que semanal y permanentemente se editan, de las de este Código es primer o básico elemento: Recueil, Bulletin, Repertoire, que comprenden tanto la legislación como la jurisprudencia.

A los índices por materias, cronológico y alfabético, muy cuidados, siguen unas tablas de concordancia de los tribunales de este Código con los antiguos textos, del Código de Instrucción Criminal y no codificados.

Obra tan esperada como necesaria tras las últimas reformas de la vecina república (que a algunos harán recordar que cualquier tiempo pasado fue mejor). Piénsese, por ejemplo, en las Leyes núm. 72-5, de 3 de enero de 1972 y núm. 72-1226, de 29 de diciembre de 1972.

Confíemos poder ver la edición del año próximo, con el proyecto de ley adoptado por el Consejo de Ministros francés en su reunión de 1.º de agosto de 1973, tras el cual bien podrá decirse que el secreto de la instrucción sumarial desaparece en Francia, con la publicación o publicidad de los debates ante el Tribunal de acusación. Porque en los principales asuntos, en los más delicados, difíciles o sensacionales, en los más importantes (¿y cuáles no lo son para un acusado?) pronto habrá una apelación, tras la cual será legalmente posible tal publicidad, poniendo fin al «secreto del sumario».

PASCUAL MENEU

FAIREN GUILLEN, Víctor: «Meditaciones sobre una exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código Penal». Colección de estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal. Universidad de Valencia 1973.

El presente libro inicia una serie de estudios, que el Instituto de Criminología y el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia se proponen publicar, según la presentación que al mismo precede, de su Director, Prof. Dr. Manuel Cobo del Rosal.

El catedrático de Derecho procesal en la Universidad de Valencia, Profesor

Dr. Víctor Fairén Guillén, autor de la obra, realiza unas "meditaciones" profundamente críticas a la «Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del libro I del Código penal», que la Comisión General de Codificación hizo pública en diciembre de 1972. Se trataba de sentar unas bases de reforma de la normativa reguladora de la parte general, y en concreto unas «disposiciones generales relativas a la ley penal, al delito, al delincuente y a la responsabilidad», enunciados correspondientes de forma correlativa a los títulos I al IV del Libro I, redactado conforme al Anteproyecto.

El espíritu que anima la crítica del Prof. Fairén, es el propio que debe inspirar toda reforma jurídica, y no otro como el que, según el autor, parece haber movido a la Comisión General de Codificación, cuando al comentar el prólogo de la Exposición, concluye que los motivos de orden político «...siguen siendo fundamentales en esta pretendida elaboración de un C. p. nuevo («La estructura institucional del Estado», las relaciones Estado-individuo, la realidad económica; «¡no se nos diga que se trata solamente de motivos técnico-científicos!»)».

Se pasa revista a diversos puntos concretos del Anteproyecto, que de algún modo plantean problemas al jurista, según expone de manera diáfana el autor. Así; la referencia a la «plataforma continental» al aludirse a la extensión territorial de la ley penal; la posible condena en rebeldía, a la que se opone terminantemente el Prof. Fairén; la monopolización, certeramente criticada, de la legitimación para pedir la extradición por parte del Ministerio Fiscal; problemas de retroactividad, conexión, imputabilidad, medida de seguridad a imponer al ex-menor, cambio de la expresión «oficio o cargo» por «profesión o actividad» (en la exigente de «cumplimiento del deber...»); se aboga por la institucionalización de jueces «penitenciarios» o de «ejecución», salvo en el caso de peligrosidad, pues el juez que condenó debe dirigir personalmente la ejecución en estos casos; la prescripción y el indulto, no admitiéndose el «indulto anticipado»; la alusión a que se regule la no imposición de sanciones penales por organismos no-tribunales.

Se ha querido dejar aparte, por merecer especial atención del autor, el trato que se otorga a las cuestiones relativas a la peligrosidad, así como a las que giran en torno de la sanción penal.

En principio, se siente la duda de la constitucionalidad de las Leyes de Peligrosidad, por la dicción misma del art. 19 del Fuero de los Españoles. Analiza problemas específicos, que suscitan las relaciones entre un posible Código penal basado en este Anteproyecto, y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, como, por ejemplo, el quebrantamiento del principio «non bis in idem», y la interferencia de las respectivas competencias jurisdiccionales, negándose a que el juez penal falle en asuntos de peligrosidad, con lo que se pone en tela de juicio la regulación que se pretende a esta problemática. Es clarividente la postura del Prof. Fairén, respecto a la admisión o no de la peligrosidad, al afirmar de forma encomiable: «Conste aquí nuestra no total conformidad con un sistema que admita la existencia de peligrosidad —especialmente, la predelictual—, por lo que de alarmante tiene para los Derechos fundamentales del ciudadano y sus garantías».

Son también de sumo interés, las argumentaciones que confecciona en torno a la sanción penal, que parece ser un supra-concepto que engloba a

la pena y a la medida de seguridad, trasluciendo una posición dualista, que recuerda a Vorr Listz, en palabras del autor, produciéndose una enorme ambigüedad en su diferenciación e incluso llegándose al encubrimiento de muchas penas bajo el emblema de la medida de seguridad, siendo éstas, en ocasiones, no siempre post-delictuales.

Junto a estas críticas a temas concretos, se hace mención a «contradicciones o al menos antinomias» surgidas del Anteproyecto, así como a una tendencia marcada «contra reo», observándose, en esta línea, la admisión de la pena de muerte.

Si pensamos que la idea de Justicia y de defensa de los derechos del individuo, respetándose los de la sociedad, son pilares básicos en toda reforma jurídica, son agudas las precisiones del Prof. Fairén, cuando al referirse al principio de legalidad, vislumbra en su instauración legislativa un ánimo de que «surta buena impresión» en Europa Occidental, cuando se debe aspirar el «acierto en la Justicia», e, igualmente, cuando considera «la tragedia que para el individuo libre supondría un «unificacionismo» de pena y medida de seguridad, aún cuando fuere, según desgarrada y acertadísima expresión de Bricola, «camuflando aquéllas bajo éstas». Esta tragedia arrastraría, en primer lugar, a los derechos individuales».

Se concluye, con unas alusiones al peligro que encierran en sí las medidas de seguridad y el proceso por peligrosidad —arbitrio judicial, prueba indiciaria, sentencia indeterminada— para el individuo, dando por último unas normas que deben guiar al «reformador», contribuyendo en éste proceso —el de la reforma—, con la sana crítica que la doctrina proporciona, siendo aún de más valor, cuando, como en el presente estudio se mueve en el terreno puramente técnico-jurídico.

JAVIER BOIX

FERNANDEZ BOIXADER, Narciso: «El documento auténtico en el recurso de casación penal». Madrid, 1973. 300 páginas. Prólogo de Antonio Ferrersama.

Es de todos conocida la trilogía de obras de Narciso Fernández Boixader —*El Abogado ante el Sumario, El Abogado ante el Juicio Oral y El Recurso de Casación Penal*— de tanta utilidad práctica para los abogados que se inician en el ejercicio de la profesión, e incluso para los que ya no somos jóvenes, porque en ellas encontramos buenos instrumentos de trabajo en nuestro diario quehacer ante los Tribunales de Justicia.

El autor de esta nueva obra que vamos a comentar se enfrenta con el problema más debatido, dentro de la órbita de la casación, cual es el concepto de la autenticidad documental. La Ley no lo define, y ni siquiera en su articulado se puede recoger el espíritu, la base de este concepto, lo que dio lugar a un verdadero caos de interpretaciones dispares, siquiera la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo haya procurado, con su sabia doctrina, llenar la indudable laguna.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 28 de junio de 1932, creó el segundo motivo del art. 849 de dicho Cuerpo Legal, por el deseo

de que en el ordenamiento procesal penal hubiera un artículo análogo al núm. 7.º del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, inspirado en el anhelo de dar al recurso penal una mayor flexibilidad, una dimensión más adecuada a su naturaleza procesal. No tuvo gran trascendencia la reforma llevada a cabo en el año 1949, sobre la tramitación del recurso, que no modificó en nada la redacción del núm. 2.º del artículo 849.

Ya anteriormente en "El recurso de casación penal", Fernández Boixader se atrevió a dar una definición del documento auténtico «**como aquel, que, emitido u otorgado por autoridad o funcionario público debidamente autorizado, o el privado reconocido a la presencia judicial, presenta un contenido de verdad indudable y evidente, relativo a un hecho absolutamente cierto, y no derivada su certeza de una mera manifestación, aprecio, parecer, opinión o juicio personal, aunque sea científico o facultativo**». Ahora, teniendo en cuenta los requisitos y condiciones exigidos por la doctrina del Tribunal Supremo, con lenguaje sencillo y claro, perfila aún más el concepto de documento auténtico como: «**La prueba plena o portadora de la verdad incontrovertible, invulnerable e irresistible a toda hipótesis, discusión o duda y unificada de aquellas credenciales extrínsecas e intrínsecas que la legitiman en cuanto a su forma y procedencia**».

La mencionada doctrina jurisprudencial se recoge en múltiples Sentencias, de las que resalta la de 10 de febrero de 1947, que nos enseña: «Que son documentos auténticos a efectos de casación aquellos que, además de reunir las propias formalidades intrínsecas, constituyen en cuanto al fondo, por sí mismo, la prueba plena e inatacable de la rigurosa e indubitada certeza de los hechos que en los mismos se consignan o revelan, mereciendo el concepto de declaraciones de verdad, y no de simples manifestaciones de voluntad», doctrina certeramente interpretada por Boixader, al explicar qué es lo que nuestro más Alto Tribunal ha querido decir al emplear y presentar como antagónicos los conceptos «declaraciones de verdad» y «manifestaciones de voluntad».

Con el mayor detalle, después de un estudio exhaustivo de la jurisprudencia en esta materia, llega a sintetizar los requisitos y condiciones para que un documento pueda ser considerado auténtico, a efectos de casación, en la forma siguiente: PRIMERO.—Que el documento esté expedido o librado por persona facultada expresa y específicamente para ello. (**Función específica**). SEGUNDO.—Que su literalidad no dé lugar a dudas o interpretaciones equívocas (**Expresión gramatical correcta**). TERCERO.—Que el documento ostente la fórmula de dictamen, certificado o diligencia (**Formulismo auténtico**). CUARTO.—Que su fondo o contenido haga referencia a datos, archivos o secciones relativos exclusivamente a la función específica de la persona que libra o expide el documento. (Referencia estricta). QUINTO.—Que tratándose de un diligenciado, se lleve a efecto precisamente por la Autoridad o Delegado a quien corresponda y bajo la certificación del fedatario (**actuación exclusiva**). SEXTO.—Que en las actas diligenciadas no aparezcan en su contenido juicios, críticas o pareceres de la Autoridad o delegado que lleve a cabo la diligencia, sino exclusiva y simplemente sus captaciones de vista y oído. (**Impresiones de «visu» y de «audit»**). SEPTIMO.—Que lo declarado por el documento esté en franca y absoluta contradicción con las premisas de facto de la sentencia. (**Supuestos contradictorios**).

OCTAVO.—Que el contenido del documento no haga referencia a manifestaciones de voluntad (**Verdades subjetivas**). NOVENO.—Que el documento, por su fondo intrínseco, proclame una verdad plena innegable e incontrovertible. (**Certeza axiomática**). DECIMO.—Que la verdad contenida en el documento haga fe hacienda por sí misma, siendo irresistible a toda hipótesis, deducción o razonamiento. (**Supremacía de la verdad incontrovertible**). Y, finalmente, que el documento haya figurado en el proceso.

Se declara entusiasta, opinión que compartimos, de la ardua labor que lleva a cabo la Sala II del Tribunal Supremo, y critica duramente a los que consideran que el documento auténtico es un mito creado caprichosamente, una entelequia, que carece de evidente realidad, cuando lo cierto es que tiene una génesis perfectamente reglamentada, obediente a presupuestos minuciosamente designados y escrupulosamente escogidos por su valoración, que se agrupan para formar un complejo uniforme, subordinado a un denominador común, cuya virtualidad es el logro de la verdad incontrovertible. Estima, sin embargo, que hay que conceder más amplitud, más flexibilidad, más vida a este recurso amparado en el núm. 2.º del art. 849 de la Ley Procesal Criminal, que hoy se mueve dentro de estrechos moldes, para dar entrada a medios probatorios que por provenir de autoridades en el ejercicio de sus funciones, son portadoras de verdades inconcusas, como pueden ser los informes de la Policía de Tráfico, tan minuciosos y tan perfectos, incluso por sus fotografías, o los dictámenes de la Escuela de Medicina Legal, que es algo más que una prueba pericial, por la misión oficial de ilustrar a los Tribunales de Justicia, con sus conocimientos científicos.

Consideramos del mayor interés el planteamiento del problema de las pruebas preconstituidas, que resuelve con la generosa ayuda de un gran maestro de la casación penal, Angel Escudero del Corral, para llegar a la conclusión de que tienen dicho carácter no sólo las públicas y privadas, sino también las diligencias de inspección ocular y de reconocimientos judiciales.

El libro de Narciso Fernández Boixader no se limita, como podría suponerse por el título, a estudiar el concepto del documento auténtico a efectos de casación, aunque sea el tema primordial, sino que aborda toda la problemática del recurso de casación por el cauce del núm. 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lo relativo a la preparación, interposición, sustanciación y decisión del mismo, con precios formularios de la mayor utilidad en la práctica.

Estamos ante un libro bien concebido y mejor escrito sobre un tema siempre de actualidad, de preocupación constante para los profesionales del derecho y para los estudiosos del Derecho Procesal Penal, expuesto con decisión y claridad, prenda indudable del que además de su veteranía, goza de fama, bien ganada, de magnífico abogado criminalista, sobre todo, en el sentir de los que nos honramos por ser compañeros suyos en la especialidad.

FERRACUTI: «Appunti di Criminologia». A cura di Franco Ferracuti. Bulzoni editore. Roma, 1970.

Observando la falta en la bibliografía italiana de un actual libro de criminología para los estudiantes de Derecho, el profesor Ferracuti tuvo la feliz idea de editar en el que nos ocupa una selección de artículos magistrales dispersos en las principales revistas de la especialidad, junto con otros escritos para esta edición, formando así un libro que, junto con el del profesor Radzinowicz «Ideologia e Criminalita» (Giuffré, Milano, 1968), sirviera de sólida base a los estudios universitarios.

Libro actual y bien logrado, con cuyo conocimiento ganarán mucho los profesionales en general, y que bien quisiéramos ver en manos de cuantos trabajan en la justicia penal, desde una u otra vertiente.

Se abre con las páginas de Vassalli sobre Criminología y justicia penal, y las de Di Tullio sobre la obra del médico en la lucha contra la criminalidad. Precisamente el considerar la obra de este último orientada hacia una concepción médica, clínica, de la criminología, movió a Ferracuti a editar el libro que nos ocupa.

Del editor son varios trabajos bien logrados, uno en colaboración con Gianni, sobre tendencias dominantes en la investigación criminológica italiana durante los últimos cinco años, contribuciones psicológicas a la criminología clínica, prevención de la delincuencia en los países con rápidos cambios sociales, el comportamiento agresivo violento como fenómeno socio-psicológico, migración europea y criminalidad, aspecto psicológico de la reincidencia, métodos psicológicos de la acción para la enmienda y otro tema tan actual como los aspectos criminológicos de los fraudes alimentarios.

De Ranieri publica un artículo sobre Franz von Liszt y la escuela positiva en Italia, aparecido en la revista «Scuela Positiva», el año 1969 en su número 3.

De autores anglosajones encontramos valiosas contribuciones de Reckless y Wolfgang: una nueva teoría de la delincuencia y del delito y las futuras líneas del desarrollo de la investigación en criminología.

Nombres tan conocidos y prestigiosos cual G. Canepa y C. De Vincentiis, por sus aportaciones al movimiento de Defensa Social en Italia, vienen a estas páginas por sus trabajos sobre la clasificación de delincuentes y aspectos criminológicos de las intoxicaciones voluntarias.

Leggeri ilustrará al lector sobre aspectos psiquiátricos de la criminología, Giannini sobre economía y criminalidad, Di Gennaro trata viejas y nuevas hipótesis sobre la criminalidad femenina y Barra Schiano sobre tema tan interesante y discutido cual los medios de comunicación de masas y criminogénesis.

Otras aportaciones de Fontanesi, Carassai, Cortellessa, Meogrossi y Fraga sobre análogas materias completan este interesantísimo libro, en cuyo vario y bien selecto contenido no podemos detenernos más en esta breve nota.

Baste con señalar su subido interés no sólo para el universitario, sino también para el profesional del Derecho, por la autoridad y actualidad de.

las aportaciones seleccionadas y por cuanto supone hacer fácilmente asequibles las que hasta ahora estaban publicadas en varias revistas de la especialidad.

PASCUAL MENEU MONLEÓN

HASSEMER, Winfried: Theorie und Sociologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre. (Teoría y sociología del delito. Apreciaciones en torno a una doctrina del bien jurídico orientada a la praxis)», Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main, 1973, pp. 268.

En el marco de las cuestiones fundamentales de carácter académico que preocupan a la Universidad alemana de la actualidad, sobre la base de una racional distribución de los estamentos docente y estudiantil, acaso sean de anotar particularmente el fenómeno de la proliferación de cátedras universitarias —con frecuencia, de reciente origen—, y la problemática inherente al sistema de acceso a las mismas. Como es sabido, ha venido constituyendo requisito tradicional para la designación de los titulares de la enseñanza superior germánica la presentación y defensa de un escrito de habilitación, superado el cual en el seno de una determinada Universidad el docente normalmente recibía, con mayor o menor regularidad y celeridad, de otro distinto claustro universitario la llamada profesoral ordinaria. Tal método, que como regla general subsiste, en modo alguno asume actualmente un carácter incondicional: se procede así, a veces, en ciertas Facultades tudesacas —en una proporción no tan escasa que venga a corresponder sólo a rigurosos supuestos excepcionales— directamente al nombramiento de Profesores ordinarios, sin requerirse de los respectivos candidatos la previa redacción de un específico estudio, habilitador al respecto; y, en otras ocasiones —mucho menos infrecuentes aún— se degrada el significado sustancial del invertido escrito de habilitación, hasta el extremo de considerar al mismo poco más que puro trámite burocrático-administrativo.

Las indicadas circunstancias guardan paralelo, cronológicamente, con el característico relajamiento científico de la Universidad alemana de hoy; antaño singular portadora indiscutible de la concreta antorcha —entre muy diversas otras disciplinas espirituales— de la Ciencia juridicopenal.

La lectura del trabajo con el que, en el verano de 1972, W. Hassemer se habilitó para la docencia, en la Facultad de Derecho de la Universidad múniquesa, nos produce la paradójica impresión de que esta obra no integra exponente inequívoco y auténtico de la consagración científica de su autor, cuyo rigor investigador y formación jurídica poseen un alcance que acaso no se revela, en sus exactas dimensiones, en el escrito de referencia, primordialmente adecuado a fines académicos predeterminados del actual Profesor de Teoría del Derecho, Sociología jurídica y Derecho penal en la Universidad de Frankfurt am Main.

En el concreto marco expositivo de diversas perspectivas de la compleja problemática de la criminalización del comportamiento humano, señala con

carácter fundamental el autor la circunstancia de que la sociología criminal, la biología, la psicología y el psicoanálisis se han limitado hasta la fecha a considerar cómo las personas que entran en contacto con el delito se convierten en criminales. A tal respecto, advierte que se han encontrado condiciones y tipos de naturaleza criminal, al tiempo que se han diagnosticado en el individuo y en la sociedad factores y mecanismos criminógenos. Sustenta el entendimiento de que aquello que ha sido consignado permanece, en todo caso, tan poco clarificado que no se sabe con exactitud qué sea comportamiento criminal, ni qué características definidoras derivan de la generalidad del actuar «normal» y «desviado». Por ello, una teoría del delito como doctrina de la criminalidad supone, precisamente, una teoría del delito como doctrina de la criminalización. Sobre el último punto indicado, la Ciencia jurídico-penal ha preparado la siguiente respuesta: criminal es un comportamiento humano cuando lesiona un bien protegido penalmente.

Una tal determinación habría de ser, en rigor, obligatoria línea directriz de todo cometido político-criminal que trace los límites de la penalidad. Sin embargo, ello ni es así ahora —afirma—, ni lo ha sido nunca. La presente investigación trata de mostrar que la falta de influjo práctico de la teoría del bien jurídico estriba, no en la circunstancia de que no pueda haber sobre qué ha de entenderse por este concepto, sino en el hecho de que se circunscriba el mismo en el Ordenamiento penal a una crítica teoréticamente concluyente del sistema, sin atenderse a los mecanismos sociales de la criminalización de los que depende la Política criminal. Tales mecanismos apenas son investigados empíricamente. De ahí que se intente, en este lugar, de un lado, extraer las líneas político-criminales directrices, y, de otro, determinar un entendimiento del bien jurídico en Derecho penal que atienda a fundamentar las normas punitivas precisamente en los factores sociales criminalizadores.

Considera el autor, por otra parte, que respecto a la práctica el bien jurídico constituye esencialmente un lugar casi vacío de contenido, que, no obstante, puede ser rellenado según el resultado que se desee de la decisión con tal o cual significado. La teoría del objeto de tutela típica no ha logrado aún imponer una determinada comprensión del mismo, ni concretar, en todo caso, una fórmula definitiva de ella. La doctrina del bien jurídico no es revisada ni corregida por la praxis. Una renovación de la historia dogmática presupone que el campo de las teorías sobre el objeto protegido sea contemplado desde una perspectiva sistemática. Sólo así cabe esperar que se descubran las conexiones del concepto y de la función del bien jurídico con los fundamentales supuestos y fines dogmáticos, político-criminales, antropológicos, filosófico-estatales y políticos, y que las mismas sean llevadas a una doctrina que comprenda las formulaciones de aquella categoría conceptual en la relevancia que ostenta para una teoría del delito, y con ello haga razonable y prepare su obligatoriedad práctica en los ámbitos de la legislación penal y de la decisión material.

En sentido positivo, merece la presente investigación, en primer término, el reconocimiento de haberse pronunciado de manera radican en contra de una pura construcción teórica de una tesis, cual la del bien jurídico, sustancialmente fundamentadora del Derecho penal. Se propone de forma

adecuada, además, comprobar científicamente la exigencia de configurar una doctrina de la criminalización que sirva con carácter ineludible de base a la propia teoría del delito. Los momentos de la enunciada perspectiva de examen del fenómeno criminal son puestos en relación, acertadamente, con el sentido legitimador del principio de los bienes jurídicos en la esfera de pronunciamiento positivo del legislador ordinario.

El trabajo de referencia tiene en cuenta también el hecho de que, no sólo teóricamente los objetos susceptibles de protección penal —de conformidad con los principios instaurados en los textos constitucionales fundamentales— influyen en los límites de las normas incriminadoras, sino que asumen asimismo una relevancia elemental en la construcción de la estructura de una política criminal racional, en la que ha de tenerse presente el correcto empleo de una técnica de garantía, asentada en la denominada «política de los bienes jurídicos».

Ulteriores precisiones técnico-conceptuales, positivo-normativas y político-criminales del bien jurídico, de más elevada relevancia científica y mayor proyección práctica, no corresponden, sin embargo, a la esencia de esta exposición, en la que en todo caso no parece presentarse *ab initio* concretar determinaciones portadoras de un significado y trascendencia que ostenten particular alcance en el plano de los singulares aspectos dogmáticos que ofrece el estudio del objeto de tutela.

En suma, la aportación positiva en el proceso científico de depuración crítica de la categoría del bien jurídico en el Derecho penal, contenida en la reciente monografía en este lugar considerada, a nuestro juicio, adolece de ser, en los aspectos sustancial y sistemático, tan apriorísticamente autolimitada y generalizadora que, en una valoración de conjunto, resulta de todo punto de vista insuficiente e insatisfactoria en su aplicación a la dogmática penal, en general, y a la teoría del delito, en particular.

MIGUEL POLAINO NAVARRETE

KLUG, Ulrich: «Konkursstrafrecht. Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 239-244 innerhalb des Grosskommentars Jaeger, Konkursordnung. 8. Auflage». (Derecho penal concursal. Edición especial en separata de los comentarios a los párrafos 239 a 244 que forman parte de la octava edición de los Comentarios de Jaeger, Konkursordnung). Berlín, New York, 1973. Ed. Walter de Gruyter, págs. 1139 a 1172.

En el prólogo el autor justifica esta edición especial en separata por el valor que cobran en la práctica judicial los tipos penales de la **Konkursordnung** en la lucha contra la delincuencia económica, y vaticina que los delitos concursales, que formaron parte originariamente del Código penal de 15 mayo 1871 y pasaron luego a la **Konkursordnung** de 10 febrero 1877, volverán a encontrar su puesto en el Código penal. Tanto el proyecto oficial de 1962 como el alternativo así lo pretenden incluyéndolos en capítulo dedicado a los delitos contra el patrimonio.

Transcribe los artículos referentes a los delitos concursales del **Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch**, similares a los §§ 271 y sigs. del Proyecto de 1962, de entre cuyas prescripciones merecen destacarse: la exigencia de que concurren además de los actos propios de bancarrota (decimos bancarrota porque incluye tanto lo que nosotros denominamos quiebra como el concurso) la puesta en peligro del derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos; la punición de la causación imprudente de tal peligro («Wer die Gefahr fahrlässig verursacht»); la relevancia penal de la tentativa; la creación de un tipo agravado cuando el autor conoce su situación de insolvencia y, por último, la configuración de un tipo especial, cuya necesidad fue puesta de relieve por la doctrina alemana e italiana, relativo a las infracciones del deber de llevar los libros de contabilidad mercantil.

Conforme al texto legal vigente en Alemania domina la doctrina que entien de el sobreseimiento en el pago (**Zahlungseinstellung**) y la apertura del concurso (**Konkurseröffnung**) como condiciones objetivas de punibilidad, ajenos, por tanto, al dolo y a la culpa y a la relación de causalidad. Basta con que exista entre la conducta típica de un lado y el sobreseimiento en el pago y la apertura del concurso de otro, una relación objetiva en el sentido de que afecte en ambos casos a los mismos acreedores. Su naturaleza de condición objetiva hace que sea indiferente que la conducta típica le preceda o no. Para Klug tales consecuencias no son precisamente satisfactorias, pero son inevitables dada la expresa regulación legal y las características dogmáticas de las condiciones objetivas de punibilidad. Aboga por la eliminación de estos especiales elementos del delito inadecuado en un Estado de Derecho lo que significaría, en los delitos concursales, remitir el sobreseimiento en el pago y la apertura del concurso al ámbito del dolo eventual. Desde un punto de vista político-criminal se podría comenzar incluyendo como elemento del tipo la situación de peligro para los derechos del acreedor o la punición de la imprudencia, camino seguido, aunque no con todas sus consecuencias, por los modernos proyectos.

El sobreseimiento en el pago es un elemento objetivo consistente en el hecho de que el deudor no satisface sus obligaciones vencidas, siendo indiferente si existe o no un error sobre la propia situación de liquidez o si se trata de un “no querer pagar” en lugar de un “no poder pagar”. Por el contrario, la apertura del concurso es un acto jurídico formal. De él dependen las consecuencias jurídico-penales, a las que nada afecta, sin embargo, una posterior suspensión del proceso concursal ni siquiera una falta de fundamentación en la apertura del mismo. De este modo sigue siendo punible el hecho aun cuando el proceso se haya abierto sin motivo por faltar, por ejemplo, la insolvencia.

A continuación comenta Klug cada uno de los parágrafos de la **Konkursordnung** referentes a la bancarrota fraudulenta (**betrügerischer Bankrott**), la simple (**einfacher Bankrott**), favorecimiento de acreedor o deudor y venta de votos.

Se destaca como bien jurídico protegido en ambas clases de bancarrota los intereses patrimoniales de aquel deudor que ha sobreseído sus pagos o sobre cuyo patrimonio ha sido abierto un proceso concursal. Se trata de

proteger a los acreedores del peligro que entraña para la satisfacción de sus créditos la ruina económica real o potencial del deudor por sus maquinaciones insidiosas. La principal diferencia entre bancarrota fraudulenta y simple está en el elemento subjetivo. En la simple no se exige, al contrario que en la fraudulenta, la intención de perjudicar a los acreedores.

En el ámbito de la autoría destaca Klug que sólo en determinados casos (los referentes a la ausencia o deficiencia de la contabilidad mercantil) se exige que el autor sea comerciante, bastando, en el resto de los casos, que sea deudor. Advierte la importancia del traslado al ámbito concursal del § 50 del Código penal alemán que regula las actuaciones en nombre de otra persona.

Al tratar del elemento subjetivo del injusto en el ámbito de la bancarrota fraudulenta («in der Absicht ihre Gläubiger zu benachteiligen») pone de relieve que la intención de perjudicar a los acreedores ha de ser entendida como referida a la totalidad de éstos. De tratarse de un sólo acreedor la conducta ha de incluirse en su caso en el § 288 del Código penal alemán (que prevé una figura similar en parte a nuestro alzamiento de bienes. Cfr. Muñoz Conde, *El delito de Alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971, página 3 y sigs.). No es necesario que se producta el perjuicio. Por tal ha de entenderse el empeoramiento de la cuota concursal para todos los acreedores o, incluso, la demora en la liquidación del concurso de modo que tenga consecuencias económicas para los acreedores.

Si bien en la bancarrota simple es posible, en algunos casos, la punición a título de imprudencia, en la fraudulenta se exige siempre el dolo por la inclusión en el tipo de un elemento subjetivo. Opina, sin embargo, que es posible el dolo eventual. Frente a quienes lo niegan por concurrir un elemento subjetivo del injusto aduce Klug un argumento al menos dudoso: si bien en cuanto al perjuicio de los acreedores no es suficiente el dolo eventual al exigir expresamente la ley la intención (in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen), respecto de los demás elementos típicos la ley no recoge tal exigencia. La consumación se produce con la realización de las particulares conductas típicas de bancarrota sin que se precise el perjuicio del acreedor. La consumación puede producirse antes o después del sobreseimiento de pagos o apertura del concurso, formando parte Klug de aquél sector doctrinal que considera ajeno al tema de la consumación el cumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad.

La recensión de este trabajo sobre el Derecho penal concursal alemán adquiere interés por el abandono en nuestra doctrina de los delitos de insolvencia. Frente a los numerosos trabajos de las doctrinas italiana y alemana en nuestro país sólo existen en el ámbito penal escasas aunque muy valiosas monografías. Los temas de relación de causalidad, culpabilidad, consumación, condiciones objetivas, etc..., principalmente en los delitos de quiebra, aunque tratados ya por algún autor, no han sido en nuestra doctrina penal suficientemente contrastados en comparación a lo que ocurre en otros países. Nuestra jurisprudencia se muestra tímida y vacilante por falta de suficiente apoyo doctrinal dictando fallos, con la óptica que depara la doctrina mercantil tradicional, que no considera adecuados, por lo que en varias ocasiones se ha hecho uso del párrafo segundo, art. 2 del Código penal. Hay temas como, por

ejemplo, el de si lo que llamamos «quiebra culpable» es o no un delito imprudente, que en Alemania ya ni siquiera se plantea y en Italia desde que Delitala y Antolisei lo entendieran como delito doloso es ya doctrina dominante. De ahí que exponer el contenido de una monografía sobre derecho concursal es de interés para nosotros aún cuando esté montada sobre el Derecho positivo alemán, teniendo en cuenta además que el Derecho continental europeo en materia de quiebras encuentra común origen en los primeros códigos franceses.

M. BAJO FERNÁNDEZ

REVISTA DE REVISTAS

ARGENTINA

Revista de Derecho Penal y Criminología

enero-marzo 1972

NÚÑEZ BARBERO, R.: «Consideraciones en torno al contenido del delito». Págs. 70 y ss.

Se ocupa el autor del delito en sentido formal y sustancial, que es en definitiva la polémica entre el tecnicismo jurídico y el positivismo criminológico. Tras considerar el delito natural, su contenido material, el aspecto sociológico y el ético-sociológico, llega a la conclusión de que los juristas prefieren la noción formal de delito a la sustancial. Sin embargo, considera que debe distinguirse entre quienes buscan la motivación de las acciones consideradas como delitos y las de los autores que estiman que el delito no puede ser ajeno al contenido sustancial. Recoge la postura de diversos penalistas alemanes e italianos, así como también la de algún español.

BLARDUNI, O. C.: «Derecho penal y disciplinas criminológicas», págs. 93 y ss.

Para este autor, la Criminología está integrada por la Antropología criminal y la Sociología criminal, aunque entendidas en sentido amplio, sobre todo la primera. Resumen: Del delito como ente jurídico se ocupa el Derecho penal, del delincuente la Antropología criminal. Tanto para el Derecho penal como para la Criminología el estudio del hombre es fundamental. Para el estudio de éste considera la concepción de diversos filósofos, especialmente a Hartmann. Las disciplinas criminológicas se han de ocupar de la explicación del delito, su predicción y control. Respecto a éste considera que es difícil el control de la criminalidad. El predecir las conductas no quiere decir que puedan ser controladas.

LUCHINI, N. C.: «La percepción de la situación laboral carcelaria en un grupo de presos», págs. 104 y ss.

Se resalta la importancia del trabajo penitenciario como medio de rehabilitación-educación. Debe considerarse como una obligación y un derecho, aunque el carácter obligatorio no ha de interpretarse como coactivo. Por

otra parte, esta condición del trabajo se recoge en los artículos 6 y 9 del Código penal. Además, el penado tiene derecho a una remuneración por el trabajo que realiza. Se hace una exposición de la penitenciaría de San Luis en relación con la clase de trabajo que allí se realiza —hornos de ladrillo, carpintería, huerta, etc.—. La remuneración suele ser la mitad de lo que se paga en la calle. El 45 por 100 se entrega a la familia, el 25 por 100 se deposita en una cuenta de ahorro y el resto para el sujeto, aunque hay variaciones según los sistemas penitenciarios. Se recogen una serie de datos del estudio de los internos y se llega a las conclusiones siguientes: a) La falta de una reglamentación laboral supone un entorpecimiento en las tareas de la prisión; b) Hay descontento debido a que algunos trabajos no son remunerados y en otros se gana menos que en la calle, y c) Es necesario canalizar las aptitudes de los internos y crear puestos de trabajo en atención a ellos.

ROTMAN, E.: «Las técnicas de individualización judicial frente a una noción moderna de resocialización», págs. 114 y ss.

Para evitar la reincidencia y conseguir la recuperación del delincuente considera el autor que el juez debe tener una sólida preparación criminológica. Con un equipo de colaboradores, y teniendo en cuenta los medios de que dispone la Criminología, debe elaborar el programa de tratamiento de los sujetos delincuentes. Hay que tener presente, dice, la personalidad del sujeto en el proceso penal, por lo que se precisa una individualización judicial. Para conseguir todo esto hay que partir de un nuevo concepto de la antisocialidad, ya que las estructuras sociales han evolucionado. A esta misión tiene que contribuir la Criminología, que ha de tener muy en cuenta la influencia que sobre los individuos ejerce el mundo circundante. La antisocialidad viene determinada por un «estado básico de alienación psicológica». Evitar esta situación será la labor del juez y su equipo de colaboradores.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

FRANCIA

Revue de Science Criminelle et de Droit Penal compare

Núm. 3, 1972

Tres son, para el autor, los elementos configuradores de lo que él llama arrepentimiento activo: a), reparación total del mal causado; b), espontaneidad, y c), que se produzca en tiempo oportuno.

La reparación total del mal causado exige, como requisito previo, que éste sea cuantificable, lo cual no plantea problemas en ciertos casos como en el libramiento de cheque en descubierto, pero ciertamente existen muchas dificultades para afirmar que la reparación es total en otros supuestos

Jurídico franco-soviético, celebrado en París y Niza el mes de septiembre de 197 .

Informe francés.

Presentado por Jean-Louis Costa, se plantea el hecho indiscutible del progreso tanto de las ciencias de la naturaleza como de aquellas que tienen al hombre como objeto de su estudio, y su influencia en los fines y en los medios del Derecho penal.

Dentro del binomio progreso-fines del Derecho penal, se estudia en primer lugar, como objeto de protección, la persona humana. Soslayando, por considerarlos aún ajenos al Derecho penal, los últimos avances en los estudios de biología molecular, se contemplan muy superficialmente, tres aspectos concretos: la responsabilidad médica en caso de homicidio o heridas involuntarias, la evolución del Derecho de la salud pública, y la conservación de la vida y de la especie, tres temas en los que la irrupción de un progreso acelerado plantea cada día nuevas situaciones y nuevas polémicas sobre los límites entre lo lícito y lo ilícito.

El orden público «en ces matières, tout est d'ordre public») es el segundo de los fines a proteger, cuyo estudio, en relación con el progreso, se plantea. El Derecho penal económico, social e incluso fiscal, tienen que adaptarse por medio de esfuerzos jurisprudenciales —no secundados por el legislador— a las nuevas situaciones. Con ello se llega, a veces, a interpretaciones extensivas de la norma penal, de dudosa admisibilidad. La regulación de los «mass-media» en Francia, sería, a juicio de J. L. Costa, ejemplo de este notorio desfase entre nuevas realidades y su regulación.

La segunda parte del informe está destinada al estudio de la influencia del progreso científico-técnico en los medios de que se sirve el Derecho penal. El juez penal debe hoy, además de poseer la cultura jurídica y general que tradicionalmente se le han exigido, familiarizarse con otro tipo de conocimientos más especializados sobre los nuevos campos del saber que la investigación abre y que le han de ser imprescindibles en su trabajo.

El recurso a la informática será útil, para conocer el enorme conjunto legislativo y reglamentario que constituye el Derecho Positivo, pero se utilizará solamente si proporciona acceso a las sutiles interpretaciones que ha venido acuñando la jurisprudencia, nunca si las elimina.

Más reservas tiene el autor respecto a la utilización de la informática para simplificar el conocimiento, persecución y juicio de cierta clase de infracciones, en los que puede ser ayuda preciosa, pero con enormes riesgos de caer en un exceso de mecanicismo e inmovilismo.

Rechazable será igualmente la preparación de los fallos con utilización de ordenadores, que, si bien pueden ser eficaces para evitar ciertos errores, tienen la inadmisibles contrapartida de hacer pasar a segundo plano la conciencia y libre convicción del juez.

La criminalística, cuyos datos tienen para el juzgador valor indudable, ha de ser colocada también en sus justos límites, para evitar caer en el peligro de falsas evidencias, y en cuanto a la labor del perito, tan íntima-

mente ligada al progreso, quedará, dentro de la misma línea, subordinada a orientar todo su saber hacia el conocimiento del hecho, pero no podrá sobrepasar este objetivo sin inmiscuirse en otro terreno: la valoración, que es privativa del juez.

Informe soviético.

Presentado por A. Piontkovskij. Comienza subrayando el peligro social ligado a la aparición de una serie de fenómenos negativos del progreso científico y a las ventajas de la planificación socialista sobre los sistemas capitalistas a la hora de luchar contra estos fenómenos. Hace también una llamada a la solidaridad internacional en esta lucha.

Según Piontkovskij, miembro de la Academia de Ciencias de la U. R. S. S., el progreso científico ha hecho pasar al primer plano de la actual problemática penal los delitos de peligro. Continuando la temática del X Congreso Internacional de Derecho Penal (Roma 1969) se afirma que si el riesgo es la probabilidad de aparición de consecuencias dañosas, esta probabilidad no debe ser contemplada desde el punto de vista subjetivo de los órganos de instrucción y de los jueces. Partiendo de los principios del materialismo dialéctico, el peligro se configura como categoría objetiva, que expresa un estado de hecho, que en su evolución regular puede producir resultados lesivos. Sólo desde una perspectiva objetiva, afirma el autor, se puede llegar a la conservación del principio de legalidad en los delitos de peligro.

Se estudia asimismo el problema de las infracciones involuntarias, uno de los principales temas de los estudios penales en diversos países. La legislación penal soviética, rechaza el principio, mantenido en la doctrina inglesa y norteamericana, de la responsabilidad objetiva, y permanece firmemente fundada en la exigencia de culpabilidad.

La investigación, la puesta en práctica de nuevas técnicas y el riesgo que entrañan es tema que preocupa en el mundo socialista, y ha sido objeto de regulación específica en los Códigos Penales de la República Democrática Alemana (1968) y de Polonia (1969). Ambos parten de la no punibilidad del riesgo permitido, cuyos elementos y límites definen.

JEAN ET ANNE-MARIE LARGUIER: «Le rejet de l'analyse retroactive en matiere penal».

Este trabajo que nos ofrecen los profesores Jean y Anne-Marie Larguier es una aportación más al estudio de la compleja problemática que el paso del tiempo provoca en Derecho Penal.

No se trata de nuevas aportaciones sobre los conflictos de leyes en el tiempo, en los que sigue siendo válida, como regla, la más completa irretroactividad, con la sola excepción de considerar retroactiva a la ley más favorable, sino que se estudia la influencia del hecho posterior, sobre la situación anterior, intentando responder a las cuestiones que ello plantea.

estudiados en el trabajo entre los que se encuentra el delito de sedición. Efectivamente, el hecho de delatar la sedición no implica que se haya reparado el mal causado, y sin duda lo que ha movido al legislador a declarar exento de pena al delator es la consideración de que «...el interés del Estado (es) mejor servido por revelaciones prontas que por castigos tardíos.» (Berlier).

En aplicación de ciertos preceptos del Código penal francés el arrepentimiento, así configurado, atenúa y aún exime de responsabilidad, a lo que hay que añadir el indulgente tratamiento que en estos casos dispensa la jurisprudencia. Los argumentos esgrimidos en pro de esta actitud indulgente tienen cierto peso. Es innegable que el individuo que repara está en la primera fase de la vía de rehabilitación, y un rigor innecesario que olvide la existencia del arrepentimiento, dificultaría la reinserción social del culpable; por otra parte la reparación hace desaparecer, en alguna medida, la lesión a los intereses del orden público y de la víctima. Pero Paul Savey-Casard concluye recordando la necesidad de evitar una hipervaloración de estos argumentos que si bien son atendibles, no pueden en modo alguno hacer olvidar la regla básica consagrada por el artículo 2.º del Código penal francés de que una vez consumada la infracción, el arrepentimiento es inoperante.

«Criminologie appliquée et politique gouvernementale: perspectives d'avenir et conditions de collaboration».

Denis Szabo.

La desconfianza de la Administración, con respecto a las investigaciones realizadas en el campo de la criminología y a sus resultados, es el hecho incontestable de que parte D. Szabo en este trabajo.

La primera de las razones de esta reticencia es el inmovilismo de la Administración de Justicia, basada en un conjunto de normas ajenas, por supuesto, a los últimos logros de la sociología, de modo que los directamente encargados de la administración, desligados de los fines de ésta, se ven compelidos a actuar mecánicamente, sin oportunidad de acceder a un análisis crítico de las situaciones que deben afrontar, ni de los medios con que cuentan para ello. El peso de las tradiciones y estructuras judiciales y penitenciarias es de tal intensidad que se puede constatar la continuidad de sus líneas esenciales con independencia de las ideologías políticas que cronológicamente se hayan sucedido en el poder. En esta continuidad juega un papel definitivo lo que el autor considera como regla de oro en la práctica de toda organización jerárquica: «cubrirse las espaldas y no correr riesgos inútiles». Si éste es el criterio guía seguido por los hombres de la Administración, fácil es prever su hostilidad ante las posibilidades que la investigación criminológica les presente, posibilidades cuya eficacia sólo en contados casos puede estar averada por la práctica, pues para ello se necesita precisamente el concurso de la Administración.

Por otra parte, el limitado alcance práctico de las conclusiones de la investigación, tan alejada a veces de las situaciones que en realidad deben

afrontarse, es otro obstáculo a la incorporación de estas conclusiones a las tareas de la Administración. El problema sólo admite solución con el funcionamiento de instituciones como el Home Office (Gran Bretaña) u otras semejantes que han ido naciendo en los países socialistas, con sus secciones de investigación al servicio directo de los respectivos Ministerios de Justicia. No obstante hay que subrayar que en estos casos la imposición por la Administración tanto de los temas a investigar, como de los métodos de trabajo y los límites a la publicación de resultados, constituyen un hecho difícilmente conciliable con los amplios márgenes de libertad en que se ha de desarrollar la labor investigadora, y más cuando, como en el presente caso, se trata de temas sociológicos.

Dentro del ámbito de esta investigación se plantea al criminólogo la necesidad de practicar ciertas críticas, y éste es otro de los motivos de reticencia de la Administración de Justicia con respecto a su trabajo. La crítica a las coacciones en los interrogatorios policiales o a la severidad punitiva de los Tribunales ha sido reiteradamente considerada como un «tomar partido» por parte del investigador, incompatible con su función tildando su trabajo de instrumento de presión ajeno, por tanto, al servicio a la Justicia. La debilidad de estos argumentos es tan patente que, así lo considera el autor, la crítica aparece por sí sola.

Lograr un cambio eficaz, y una correcta y deseada colaboración entre investigación criminológica y Administración de Justicia, como «conditio sine qua non», del desarrollo, dentro del ámbito universitario, de las tareas investigadoras, y además de la formación de prácticos, con amplios conocimientos sociológicos a los que se debe dotar de las técnicas necesarias para la aplicación de esos conocimientos.

La Administración por su parte, deberá acudir a estos hombres, formados en el campo de las ciencias sociales, a la hora de reclutar sus funcionarios, creando en su propio seno los correspondientes servicios de investigación, tal como lo ha hecho, y con resultados positivos, la industria privada.

Finalmente, la creación de comisiones permanentes, asesoras del poder público, con posibilidades de trabajo independiente y de aplicar los resultados de este trabajo, permitiría introducir la necesaria flexibilidad en la máquina administrativa, que de otro modo, tenderá, como antes se subrayó, al inmovilismo.

La solución, esto es, la efectiva implantación de los últimos logros de la investigación criminológica no se lograría sólo con ello, pero, concluye el profesor Montréal, cuando la Universidad se haya planteado el estudio profundo de los problemas de la Administración de Justicia, y cuando las personas encargadas de esta Administración cuenten con una sólida formación sociológica y gocen de libertad a la hora de aplicar sus conocimientos, no cabe duda que los primeros pasos estarán dados.

«Les problèmes de Droit Penal soulevés par le progrès scientifique et technique.»

En estrecha relación con el estudio anterior se nos ofrecen dos informes, francés y soviético respectivamente, presentados en el Tercer Encuentro

Una primera aproximación al tema lleva a la exclusión de aquellas reglas que, bajo apariencia de retroactividad, encubren la realidad de otros mecanismos, para después, y dentro del terreno exclusivamente penal, estudiar los posibles efectos retroactivos del hecho posterior sobre los anteriores tanto respecto al «*iter criminis*» como con relación al delito consumado.

En cuanto al proceso de ejecución del delito se debe respetar el principio de irretroactividad: todos los elementos deben coincidir en el tiempo. La aparición de los elementos subjetivos no puede imprimir carácter delictivo al hecho puramente material anterior. Solución adoptada por la jurisprudencia francesa de la que se hace un pormenorizado estudio, sobretodo de sus sentencias sobre delitos continuados, apropiación de cosa perdida y hurto en los establecimientos de venta al público en régimen de autoservicio.

Pero en lo relativo al delito consumado y a su calificación, el respeto a los principios de irretroactividad no justifica más que en cierta medida las conclusiones a que se llega, quebrando en ocasiones tal principio, y así ocurre en los supuestos, entre otros, de arrepentimiento o reparación, que como acontecimientos posteriores influyen en la calificación y punición del hecho anterior.

En materia de procedimiento penal la retroactividad debe ser igualmente rechazada, y si uno de los fines del proceso penal es garantizar al inculpado una serie de medios de defensa no cabrá la convalidación retroactiva de vicios de procedimiento que impiden una correcta utilización de estos medios. Si, no obstante, es lo cierto, que la jurisprudencia procede en múltiples ocasiones fundándose en la defensa de la apariencia, en defensa de la situación que se le ofrece, con independencia del proceso viciado que la origina, con lo que, de hecho, se mantiene la validez de actos que son nulos.

En cuanto a las relaciones del Derecho penal con otras ramas del Derecho la importancia del estudio de la irretroactividad queda demostrada por el hecho de que los tribunales penales han de manejar datos y valoraciones procedentes de otras parcelas jurídicas donde la retroactividad es fácil y frecuentemente admitida. El tratamiento de los numerosos casos que se estudian se articula sobre el principio de que la retroactividad extrapenal no influye en el Derecho penal, y del mismo modo, la admitida en éste, no se extiende a ámbitos ajenos al mismo.

JUAN TERRADILLOS BASOCO

SUIZA

Schweizerische Zeitschrift für strafrecht. Revue penale suisse, tomo 85, 1969, fasc. IV.

NUVOLONE, Pietro: «Considerazioni sul delitto di plagio», págs. 337 a 351.

Se trata de una interpretación del alcance del art. 603 del Código penal italiano que castiga con reclusión de cinco a quince años a quien somete a una persona bajo su propio poder hasta el punto de reducirla a un total

estado de sujeción. El tipo es lo suficientemente amplio como para exigir una delimitación de su contenido. No puede ser, dice Nuvolone, una fórmula elástica indeterminada en la que se pueda incluir toda relación de sujeción. En primer lugar porque existen relaciones de esta índole totalmente lícitas: tal es el caso de quien debe, por obligación jurídica, obedecer a su mandante. Así que no todo acto por el que se somete a una persona bajo el propio poder constituye la figura típica, sino sólo cuando se persigue la finalidad de la ley: reducirlo a un estado de sujeción de modo que se convierte en instrumento del autor. Pese a todo aún no está suficientemente delimitado el tipo porque es necesario diferenciarlo del artículo 600 que castiga a quien reduce a otra persona al estado de esclavitud o situación análoga. De ahí que Nuvolone tenga que rechazar la doctrina que, bajo el Código de Zanardelli, entendía la conducta del actual artículo 603 como reducción de una persona a una situación de objeto para poderla usufructuar económicamente, ya que éste es el sentido del actual artículo 600. En ésta la sujeción ha de entenderse en sentido psicológico.

Pero la diferencia más importante es la habida entre el delito del art. 603 y aquellas figuras en las que se protege a una persona que por su incapacidad de entender y querer, no pueden sustraerse a las sugerencias ajenas. Así, los artículos 86, 111 y, sobre todo, 613 del Código penal italiano, en donde se castiga a quien mediante hipnosis, administración de drogas, etc..., coloca a una persona, sin su consentimiento, en estado de incapacidad de entender y querer. Tanto en estos casos como en el del artículo 603 hay una sujeción psicológica. La diferenciación quiere encontrarla Nuvolone, en primer lugar, en que no es necesaria la incapacidad de entender y querer en el artículo 603, y en segundo lugar en la distinción de tal incapacidad en sentido jurídico (inimputabilidad) y naturalístico.

KNECHT, Heinz: «Erfahrungen bei der Untersuchung von Wirtschaftsdelikten», pág. 352 a 369.

Antes de exponer las experiencias prácticas en la investigación sumarial de los delitos económicos destaca las posiciones más importantes en cuanto a la definición de dicha clase de delitos. Se entienden como aquellos delitos que se producen en el ámbito económico o mercantil, o como aquellos que consisten en un abuso del principio de confianza en las relaciones económicas. Zirpins establece seis grupos de delitos económicos: estafa, delitos que atentan contra el principio de confianza (malversación, prevaricación, cohecho, corrupción de funcionarios), competencia desleal, delitos fiscales y de contrabando, delitos de insolvencia y otros delitos en conexión con el alquiler de viviendas, receptación, expendición de medicamentos, etcétera, que no entran en los grupos anteriores. De estas consideraciones concluye Knecht que se puede hablar de un concepto de delito económico en sentido estricto (los que lesionan normas específicas cuyas prescripciones se dirigen directamente al ámbito económico, como normas sobre patentes o sobre conservación de mercancías) y en sentido amplio (los que lesionan normas genéricas, como la estafa y, en general, todos los delitos patrimonia-

les). Desde el punto de vista criminológico apunta Knecht que a la indicación de Suterland sobre las características del autor (delincuente de cuello blanco) hay que añadir el dato del interés del delincuente en exhibir su situación económica (su «cuello blanco») para dar una apariencia de seriedad y capacidad financiera.

La investigación judicial de esta clase de delitos reviste algunas peculiaridades que la dificultan. Por ejemplo, la necesidad de la concurrencia de expertos, ya que el jurista suele ser ajeno a las técnicas de contabilidad y de tráfico mercantil. De otro lado la tarea judicial de adecuar la conducta al tipo exige tener en cuenta la situación jurídica en el ámbito civil y mercantil, especialmente en relación al Derecho de obligaciones. Por último, crea una atmósfera desagradable para el trabajo, la especial susceptibilidad del inculcado herido por la investigación judicial.

El fin más importante a lograr en la investigación es reunir todo el material posible sin conocimiento del autor y, desde luego, decomisar toda la documentación escrita de la empresa. Todo este trabajo está lleno de especiales dificultades. Por ejemplo, siendo el medio más idóneo para conseguir la colección del material, el registro domiciliario (Hausdursuchung), son numerosos los problemas prácticos (cuando la documentación se encuentra en varios sitios y hay que operar con rapidez para que no se oculte, o cuando está en poder de particulares, etc...) y jurídicos (frente al secreto bancario o profesional o cuando la posesión de los documentos la detentan terceras personas ajenas, etc...) que se plantean. Especial dificultad reviste también para el juez, lego en cuestiones económicas, la marcha de los interrogatorios sobre temas de alta especialización o la ordenación y sistematización de la documentación incautada que, además, puede exigir el empleo de varios meses.

El trabajo de Knecht termina cuestionando hasta qué punto la investigación se dificulta por el secreto bancario tal y como está regulado en la legislación cantonal suiza.

SCHMIDLIN, WALTER: «*Typische Wirtschaftsdelikte auf dem Gebiet des Aktienrechts*», págs. 370 a 387.

Es un estudio enfocado principalmente desde el punto de vista práctico mediante el que se exponen las conductas más ordinarias extraídas generalmente de la jurisprudencia, con las que se lesionan intereses de los accionistas de la Sociedad Anónima o de los acreedores de la misma. Divide el trabajo en tres apartados. El primero trata de la constitución fraudulenta de las Sociedades Anónimas destacando aquellas conductas de libramiento ficticio de acciones violentando la norma que obliga a la constitución de un efectivo al crear la sociedad; o la conducta del socio fundador que en perjuicio del resto de los accionistas, aporta en la constitución de la sociedad, bienes de menor valor efectivo que el de las acciones de las que se hace titular. En el segundo apartado trata de los delitos en la Sociedad Anónima

unipersonal (Einmann-Aktiengesellschaft) cuya comisión está facilitada al único socio y administrador de la misma por la falta de oposición, crítica o control de la junta general de accionistas. Los casos que describe del tribunal de apelación suizo son realmente interesantes. Por último, en el tercer apartado trata de los delitos cometidos con los balances y libros de contabilidad principalmente por los administradores que burlan el control dentro de la propia Sociedad Anónima, lesionando a los accionistas y a los acreedores.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

NOTICARIO

CONFERENCIAS

Desde que el profesor Cerezo Mir se hizo cargo de la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, cada dos años se viene dando un cursillo sobre Criminología, con el fin de que los alumnos conozcan algo sobre la realidad criminológica. En el presente curso como hace dos años, don Alfonso Serrano Gómez, doctor en Derecho y graduado en Ciencias Criminológicas, pronunció cuatro conferencias en la citada Facultad de Derecho durante los días 12 a 15 de marzo. Los temas de este año fueron: *Delincuencia juvenil*, *Delincuencia y desarrollo*, *Delincuencia y movimientos migratorios* y *Tráfico de estupefacientes*.

En la primera de ellas se hizo una exposición de la problemática nacional, así como una comparación con la criminalidad juvenil de otros países. Se prestó especial interés a la evolución de los últimos años, con un incremento de más del cien por cien en la década de los años sesenta, aumento que se acentuará en los años setenta. El delincuente juvenil se hace cada vez más peligroso, emplea con más frecuencia procedimientos de violencia. El autor cada vez es más joven, por lo que la participación de los chicos de quince años es ya muy importante.

En la segunda de las conferencias se plantea la situación de la moderna sociedad industrial. El sujeto rompe con sus moldes tradicionales, los grupos primarios, especialmente la familia, comienzan a desintegrarse. Las estructuras tradicionales, en todos los aspectos, no pueden hacer frente a la nueva realidad socio-económica, lo que lleva a multitud de conductas desviadas que pueden terminar en la delincuencia. Ante la duda de los criminólogos en la influencia del desarrollo en la criminalidad, se hizo una exposición concreta del valor que ha tenido entre nosotros la industria del automóvil, que eleva notablemente la estadística criminal en algunas formas delictivas.

En la tercera se desarrolló el valor que tiene en el aumento de la delincuencia los movimientos migratorios, tanto los interiores como los exteriores. El trabajador español delinque menos en el extranjero: temor a las leyes, desconocimiento de las mismas, dificultades en la integración—por la que tampoco tiene interés— en la que contribuye el desconocimiento del idioma, deseo de trabajar todo lo posible para regresar lo más pronto a España, ahorrando el máximo, etc. Sin embargo, en los movimientos interiores, especialmente el éxodo de la zona rural a la urbana, el fenómeno es opuesto: es mayor la delincuencia del que pasa a la gran urbe que la de los nacidos en ella. También se hizo referencia a la criminalidad de los turistas, que es pequeña, así como a la de los delincuentes internacionales en nuestro país.

En la última de las conferencias, dedicada a estupefacientes, se hizo referencia a las nuevas estructuras sociales, a una exigencia cada vez mayor en los mejores puestos de la sociedad, así como a un mayor riesgo de frustración, que en no pocas ocasiones puede llevar a encontrar refugio en el consumo de estupefacientes. El problema entre nosotros radica entre los dieciséis y los veinticinco años y también en el futuro tiende a agravarse. Como en los demás problemas de la juventud, cada vez se tropieza con chicos más jóvenes en el consumo de estas sustancias. España tiene interés en el campo de la criminalidad internacional, ya que es puente entre Europa y Estados Unidos para la heroína y entre Africa y Europa para los "cannabis".

COUNCIL OF EUROPE: CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS.—CASE LAW TOPICS. I.—HUMAN RIGHTS IN PRISON. EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. STRASBOURG 1971

La Comisión Europea de Derechos del Hombre ha tenido el singular acierto de editar esta publicación (y otra gemela, su versión francesa) preparada por su secretariado, con el fin de reunir, según sus temas, lo esencial de las decisiones de la Comisión, del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre y del Comité de Ministros.

Como bien dice su secretario, nuestro colega MCNULTI, en la introducción previa, no se trata de presentar un comentario jurídico, sino simplemente de hacer resaltar el impacto de la Convención en diversos campos. Por otra parte, el comentario jurídico lo hallará el lector estudioso o interesado en diversas publicaciones especializadas, más o menos accesibles en Celtiberia y su agro, donde tantas y aún tan desafortadas voces suenan o resuenan ahora clamando que España tiene que abrirse camino hacia Europa o sobre los Derechos del Hombre, en otro tiempo "la fermentada Europa de los Derechos del Hombre...". Citemos por todas el "Recueil de Décisions" y el "Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme".

Jurisprudencia interesantísima, como toda la obra que en Estrasburgo se realiza, teniendo por base la Convención que titula la publicación, y no lo es menos la del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. En muchos fallos o en muchas decisiones, uno y otra han tratado los más graves y eternos problemas penales y no es del caso ni cabría, no ya en pocas, sino en muchas páginas, cuanto sobre ello se podría y quisiéramos escribir. Desde hace lustros venimos siguiendo esta jurisprudencia en sus propios textos, apenas escritos, cual el primer fallo del Tribunal en la histórica sesión de su publicación, por el presidente René Cassin, a que tuvimos la fortuna de acudir. Son, sin exagerar, arrobos y arrobos de papel leídas, acotadas, llenas de apostillas y glosas, que aguardan en su mayor parte ocasión propicia para darlas a las hispánicas prensas (1).

(1) V. Pascual MENEU MONLEÓN: *La Comisión y la Corte Europeas de los Derechos del Hombre. Jurisprudencia*, en "Revista de Derecho

Al frente de la publicación un fragmento de la decisión número 1.270/61 en demanda contra la República Federal Alemana que puede verse en el Anuaire citado, 5, página 126: "incluso si un demandante se encuentra detenido en ejecución de una condena que le fue impuesta en razón de crímenes perpetrados con desprecio de los derechos más elementales de la persona humana, sin embargo, esta circunstancia no le priva jamás de la garantía de los derechos y libertades definidos en la Convención...".

Eran ya en julio de 1971 más de 5.000 las demandas individuales planteadas en aplicación del artículo 25 y más del 40 por 100 lo eran por personas presas o detenidas contra los respectivos gobiernos. Aunque la mayoría no hayan prosperado, bueno fue su planteamiento, más aún, el hecho sólo de que tal planteamiento fuera posible y aun el cuidado trámite e investigación por parte de la Comisión o subcomisión, constituyéndose incluso en el país y lugar de los hechos para las prácticas de pruebas, informe de peritos declaraciones de testigos, etc. Téngase en cuenta que no pocas veces fue algo tan esencial, pero formal, como no haber agotado los recursos internos (artículo 26) lo que ocasionó que las demandas no prosperaran; y otras veces que era incompatible con disposiciones de la Convención (art. 27,2) o que la Comisión sólo al Tratado internacional había de atenerse, pero no a disposiciones de Derecho interno y ni siquiera a reglas generales de equidad o principios generales de Derecho, en cuanto no estén proclamadas por la Convención.

Subrayemos que sus artículos 5 y 6, la jurisprudencia, aplicándolos mejor dicho, ha de ser objeto de otra publicación, por lo que en esta nada encontramos sobre derechos tan vitales cual las condiciones que justifican o no la detención de una persona y sus derechos de orden procesal en cuanto a la regularidad de la detención o a ejercitar durante un procedimiento civil o penal.

Pero el lector halla en estas páginas resumen de importantes decisiones sobre derechos del hombre garantizados por la Convención, cual protección contra la tortura y tratos inhumanos o degradantes (art. 3), la servidumbre y el trabajo forzado u obligatorio (art. 4) derecho al respeto de la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia (art. 8), libertades de pensamiento, de conciencia, de religión y de expresión (arts. 9 y 10), derecho al matrimonio, al respeto de los bienes, a la instrucción, a participar en elecciones libres o a desplazarse libremente, a salir y entrar del país y protección contra la expulsión (art. 12 y protocolos adicionales primero y cuarto). Todo ello, repitámoslo y quede bien sentado, en favor de un ciudadano detenido o preso, y demandando a su propio gobierno ante una jurisdicción internacional: el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, con sede en Estrasburgo, al que todavía no han podido recurrir justiciables o abogados españoles. Esperemos, pues, la hora de la integración europea.

Imposible descender a grandes detalles, aunque el interés despertado por la lectura (pese a ser materias harto conocidas en el texto íntegro de las decisiones, por lo general) fue tal como para acotar prácticamente todas las páginas para la hora de esta reseña. Pero recordaremos, a propósito del artículo 3.º, que no pocas decisiones versaron sobre condiciones de la detención, trato o cuidados médico-penitenciarios, malos tratos por los funcionarios y que fue admitida, por ejemplo, la demanda 4.340/69 contra Austria, cuyo autor reprochaba a sus autoridades haberle negado los cuidados médicos necesarios. Como admitida fue la número 2.686/65, por un detenido en la prisión de Tegel en Berlín, recluso en una celda de aislamiento, y maltratado para ponerle una especie de camisa de fuerza ("Bauchfessel").

Como "el asunto más importante", según el calificativo del secretariado de la Comisión, en tales materias, es el primer asunto griego (números 3.321-3.322-3.323-3.344/1967) a demandas de Dinamarca, Noruega, Suecia y Holanda contra Grecia. La Comisión declaró admisibles las demandas, practicó pruebas, escuchó numerosos testimonios y elevó su "rapport" de varios volúmenes, más sus anexos, al Consejo de Ministros, que lo publicó después de decidir de acuerdo con la Comisión. Y sabido es como Grecia dejó de pertenecer al Consejo de Europa, acreditado que se practicaban torturas cual la "falanga" en 23 casos comprobados, otras no menos atroces en 16, golpes y malos tratos en 26, aparte 250 casos en que análogas sevicias fueron alegadas.

Como se lee en las conclusiones, estos ejemplos, tomados de la jurisprudencia de la Comisión, ilustran la aplicación a una categoría particular de individuos de los preceptos de la Convención que garantizan ciertos derechos y libertades individuales. "Los diferentes casos... dan igualmente una idea, por algunos ejemplos típicos, de la situación de los detenidos y sus principales agravios y dificultades. Las demandas examinadas por la Comisión esclarecen algo los problemas que no deja de plantear la comunidad penitenciaria, las condiciones de vida de los detenidos, sus contactos con el mundo exterior, así como los obstáculos que encuentra todo examen judicial de los agravios denunciados".

Esperemos que estos pobres párrafos sirvan a algunos de introducción en las ricas páginas de la Jurisprudencia de la Comisión y aun del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, y se familiaricen nuestros jóvenes juristas con la misma, para que en su día puedan informar ante tan alta como humana jurisdicción.

Pascual MENEU

CONCLUSIONES DEL PRIMER SIMPOSIO INTERNACIONAL DE VICTIMOLOGIA

En anterior ocasión nos referimos al programa de este simposio, auspiciado por la Sociedad Internacional de Criminología y celebrado en Jerusalén del 2 al 6 de septiembre de 1973.

Delimitar los fines de la victimología, tratar de la tipología de la víctima, de la medida en que le afecta su implicación en la máquina judicial, la relación delincuente víctima en los diferentes tipos de delito y responsabilidad de la sociedad respecto a las víctimas del delito, fueron tareas del simposio.

Más de cien documentos de trabajo fueron presentados por unos trescientos participantes tanto de Europa y América como de Asia, África y Oceanía. Y no sólo juristas, sino también sociólogos o médicos, psicólogos o economistas, etc.

El estado de Massachusetts y la Northestaren University, han propuesto que el próximo simposio del año 1976, se celebre en la Universidad de Boston (Estados Unidos) (1).

He aquí las *conclusiones y recomendaciones*:

I. *¿Qué es la Victimología?*

1. a) La victimología puede definirse como el estudio científico de las víctimas. Sin embargo, hay que prestar atención especial a los problemas de las víctimas del crimen, principal preocupación de este simposio
- b) La criminología está enriquecida por una orientación victimológica.
2. Pueden "victimarse" personas individuales, grupos, organizaciones, naciones y sociedades.
3. El enfoque debe ampliarse desde la acción recíproca "bidimensional" de persona a persona, a la tridimensional o multidimensional, incluyendo, de esta forma, al espectador y otras personas correspondientes
4. La falta de preocupación por parte de un espectador en la escena del crimen es censurable y, sea o no un acto criminal u omisión, debe impedirse educacionalmente.
5. Al espectador que intente ayudar a una víctima se le debe conceder inmunidad por sus actos razonables y una indemnización cuando resulta herido.

II. *Victimación*

1. Es necesaria una investigación sobre la victimación o inmolación oculta.
2. Es posible que un sentimiento subjetivo de victimación no pueda ir acompañado de una base lo suficientemente objetiva para que la sociedad tome medidas que correspondan.
3. La victimación de y por grupos no es menos grave que la victimación a nivel de personas a persona.
4. Pueden producirse ciertas formas de inadvertencia o negligencia

(1) V. Pascual MENEU: *Primer Simposio Internacional de Victimología*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, t. XXV fasc. III, 1972, págs. 902-903.

en la sociedad industrializada que son, en gran parte, causa de la victimación como actos intencionales.

III. *Causas de victimación*

1. Igual que se piensa que ciertas personas presentan grandes probabilidades de cometer crímenes, así otras pueden tener la misma probabilidad de ser la víctima.
2. La víctima puede precipitar el crimen.
3. Un inmolador puede ser una persona que, previamente ha sido inmolado.
4. La administración de justicia puede hacer uso, algunas veces, de un castigo excesivo y, con ello, victimar el que fue inmolador.

IV. *Prevención, tratamiento e investigación*

1. a) Medios ineficaces para evitar y reprimir el crimen pueden causar sufrimientos innecesarios a las víctimas, los ofensores y la sociedad.
b) Los legisladores, los tribunales y demás autoridades responsables de la prevención y represión del crimen deben valorar y renovar las organizaciones y los servicios, en este aspecto, con el fin de aumentar su efectividad y reducir un sufrimiento humano innecesario.
c) La victimología puede inducir al perfeccionamiento de procedimientos legales, incluida la sentencia, y, con ello, reducir el re-
cidivismo y los riesgos de victimación.
2. Deben instituirse procedimientos institucionales para proteger la víctima contra las consecuencias perjudiciales, no intencionales, del proceso judicial. Debe llegarse a un equilibrio entre las necesidades y los derechos de la víctima y del reo.
3. a) Algunos gobiernos y organizaciones estatales victimizan a grupos vulnerables, produciendo el peligro de una escalada a la violencia en masa. Estas prácticas están condenadas y se hace un llamamiento a la conciencia de la humanidad para mantener y poner en vigor un vigilancia restrictiva.
b) Es necesaria una represión internacional de esta clase de victimación.
4. Deben reforzarse los derechos de asilo con el fin de ayudar a la víctima del estado.
5. Las entidades gubernamentales y no gubernamentales deben proporcionar servicios sociales, fisiológicos, siquiátricos y médicos de urgencia y de tratamiento prolongado a las víctimas del crimen, con carácter gratuito.
6. a) Es necesaria una investigación sobre el grado en que la victimación puede llevar a que las víctimas se conviertan en ofensores.
b) Una investigación acerca de las probabilidades de la víctima podría ayudar a la sociedad a prevenir la victimación de personas vulnerables.

V. *Indemnización*

1. Todas las naciones deben, como caso de urgencia, prestar consideración al establecimiento de sistemas estatales de indemnización a las víctimas del crimen y deben tratar de conseguir una eficiencia máxima en la aplicación de los proyectos o planes existentes y de los que pueden establecerse.
2. Deben utilizarse todos los medios asequibles para difundir información acerca de proyectos de indemnización y la participación de todos los organismos gubernamentales y no gubernamentales—debe asegurarse en su implantación.
3. Todos los proyectos actuales de indemnización deben investigarse y valorarse con vistas a ampliar su aplicación teniendo presente las repetidas necesidades de las diversas comunidades en que operan (*).

* * *

Además de la adopción de estas Conclusiones y Recomendaciones, se decidió, también, en la sesión de clausura del simposio, pedir al presidente que sugiriese a la Sociedad Internacional de Criminología que continúe patrocinando una serie de simposios internacionales sobre Victimología.

(*) Se sugiere que preste una completa atención a las siguientes preguntas, por parte de todas las naciones que intenten establecer proyectos de indemnización o que intenten modificar los actuales:

- a) ¿Debe haber un nivel máximo y/o mínimo de indemnización?
- b) ¿Cuál es la naturaleza de pérdidas que deben indemnizarse? ejemplo, daños directos, pérdidas de ganancias, dolor y sufrimiento.
- c) ¿Debe prestarse atención a la conducta de la víctima en el momento de la ofensa y/o a su carácter en general al determinar la cuestión de la indemnización?
- d) ¿Debe ser el pago de derecho y denegarse tan sólo por razones indicadas por el tribunal?
- e) ¿Deben ampliarse los proyectos o planes actuales para que incluyan los crímenes contra la propiedad?
- f) ¿Debe tener derecho el Estado para reclamar el reembolso del criminal y/o tener poderes para obligar a los criminales a entregar parte de sus ganancias al Estado?
- g) Deben los Estados establecer proyectos de seguro obligatorio para ciertas profesiones cuyo ejercicio descansa sobre un elemento de fidelidad y confianza con el fin de amparar los daños causados por uno de sus miembros, por ejemplo, médicos, abogados, contadores, compañías de seguros, miembros de la bolsa de valores?
- h) ¿Deben contener los proyectos de indemnización oportunidades de apelación?
- i) ¿Deben tener derecho los espectadores que ayudan a las víctimas a indemnización por daños o pérdidas sufridos?
- j) ¿Debe tener derecho la víctima a una indemnización parcial inmediata con el fin de ayudarla en los gastos iniciales, realizándose posteriormente la determinación de la cantidad final por la comisión de indemnizaciones?
- k) Una persona acusada que ha sido declarada no culpable, ¿tiene derecho a indemnización por los gastos o costas del juicio en que se haya incurrido y/o por otras pérdidas?
- l) ¿Debe autorizarse a un juez, en una causa criminal, a ordenar indemnización por parte del Estado simultáneamente con su veredicto?
- m) ¿Debe establecerse la oficina de Ombudsman con el fin de proporcionar un enfoque directo sobre las necesidades de la víctima, preocupándose en especial de mitigar un trauma inmediato, la evitación de ulterior tensión en las manos de la sociedad, así como ofrecer tratamiento para los criminales reincidentes-víctima?

(La Commonwealth of Massachusetts and Northeastern University, de Boston, Mass., ha propuesto que el segundo simposio se celebre en Boston en 1976.) A este fin también fue sugerido que se establezca una sucursal o agencia de la Secretaría General de la Sociedad Internacional de Criminología en Jerusalén (Israel), para tratar de todos los problemas relativos a la organización y el funcionamiento de estos futuros simposios.

Este simposio hace un llamamiento a las organizaciones gubernamentales y otras nacionales, así como internacionales, para que difundan lo más ampliamente posible las Conclusiones y Recomendaciones a que se ha llegado en el curso de sus deliberaciones, con la esperanza de conseguir, con ello, la reducción y alivio de la victimación.

Pascual MENEU

NUEVA REVISTA INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA Y PENOLOGIA

La noticia bien merece ser traída a estas páginas sin demora. Pronto contaremos con una nueva revista internacional de criminología y penología. Y, naturalmente, no decimos una revista más... Entre otras cosas porque no abundan, se pueden contar con los dedos de la mano, en número impar...

La veterana *Revue Internationales de Criminologie et Police Technique*, que dirige en Ginebra el rector honorario de su Universidad y presidente que fue de su Tribunal de Casación, profesor Jean GRAVEN, es bien conocida de nuestros lectores y celebró hace poco su aniversario, casi coincidiendo con el homenaje que a su director se le tributó en Suiza, y del que nos ocupamos en el ANUARIO DE DERECHO PENAL (1).

Pronto tendremos otra revista internacional de Criminología y, además de Penología, ésta en lengua inglesa y editada por el Profesor W. H. NAGEL criminólogo bien conocido en los medios nacionales e internacionales, de cuyos trabajos se hizo eco más de una vez el ANUARIO. Acaso la tengamos ya en las manos cuando estas líneas salgan de las prensas, con el título, que a tanto obliga, de *International Journal of Criminology and Penology*.

Su Consejo editorial es toda una promesa y bien sería garantía. Desde el Japón hasta los Estados Unidos de América, desde Finlandia hasta Italia, desde Bélgica a Venezuela, o, si se prefiere, desde Yugoslavia a Argentina, pasando por Brasil, encontramos bien conocidas firmas en tal Consejo, hasta tal punto que más que la cita debiéramos publicar la lista completa... Limitémonos a la de los NAKATA y WOLFGANG, ANTILA y

(1) ANUARIO DE DERECHO PENAL, XXIII, II, mayo 1970: Pascual MENEU, "Homenaje al profesor Graven en su jubilación", págs. 540-542.

FERRACUTI, VERSELE y ROSA DEL OLMO, VODOPIVEC y BUTELER y DI GENARO.

Como bien dice el editor, "los problemas de definir y mantener el derecho y el orden del arresto, de la prisión, de la indemnización, y rehabilitación, conciernen a todos los miembros de la sociedad". Hasta tal punto, que no estará de más recordar cómo un académico francés ha escrito recientemente, a propósito de los excesos de la represión y necesidad de estructurar, de crear una entidad internacional que trate de ayudar a las víctimas de la represión llamada política. De las víctimas trató también el Simposio Internacional de Criminología en Jerusalén, cuyo programa dimos en anterior número del ANUARIO (2). Cuanto sabemos de las mil *dificultades de todo orden* que el lanzamiento de una Revista de Criminología supone, y más a escala internacional, y la magnitud del propósito y misión que puede realizar, no podemos sino congratularnos de ello, haciendo los mejores votos por una feliz realización al dar la bienvenida a la nueva *Revista Internacional de Criminología y Penología*, que edita el doctor W. H. NAGEL

PASCUAL MENEU MONLEÓN

(2) ANUARIO DE DERECHO PENAL, XXV, III, "Primer Simposio Internacional de Victimología", Jerusalén, 2 septiembre 1973, págs. 902-903. ANUARIO DE DERECHO PENAL, XXIV, III, Pascual MENEU MONLEÓN: "El Congreso de Criminología de Bruselas y las fronteras de la represión", páginas 856-858.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXVI

FASCICULO II

Mayo - Agosto MCMLXXIII

Páginas

Sección Doctrinal

<i>Reflexiones sobre el libre albedrío</i> , por el Prof. Dr. Hans Welzel.	221
<i>Anticonstitucionalidad de la pena de muerte en los Estados Unidos de América</i> , por Pedro Luis Yáñez Román	232
<i>Anotaciones sobre las asociaciones ilícitas tras la reciente reforma penal</i> , por Luis Rodríguez Ramos	297
<i>Los términos delito y falta en el Código penal</i> , por Santiago Mir Puig	320

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1973 (primera parte)</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	378
<i>Jurisprudencia procesal penal (segundo cuatrimestre de 1971)</i> , por Fernando Gisbert Calabuig	421

Revista de Libros

AMELUNG, KNUT: <i>Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft</i> ...	439
DALLOZ: <i>Code de Procedure pénale. Code de Justice militaire</i> ...	450
FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: <i>Meditaciones sobre una exposición y estudio para un anteproyecto de bases del libro I del Código penal</i>	450
FERNÁNDEZ BOIXADER, Narciso: <i>El documento auténtico en el recurso de casación penal</i>	452
FERRACUTI: <i>Appunti di Criminologia</i>	455
HASSEMER, Winfried: <i>Theorie und Sociologie des Verbrechens</i> ...	456
KLUG, Ulrich: <i>Konkursstrafrecht. Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 239-244 innerhalb des Grosskommentars Jaeger, Konkursordnung 8 Auflage</i>	459

Revista de Revistas

ARGENTINA: <i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i> , enero-marzo 1972	462
FRANCIA: <i>Revue de Science Criminelle et de Droit Penale compare</i> , núm. 3, 1972	463
SUIZA: <i>Schweizerische Zeitschrift für strafrecht. Revue penale suisse</i> , tomo 85, 1969, fasc. IV	468

Noticario

NOTICIARIO	473
-------------------	-----

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal</i> 1973 (primera parte), por Pedro-Luis Yáñez Román	378
<i>Jurisprudencia procesal penal</i> (segundo cuatrimestre de 1971), por Fernando Gisbert Calabuig	421

Revista de Libros 439

AMELUNG, KNUT: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*; DALLOZ: *Code de Procédure pénale. Code de Justice militaire*; FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR: *Meditaciones sobre una exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código penal*; FERNÁNDEZ BOIXADER, NARCISO: *El documento auténtico en el recurso de casación penal*; FERRACUTI: *Appunti di Criminologia*; HASSEMER, WILFRIED: *Theorie und Sociologie des Verbrechens*; KLUG, ULRICH: *Konkursstrafrecht. Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 239-244 innerhalb des Grosskommentars Jaeger, Konkursordnung 8 Auflage.*

Revista de Revistas 463

ARGENTINA: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, enero-marzo 1972;
FRANCIA: *Revue de Science Criminelle et de Droit Penale compare*, núm. 3, 1972.
SUIZA: *Schweizerische Zeitschrift für strafrecht, Revue penale suisse*, tomo 85, 1969, fasc. IV.

Noticario 473

Suscripción anual: España, 450,— pesetas
Extranjero, 575,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas