

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXVIII
FASCICULO III**



**SEPBRE.-DICBRE.
MCMLXXV**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (+)

Directores:

JOSE ANTON ONECA
Catedrático jubilado de Derecho penal

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

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

Consejo de Redacción:

MARINO BARBERO SANTOS
Catedrático de Derecho penal de la Universidad 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 Universidad Complutense de Madrid

JOSE CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal de la Universidad 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 Universidad de Barcelona

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

ANGEL TORIO LOPEZ
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de La Laguna

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo

INDICE

	<u>Páginas</u>
Sección Doctrinal	
<i>La X Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica</i> , por José María Rodríguez Devesa.	293
<i>Animo de lucro y ánimo de hacerse pago</i> , por Miguel Bajo Fernández.	355
<i>La multa penal y la administración en relación con las sanciones privativas de libertad</i> , por Antonio Beristain	379
<i>Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848</i> , por Francisco Candil Jiménez	405

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, 800 ptas. Extranjero, 950.

Precio del fascículo suelto: España, 350 ptas. Extranjero, 450 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-agosto 1975.

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 ESTUDIOS 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 XXVIII
FASCICULO III**



**SEPBRE.-DÍCBRE.
MCMLXXV**

Es propiedad. Queda hecho el
depósito y la inscripción en el
registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

Depósito Legal, M. 126.—1958

La X Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal

SUMARIO: 1. Los antecedentes.—2. El método de trabajo.—3. La X Reunión Plenaria (San Cristóbal, 29 noviembre a 9 diciembre 1975).—4. Los delitos contra el orden económico (Comisión de Bogotá).—5. Los delitos contra la libertad (Comisión de Venezuela).—6. La clausura: propuesta de sede para la XI Reunión Plenaria.

1. LOS ANTECEDENTES

La idea de un Código penal tipo para Iberoamérica es mérito del presidente del Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile, profesor don EDUARDO NOVOA MONREAL. La expuso en la Sesión del Instituto del 8 de octubre de 1962. En la I Reunión Plenaria se propuso por el profesor LAPLAZA modificar la locución "latinoamericano" por "iberoamericano"; la solución se remitió a los profesores brasileños, declarando por ellos el profesor FRAGOSO que "puesto que la locución generalmente aceptada y adoptada por la mayor parte de los organismos internacionales es 'Latinoamérica', preferiría que se escogiera este último vocablo", como así se hizo (*Código Penal Tipo para Latinoamérica, Parte general*, tomo II, vol. I, publicado bajo la dirección del profesor FRANCISCO GRISOLÍA, Santiago de Chile, 1973, página 19; en lo sucesivo, ACTAS II, 1).

También se debe al profesor NOVOA MONREAL el plan de trabajo que, aprobado en la sesión plenaria del Instituto de Ciencias Penales de Chile del 15 de julio de 1963, ha servido de base (ACTAS, tomo I, 121 y 139 ss.) para las reuniones posteriores en líneas generales.

La I Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica tuvo lugar en Santiago de Chile (4-16 octubre 1963). En ella se aprobaron los Estatutos (ACTAS, tomo I, 156 s.), una *Declaración de Principios* (ACTAS, I, pág 155 s.) y un Reglamento de Trabajo (ACTAS, I, págs., 159 s.). Igualmente se

trataron las cuestiones relativas al ámbito de validez de la ley penal (ACTAS, II, 1, págs. 36 ss.).

La II Reunión Plenaria se celebró en Ciudad de México (19-29 octubre 1965). Fueron aprobados "preceptos relativos a la ley penal..., al hecho punible, a las causas de justificación, a la inimputabilidad y a la culpabilidad" y, además, "las directrices para la redacción de otros artículos..." (GRISOLÍA, *El Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica: Reseña sobre su proceso formativo en Código Penal Tipo* cit. I, 125; ACTAS, II, 1, págs. 77 ss.).

En la III Reunión Plenaria (Lima 4-13 abril 1967) "se aprobaron totalmente las materias sobre la tentativa, causas de justificación y culpabilidad" y reenvíos en varios temas (GRISOLÍA, *Reseña* cit. en C. P. T., I, 128; ACTAS, II, 1, 295 ss.).

La IV Reunión Plenaria fue en Caracas (20-30 enero 1969). En ella aparece por primera vez incluido en el temario un programa para la Parte especial: delitos contra la vida, integridad corporal y salud individual (Argentina, 1.^a sección), contra la administración pública (Bolivia), hurto y robo (Argentina, 2.^a sección), falsificaciones y falsedades (Méjico), delitos contra la libertad sexual y contra la moralidad (Centroamérica), contra el orden económico, "incluyendo usura, cheque, bancarrota, monopolio" (Colombia), contra el honor (Sao Paulo), el orden familiar y el estado civil de las personas (Ecuador) y delitos contra la Administración de Justicia (Perú). No obstante, no se abordaron ninguno de estos puntos, porque la atención se concentró en la Parte General, que quedó prácticamente ultimada (GRISOLÍA, *Reseña* cit., en C. P. T., I, pág. 129; ACTAS, II, 2, páginas 585 ss.).

"El objetivo primordial" de la V Reunión Plenaria (Bogotá, 9-18 marzo 1970) "fue el de dar término a la Parte General del Proyecto" (GRISOLÍA, *Reseña* cit., pág. 130) sobre la base de un documento elaborado por los profesores GUTIÉRREZ ANZOLA, LAPLAZA y NOVOA MONREAL (sustituido éste, al renunciar a la Presidencia del Instituto de Ciencias Penales de Chile, por el profesor don MIGUEL SCHWEITZER). Figuraba también en la agenda un punto dedicado a "Bases sistemáticas y plan de la Parte Especial", en el cual no se entró por la razón expuesta. Cfr. ACTAS, II, 2, págs. 851 ss.).

El día 14 de abril de 1971, Día de las Américas, en las sesiones 4.^a y 5.^a de la VI Reunión Plenaria (Sao Paulo, 12-17 abril 1971) se concluyó la Parte General, cuyo texto definitivo aparece publicado en su versión española y portuguesa (*Código Penal Tipo para Latinoamérica*, cit. I, págs. 15 ss.). Se inició también en esa misma Reunión el examen de la Parte Especial, pero no se llegó a la aprobación más que en las figuras del homicidio (Ponencia Argentina, 1.^a Comisión). A partir de aquí no existen Actas publicadas. Los datos que siguen provienen de los documentos circulados por el Secretariado Ejecutivo.

La *VII Reunión Plenaria* (San José de Costa Rica, abril 1972) estuvo íntegramente dedicada a los delitos contra la vida, la integridad y la salud individual (Ponencia de la Comisión Argentina, I). Se revisaron los acuerdos recaídos en Sao Paulo sobre los homicidios cualificados e infanticidio y se abordaron el homicidio culposo, el piadoso, el preterintencional y la instigación al suicidio, así como el aborto y las lesiones, tomándose el acuerdo de incluir una disposición sobre el homicidio ultraintencional recogiendo una Observación de la Comisión del Uruguay.

En la *VIII Reunión Plenaria* (Medellín, 6-14 noviembre 1973) se abordaron los delitos contra la seguridad física de las personas (ponente la Comisión Argentina, I). Han quedado incluidos los siguientes tipos: uno básico, de puesta en peligro de la vida, la integridad o la salud de otro; un segundo tipo básico para el abandono de quien se deba cuidar o vigilar, con cualificación por el resultado muerte o lesiones; una regulación específica para el abandono de recién nacido; la omisión de socorro (con acuerdo de incluir otro precepto sobre la omisión por parte del que haya provocado la situación de desvalimiento), y, finalmente, la agresión con armas sin ánimo de causar daño. Igualmente, se tomaron acuerdos sobre el hurto y el robo (Ponencia de la Comisión Argentina, II), llevando el que entre nosotros es robo con fuerza en las cosas a los hurtos calificados.

Los delitos contra el honor (Ponencia de la Comisión brasileña de Sao Paulo) fueron el objeto de la *IX Reunión Plenaria*, celebrada en Santiago de Chile del 1.º al 10 de marzo de 1975. Los artículos aprobados establecen figuras específicas para la injuria, la difamación, la calumnia y las ofensas contra la memoria de una persona fallecida.

La *X Reunión Plenaria*, última celebrada, será referida con algún detenimiento más adelante, después de ocuparnos del método de trabajo.

2. EL METODO DE TRABAJO

La *Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica*, según los *Estatutos* aprobados el 16 de septiembre de 1963 (*Código Penal Tipo cit.*, I, págs., 156 s.), se compone así:

a) El Secretariado Ejecutivo, a cargo del Instituto de Ciencias Penales de Chile. El Presidente del Instituto es el Secretario Ejecutivo de la Comisión. Corresponde a éste asumir la representación de la Comisión para todo los fines legales o administrativos.

b) Las comisiones de trabajo, formadas por las personas que designe, directamente o a propuesta de cada Comisión o alguno de sus miembros, el Secretariado Ejecutivo. Eligen un Presidente, un Vicepresidente y Secretario.

c) Las reuniones plenarios, que vienen celebrándose con cierta periodicidad en los lugares fijados por el Secretariado Ejecutivo. A

ellas se convoca a las comisiones de trabajo. El derecho a concurrir de éstas se halla sujeto a que se encuentren al día en el cumplimiento de las obligaciones que les son inherentes, como la oportuna expedición en las ponencias y observaciones que les hayan correspondido, pago de cotizaciones u otras.

El Secretariado Ejecutivo programa los temas sobre los que han de trabajar las comisiones y, también, reúne, ordena y distribuye todas las informaciones y elementos de investigación o estudio que sean útiles a los propósitos de las mismas.

Sobre el tema asignado deberá presentar cada comisión, como resultado de su trabajo, un articulado completo y, en documento anexo, la fundamentación general y particular de cada artículo. Si no hay uniformidad de pareceres la ponencia consigna la opinión de la mayoría y las disidencias. Se recomienda agregar, en lo posible, el texto de los artículos de Códigos o Proyectos que puedan haber inspirado las propuestas. En materias en que la doctrina esté dividida abiertamente, han de presentarse textos alternativos que recojan las diversas soluciones doctrinales.

Remitidas las Ponencias al Secretario Ejecutivo, éste las distribuye seguidamente a las demás Comisiones de Trabajo, que deben emitir, en un término perentorio y por escrito, un parecer general acerca del articulado propuesto, con indicación de si se acepta o rechaza en principio. Si no contestan en el plazo fijado, se entiende que están conformes. Si hay mayoría de opiniones contrarias, el articulado propuesto es descartado, y el Secretario Ejecutivo puede encomendar a otra comisión la redacción de un nuevo proyecto.

Si el articulado propuesto merece la aprobación general, el Secretariado lo comunica a las Comisiones para que evacuen, dentro del plazo que para cada ocasión se señala, todas las observaciones que les merezcan los textos aprobados en principio, fundamentándolas debidamente.

Recibidas las observaciones, se envían por el Secretariado a la Comisión originaria, que puede aceptarlas o rechazarlas, expresando los fundamentos. El resultado de este segundo examen del tema, a la vista de las observaciones, constituye el anteproyecto que ha de someterse a la Reunión Plenaria, acompañado de los fundamentos generales y particulares del texto que se propone y de todas las observaciones o sugerencias que hayan formulado las restantes Comisiones de Trabajo.

En las Reuniones Plenarias sólo tienen derecho a voz y voto las Comisiones y los invitados especiales. Las Comisiones han de expresar su voto por intermedio del Presidente o Relator. Los demás participantes sólo tienen derecho a voz.

Las Reuniones Plenarias, según el artículo 9.º de los Estatutos antes mencionados, que venimos resumiendo hasta ahora, “debatirán y resolverán todas las cuestiones que conciernan a la marcha de la Comisión y, en especial, a la adopción del Reglamento de Sesiones.

y al ordenamiento y aprobación de los textos y antecedentes que compondrán el Proyecto de Código Penal Tipo”.

Acaso no sea inoportuno apuntar aquí el problema de la financiación de los trabajos de la Comisión Redactora. El artículo 10 de los Estatutos declara que los fondos de la Comisión Redactora “estarán constituidos por subsidios, donaciones y contribuciones de cualquier naturaleza”. Pero la última rendición de cuentas del Secretariado pone de manifiesto que los únicos ingresos son las cuotas de 200 dólares que aporta cada Comisión de Trabajo anualmente. Las Comisiones son: dos en Argentina, las de Sao Paulo, Río de Janeiro y Brasilia (creada en la X Reunión Plenaria) en Brasil, dos en Colombia (Bogotá y Medellín), una en Costa Rica, otra en San Salvador, dos en Méjico, una en el Perú y otra en Venezuela. La financiación de las Reuniones Plenarias corre a cargo del país en que se celebran. En la V Reunión, el profesor NOVOA hizo notar “que para algunas Comisiones es difícil reunir esos fondos. Algunas Comisiones cuentan con aporte de nivel universitario, o bien de entidades..., pero para otros los propios delegados hacen las expensas...” (ACTAS, II, 2, pág. 1007).

3. LA X REUNION PLENARIA (San Cristóbal, 30 de noviembre a 10 de diciembre de 1975).

La Reunión de San Cristóbal (Venezuela) se celebró con el patrocinio del Gobierno de Venezuela y del Colegio de Abogados del Estado de Táchira. Fueron Presidentes Honorarios: el Presidente Constitucional de la República, el Presidente del Congreso Nacional, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Presidente de la Cámara de Diputados. La Presidencia efectiva correspondió al doctor JOSÉ RAFAEL MENDOZA T., Presidente de la Comisión organizadora venezolana y maestro del máximo prestigio, quien, no pudiendo concurrir personalmente a San Cristóbal por su estado de salud, fue suplido por el doctor JOSÉ AGUSTÍN MÉNDEZ, a cuya hospitalidad y acierto en la dirección de los debates se debe en buena medida el éxito de la reunión. El Secretariado Ejecutivo estuvo representado por los profesores GUZMÁN, GRISOLÍA, YÁÑEZ y NÁQUIRA.

Asistieron por *Argentina*, I Sección, los señores LAPLAZA (Presidente), FRÍAS CABALLERO (co-Relator) y GRACIA MÁS (co-Relator); II Sección, AGUIRRE (Presidente) y HERRERA (Relator). Por *Brasil*, Sao Paulo: DA COSTA Jr. (Presidente) y LEITAO DA SILVEIRA (Relator); ausente la representación de Río de Janeiro; Por *Chile*: ETCHEBERRY O. (Presidente), ORTIZ (Relator) y como observadores: CURY y SWEITZER W. Por *Colombia*, Bogotá: GUTIÉRREZ ANZOLA (Presidente) y REYES (Relator), como observadores GAITÁN, MARTÍNEZ, ROMERO y MESA; Medellín: ESTRADA (Presidente), LONDOÑO,

(Relator). Por *Costa Rica*, el doctor PADILLA (Presidente). Por *España*, RODRÍGUEZ DEVESA. Por *Méjico*, I Sección: PAVÓN VASCONCELOS (Presidente) y FERNÁNDEZ DOBLADO (Relator); II Sección: VILLARRREAL (Presidente) y MILLÁN (Relator). Por *Perú*: BRAMONT (Presidente) y GARCÍA RADA (Relator). Por *San Saivador*: SILVA (Presidente), y finalmente, por *Venezuela* el profesor doctor JOSÉ AGUSTÍN MÉNDEZ (Relator) y como observadores los doctores MATHEUS, ROMERO DE ENCINOSO, TORRE OLIVARES, RAMÍREZ, ANDRADE, CRESPO DE HERNÁNDEZ, TAMAYO, DE MIGUEL, FIERRO y PÉREZ PERDOMO.

El temario, excesivamente amplio como se demostró, comprendía los siguientes extremos:

- 1.º Revisión y aprobación de textos pendientes.
- 2.º Delitos contra el orden económico (Ponencia: Comisión de Bogotá).
- 3.º Delitos contra la libertad (Ponencia: Comisión de Venezuela).
- 4.º Delitos contra el pudor y la libertad sexual (Ponencia: Comisión Centroamericana).

El programa preveía, aparte de las Sesiones de apertura y clausura, y de los obligados actos sociales, diez sesiones de trabajo, de tres horas de duración las de la mañana y dos horas de duración las de tarde, muchas de las cuales se prolongaron para poder concluir los debates en curso.

Incluía también el programa una Conferencia en el Círculo Militar, que fue dada por el doctor RODRÍGUEZ DEVESA, sobre el tema "La obediencia debida en el Derecho penal militar", un Foro-Panel sobre el Código Penal Tipo, en el Colegio de Abogados, y una Conferencia del doctor DAVID MORALES BELLO, sobre el tema "La actitud del juez en la ejecución de la pena y la resocialización como deber y objetivo de la política penitenciaria".

Se comenzó por la aprobación del reglamento por el que habían de regirse las Sesiones, elaborado por el Secretariado Ejecutivo, y se concluyó con la aprobación de las cuentas rendidas por el mismo Secretariado.

De los temas programados se concluyó el examen de los delitos contra el orden económico, y se avanzó en el grupo de los delitos contra la libertad, quedando pendientes parte de éstos y los delitos contra el pudor y la libertad sexual para una posterior reunión. Los textos definitivos quedaron pendientes de su revisión por la Comisión de estilo.

4. LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONOMICO (Comisión de Bogotá)

Como se recordará, el tema atribuido a la Comisión colombiana comprendía los delitos económicos "incluyendo usura, cheque, bancarrota, monopolio" (IV Reunión Plenaria, enero 1969). En reali-

dad, el encargo data ya de la III Reunión de Lima, abril de 1967. Ya en diciembre de 1967 elaboró la Comisión colombiana una primera parte de un proyecto, dejando para una segunda parte, redactada en julio de 1968, los delitos de usura, cheques, contrabando, monopolio y quiebra. Destacó entonces la Comisión los complejos problemas implicados, "la dificultad que emana de la conformación de los diversos sistemas económicos de cada país" para los delitos de contrabando, monopolio y quiebra, cuya exclusión propugnaba del Código Penal Tipo, no así de la usura y los cheques en descubierto. Las restantes Comisiones adoptaron posturas muy dispares, disparidad existente a veces en el seno de cada Comisión. Propusieron en sus Observaciones algunas (v. gr., Argentina, 1.^a Sección) la erradicación del título sin perjuicio de situar en distintos lugares sistemáticos algunas de las figuras del proyecto colombiano; otras, como, v. gr., la Comisión peruana, aceptaban en principio la conveniencia de regular en el Código Penal Tipo estos comportamientos, aunque discrepando, por ejemplo, la Comisión de Ecuador, respecto a la inclusión de los delitos de usura y cheque en descubierto, que estimaban debían ser tratados entre los delitos contra la propiedad.

Las "Observaciones" dieron lugar a una reelaboración del proyecto primitivo, abordada en la IX Reunión Plenaria de Santiago de Chile, en marzo de 1975. El proyecto presentado ahora a la atención de la X Reunión Plenaria abarcaba quince artículos. Se decidió no incluir en él los delitos de monopolio, quiebra, contrabando y protección penal del cheque. Las materias reguladas eran las siguientes: artículo 1.º, Acaparamiento; artículo 2.º, Especulación; artículo 3.º, Alteración de productos industriales y de primera necesidad; artículo 4.º, Fraude en salarios, valores y artículos de primera necesidad; artículo 5.º, Indebido aprovechamiento económico; artículo 6.º, Circunstancias de agravación punitiva; artículo 7.º, Destrucción o inutilización de productos agropecuarios o industriales; artículo 8.º, Fraude en nombres, marcas o dibujos de productos agropecuarios o industriales; artículo 9.º, Uso ilegítimo de nombres, marcas, dibujos o modelos industriales, comerciales o agropecuarios; artículo 10.º, Comercio ilícito de productos amparados por patentes de invención; artículo 11.º, Difusión de enfermedades; artículo 12.º, Revelación de secretos científicos o industriales; artículo 13.º, Explotación ilegal de la riqueza piscícola nacional; artículo 14.º, Explotación ilegal de la riqueza forestal, y artículo 15.º, Explotación ilegal de la riqueza minera nacional.

Los debates, que se prolongaron a lo largo de siete sesiones, fueron iniciados con la discusión de la existencia misma de un Título de delitos de esta clase en el Código Penal Tipo. Se acordó mantenerlo por once votos contra tres. Se rechazó, en cambio, la proposición de detenerse a esclarecer el criterio general sobre el bien jurídico. Se eliminó la inclusión de los salarios en el artículo 4.º, y se excluyeron, en cerrada votación en que prevaleció el voto de calidad del

Presidente, los artículos 8.º, 9.º y 10.º por estimarlos más propios de la tutela de la propiedad industrial. Los artículos 13.º, 14.º y 15.º fueron refundidos. Se añadió un nuevo artículo definiendo lo que ha de entenderse por artículos de primera necesidad a efectos penales. Se modificaron algunas fórmulas y, en términos generales, puede decirse que se mejoró considerablemente el proyecto que había servido de base de partida, poniendo de manifiesto, como ya lo había hecho notar la Ponencia colombiana, la complejidad y dificultades del tema, de una parte, y de otra la conveniencia de su regulación en el Código Penal Tipo.

El texto definitivo no se conocerá hasta que concluya su trabajo la Comisión de Estilo, pero puede afirmarse desde ahora que significa un meditado avance sobre la confusa situación legal en la que en muchos países, también el nuestro, se hallan las conductas que se propone sean incluidas en el Derecho común. Muchas se encuentran hasta hoy en las penumbras, recovecos y ambigüedades del Derecho administrativo, pese a su grave trascendencia y a la probada inutilidad en una serie de casos de las sanciones gubernativas.

Séanos permitido, antes de seguir adelante, hacer una breve referencia a los importantes acuerdos que se adoptaron en la sesión octava de la Comisión Redactora. Se acordó excluir del Código Penal Tipo una serie de delitos, a saber, quiebra, contrabando, monopolio, captación indebida de ahorro y un delito específico de "negativa de venta". Por el contrario, se convino incluir los delitos de usura y emisión de cheque en descubierto, pero no en el título de los delitos contra el orden económico.

5. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD (Comisión venezolana)

La Ponencia venezolana data de noviembre de 1971. Se dividía en ella la materia en siete capítulos: delitos contra la libertad individual (I), delitos contra las libertades políticas (II), delitos contra el sufragio (III), delitos contra la libertad de cultos (IV), delitos contra la inviolabilidad de domicilio (V), delitos contra la inviolabilidad del secreto, y delitos contra la libertad de trabajo (VII). La Comisión reconocía que las opiniones se hallan divididas en orden a la colocación sistemática, por lo menos de una parte de estos preceptos, que algunos Códigos llevan a la zona de los abusos cometidos por funcionarios públicos, o al grupo de los delitos contra las garantías constitucionales o las libertades constitucionales. Las penas adecuadas serían, a su juicio, "el arresto, la multa, el confinamiento y aun el extrañamiento... (para) los delitos más aproximados a una delincuencia evolutiva; en cambio, la prisión y el presidio, para los otros, graves, que desconocen la dignidad, la incolumidad de la persona, su integridad física y su patrimonio moral".

Las Comisiones argentinas, en su Observaciones, propusieron una

sistemática distinta, basada en llevar a títulos distintos los delitos contra las libertades políticas y derecho de sufragio, de una parte, y los dirigidos contra la libertad de cultos de otra. Además, consideraban que deberían separarse en capítulo propio los cometidos por funcionarios públicos, añadiendo nuevos capítulos para los delitos contra la libertad de asociación y la libertad de Prensa. La Comisión argentina II, proponía que los capítulos V y VI se reunieran en uno solo con la rúbrica de "delitos contra la intimidad", que la sustracción de menores se integrara en capítulo aparte, y se tutelara la libertad de reunión. La Comisión chilena entendió, por mayoría, que era inconveniente se incluyeran "atentados contra los derechos políticos de los ciudadanos", compartiendo el criterio de la Comisión II argentina en cuanto a la unificación de los capítulos V y VI, y pensando que el capítulo VII estaba más estrechamente vinculado a los delitos contra la economía, por lo que debía excluirse; también opinaba que había que definir el concepto de empleado público. La Comisión de Costa Rica informó en las Observaciones sobre la legislación de su país. La Comisión mejicana II examinó artículo por artículo el proyecto, haciendo las sugerencias que le parecieron pertinentes, entre ellas las de que se trasladase a una ley especial el grupo de los delitos cuyo sujeto activo es un funcionario público; se suprimieran los delitos de perturbación de ceremonias religiosas, vilipendio, daño en cosas destinadas al culto y daños a monumentos funerarios, porque, a su juicio, el proyecto "debe ser totalmente arreligioso"; que los delitos de profanación de cadáveres se llevarán a otro título ("inhumaciones y exhumaciones"), deplorando, finalmente, que no se hubiera incluido el "secuestro para obtener un rescate y algunas otras formas de secuestro calificado".

La Comisión venezolana se ratificó tanto en la exposición de motivos como en el articulado con dos adiciones, una relativa al derecho a la intimidad, sugerida por el profesor PAULO DA COSTA Jr., para castigar al que haga una referencia a la vida privada familiar de otro que pueda disminuir su prestigio social o viole el derecho a la intimidad con empleo de teleobjetivos, micrófonos o grabaciones clandestinas o invada sin justa causa la vida privada ajena; otra para incriminar los llamados "paros intempestivos" de obreros, trabajadores y empleados, que ocasionan graves perjuicios a la economía nacional de cada país americano", tipificando también la huelga ilegal.

Pendiente únicamente dos Sesiones, el trabajo se facilitó porque, previsoramente, en la quinta sesión se nombró una Subcomisión, integrada por los profesores LAPLAZA, DA COSTA, ORTIZ, GAITÁN, MILLÁN, GARCÍA RADA y doña CARMEN ROMERO DE ENCINOSO, para que estudiara y propusiera "un informe preliminar sobre la ponencia concerniente a los delitos contra la libertad". La Subcomisión no tuvo, a pesar de todo, tiempo para examinar la totalidad de los delitos previstos en la Ponencia, elaborando un nuevo proyecto base para la discusión que tampoco pudo ser estudiado en su totalidad. La Comisión

redactora del có particularmente un prolijo debate a la cuestión de si la esclavitud debería figurar o no en el Código, concluyendo por conservarlo por un pequeño margen de seis votos contra cinco. Igualmente se debatió largamente si la reducción a condición equivalente, que figuraba en el proyecto inicial y en el de la Subcomisión, había de conservarse o debería llevarse a otro lugar, optando primero por mantener la referencia (seis votos contra cinco) y segundo, por sustituirla por la fórmula "condición similar", añadiendo una "interpretación auténtica" de lo que ha de entenderse por condición similar a la esclavitud (de acuerdo con la idea expresada en la frase "virtual dominio de otro, reduciéndolo a un total estado de sujeción"). También se dejó constancia de que la "trata de blancas" habría de ser considerada en otro título del Código. Se trataron, además, otras figuras, como la "privación de libertad", la internación con engaño en un asilo, hospital, casa de reclusión o institución análoga, etc. No obstante, una buena parte del extenso y meditado proyecto de la Ponencia venezolana tendrá que ser estudiado y debatido en la próxima Reunión Plenaria.

6. LA CLAUSURA: PROPUESTA DE SEDE PARA LA XI REUNION PLENARIA

La Sesión de Clausura tuvo lugar el día 9 de diciembre. En ella, hablando en nombre propio, después de agradecer las múltiples atenciones y deferencias de que había sido objeto, y de manifestar la gran complacencia que le producían el elevado nivel de los debates y el rigor de las formulaciones a que se había llegado, subrayando la importancia sobresaliente del empeño de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo, me comprometí a realizar cuantas gestiones estuvieran a mi alcance para conseguir que la próxima Reunión Plenaria se celebrase en Madrid, con participación de los colegas portugueses y sin perjuicio de que se mantuviera el máximo respeto a la personalidad e independencia de las Comisiones de Trabajo, reservándose España únicamente el grato deber de concederles hospitalidad. La aceptación por parte del Presidente doctor JOSÉ AGUSTÍN MÉNDEZ en nombre de la Comisión Redactora recordó con muy emotivas palabras los estrechos lazos que la historia y una tradición jurídica común han tejido entre nosotros.

POR ERROR DE NUMERACION EN ESTE FASCICULO, DE LA PAGINA 302 PASA A LA 355. POR LO TANTO, EL TOMO XXVIII CONSTA DE 486 PAGINAS EN LUGAR DE 536 PAGINAS QUE FIGURA EN LA NUMERACION FINAL

Animo de lucro y ánimo de hacerse pago

MIGUEL BAJO FERNANDEZ
Profesor Agregado de Derecho penal

SUMARIO.—I. *Delimitación del problema.*—II. *La pretendida tesis de incompatibilidad entre ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago.*—III. *El ánimo de hacerse pago como modalidad del ánimo de lucro. Concepto de lucro.* A) Interpretación del ánimo de lucro en la doctrina española. B) Interpretación del ánimo de apropiación en la doctrina alemana. C) Conclusión. Nuestro parecer sobre el concepto de lucro.—IV. *Animo de hacerse pago y ánimo de lucro injusto.*—V. *Comportamiento arbitrario de propio pago y lesión del bien jurídico protegido en los llamados delitos contra la propiedad.*—VI. *Conclusión.*

I. DELIMITACION DEL PROBLEMA

La cuestión viene planteada por aquellos supuestos de comportamiento arbitrario de propio pago que, desde el punto de vista objetivo, son subsumibles en alguna de las distintas figuras de los delitos contra la propiedad. Como es sabido, el artículo 337 (1) del Código penal castiga, como delito contra la Administración de Justicia, el comportamiento arbitrario de propio pago, pero con tan reducidos alcances que deja fuera de su ámbito un elevado número de casos. Por ejemplo, quedan excluidos los supuestos de quien se apodera, sin violencia o intimidación, de cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago, o quien con la misma finalidad se apropia del dinero de su depositante y deudor, o, por último, quien obtiene mediante engaño, y con la misma finalidad de hacerse pago, una determinada cosa del deudor.

Pues bien, la cuestión estriba en saber si dichos comportamientos, que cumplen el tipo objetivo del correspondiente delito contra la propiedad, pueden ser castigados como tal delito contra la propiedad, pese a que la ley exige el ánimo de lucro y el autor obra, por el contrario, con el ánimo de hacerse pago. Hay que tener en cuenta que el ánimo de hacerse pago implica la intención de incorporar la cosa al propio

(1) «El que con violencia o intimidación se apodera de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con la pena de multa equivalente al valor de la cosa sin que pueda bajar de 10.000 pesetas.»

patrimonio. No hay tal ánimo si el autor pretende sólo asegurar el crédito, bien porque su intención es poner la cosa a disposición judicial, bien porque pretende devolverla en todo caso. Eilo quiere decir que el ánimo de hacerse pago tiene en común con el ánimo de lucro la incorporación de la cosa al propio patrimonio (2).

Lo que trataremos de demostrar en este trabajo es que hacerse pago es una modalidad de lucro, sin que por ello pueda afirmarse, en todo caso, la existencia del correspondiente delito contra la propiedad, por las razones que veremos en el apartado V.

II. LA PRETENDIDA TESIS DE INCOMPATIBILIDAD ENTRE ANIMO DE HACERSE PAGO Y ANIMO DE LUCRO

Como es sabido, está extendida la tesis de que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, negando por ello el correspondiente delito contra la propiedad (2 bis). Por su parte, la doctrina defiende tal entendimiento con razones de justicia material apelando a las consecuencias insatisfactorias que la tesis contraria acarrearía. Así Rodríguez Devesa advierte que de admitir la existencia de un delito contra la propiedad resultaría, por ejemplo, que en el caso de quien toma la cosa del deudor para hacerse pago sería castigado con una simple multa si utiliza violencia o intimidación (art. 337) y con graves penas de presidio si no median la violen-

(2) La S. 12 junio 1975, A. 2863 considera común a los delitos de hurto, robo y realización arbitraria del propio derecho el *animus capiendi*. Es precisamente esa incorporación la que determina la consumación del hecho delictivo, tanto en el hurto (J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid 1975, pág. 368) como en el delito del art. 337 (A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, III, Murcia 1948, pág. 435).

(2 bis) Así Ss. 4 mayo 1905, t. 74, núm. 246 («sólo tuvo el propósito de cobrarse los jornales que había devengado... lo cual no implica el ánimo de lucro necesario para la existencia del delito» de hurto); 13 diciembre 1905, t. 75 número 220 («no es lógico deducir intención de lucrarse del mayor o menor afán por cobrar lo que creía pertenecerle, pues esto sólo supone natural deseo de adquirir lo suyo»); 4 octubre 1935, t. 135, núm. 10 («su propósito fue hacerse pago... que destruye el ánimo de lucro»); 15 marzo 1935, t. 132, núm. 191; 12 junio 1975, A. 2863 («no puede coexistir contemporáneamente la avidez de lucro, propia de los delitos patrimoniales de enriquecimiento o apropiación, con un ánimo radicalmente distinto, como puede serlo el tomar la cosa del deudor... para hacerse pago con ella». «No existe el de lucro desplazado totalmente por aquel otro ánimo de procurarse el pago»). Esta tesis ha sido llevada a sus últimas consecuencias por las Ss. 11 marzo 1964, núm. 479 y 2 abril 1965, núm. 589 al mantener que la creencia, aún errónea, de que se ejercita un derecho elimina el ánimo de lucro o, en otras palabras, que la creencia en la existencia de una deuda elimina dicho ánimo. En contra de esta tesis es necesario advertir en primer lugar que fue desmentida por las Ss. 18 enero 1887, t. 38, núm. 57 y 7 octubre 1891, t. 47, núm. 90. En segundo lugar que la absolución dictada en los supuestos de error sobre la existencia de la deuda puede explicarse de otro modo. O hay error de prohibición porque se cree ejercitar legítimamente un derecho (Ss. 17 marzo 1934, t. 130, núm. 138; 11 marzo 1964, núm. 479; 2 abril 1965, núm. 589) o falta, por ejemplo, la voluntad contraria del dueño de la cosa (Ss. 12 mayo 1962, núm. 546; 15 octubre 1964, núm. 1541).

cia o intimidación (arts. 514-515) (3). Del mismo modo, Antón, para fundamentar que no es «estafa obtener mediante engaño la satisfacción de la deuda vencida o la entrega de la cosa que el vendedor se obstina en no entregar después de recibir el precio», utiliza como argumento que «de otro modo la violencia o intimidación actuarían como circunstancias atenuantes», ya que, mediando tal comportamiento violento, sería aplicable el artículo 337 (4).

La tesis de que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro no parece suficientemente justificada y no es argumento decisivo las consecuencias insatisfactorias a que conduce la tesis contraria. En primer lugar, porque, como tendremos ocasión de comprobar, dichas consecuencias insatisfactorias pueden solucionarse por otras vías. En segundo lugar, porque la conclusión a que llega la doctrina dominante en España puede conducir a otras situaciones que tampoco satisfagan. Negar en este caso la existencia de lucro puede arrastrar la impunidad de conductas de las que, como veremos (4 bis), nadie duda su carácter de delito contra la propiedad. Aquí bastaría recordar que en la doctrina se suele otorgar idéntica calificación a las conductas de apoderamiento de cosa del deudor para hacerse pago y el apoderamiento de cosa ajena dejando en su lugar otra de valor equivalente (5).

El problema planteado no puede solucionarse sin determinar cómo se entiende el lucro al que va referido el elemento subjetivo de los delitos contra la propiedad. El tema ha sido estudiado profusamente por la literatura de lengua alemana por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque el Código penal alemán exige el ánimo de lucro para el delito de estafa, requiriendo en los casos de hurto, robo y apropiación indebida exclusivamente el ánimo de apropiación. La situación legal fue vivamente discutida a lo largo de este siglo, siendo mantenida en los proyectos de 1909, 1913 y 1919, mientras que el Anteproyecto de 1911 y los proyectos para un Código penal alemán general de 1925 y 1927 exigían para el hurto el ánimo de lucro (en las variantes de ánimo de obtener una ventaja patrimonial o ánimo de enriquecimiento) (6). En

(3) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, Madrid 1946, págs 185-186.

(4) J. ANTÓN, *Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia*, separata de NEJ, IX, Barcelona 1957, págs. 14-15.

(4 bis) Vid. pág.

(5) Así lo hacen, por citar algunos, U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen. Ein Beitrag zur Dogmatik der Zueignungsdelikte*, Dissertation, Hamburg, 1965, pág. 17; R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff der Sachzueignung*, Neuwied-Berlin, 1968, pág. 72; A. OBERLÄNDER, *Die Bereicherungsabsicht beim Diebstahl nach deutschem österreichischem und künftigem Recht*, Leipzig 1931, págs. 25-26; W. MITTERMAIER, *Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Erpressung*, en *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs*, herausgegeben von Aschrott-v. Liszt, II, B. T., Berlín, 1910, pág. 348; W. MALANIUK, *Lehrbuch des Strafrechtes*, II, vol. 1, Wien 1948, pág. 221. En contra, por ejemplo, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., pág. 185 y 191.

(6) Cfr. W. SAUER, *System des Strafrechts*. B. T., Köln-Berlín 1954, págs. 26 y sigs. con una amplia referencia de Derecho comparado; A. OBERLÄNDER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 1; L. KÖHLER, *Zueignungs- und Bereicherungsabsicht beim Diebstahl*, Inaugural-Dissertation, Berlín 1938, págs. 66-67.

segundo lugar, porque los Códigos penales suizo y austríaco exigen en todo caso el ánimo de lucro (7), al contrario que el alemán.

Pues bien, en la literatura de lengua alemana también está extendida la opinión de que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro, siendo compatible, por el contrario, con el ánimo de apropiación (8). La tajante afirmación de que en los supuestos de comportamiento arbitrario de propio pago hay ánimo de apropiación pero no de lucro necesita ser meditada. Un estudio de cómo se interpreta el ánimo de apropiación en la literatura alemana y el ánimo de lucro en la española nos conducirá a la conclusión de que tal opinión es equivocada.

III. EL ANIMO DE HACERSE PAGO COMO MODALIDAD DEL ANIMO DE LUCRO. CONCEPTO DE LUCRO

A) Interpretación del ánimo de lucro en la doctrina española

Hay que reconocer que, frente a la profusa bibliografía existente en otros países en relación al elemento subjetivo en los delitos contra la propiedad, la literatura española se ha mostrado poco preocupada por el tema. Tal situación conduce, sin duda, a tratar con soluciones tópicas los problemas que plantea el ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad. Debemos ser justos, sin embargo, y reconocer también que las soluciones casuísticas han sido adoptadas con carácter general por la dificultad propia del tema, que se escapa a un tratamiento sistemático exacto. En este sentido, ha observado Antón que «dado el carácter subjetivo de este elemento, radicado en la intención del agente, ha prevalecido la idea de la decisión caso por caso, incluso con apelación a la moral

(7) En las variantes de ánimo de enriquecimiento (*um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern*, art. 137 C. p. suizo) o ánimo de obtener una ventaja (*um seines Vorteiles willen*, § 171 C. p. austríaco).

(8) Así, WERNER ALOIS v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht im schweizerischen Strafgesetzbuch, Inaugural-Dissertation*, Freiburg i. Ue., 1951, pág. 116: el apoderamiento de cosa del deudor para hacerse pago habrá de considerarse hurto conforme al C. p. alemán que exige el ánimo de apropiación, pero no se puede afirmar la tipicidad del hurto frente al C. p. suizo que exige el ánimo de enriquecimiento. A. OBERLÄNDER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., págs. 22 a 25, piensa, igualmente, que quien toma la cosa del deudor para satisfacer su deuda o quien toma cosa ajena dejando en su lugar otra de idéntico valor no pueden considerarse como autores de hurto conforme al C. p. austríaco que exige el ánimo de obtener una ventaja, pero necesariamente habrá de afirmarse la tipicidad conforme al C. p. alemán. Vienen a sentar la misma tesis H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen. Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen*, en *Juristenzeitung*, 1963, pág. 152-153, quien advierte que la negativa de hurto en estos casos procede de la tesis jurisprudencial defendida hasta finales de los años sesenta del siglo pasado en Alemania, según la cual la intención de apropiación del C. p. alemán se entiende dirigida al lucro (*Gewinn*); y M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte*, Heidelberg 1970, pág. 25, quien entiende que la exigencia de ánimo de lucro mantenida aún en los tiempos de FEUERBACH justificaba la exclusión del hurto de casos como la sustracción de cosas dejando en su lugar el equivalente en dinero, o la sustracción de cosa ajena por razón de autoayuda ilícita (*unerlaubter Selbsthilfe*).

«o a la concepción jurídica popular» (9). Ello no quiere decir, con todo, que no haya en nuestra doctrina, científica o jurisprudencial, intentos de definición del ánimo de lucro, o, más exactamente, del lucro que es el objeto a que va referido el momento psicológico exigido en la ley.

Apunta Rodríguez Devesa que lucro, en sentido vulgar, significa provecho, y advierte lo inútil de tal observación gramatical (10), que no es más que un innecesario cambio de palabras. Lo que se trata de saber precisamente es qué hay que entender por lucro o provecho. Un sector doctrinal ha entendido la expresión en un sentido amplio como «cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho» (11) o como cualquier beneficio material o moral (12). Una interpretación de esta índole amplía demasiado el concepto de lucro, debiendo incluirse, por ejemplo, cualquier ventaja de carácter político o social en contra de lo que, evidentemente, es el sentido legal (13). Pero el argumento decisivo contra este entendimiento es que, sin duda, no permite distinguir entre el delito de hurto y el delito de daños, por lo que es rechazado por la doctrina dominante (14). Quintano hace observar que «hay provechos y utilidades que no sería procedente encuadrar en tales delitos (s. s. de apoderamiento), sino en los de daños; como el del tan repetido ejemplo del comerciante que, para aumentar sus ganancias, esto es, con propia utilidad y provecho, destruye la tienda del concurrente» (15) o el del que destruye la cosecha ajena para revalorizar la propia (16). Rodríguez Mourullo recoge, por su parte, el ejemplo escolástico del coleccionista que destruye la pieza que pertenece a otro para revalorizar la suya, que, de este modo, se convierte en única (17). Y Díaz Palos ve la imposibilidad de distinción en el hecho de que «no puede negarse que el dañador, destruyendo la cosa de su odiado enemigo, da satisfacción de su insano apetito, alcanza el placer de la venganza, y consigue, por tanto, aquel lucro desorbitado que precisamente combatimos» (18).

La observación de esta deficiencia obliga, en el sentir de la doctrina española, a establecer dos precisiones en el concepto de lucro. En primer lugar, se dice, el lucro ha de ser *directo* en el sentido de que —dice Rodríguez Mourullo— «el lucro va conectado a la posesión de la cosa que es objeto material del delito», mientras que «el lucro (que) no de-

(9) J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 14.

(10) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., pág. 183.

(11) Cfr. Ss. 17 enero 1958, núm. 26, 15 octubre 1951, núm. 467, 27 abril 1962, núm. 473.

(12) C. VIADA Y VILASECA, *El Código penal reformado de 1870*, 4.^a ed., III, Madrid 1890, pág. 414.

(13) Cfr. W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 44.

(14) Vid. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., pág. 184-185.

(15) A. QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, II, *Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, Madrid, 1964, pág. 138.

(16) A. QUINTANO, *Compendio de Derecho penal*, II, Madrid, 1958, pág. 371, nota 5.

(17) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1961, pág. 237.

(18) F. DÍAZ PALOS, voz *Animo de lucro*, en NEJ, II, Barcelona 1950, página 675.

riva del objeto material en sí, sino del acrecimiento que supone para el patrimonio del agente la destrucción, deterioro o menoscabo de la cosa», no es el lucro a que se refiere la ley en los delitos de apoderamiento o defraudación (19). En segundo lugar, apunta Rodríguez Devesa la necesidad de que el lucro tenga un sentido *económico*. Y no ya sólo por la imposibilidad de distinguir, en otro caso, el hurto de los daños, sino también porque en nuestro Código «se parte de que la cosa ha de tener un valor económico, o sea, no un valor de cualquier índole, sino precisamente objetivo» (20). El sentido económico del lucro en la estafa es evidente en cuanto se entiende que es la contrapartida del daño patrimonial (21).

La doctrina se percata, sin embargo, que no basta con estas dos características (carácter económico y directo del lucro) para solucionar casos límites dudosos. Por ejemplo, cuando se toma la cosa para donarla a un tercero o cuando se cambia la cosa por otra de idéntico valor. La doctrina española no ha manifestado dudas sobre la idoneidad del castigo de estas conductas a título de hurto. Por ello cree Quintano que el concepto de lucro requiere una ulterior matización y habla entonces de lucro altruista y lucro-satisfacción. Conforme al lucro-altruista, piensa Quintano, se desecha el sentido del lucro como mera codicia personal dando cabida a los provechos ajenos. Y refiriéndose al lucro-satisfacción se puede incluir el caso de sustitución de la cosa por otra de idéntico valor (22). La observación de Quintano, sin embargo, no puede satisfacer por la razón de que al utilizar tan vagas expresiones se corre el peligro de que, con el único fin de solucionar estos dos supuestos, nos veamos obligados a aceptar aquél amplio concepto de lucro que a todos insatisface.

Es, por el contrario, mucho más convincente la observación de Rodríguez Devesa. Piensa este autor que en el caso de hurto para entregar la cosa a un tercero no hay duda de la tipicidad de la conducta porque para el hurto lo decisivo son «los móviles *inmediatos* que han decidido al agente tomar la cosa, y con independencia de los *fines ulteriores* que se proponga» (23). Y en el segundo caso también estamos en presencia de un hurto porque el provecho económico que integra el lucro ha de valorarse desde el punto de vista del autor. El que toma la cosa obra de tal modo porque sabe que el dueño de la cosa no la entregaría por ese precio o no la entregaría de ningún modo. «El sujeto obra movido por el inmediato propósito de conseguir una cosa para lograr la cual no hubiera bastado, *en su opinión*, pretendiendo adquirirla legalmente, la cantidad que él mismo ha fijado como indemnización, e incluso hubiera sido insuficiente cualquier cantidad para conseguir el asentimiento del

(19) Así, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El hurto*, cit., pág. 238.

(20) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., pág. 183.

(21) Claramente en este sentido R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. B. T.* 5.^a edición, Karlsruhe 1971, pág. 304.

(22) A. QUINTANO, *Tratado*, II, cit., págs. 142 y 144; y *Curso de Derecho penal*, II, Madrid 1963, págs. 185-186.

(23) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., pág. 196. Subrayado del autor.

propietario a la transferencia del dominio» (24). Esta observación condiciona el concepto de lucro que maneja Rodríguez Devesa y del provecho económico que integra el lucro. Para este autor ánimo de lucro es «el propósito de obtener un provecho económico contemplado desde el punto de vista del agente», y provecho económico lo entiende como «la adquisición de una cosa, valuable en dinero, *gratuitamente* o por un *precio inferior* al que en el caso *concreto* debería haber satisfecho el agente para llegar a un acuerdo cerca del propietario sobre la transmisión» (25).

Estos son los resultados a que llega la doctrina española preocupada por el tema. Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que sea cual fuere la posición que aceptemos, el «ánimo de hacerse pago» aparece como una modalidad del «ánimo de lucro». Por supuesto que hacerse pago es lucrarse si se entiende el lucro como cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho. Pero aun cuando tengamos en cuenta las sucesivas características que se añaden al concepto de lucro, podemos comprobar que el caso del acreedor que toma la cosa del deudor para hacerse pago es un supuesto de lucro. Que el citado provecho es directo, es decir, que se obtiene del objeto material en sí y no de la destrucción, deterioro o menoscabo de la cosa, es evidente (26). Tampoco suscita dudas que en el caso que nos ocupa tratamos de un provecho de carácter económico en el sentido de que se trata de la apropiación de una cosa con valor objetivo. Y, por último, encuadra perfectamente en el concepto manejado por Rodríguez Devesa. En efecto, el acreedor que toma la cosa del deudor para hacerse pago con ella lo hace porque *en su opinión* el deudor no la entregará voluntariamente en pago de la deuda, y, *en su opinión*, la vía procesal aparece como costosa, insegura, difícil y lenta.

No parece posible, pues, conforme al concepto de ánimo de lucro que maneja nuestra doctrina, negar que en el supuesto que nos ocupa hay ánimo de lucro. La exigencia legal del ánimo de lucro no impide, como pretendían Oberländer y W. A. v. Weber, entre otros (27), entender que cumple tal requisito el acreedor que se apodera de la cosa para hacerse pago. Aciertan estos autores, sin embargo, al decir que el ánimo de hacerse pago no excluye el ánimo de apropiación. Pero lo sorprendente es que la forma de entender la doctrina dominante hoy en Alemania, el ánimo de apropiación coincide sustancialmente con la forma de entender el ánimo de lucro la doctrina española.

(24) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., págs. 192-193.

(25) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, cit., págs. 194 y 186 respectivamente. Subrayados del autor.

(26) A. QUINTANO, *Tratado*, II, cit., pág. 135, califica el supuesto de hacerse pago de «lucro indirecto», sin que hayamos logrado saber, a ciencia cierta, qué quiere decir QUINTANO con tal expresión.

(27) Vid. nota 8.

B) Interpretación del ánimo de apropiación en la doctrina alemana

Sobre la apropiación (*Zueignung*), a la que va referido el elemento subjetivo exigido para los delitos de hurto, robo y apropiación indebida (al contrario que para la estafa) en el Código penal alemán, existen tres concepciones: una formal (*Sachsubstanztheorie*), otra material (*Sachwerttheorie*) y una tercera mixta (*Vereinigungstheorie*), versando fundamentalmente la diferencia en concebir la apropiación referida bien a la cosa como objeto corpóreo o bien a la cosa como valor.

La concepción formal parte de un entendimiento físico-naturalístico de «cosa» como objeto corporal, por la razón de que la ley, fuera de las cualidades de ajena y mueble, no exige ninguna otra propiedad en relación a la cosa (28). Apropiarse significa, para esta teoría, la creación de una relación de señorío sobre la cosa a la que sólo falta la sanción jurídica para convertirse en una relación de propiedad (29), es decir, la creación de una relación sobre la cosa similar a la que tiene el propietario (30). Fundamental, por ello, es la distinción entre la expropiación (*Enteignung*) y correlativa apropiación (*Aneignung*) de la cosa (31). Es indudable que, conforme a esta concepción, hay apropiación y, por tanto, ánimo de apropiarse, en la conducta del acreedor que toma la cosa del deudor para hacerse pago o en la conducta de quien deja en el lugar de la cosa hurtada el equivalente de su deudor. En este sentido es suficientemente explícito Binding. Según este autor en el concepto de apropiación no influye para nada el fin que haya perseguido el autor: usar, retener, donar, vender o *hacerse pago* (32).

La concepción formal es, quizá, un entendimiento adecuado al sentido gramatical de la propia ley alemana. Ahora bien, las necesidades político-criminales de los delitos contra la propiedad aparecen tan escasamente satisfechas desde esta concepción que la doctrina se ha visto obligada a abandonarla, sin que ello signifique que no conserve prestigiosos defensores (33). Las limitaciones de la concepción formal son indudables. Tiene que negar la existencia de hurto, robo o apropiación indebida siempre que el autor no obre sobre la cosa a modo de

(28) Cfr. R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., pág. 40, donde cita como defensores de esta concepción a v. LISZT-SCHMIDT, BINDING, HEGLER, v. HIPPEL, WELZEL y MAURACH entre otros.

(29) K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretungen*, II, 2.^a ed., Leipzig 1916, pág. 1037. Cfr. W. SAUER, *System. B. T.*, cit., págs. 33-34.

(30) La fórmula ha tenido gran éxito en la literatura. Cfr. M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., págs. 44 y 67 y sigs.

(31) Sobre la posición de BINDING ampliamente M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., pág. 41 y sigs. Vid. también R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., págs. 42-43; A. OBERLÄNDER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., págs. 5-6; L. KÖHLER, *Zueignungs- und Bereicherungsabsicht*, cit., págs. 38 a 46.

(32) K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. B. T., I*, reimpresión de la 2.^a ed., Leipzig 1902 (1969), pág. 268. Téngase en cuenta, sin embargo, que el propio BINDING negará, en ciertos casos en que media la finalidad de hacerse pago, la «antijuricidad» de la apropiación como veremos más adelante.

(33) Vid. nota 28.

dueño análogamente a la forma de obrar de un propietario, pese a que, por ejemplo, se incorpore el valor de la cosa a su patrimonio (34). De otro lado, ha de calificarse de hurto la sustracción de cualquier cosa, aunque carezca en absoluto de valor objetivo e incluso de valor afectivo para su propietario (35). Por último, la distinción entre hurto y daños no conduce a la claridad deseable. Algunos autores creen que la distinción se consigue con el criterio de la «disposición como un propietario», de modo que si el autor destruye la cosa que obra en su poder (*in eigenen Gewahrsam*) comete hurto. Solución que no satisface si tenemos en cuenta que pudo no haberse incorporado valor alguno en el patrimonio del autor, quien perseguía exclusivamente la destrucción (36).

Independientemente del valor de los argumentos esgrimidos frente a la concepción formal, lo cierto es que la doctrina dominante hoy en Alemania entiende que las exigencias político-criminales obligan a concebir la apropiación en torno a la idea de incorporación de la cosa o de su valor al propio patrimonio (37), con lo que la similitud con la forma de entender el ánimo de lucro es evidente.

La concepción material (38) parte de la base de que es incorrecto el método seguido por la concepción formal. Es preciso, dirá Sauer, un método teleológico en lugar de naturalístico, un método psico-sociológico en lugar del formal-iusprivatista (39). En la medida en que lo necesario es castigar los supuestos en los que el autor se enriquece con el valor de la cosa, el objeto del hurto no es tanto la cosa en sí como su valor. Para unos ese valor ha de entenderse, desde una perspectiva exclusivamente objetiva, como valor económico o de tráfico, para otros se entiende desde una perspectiva subjetiva, siendo bastante el valor de afección.

Para la concepción material-objetiva lo que se protege en los delitos de hurto, robo y apropiación indebida no es la propiedad sino el patrimonio porque son delitos de enriquecimiento (*Bereicherungsverbrechen*) que implican la persecución de una ventaja económica a costa de la disminución del patrimonio ajeno. Sólo de esta forma se explica, diría v. Bar, que el delito de daños se castigue con menor gravedad, siendo así que la lesión de la propiedad adquiere una mayor entidad que en los delitos de apropiación (40). Conforme a esta concepción, la conducta del acreedor que toma la cosa del deudor para satisfacer su

(34) Cfr. R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., págs. 50 a 56.

(35) Cfr. A. OBERLÄNDER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., págs. 6-7.

(36) R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., pág. 46.

(37) Esta es la línea de la actual jurisprudencia alemana lo que, en el parecer de M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., pág. 62, constituye una vuelta al «contractatio animo lucri faciendi» del Derecho común.

(38) Cuyo origen se remonta a FRANK y DOERR. Cfr. M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., págs. 45 y sigs.; L. KÖHLER, *Zueignungs- und Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 7 y sigs.; y R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., págs. 62 a 73.

(39) Cfr. W. SAUER, *System. B. T.*, cit., pág. 34.

(40) Cfr. R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., págs. 63 a 65.

crédito no es hurto, ya que no se produce un enriquecimiento a costa de la disminución del patrimonio ajeno. Precisamente esta conclusión, en cuanto insatisfactoria para algunos (41), es considerada como prueba de las limitaciones de la *Sachwerttheorie* en sentido objetivo. Ejemplo al que se puede añadir la necesidad de negar hurto en la sustracción de cosas sin valor económico o de tráfico, pero conservando un valor ideal o de afección (42) o cuando el autor deja en poder del propietario el equivalente de la cosa hurtada. Quizá el defecto fundamental de esta concepción es que concibe el delito de hurto de la misma manera que el de estafa, es decir, como enriquecimiento del propio patrimonio a costa de la disminución del patrimonio ajeno, cuando resulta que el Código penal alemán exige distintos requisitos, en relación al elemento subjetivo, en ambos supuestos. Necesariamente han de concebirse ambos delitos de manera distinta. Hay que tener presente que pese a ser ésta la concesión más ajustada a nuestro Derecho positivo por atender al valor objetivo de la cosa, no coincide con nuestro entendimiento del hurto que, según la doctrina dominante, es un delito contra la propiedad y no contra el patrimonio.

Para la concepción *material-subjetiva* es la propiedad y no el patrimonio lo que se protege en los delitos de apropiación. La propiedad se entiende no como un poder de señorío formal e ilimitado de una persona sobre una cosa, sino como elemento sustancial, material, de valor económico. En definitiva, no se protege el poder de disposición del propietario como fin en sí mismo, sino como medio para el goce, el uso y el aprovechamiento de la cosa. Cosa es lo que tiene un valor para el propietario porque satisface sus necesidades de naturaleza material o ideal (43). Apropiarse de la cosa significará entonces obrar como un propietario entendido en el sentido de incorporar el valor de la cosa (el contenido de la relación jurídica) al propio patrimonio. De modo que no se trata aquí de decidir sobre si hubo posesión (*Gewahrsam*) (44), expropiación (*Enteignung*) o apropiación (*Aneignung*) sino si hubo privación de un valor (*Entwertung*) e incorporación de un valor (*Wertzuführung*), porque lo decisivo no es que el autor *disponga* de la cosa como un propietario sino que pretenda ventajas, goces y ganancias (*Vorteil, Nutzen und Gewinn*) con la incorporación del valor de la cosa a su patrimonio para satisfacer cualquier necesidad (45). Es indudable que, conforme a esta posición, el ánimo de hacerse pago no excluye el ánimo de lucro. «Comete hurto —dice Sauer— quien se apodera de una cosa para el pago de una deuda» (46).

(41) Así, R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., pág. 72.

(42) Supuesto que la jurisprudencia alemana considera hurto. Cfr. A. OBERLÄNDER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 9 y sigs.

(43) Cfr. R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., pág. 66.

(44) Recuérdese el caso de quien vende la cosa, aún no sustraída, a un tercero obrando de buena fé la toma de su propietario a instancias del vendedor.

(45) W. SAUER, *System. B. T.*, cit., pág. 35, define la apropiación (*Zueignung*) como «die erste zwecks Verwertung, unter Entwertung oder Wertminderung für den Berechtigten, vorgenommene Verfügung über die Sache». Cfr. sobre esta posición, R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., págs. 66 a 68.

(46) W. SAUER, *System. B. T.*, cit., pág. 37.

La convicción que sustentan algunos autores de que la sustracción de cosas desprovistas de valor debe considerarse delito de apropiación por la razón de que la defensa de la propiedad no debe tener límites, les obliga a rechazar esta concepción. Así, por ejemplo, Welzel achaca a esta teoría el defecto de tener que negar el hurto cuando la cosa carece de valor económico o de tráfico a la vez que de valor de afectación (47) siendo así que el propietario puede estar interesado que el objeto no caiga en manos ajenas o pueden adquirir con el tiempo valor de recuerdo (48).

La *concepción mixta*, que resulta ser dominante en doctrina y jurisprudencia (49), trata de superar las limitaciones de las concepciones anteriores entendiendo que la esencia de la apropiación estriba en la incorporación al patrimonio del autor de la cosa misma o de su valor (50). Este entendimiento incurre de entrada en una imprecisión: atribuir a la expresión «cosa» dos significados distintos, como cosa corpórea y como valor. Para salvar esta dificultad piensa Paulus que la expresión legal «cosa» ha de entenderse como «utilidad» (*Zwecknutzen*) que abarca tanto la cosa como corpórea como su valor, utilidad de que se priva al propietario y se incorpora al patrimonio del autor (51). Así, apropiación, para Paulus, consistirá en una (potencial) expropiación permanente de la utilidad de la cosa del patrimonio del propietario y su (también potencial) incorporación definitiva en el patrimonio del autor (52). Pese a los esfuerzos de Paulus por subsanar las deficiencias de la concepción que hoy resulta dominante, creemos que tiene razón Sauer cuando afirma que la concepción mixta es una teoría artificial en cuanto que muy a menudo conduce a conclusiones distintas frente al mismo supuesto y obliga a decidirse por una u otra de las posiciones anteriormente expuestas (53). Por su parte insiste Maiwald en este defecto diciendo que la concepción mixta se encuentra ante la misma dificultad que un colegial cuando intenta sumar peras y manzanas (54). Sea como fuere, el caso es que de seguir esta teoría no po-

(47) Así WELZEL, citado por R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., pág. 73.

(48) Sobre lo idóneo de castigar como hurto la sustracción de cosas desprovistas de valor vid. A. OBERLÄNDER, *Die Bereicherungabsicht*, cit., pág. 20.

(49) Vid. LACKNER-MAASEN, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 8.^a ed., München, 1974, pág. 588; y M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., pág. 51, quien cita, entre otros: JAGUSCH, MEZGER-BLEI, SCHÖNKE-SCHÖDER, WESSELS, PAULUS.

(50) R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., pág. 74: «Das Wesen der Zueignung besteht darin, dass die Sache selbst oder doch den in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird». Cfr. además M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., págs. 49 y sigs.

(51) R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., págs. 164-166.

(52) «Die (potentiell) dauernde Entziehung, des Sachzwecknutzens aus dem Vermögen des Sacheigentümers (=Enteignung) und seine (ebenfalls potentiell) endgültige Überführung in das Vermögen des Täters (=Aneignung)». R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., págs. 220 y 166; sobre la posición de PAULUS y demás defensores de la concepción mixta, vid. M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., págs. 51-52.

(53) W. SAUER, *System. B. T.*, cit., pág. 35.

(54) M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., pág. 79.

dría decirse que el ánimo de hacerse pago excluye el ánimo de apropiación.

C) *Conclusión. Nuestro parecer sobre el concepto de lucro.*

A la vista de todo lo expuesto es evidente el error de afirmar que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro pero no el de apropiación. El defecto de esta afirmación estriba en oponer el concepto de lucro al de apropiación cuando en realidad se entienden de forma similar. La literatura alemana se ve en la necesidad de distinguir entre ambos elementos por la razón de que constituyen el dato diferencial entre los delitos de defraudación (estafa) y los de apropiación (hurto, robo y apropiación indebida). Pero ello no impide que la apropiación se venga entendiendo como una modalidad del ánimo de lucro. Así se manifiesta expresamente H. Otto porque al fin y al cabo, dice, la posibilidad de disponer de un bien, elemento fundamental de la apropiación, es una forma de acrecer el patrimonio (55). La diferencia entre ambos grupos delictivos, frente al D. positivo alemán, estriba en la exigencia, para los delitos de defraudación, de que la cosa tenga un valor económico o de tráfico. Tal diferencia, como es sabido, no rige frente a nuestro Derecho positivo en que también se exige que la cosa tenga un valor económico o de tráfico en los delitos de apoderamiento.

El hecho de que en el caso concreto el autor obre con el ánimo de hacerse pago conduce a la misma conclusión tanto si la ley exige el ánimo de lucro como si exige el ánimo de apropiación. De ahí que sean útiles las observaciones de la doctrina alemana respecto al tema. Hemos podido comprobar que la doctrina alemana, con excepción minoritaria que sigue la concepción material-objetiva (incurriendo en el defecto de confundir los delitos de apropiación con los de defraudación), entiende que el ánimo de hacerse pago no elimina el ánimo de apropiación, es decir, el ánimo de lucro (55 bis).

A mi entender el ánimo de hacerse pago no elimina el de lucro porque es una modalidad del mismo. El lucro es fundamentalmente una ventaja patrimonial. La doctrina española siempre acaba haciendo referencia a dicha ventaja patrimonial. Así Rodríguez Devesa, como hemos podido comprobar, define el lucro en función del provecho económico. Lo mismo hacen Antón y Rodríguez Mourullo al afirmar el primero que «lucro existe cuando hay cualquier mejora de carácter patrimonial» (56), y el segundo que «en el hurto o en el robo el ánimo de lucro va referido a la introducción fáctica en el patrimonio del agente de la cosa con su valor y utilidad» (57). En el mismo sentido se mani-

(55) H. OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlín. 1970, pág. 159 y sigs.

(55 bis) De ahora en adelante, y por las razones expuestas en el texto, utilizaremos la expresión «ánimo de lucro» para referirnos también al ánimo de apropiación (*Zueignung*), al de enriquecimiento (*Bereicherung*) o al de obtener una ventaja patrimonial (*Vermögensvorteil*).

(56) J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 14.

(57) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El hurto*, cit., pág. 238.

fiestan Malaniuk y W. A. v. Weber haciendo observar este último que el concepto de lucro depende del de patrimonio (58).

El concepto jurídico-penal de patrimonio ha sido estudiado detenidamente desde la perspectiva del sujeto pasivo en los delitos de defraudación. Hoy empieza a ser dominante (al menos en nuestra doctrina), con todas las posibles variantes individuales, una concepción mixta del patrimonio, rechazando aquellas posiciones unilaterales que lo entendían como conjunto de derechos patrimoniales (concepción jurídica) o como conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder de disposición de una persona (concepción económica) (59).

No es este el momento de insistir en que la concepción jurídica del patrimonio debe ser rechazada. Tal concepción correspondía a la época de pancivilismo en que se quería convertir al Derecho penal en acéfalo con carácter secundario y dependiente. Hoy es opinión dominante que el Derecho penal puede crear sus propios conceptos y uno de ellos es, precisamente, el de patrimonio (60). Por lo demás los resultados insatisfactorios a que conduce la concepción jurídica ha provocado su total marginación en el campo que nos ocupa, hasta el punto de que hoy resulta dominante en Alemania la concepción económica (61).

La concepción económica tiene el defecto de su excesiva amplitud que la hace perder practicabilidad. Antón puso de relieve acertadamente que los partidarios de la concepción económica siempre acaban haciendo referencia a restricciones jurídicas (62). Nos adherimos por ello a la concepción mixta partiendo de la base de que pertenece al patrimonio todo bien de carácter económico mientras revista una apariencia jurídica. En esta línea se mueven por ejemplo las definiciones de H. Otto y H. Welzel. El primero entiende por patrimonio «la potencia económica de un sujeto de Derecho fundada en el poder de señorío sobre aquellos objetos que la comunidad jurídica considera propios del tráfico económico» (63). Y el segundo lo define como el conjunto de valores económicos sometidos al poder de disposición de una persona bajo la protección del ordenamiento jurídico (64).

(58) En el Derecho austríaco vid. W. MALANIUK, *Lehrbuch*, cit., pág. 221. Respecto al D. suizo y alemán, W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., págs. 44-46.

(59) Vid. sobre el tema, H. OTTO, *Die Struktur*, cit., págs. 27, 62 y sigs. y 80 y sigs.; W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., págs. 47 y sigs. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. P. especial*, cit., págs. 321 y sigs.; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. B. T.*, 5.^a ed., Karlsruhe 1971, página 317 y sigs.; J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 11 y sigs.; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlín 1969, pág. 372 y sigs.

(60) Cfr. J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 12, y W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., págs., 53-54.

(61) Así lo entiende H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 374.

(62) Así, NAGLER, MEZGER, MAURACH, BOCKELMANN. Cfr. J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 12.

(63) H. OTTO, *Die Struktur*, cit., pág. 70.

(64) H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 372. En sentido similar J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. P. especial*, cit., págs. 322-323 y J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 12.

La formulación de un determinado concepto de patrimonio no evita la necesidad de acudir a la solución casuística a la hora de determinar cuándo se produce una ventaja patrimonial. Así, la doctrina se ha sentido obligada a ejemplarizar esos valores que se consideran integrantes del patrimonio a efectos penales (65). No es tarea nuestra completar la enumeración de tales valores sino simplemente indagar si existe alguno que permita entender como mejora patrimonial el comportamiento arbitrario de propio pago.

La doctrina entiende, a nuestro juicio acertadamente, que la cosa apropiada ilícitamente por el sujeto pertenece a su patrimonio (en el sentido jurídico-penal) porque, aparte de entrañar un valor económico, su tendencia está jurídicamente protegida (66). Decimos que el ladrón se lucra porque obtiene una ventaja patrimonial, es decir, porque incorpora a su patrimonio un valor económico jurídicamente protegido en el sentido de que no se le puede privar de la cosa si no es por vías lícitas. En el mismo sentido quien se apodera de una cosa del deudor para hacerse pago con ella, también se beneficia de una mejora patrimonial, porque incorpora a su patrimonio un valor jurídicamente protegido.

El expediente de negar aquí el provecho económico por existencia de compensación significaría por un lado afirmar más de lo que se quiere y del otro aparece como rigurosamente inexacto. Digo que prueba más de lo que se quiere porque también habría que afirmar tal compensación en el caso de quien toma la cosa ajena dejando en su lugar otra de valor equivalente. Y es inexacto porque quien toma la cosa de su deudor para hacerse pago con ella no por ello pierde la posibilidad de ejercer la acción civil contra el deudor para obligarle al pago, pesando sobre éste el ejercicio y la prueba de los obstáculos procesales pertinentes para evitarlo (67).

Que no existe compensación patrimonial lo ha visto con claridad W. A. v. Weber quien afirma la existencia de una ventaja patrimonial siempre que se produce un aseguramiento o mejora de los valores patrimoniales existentes. Que la pretensión del acreedor se mejora o se asegura es indudable como expresamente ejemplifica el autor (68). En el mismo sentido, Maurach no alberga duda alguna de que la realización de una deuda o la mejora de una situación procesal constituye una ventaja patrimonial (69) y Antón entiende que el patrimonio resulta acrecido si hay una liberación de la demora en el cumplimiento de las obligaciones (70). Todas estas observaciones pueden resumirse en el aforismo de Pomponius recogido en el Digesto: «minus est actionem habere

(65) Así lo hacen H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 372 y sigs. W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 62 y sigs. y J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 12 y sigs., por citar algunos.

(66) Cfr. J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., págs. 12-13 y J. M. RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 323.

(67) En sentido similar W. MALANIUK, *Lehrbuch*, cit., pág. 221.

(68) W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 65.

(69) R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. B. T.*, cit., págs. 327-328.

(70) J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 14.

·quam rem». Es menos tener un derecho a la cosa que tener la propia cosa (71). O más exactamente: tener una cosa no es lo mismo, desde el punto de vista patrimonial, que tener derecho a ella (72).

En conclusión creemos que, en atención a nuestro Derecho positivo, el lucro ha de definirse como «la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico» (73). De aceptarse tal concepto no puede haber la menor duda de que hacerse pago es una modalidad de lucro.

No podía ser otro el resultado. Sólo entendiendo que hacerse pago es lucrarse se explica que nadie discuta la punición como delitos contra la propiedad de ciertos supuestos. Por ejemplo: 1) nadie pone en duda que el acreedor que se apodera de cosa del deudor antes de que la deuda sea exigible (por no haber vencido o estar subordinada a algún condicionamiento), comete un delito contra la propiedad pese a que lo haga con el ánimo de hacerse pago (74). Tal es el caso del acreedor que se apodera de la cosa del deudor quebrado sin respetar el *par conditio creditorum* propio del proceso ejecutivo concursal (75). 2) Tampoco se duda que incurre en el delito contra la propiedad correspondiente quien se apodera de cosa que no pertenece al deudor sino que éste sólo tiene a título de depósito, comisión, administración o arrendamiento, aunque se haga con el ánimo de hacerse pago. La S. 9 junio 1964, número 1152, de la que fue ponente Quintano, calificó de apropiación indebida la conducta del Presidente del Consejo de Administración de una S. A. que se apoderó de cosa que la S. A., su deudora, poseía a título de administración, a pesar de que quedó probado que obró con el ánimo de hacerse pago. En sus considerandos se establece que el «procesado ciertamente obró con un propósito doloso y *lucrativo*, aún sentado que pretendiera resarcirse de deudas contraídas con terceros» (76). 3) Por último proporciona W. A. v. Weber un ejemplo ilustrativo (77). Quien obliga a otro a aceptar por escrito una deuda, en razón de haber devenido insolvente el deudor principal, comete el delito de extorsión del artículo 503, que, se entienda como robo o como estafa, exige el ánimo de lucro, aunque obrara con el exclusivo fin de hacerse pago.

(71) Dig. 50, 17, 204, citado por H. OTTO, *Die Struktur*, cit., pág. 218.

(72) Cfr. H. OTTO, *Die Struktur*, cit., pág. 216 y sigs.

(73) Este concepto permite una distinción clara entre delito de hurto y de daños y entre el hurto de uso impune del punible. Sobre esta última distinción vid. R. PAULUS, *Der strafrechtliche Begriff*, cit., pág. 168.

(74) Cfr. H. OTTO, *Die Struktur*, cit., pág. 229; W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 99; W. MALANIUK, *Lehrbuch*, cit., pág. 221.

(75) Este ejemplo es citado por W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 99, nota 18, si bien fundamenta el delito en la falta de vencimiento de la deuda, argumento que no puede ser atendido en Derecho español en el que todas las deudas vencen con la declaración de quiebra o concurso.

(76) Parece que la sentencia admite el ánimo de lucro porque se trataba de resarcirse de deudas contraídas con terceros y no con el propietario de la cosa. Sin embargo, el delito continuado de apropiación por el que se le condena abarca tanto el momento en el que operaba sobre objetos que eran aún de propiedad del deudor como cuando se trataba de cosas que pasaron a propiedad del tercero.

(77) W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 65.

IV. ANIMO DE HACERSE PAGO Y ANIMO DE LUCRO INJUSTO

Afirmar que hacerse pago es lucrarse no significa aún que el comportamiento arbitrario de propio pago cumpla todos los requisitos típicos de las distintas figuras de los llamados delitos contra la propiedad. Una gran parte de los autores que como nosotros piensan que ánimo de hacerse pago es una forma de ánimo de lucro, negarán, sin embargo, dicha tipicidad por ausencia del carácter *injusto* del lucro (78). Nuestro Código penal no exige expresamente el carácter injusto del lucro pero así lo han entendido la doctrina y jurisprudencia (79) quizá por influencia de aquellas legislaciones que lo exigen expresamente (80).

Que el ánimo de hacerse pago sea ánimo de lucro pero no precisamente de lucro injusto, exige precisar qué se entiende por antijuricidad del lucro. Según lo expone H. Otto se trata de saber si estamos en presencia de un elemento normativo del tipo, de modo que no todo lucro cumple el tipo, sino sólo el lucro injusto, o estamos en presencia de una característica general del delito (antijuricidad) que se incluye en la norma para recalcar la necesidad de examinar la concurrencia o no de causas de justificación (81).

Nuestro T.S. lo ha entendido como elemento normativo del tipo. La S. 4 octubre 1935, t. 135, núm. 10, advierte que «el ánimo de lucro... supone apoderamiento *ilegítimo*, esto es, sin ninguna razón ni motivo legal o moral que lo justifique, evidenciado por la conducta del culpable, encaminada a conseguir de un modo especial la apropiación de las cosas ajenas sin título alguno para ello ni otro móvil que el de aumentar *injustificadamente* el patrimonio propio a costa del ajeno». Y la S. 15 marzo 1935, t. 132, núm. 191 define el ánimo de lucro como «el propósito de aumentar el patrimonio propio a costa del ajeno *injustificadamente*, o lo que es lo mismo, sin motivo legal cierto o posible que lo autorice». Pues bien, después de precisar que el lucro exigido en la ley es el lucro *injusto* se entendió éste como un elemento del tipo como lo prueba el hecho de que, pese a considerar el comportamiento como antijurídico, se precisó que el ánimo de hacerse pago hace la conducta atípica por ausencia del carácter injusto del lucro.

En Alemania viene a ser dominante la misma tesis de que el carácter injusto del lucro es un elemento normativo del tipo. Así se des-

(78) Es posición dominante en la doctrina alemana la que entiende que la apropiación no es antijurídica cuando se trata de ejercitar un derecho a la transmisión de cosa determinada. La opinión resulta, sin embargo, más dividida cuando se trata de obligaciones genéricas o pecuniarias. Cfr. U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen. Ein Beitrag zur Dogmatik der Zueignungsdelikte*, Dissertation, Hamburg, 1965, págs. 13 y 57 donde cita los partidarios de las distintas posiciones. La distinción entre obligaciones genéricas o específicas no nos interesa porque rechazamos la tesis recogida en el texto en todo caso.

(79) J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 14. Ss. 4 octubre 1935, t. 135, núm. 10 y 15 marzo, 1935, t. 132, núm. 191.

(80) Cfr. como ejemplos los parágrafos 242 y 262 del C. p. alemán y los artículos 137 y 148 C. p. suizo.

(81) H. OTTO, *Die Struktur*, cit., pág. 213.

prende del hecho de que cuando desde esta posición se niega la existencia de hurto o apropiación indebida en la conducta de apoderamiento de la cosa debida (82) la doctrina entiende que la apropiación no es antijurídica pese a la ilicitud del comportamiento. Lo mismo podría decirse de la estafa (83). Es evidente, entonces, que el carácter injusto del lucro no se entiende en el sentido de la antijuricidad como elemento general del delito. El carácter lícito del enriquecimiento es independiente de la concurrencia o no de causas de justificación.

El argumento se viene repitiendo desde Binding (84): aunque el acreedor obra de forma arbitraria, no obra en contra del ordenamiento jurídico de la propiedad. La modalidad del comportamiento es ilícito pero el lucro es justo si el acreedor realiza aquello que se corresponde con la voluntad del Derecho (85), es decir, hace lo que el ordenamiento jurídico de la propiedad quiere que se haga: la transmisión o entrega de la cosa debida (86). Abunda en lo mismo Frank al advertir que «para la fundamentación de la antijuricidad en este sentido no basta con una contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto; la apropiación debe aparecer precisamente en contradicción con el ordenamiento jurídico de la propiedad» (87). En la misma línea observa W. A. v. Weber que en estos casos no es posible negar el enriquecimiento (88), tampoco se puede negar que los medios utilizados son ilícitos, pero, pese a todo, si al autor le asiste un derecho sobre el objeto que constituye la mejora patrimonial, en la medida en que su patrimonio se aumenta en la misma cuantía de la deuda, no estamos ante un enriquecimiento injusto (89).

El argumento expuesto no deja de ser sorprendente y representa una

(82) Sobre los autores que mantienen esta posición y sus oponentes cfr. H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 149, nota 4.

(83) Cfr. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. B. T.*, cit., pág. 329.

(84) K. BINDING, *Lehrbuch, B. T.*, I, cit., pág. 273. Cfr. U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 14.

(85) K. BINDING, *Lehrbuch, B. T.*, I, cit., pág. 273: «entspricht dem Willen des Rechts». En el mismo sentido Th. RITTLER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 2.^a ed., II, B. T., Wien 1962, pág. 132.

(86) «Der Täter (handelt) nicht rechtswidrig im Sinne der Eigentumsordnung, weil er den von ihr gewollten Zustand herbeigeführt», expresión jurisprudencial recogida por H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 150, que viene a ser el argumento comúnmente utilizado. Cfr. M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., págs. 151-152 y nota 127.

(87) R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 17.^a Tübingen 1926, pág. 500.

(88) M. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 65.

(89) W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., págs. 97 y sigs. Así no hay delito contra la propiedad, por estar en presencia de lucro lícito, en los siguientes casos: el comprador toma arbitrariamente la cosa que el vendedor debía ya entregarle; el autor exige violentamente del deudor el pago; el vendedor, haciendo uso del derecho de retorno, toma la cosa del comprador por falta de pago; el donatario o el heredero toma la cosa arbitrariamente; el autor toma la cosa para compensar la deuda que tiene con su propietario. En todos estos casos —dice— falta la antijuricidad del enriquecimiento, lo cual quiere decir que falta el ánimo de enriquecimiento injusto exigido por la ley para la extorsión, estafa, hurto, apropiación indebida, etc... (Cfr. págs. 100-101).

tesis calificada por Hirsch de atrevida (90). Ciertamente le tiene que resultar muy difícil a Harburger, por poner un ejemplo, explicar cómo es posible que se dé a la vez una agresión antijurídica de la posesión y una apropiación lícita, como él mismo afirma (91). Y más dificultades encontrará H. Otto para explicar cómo es posible afirmar que cuando se toma la cosa debida no hay apropiación antijurídica y decir a renglón seguido que no por ello la apropiación es conforme a Derecho (92). Me parece acertada la observación de Hirsch cuando advierte, refiriéndose a la lesión del Ordenamiento jurídico en su conjunto y conformidad al ordenamiento jurídico de la propiedad, que se manejan aquí dos conceptos de antijuricidad: uno como elemento general del delito y otro como contrariedad a la regulación jurídico-positiva de la propiedad, lo cual es, sin duda, incorrecto (93). De otro lado la misma observación de que el acreedor hace lo que el Derecho (el conjunto de normas que regulan la propiedad) quiere que se haga, no es cierta. El Derecho querrá, sin duda, que el deudor entregue la cosa al vencimiento de la deuda, pero también quiere que el acreedor reclame la entrega conforme a la regulación civil de la transmisión y no de modo arbitrario (94). El acreedor tendrá un derecho a la transmisión de la cosa, pero no un derecho a apoderarse de ella arbitrariamente. Ello es particularmente evidente en nuestro Derecho en donde la conducta se castiga como delito en el artículo 337, aun cuando no fuera delito contra la propiedad. Recuerda oportunamente Ferrer Sama que el acreedor carece de titularidad sobre los bienes del deudor y el derecho de crédito que detenta sólo le concede facultad de acudir a los tribunales para declarar su existencia y ordenar su realización. Aun cuando conste en título ejecutivo, sólo corresponde a los tribunales exigir el cumplimiento de la prestación (95).

Con esto no queremos negar que, a veces, aparecen como elementos normativos del tipo expresiones como «injusto», «indebido», «ilegítimo», etc. (96). Pero es fácil adivinar la diferencia que existe entre la expresión «injusta» referida a la sentencia en el artículo 351 y la expresión «injusto» referida al lucro en los delitos contra la propiedad. Es indudable que el tipo del artículo 351 no se colma con el mero dictar sentencia por parte del juez. Al contrario, la conducta típica sólo se produce si el juez dicta sentencia *injusta*. La expresión injusto aparece

(90) H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 150: «eine recht gewagte These!».

(91) H. HARBURGER, *Diebstahl und Unterschlagung*, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*. B. T., VI, pág. 210.

(92) H. OTTO, *Die Struktur*, cit., pág. 221.

(93) H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 154.

(94) H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., págs. 150-151. Insiste KEMPF que, si bien el Derecho exige que se transmita la propiedad, también exige que el acreedor la obtenga de una determinada forma y manera y no de modo arbitrario. U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 26.

(95) A. FERRER SAMA, *Comentarios*, cit., III, pág. 434.

(96) Cfr. J. CÓRDOBA, *Nota al Tratado de Derecho penal*, de R. MAURACH, I, Barcelona, 1962, págs. 354 y sigs.

aquí como elemento normativo del tipo. Sin embargo, el tipo del artículo 514 se colma desde que se toma la cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse (97). Precisamente Welzel, a quien se debe la distinción entre elementos normativos del tipo y características del deber jurídico o características especiales de la antijuricidad, entiende que el carácter injusto del lucro pertenece a este último grupo (98).

Pensamos con Hafter que el enriquecimiento es injusto cuando son antijurídicos los medios para alcanzarlo (99), y este es nuestro caso ya que tratamos del comportamiento *arbitrario* de propio pago, es decir, de ejercicio (no legítimo) de un derecho. Carece de sentido la pretensión de que el carácter justo o injusto del lucro sea independiente del carácter justo o injusto de los medios utilizados para obtenerlo. Es imposible hablar de un enriquecimiento justo o injusto, de un aumento patrimonial lícito o ilícito sin referirse a los medios por los que se obtiene. El Derecho no establece un techo al incremento del patrimonio individual y, si lo estableciese mediante medidas fiscales, el incremento habido hasta llegar a dicho límite no estaría prohibido por sí mismo. De no atender a los medios por los que se obtiene, todo lucro es justo. Habrá lucro injusto sólo cuando mediante la utilización de determinados medios se lesionan intereses penalmente protegidos: la propiedad, la posesión, el derecho de crédito, los intereses de la Administración de justicia, etc...

Con esto entroncamos con la última cuestión. Hemos intentado demostrar que hacerse pago es lucrarse, de otro lado no se puede negar que aparece como lucro injusto en la medida en que no concurren causas de justificación, pero, pese a ello, aún no podemos afirmar que se cumpla el tipo del correspondiente delito contra la propiedad porque pudiera ocurrir que en el supuesto de comportamiento arbitrario de propio pago no se diera la lesión del bien jurídico protegido. Se trata ahora de preguntarnos sobre la antijuricidad tipificada, es decir, sobre si se cumple o no el tipo de injusto en atención a la lesión del bien jurídico.

V. COMPORTAMIENTO ARBITRARIO DE PROPIO PAGO Y LESIÓN DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS LLAMADOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Este es el camino definitivo en el estudio de la relación ánimo de lucro-ánimo de hacerse pago.

(97) HIRSCH, seguido por KEMPF, observa que la antijuricidad del lucro no puede ser elemento del tipo porque entonces la antijuricidad del delito de hurto (lesión de la propiedad) se presupone a sí misma (contradicción con el ordenamiento jurídico de la propiedad). H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 153; U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., págs. 77-78.

(98) H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., págs. 350 y 377.

(99) HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht*. B. T., I, Berlín, 1937, pág. 273. En sentido similar W. SAUER, *System*. B. T., cit., pág. 37.

En relación a los delitos de apropiación Hirsch no admite matices: la propiedad es lesionada en todo caso. «El concepto de propiedad —dice Hirsch— de los delitos de apropiación, es el mismo concepto civil de propiedad. Como objeto de protección existe en tanto en cuanto el deudor todavía es propietario. La propiedad que debe ser transmitida a consecuencia de un contrato, no aparece como una propiedad menos digna de protección o de inferior cualidad frente al acreedor... Quien todavía es propietario, tiene, hasta el momento de la transmisión, todos los derechos y deberes correspondientes a la propiedad... En cuanto a la dignidad de protección no se puede pasar por alto que, a menudo, el deudor que tras el vencimiento no transmite la propiedad, buenas razones tiene para el incumplimiento de la prestación, razones que en proceso civil deben ser examinadas pero que no pueden ser resueltas aparte por un comportamiento arbitrario del acreedor» (100).

En la argumentación de Hirsch se denota una concepción excesivamente iusprivatista del tema. Nadie puede negar que se lesiona la propiedad en el caso que nos ocupa. Pero la propiedad así entendida no es lo que se protege en los delitos de apropiación. Observa Maiwald oportunamente que no se concibe hoy el bien jurídico como un derecho subjetivo, como parece entenderlo Hirsch, sino como valor que el Derecho quiere proteger, por lo que no basta con decir que en el hurto se protege el derecho de propiedad, sino que es necesario precisar qué valor subyace en el instituto de la propiedad que se muestra digno de protección frente al hurto, robo o apropiación indebida. Ese valor, según Maiwald, es la voluntad del propietario de conservar lo suyo como instrumento de libertad y autorrealización (101). La lesión de la propiedad se dará cuando se reduzcan las posibilidades del propietario como tal propietario.

Hay casos de comportamiento arbitrario de propio pago en los que ese valor resulta claramente lesionado. Así en el supuesto de que la deuda no sea exigible (por no haber vencido o subordinado a algún condicionamiento). La conducta del acreedor que se hace pago, no siendo la deuda exigible, mediante la realización de uno de los comportamientos descritos en los delitos contra la propiedad, cumple sobradamente el tipo legal. Sobre esto no le cabe la menor duda a la doctrina (102). Cometerá hurto tanto el acreedor que toma la cosa del deudor para hacerse pago antes del vencimiento de la obligación, como el acreedor que, después de vencida la obligación, toma la cosa estando la realización del crédito sometida a algún condicionamiento (por ejemplo, el respeto a la *par conditio creditorum* en el caso de quiebra o el cumplimiento de la contraprestación en las obligaciones bilaterales). También habrá de afirmarse la lesión de la propiedad si el acreedor incorpora

(100) H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 152; U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 36 y sigs.

(101) M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., págs. 85 y sigs.

(102) Cfr., por todos, U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 8 y H. OTTO, *Die Struktur*, cit., pág. 229. Y vid. nota 74.

a su patrimonio cosa distinta a la que le es debida. No puede caber duda que, se entienda como se entienda la propiedad, ésta resulta lesionada en el caso de que el acreedor en lugar de tomar la cosa debida, toma otra distinta de valor equivalente con el ánimo de compensar su crédito (103).

Más dudoso es el supuesto de que, tratándose de una obligación genérica, el acreedor toma el equivalente de lo debido del patrimonio del deudor. Sin embargo, las razones que utiliza la doctrina dominante en Alemania para afirmar en este caso el hurto (104) deben ser atendidas. El hecho de que mediante el comportamiento arbitrario del acreedor se viola el derecho que tiene el deudor a la elección de la cosa a entregar significa una disminución de las posibilidades que éste tiene como propietario (105). Este derecho de elección, aunque no expresamente recogido en nuestro Derecho (salvo el caso de las obligaciones alternativas, art. 1132 Código civil), es acogido de modo unánime en razón del principio *favor debitoris*, dentro de los límites marcados por el artículo 1167 C. c. que impide al deudor entregar cosa de calidad inferior (106).

En todos estos casos hay lesión de la propiedad. Ahora bien, habrá de negarse la lesión del bien jurídico si el acreedor, frente a una deuda exigible, toma la *cosa debida*: bien la cosa cierta en razón de una obligación específica de entregar cosa determinada, bien la cantidad de dinero equivalente si se trata de una obligación pecuniaria. En ninguno de estos dos casos disminuyen las posibilidades del propietario como tal. En el primer caso porque el propietario no puede dar otro destino a la cosa que el de entregarla en cumplimiento de la prestación. En el segundo, porque, pese a constituir una obligación genérica en sentido amplio, no tiene sentido hablar, cuando se trata de deudas pecuniarias, de un derecho de elección por parte del deudor (107).

(103) Así lo entiende M. C. F. GROSSO, *Le principe nul ne peut se faire justice a soi-meme et ses exceptions en droit italien*, en *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. XVIII, 1966, París 1969, págs. 213 y 215. En este mismo sentido parece pronunciarse U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 5, cuando dice que el derecho del acreedor carece de significación jurídica cuando sobrepasa ese específico ámbito legal.

(104) Cfr. H. OTTO, *Die Struktur*, cit., págs. 214-215 en cuya nota 421 enumera los partidarios de la posición contraria minoritaria. Vid. también U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 57.

(105) Argumento recogido por M. MAIWALD, *Der Zueignungsbegriff*, cit., págs. 159-160, quien, sin embargo, se opone por entender que tal derecho de elección no significa ningún privilegio ni ningún trato de favor para el deudor por lo que el comportamiento del acreedor no reduce las posibilidades del propietario como tal.

(106) Cfr. J. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, III, 9.^a ed., Madrid 1958, pág. 115.

(107) C. ROXIN, *Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten*, en *Festschrift für H. Mayer*, Berlín, 1966, pág. 480: «Das Auswahlrecht des Schuldners... spielt bei ihr (s. c. deudas pecuniarias) keine Rolle». H. J. HIRSCH, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., pág. 152 y U. KEMPF, *Eigenmächtige Zueignung*, cit., págs. 58-59 se oponen al entendimiento recogido en el texto porque no es el derecho de elección del deudor sino el derecho de propiedad lo que se protege,

En cuanto a los delitos de defraudación (estafa), que protegen el patrimonio considerado en su conjunto, no es posible negar en ningún caso, la lesión del bien jurídico. La doctrina alemana llama a estos delitos «delitos de enriquecimiento», precisamente en el sentido de que son delitos en los que la ventaja patrimonial obtenida por el autor se corresponde con una disminución del patrimonio del sujeto pasivo (108). La ventaja patrimonial del autor se cifra en el «minus est actionem habere quam rem», y el daño patrimonial en la inferior situación procesal en que se encuentra el deudor. Recuérdese que nos referimos a los supuestos que se acompañan del ánimo de hacerse pago, es decir, del ánimo de incorporar la cosa al patrimonio del autor. Esta observación es importante en un doble sentido. De un lado porque explica la ventaja patrimonial obtenida ya que el autor además de la cosa conserva en su patrimonio las acciones civiles pertinentes para reclamarla, y explica el daño patrimonial ya que el deudor corre el peligro de ser obligado a la entrega de la cosa de la que ya ha sido privado (109). De otro lado porque no puede negarse el ánimo de defraudar en quien toma la cosa incorporándola a su patrimonio renunciando a la vía menos perjudicial de solicitar el embargo judicial tras la obtención de la cosa. La incorporación de la cosa al propio patrimonio indica que el autor se mueve por móviles distintos a los del mero aseguramiento del crédito. De todas formas parece ser voluntad legal la de excluir del delito de estafa los supuestos en que se obtiene mediante engaño la misma cosa debida ya que es impune el hurto de la misma.

VI. CONCLUSION

El comportamiento arbitrario de propio pago cumple sobradamente los tipos básicos de los delitos contra la propiedad a excepción del supuesto en que, siendo la deuda exigible, el acreedor se apodera de la cosa debida (la propia cosa en las obligaciones específicas, la cantidad de dinero equivalente en las pecuniarias) (110) por entender que no se lesiona la propiedad en el sentido jurídico-penal de la expresión.

Ello no quiere decir que tales comportamientos tengan carácter lícito. El artículo 337 los castiga como supuestos de realización arbitraria.

y éste resulta lesionado tanto frente a obligaciones específicas como genéricas o pecuniarias. No han captado la diferencia entre el derecho de propiedad y el valor protegido en los delitos contra la propiedad.

(108) Cfr. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, B. T., cit., págs. 328 y 304.

(109) Cfr. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, B. T., cit., pág. 329. En el mismo sentido W. A. v. WEBER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 80 entiende que el peligro para un derecho patrimonial constituye un daño patrimonial, y ese peligro existe cuando el deudor es privado de la cosa arbitrariamente.

(110) Se ha dicho que ni la moral ni la concepción jurídica popular consideran «ladrón» al acreedor que toma la cosa del deudor para hacerse pago. (Vid. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, B. T., cit., pág. 329; A. OBERLÄNDER, *Die Bereicherungsabsicht*, cit., pág. 38; W. MITTERMAIER, *Diebstahl*, cit., pág. 348). Tal observación no puede referirse, sin embargo, más que al caso de sustracción de la cosa debida, siendo la deuda exigible.

del propio derecho si media violencia o intimidación. El sentido del artículo 337 es precisamente el de castigar estos casos excluidos del delito de robo. Así lo pone de relieve la interpretación histórica y se deduce de un examen detenido del precepto. No es este el lugar de argumentar en defensa de este entendimiento, cosa que haremos en otra ocasión, bastando con advertir que el artículo 337 se refiere a la realización de un derecho. Cuando el acreedor toma cosa distinta a la que le es debida no ejercita el derecho a que se refiere el precepto.

La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad (*)

ANTONIO BERISTAIN

Director del Departamento de Derecho Penal
Facultad de Derecho
San Sebastián

SUMARIO.—DELIMITACIÓN DEL TEMA: I. *La multa penal en relación con las sanciones privativas de libertad*: I.1. Ventajas e inconvenientes de la multa como sustitutivo de las penas privativas de libertad.—I.2. Sistema de multa global y su relación con las penas privativas de libertad.—I.3. Sistema de multa temporal y su relación con las penas privativas de libertad.—I.4. Sistema de días-multa y su relación con las penas privativas de libertad.—I.5. Conclusiones.—II. *La multa administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad*: II.1. Conceptos elementales.—II.2. Aplicabilidad y aplicación de las multas administrativas en España.—II.3. Relación de la multa administrativa con las sanciones privativas de libertad.—II.4. Comentario general. — II.5. Conclusiones.—*Bibliografía consultada.*

DELIMITACION DEL TEMA

El aumento cuantitativo (en la mayoría de los países) y, más aún, la evolución cualitativa de la multa en la teoría, en la legislación y en la práctica judicial contemporánea aconsejan reconsiderar las líneas fundamentales de esta sanción. Sin embargo, los especialistas (excepto en Alemania y en alguna otra nación) no prestan la debida atención al tema, como se refleja, por ejemplo, en los *Abstracts on Criminology and Penology* que, desde enero de 1973 hasta ahora —mayo de 1975— sólo reseñan dieciocho artículos sobre la multa (*Fine*). La bibliografía española al respecto es también escasa, más escasa quizá que acerca de otros temas de la «cenicienta» del Derecho penal: la penología y la ciencia penitenciaria. Algún Tratado —de más de mil seiscientas páginas— de la Parte general del Derecho penal español no dedica a las penas pecuniarias ni una sola página (1).

Esta comunicación a las Terceras Jornadas de Catedráticos y Agregados españoles de Derecho penal se limita a indicar algo acerca de la

(*) Estas páginas contienen, con algunas modificaciones, la Comunicación presentada en la III Jornadas de Catedráticos y Agregados de Derecho Penal (Santiago de Compostela, 27-30 de mayo de 1975).

(1) También en Italia, autorizados penalistas como ANTOLISEI, BETTIOL

multa (como pena, no como medida) (2) y su relación con las sanciones privativas de libertad. Consta de dos partes. La primera considera la multa penal como sustitutivo ventajoso de muchas penas privativas de libertad y expone los tres sistemas más importantes de multa (el sistema global, el temporal y el de días-multa) y sus relaciones con las sanciones privativas de libertad. La segunda parte analiza y comenta la desmesurada aplicación de la multa administrativa, así como su criticable sustitución por sanciones privativas de libertad.

Al final se formulan unas conclusiones que pueden servir de base para discusiones y estudios posteriores. Especialmente nos parece necesario introducir en la legislación española el sistema de días-multa, sustituir las penas privativas de libertad (sobre todo las de corta duración) por penas pecuniarias, reducir —y controlar judicialmente— las multas administrativas, e investigar empíricamente la eficacia mayor o menor de las sanciones pecuniarias.

PARTE PRIMERA: LA MULTA PENAL

I. *La multa penal en relación con las sanciones privativas de libertad*

Casi todos los pueblos, por ejemplo el griego, el romano, el germánico y el franco, en la primera etapa de su evolución histórica, aplican la multa como la pena básica. Posteriormente, esas penas se sustituyen por las corporales (*qui non luet in aere, luet in corpore*) y, finalmente, por las privativas de libertad (3).

Hoy, esta línea evolutiva se quiebra en la teoría y en la práctica, pues la multa se vuelve a emplear en sustitución de (y más que) las penas privativas de libertad, como veremos en seguida.

I.1. *Ventajas e inconvenientes de la multa como sustitutivo de las penas privativas de libertad*

El mundo de nuestra cultura considera las penas pecuniarias más útiles y más justas que las privativas de libertad. Sobre todo cuando éstas son de corta duración. Muchos especialistas opinan que la multa debe tener más acogida en el Derecho penal y debe imponerse más frecuentemente que las penas privativas de libertad, pues cumple mejor los fines de la pena. Han pasado muchos años desde que Pacheco (4) consideraba la multa como un accidente y un complemento.

o NUVOLONE, dedican a la multa muy poco espacio en sus Tratados de Derecho penal.

(2) Respecto a la multa como medida, cfr. A. BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo* (Teoría, legislación positiva y realización práctica), Prólogo de Marino BARBERO SANTOS, Madrid, Reus, 1974, pp. 125 s.

(3) J. PINATEL, *La crise pénitentiaire*, en "L'année sociologique" (1973), 13-67. Biondo BIONDI, *Il Diritto romano cristiano*, III, Milán, Giuffrè, 1954, páginas 453 ss. Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, pp. 50 s., 1012 ss.

(4) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, Tomo I, Madrid, 1848, p. 431.

La crisis de las sanciones privativas de libertad llega a cuestionar el fundamento y el fin de la prisión en el aspecto que se creía más positivo, el resocializador (5). Hoy se discute, y con sólidos argumentos, la justificación de la tarea resocializadora de la pena en una sociedad injusta (6). Además, se reconoce que la multa, asocializa menos al delincuente, desintegra menos su familia, resulta más efectiva en los autores de delitos económicos y contra la propiedad, y también en los reincidentes (que no pueden habituarse a la multa aunque sí a la prisión), etc. (7).

En favor de las sanciones pecuniarias, y en contra de las privativas de libertad (especialmente de corta duración), influyen también la evolución económico-socio-política, las nuevas concepciones del delito y del delincuente (sobre todo acerca de las infracciones de tráfico), el mayor respeto a la marginalidad social y a la «desviación» como posibles fuentes de conflictos enriquecedores —en cierto sentido— de la sociedad (8), la gran importancia concedida a algunos derechos elementales de la persona (intimidad, libertad, propiedad privada, etc.), el factor económico (la multa no cuesta, sino que beneficia al erario público), la atención a las víctimas del crimen a las que se puede asistir con el dinero de las multas (que, creemos no deberían engrosar las cajas del Estado, sino un fondo destinado a las víctimas del delito y, quizá, a los delincuentes salidos de la cárcel), la facilidad de subsanar posibles errores judiciales, la mejor individualización, sobre todo judicial, teniendo en cuenta la situación económica del condenado, la fuerza intimidativa de la privación de los bienes económicos en una sociedad como la actual, tan centrada alrededor del dinero, etc.

(5) Cfr. las ponencias y el debate en la tercera sección (La revisión de conceptos sobre las penas cortas privativas de libertad, la pena de multa y la de inhabilitación) de las Jornadas de Derecho penal (Buenos Aires, 22-27 de agosto de 1960), Buenos Aires, 1962; especialmente la exposición de M. de RIVACOBA Y RIVACOBA, en las pp. 238 ss. y en sentido contrario, QUINTANO RIPOLLÉS, en las pp. 186 ss.

(6) M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975. F. BUENO ARUS, *En torno al VIII Congreso Internacional de Defensa Social*, en "Boletín de Información" (del M. de Justicia), Madrid (25 febrero 1973), pp. 3-12.

(7) F. NOWAKOWSKI, *Die Zurückdrängung der kurzen freiheitsstrafe in der RV 1971* (§§ 36, 45, RV), en "Osterreichische Juristen-Zeitung" (11 enero 1973), 1-5, e *ibidem*, pp. 34-40, especialmente pp. 1 ss.; S. RANIERI, *Pene pecuniarie e rieducazione del condannato*, en "La Scuola Pos" (1966), pp. 266 ss.; C. F. GROSSO, *Le pene pecuniarie di fronte all-art. 27 comma 3.º della Costituzione*, en "Rivista Italiana di Diritto e Proced. penale" (1966), 929-1008.

(8) G. KAISER, *Der Verbrechensbegriff in der Kriminologie*, en G. KAISER, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, Tübinga, 1970, pp. 118-132. *IDEM*, "sub voce", *Verbrechensbegriff*, en G. KAISER y otros, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Friburgo de Br., Herder, 1974, pp. 366 ss. *IDEM*, *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Frankfurt, M., Athenäum, 1972, pp. 40 y siguientes. Las nuevas concepciones del delito y del delincuente abocan a una mayor aplicación de aquellas penas que inciden menos en la persona misma y en su libertad, por varias razones, y también por subconsciente autodefensa del estamento del legislador.

Las multas encuentran (junto a las ventajas hasta ahora indicadas) algunas *desventajas* frente a las penas privativas de libertad. Su inconveniente mayor radica en que no todos los delincuentes pueden pagar la multa, mientras que todos pueden ser privados de libertad. Algunos especialistas critican también la multa porque puede impedir la indemnización a las víctimas, porque viola el principio de personalidad de las penas (pues afecta también a los familiares y puede pagarse por un tercero), y porque incide desigualmente en las personas, ya que varían sus posibilidades económicas, su apego al dinero, etc. Algunos opinan que ciertos delincuentes se ven incitados a cometer delitos económicos o contra la propiedad para pagar la multa (9).

Las investigaciones empíricas acerca del impacto personal y social, y acerca de otros efectos de la multa, no ofrecen todavía datos suficientes para deducir con solidez científica todas las conclusiones que desea el criminólogo (10). Probablemente el influjo intimidante de la multa varía notablemente según la personalidad del delincuente. Los ya profesionalizados en el crimen no sentirán el aguijón de la multa. Sí, en cambio, los que viven en condiciones ordenadas y con cierto prestigio social.

De hecho, en bastantes naciones el porcentaje de las multas supera al de las penas privativas de libertad. Por ejemplo, en Alemania, el año 1882, el 73 por 100 de las penas eran privativas de libertad, el 0,3 por 100 pena de muerte y el 25 por 100 multa; en cambio, durante el año 1970, al 83,95 por 100 de los condenados se les impuso multa, y sólo al 15,94 por 100 privación de libertad como pena principal; en 1971 el 8 por 100 son penas privativas de libertad cumplidas totalmente, el 85 por 100 penas pecuniarias. En Suiza, durante el año 1971, el 15 por 100 de las penas son privativas de libertad cumplidas totalmente, el 29 por 100 privativas de libertad suspendidas en prueba, y el 55 por 100 pecuniarias. En Austria, de todas las penas impuestas durante el año 1967, el 57 por 100 fueron multas, y el año 1970 el 54 por 100. Según un informe de las Naciones Unidas acerca de los jóvenes delincuentes, en Japón más del 90 por 100 de todas las sanciones son multas, y en Suecia el 95 por 100. El 75 por 100 de todas las penas en los Estados Unidos son pecuniarias, y en Gran Bretaña más del 80 por 100 (11). En

(9) H. GOPPINGER, *Kriminologie*, 2.^a ed., Munchen, 1973, p. 271; hay traducción española de M. L. Schwarck e I. Luzzaraga, Madrid, Reus, 1975. El posible efecto criminógeno de algunas penas pecuniarias, sobre todo de la confiscación, lo observó ya el P. Márquez. Cfr. J. MONTES, *Precursores de la ciencia penal en España*, Madrid, 1911, p. 677.

(10) P. SOFTLEY, *A Survey of fine Enforcement*. Home Office Research Studies, T. 16, Londres, 1973. M. DAVIES, *Financial Penalties and Probation*. Home Office Research Studies, T. 5, Londres, 1970. W. BUIKHUISEN y D. W. STEENHUIS, *The Effectiveness of Penal Sanctions as an Instrument to Combat Recidivism Among Subjects Convicted for Drunken Driving*, Groningen, 1972.

(11) R. MOOS, *Die Reformbewegung des Strafrechts in Osterreich, der Schweiz un der Bundesrepublik Deutschland*, en "Festschrift für W. Wilburg", Graz, Leykan, 1975, pp. 269 s. KAISER, *Kriminologie*, 2.^a ed., Munich, 1973, página 270; N. WALKER, *Crime and Punishment in Britain*, 2.^a ed., Edinburgo, 1968, pp. 164 ss.

España, las estadísticas judiciales últimamente publicadas (12) constatan que durante el año 1969 en los Juzgados Municipales, Comarcales y de Paz de un total de 149.137 condenas, 106.379 corresponden a multa y 5.304 a arresto y multa; en los Juzgados de Instrucción, de un total de 22.068 delitos sancionados, 14.971 lo fueron con multa, y de un total de 20.500 delincuentes condenados, 13.531 lo fueron asimismo con multa. Durante el mismo año, a los 39.292 delitos sancionados en las Audiencias Provinciales y en los Juzgados de Instrucción correspondieron 18.583 penas de multa; a los 36.164 delincuentes condenados en esas Audiencias y en esos Juzgados les fueron impuestas 16.529 multas.

Después de esta reflexión sobre las ventajas y los inconvenientes, en general, de la sustitución de las penas privativas de libertad por la multa, conviene añadir unas consideraciones sobre los tres sistemas más importantes (de multa global, de multa temporal y de días-multa) y sus peculiares ventajas e inconvenientes como sustitutivos de las penas privativas de libertad.

I.2. Sistema de multa global y su relación con las penas privativas de libertad

Denominamos sistema global (*Gesamtsummensystem*) de multa al tradicional, según el cual el juez condena a una cantidad concreta, una suma global, que resulta de conjugar dos coordenadas: la gravedad del delito y la situación económica del delincuente.

Según la gravedad del hecho culpable, el Código penal señala los topes mínimos y máximo al arbitrio del Tribunal; y éste en el momento de fijar la suma global tiene en cuenta no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes, sino principalmente la condición económica del condenado.

Este sistema lo siguen muchos Códigos penales y lo propugnan muchos teóricos. Entre los Códigos que (con más o menos peculiaridades) adoptan el sistema de multa global pueden citarse el español de 1848 (art. 75), de 1870 (art. 84), de 1928 (art. 160), de 1932 (art. 69) y el texto refundido de 1973 actualmente en vigor (art. 63); el italiano de 1930, el polaco de 1932, el colombiano de 1936 (art. 50), el checoslovaco de 1950, el yugoslavo de 1951, los soviéticos de 1922, de 1927 y actual de 1960 (art. 36, con rasgos peculiares) (13), el de Suiza de 1937, etcétera.

Tradicionalmente los penalistas, por ejemplo Bouzat, Carranca Trujillo, Donnedieu de Vabres, Jean Graven, M. Ali Hassan, Carl Stooss, etcétera, se muestran partidarios del sistema global de multa.

Stooss opinaba que, en este tema, la solución mejor es la más sencilla. Por eso, en el Anteproyecto suizo de 1893, establece simplemente

(12) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Estadísticas Judiciales de España, Año 1969*, Madrid, 1973, pp. 33, 40, 57, 82. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 4.^a ed., Madrid, 1974, pp. 80, 771.

(13) ZDRAVOMISLOV, SCHEIDER, KELINA y RASHKOVSKAIA, *Derecho Penal Soviético*, Trad. de N. de la Mora y J. Guerrero, Bogotá, Temis, 1970, pp. 316 y siguientes, 487 ss., 528 s., 563 s.

que la multa debe proporcionarse a los recursos del condenado. De modo semejante se manifiesta años después, al comentar el Código penal austríaco (14). Magnol se inclinó por una solución similar en el Congreso de Londres de 1921, al opinar que se deje al juez cierta libertad para, *ex aequo et bono*, acomodar la multa a la fortuna del reo. Neymark, de acuerdo con Seidler, propugnaba como ideal que la multa se proporcionase (dentro de los límites legales) progresivamente a la situación económica del delincuente. Para lograrlo, el juez individualizará —dice— la cuantía de la multa (de modo semejante a como individualiza la duración de las penas privativas de libertad) teniendo en cuenta no sólo la renta del condenado, sino también todos los factores que pueden incidir en su situación económica: cargas familiares, deudas, salud, edad, medio de trabajo, etc., de manera que la multa produzca el mismo efecto en delinquentes de la misma responsabilidad. Como medida práctica aconsejaba introducir en la parte general del Código penal la norma siguiente; «el juez fijará la cuantía de la multa después de haber examinado y tomado en consideración la situación económica del delincuente, así como las circunstancias que influyan en dicha situación, particularmente la capacidad de ganarse su vida». El juez —añade— debe motivar su decisión (15).

Jean Graven, en su *Plan général d'un système de prévention du crime et traitement des délinquant*, presentado al Secretariado de las Naciones Unidas, propone que la multa debe fijarse en cada caso —dentro de un límite mínimo muy bajo y de un máximo muy alto— teniendo en cuenta la situación personal, profesional y familiar del condenado, de sus recursos, de sus ganancias, de sus cargas, en una palabra, de sus posibilidades reales (16).

Mohamed Ali Hassan (17) opina que la cuantía de la multa no debe ser la misma para todos los autores de un delito, ni proporcionada al perjuicio causado; el juez debe poder tomar en consideración los diferentes elementos susceptibles de influenciar en la medida de la pena (gravedad del acto, culpabilidad del autor, etc.); la parte general del Código debe establecer un límite mínimo muy bajo y un límite máximo muy alto: para los delitos cometidos con afán de lucro el juez debe poder rebasar el límite máximo, pero tomando en consideración la capacidad real del condenado, de manera que no le produzca la ruina; el juez debe establecer la cuantía de la multa con un criterio proporcional a las posi-

(14) Carl STOOSS, *Lehrbuch des Osterreichischen Strafrechts*, 2.^a ed., Viena, 1913, pp. 227 s.

(15) E. NEYMARK, *La peine d'amende*, en "Revue de Droit pénal et de Criminologie" (nov. 1928), pp. 929-962 (dic. 1928), pp. 1053-1094, espec. páginas 950 s.

(16) J. GRAVEN, *Plan général d'un système de prévention du crime et de traitement des délinquents*, en "Revue Int. de Droit pénal" (1949), núms. 3-4, páginas 336 ss. Parecidamente se expresó el mismo GRAVEN en las Jornadas de Buenos Aires del año 1960. Cfr. *Jornadas...*, pp. 172.

(17) Mohamed Ali HASSAN, *L'amende pénale dans les droits modernes et spécialement dans le code pénal suisses*, Paris, Lib. gén. droit et jurispr. 1959, páginas 109 ss., 258.

habilidades reales del condenado (situación personal, profesional y familiar; recursos, ganancias, etc). En resumen, Hassan considera preferible el sistema seguido por el Código penal suizo, vigente en la actualidad, en su artículo 48, núm. 2, que dice: «El juez fijará la cuantía de la multa según la situación del condenado, de manera que la pérdida que sufra constituya una pena correspondiente a su culpabilidad».

«Para apreciar la situación del condenado, el juez tendrá en cuenta principalmente los elementos siguientes: renta y capital, estado civil y cargas familiares, profesión y ganancia profesional, edad y estado de salud».

Hasta comienzos de este siglo, algunos penalistas critican el sistema de multa global (y los demás sistemas que tienen en cuenta la situación económica del reo), porque —según ellos— a delitos iguales deben corresponder penas iguales, ya que, de lo contrario, resultan sanciones más graves a los acaudalados que a los pobres. Recientemente, también opinan así Lorenzo Simeone, en la Enciclopedia Cattolica (18). No admitimos esta objeción porque el principio de igualdad de todos ante la ley y ante las penas no excluye (ni se opone a) la individualización legal, judicial y penitenciaria.

Ahora sería el momento de comentar los problemas del sistema de multa global tal y como se regula concretamente en el Código penal español: oscuridad en la frase «pena principal y única» del artículo 28, límite mínimo de la multa por delitos, criterios para establecer el caudal o facultades del culpable (art. 63), naturaleza jurídica de la responsabilidad personal subsidiaria (¿pena?, ¿opción del reo?), posibilidad de pago por tercera persona, etc. (19). Pero no es ahora el momento para poner retazos a este paño tan viejo. Además, creemos preferible reestructurar toda la institución imitando inteligentemente (no copiando literalmente) los sistemas modernos de otras naciones. Para esta tarea pueden ayudar las observaciones siguientes acerca del sistema de multa temporal y del sistema de días-multa.

Antes de pasar a la multa temporal parece oportuno indicar que el sistema de multa global puede dar pie a injusticias en el supuesto de impago, si se establece una cantidad fija de dinero como módulo para determinar la duración de la responsabilidad personal subsidiaria, como, por ejemplo, en el artículo 49, núm. 3, del Código penal suizo actualmente en vigor, y como en los artículos 50 y 624 del Código penal español de 1870. Este resultado injusto se dará frecuentemente si se regula la responsabilidad personal subsidiaria como una opción del condenado. También se dará, aunque con menos frecuencia, en casos de impago por empobrecimiento posterior a la sentencia y anterior al desembolso de la multa.

(18) Lorenzo SIMEONE, *sub voce*, *Multa*, en "Enciclopedia Cattolica", T. VIII, Firenze, s. f. (posterior a febrero de 1952, fecha del "imprimatur"), columnas 1509-1511. Respecto al artículo 24 del Código penal italiano formula semejantes críticas BETTIOL, *Diritto penale*, 8.^a ed., Padova, 1973, p. 721.

(19) A. BERISTAIN, *sub voce*, *Multa* (penal), en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Barcelona, Seix, Tomo XVI (en prensa).

I.3. Sistema de multa temporal y su relación con las penas privativas de libertad

Por los años sesenta se propuso, en Alemania, el sistema de multa denominada *Laufzeitgeldstrafe*, que podemos traducir como multa duradera, o multa temporal, o multa escalonada. El primer pionero de tal sistema fue Baumann, en su Proyecto de un Código penal, Parte general (1963), parágrafo 35 (20). Lo propugna como medio muy apto para sustituir las penas privativas de libertad de corta duración.

Según Baumann la ley establece un número de días, semanas, meses-tipo (o porción) de multa que corresponde a cada delito. El juez individualiza en cada caso concreto la cuantía correspondiente a cada tipo o porción teniendo en cuenta la situación económica del reo, de manera que (de sus ganancias) le quede la cantidad mínima necesaria para sus obligaciones elementales. La multa no se paga de una vez, sino a lo largo del tiempo, en plazos fijos, según los ingresos del delincuente. De esta manera la multa «dura» y se va escalonando un determinado tiempo (un mínimo de un día y un máximo de noventa meses, en el § 35 del Proyecto de Código penal de Baumann), y en ese período el delincuente sólo dispone de una parte mínima de su salario.

Este sistema de multa tiene algunos puntos parecidos, pero difiere sustancialmente del método de pago, regulado en el artículo 179 del Código penal español de 1928.

El Proyecto Alternativo alemán de 1966, en su parte general acoge este sistema en sus parágrafos 49 y ss. El parágrafo 49 dice así:

«§ 49. MEDIDA Y CANTIDAD DE LOS TIPOS DE MULTAS:

1. La multa será impuesta en días-semanas o meses-tipo. Su importe mínimo es de un día-tipo y el máximo de veinticuatro meses-tipo.

2. La medida del día-semana o mes-tipo la determina el tribunal tomando en consideración las relaciones personales y económicas del autor en el momento de dictar sentencia. Los tipos serán calculados en forma que le quede al autor al menos el importe salarial para su mínimo de existencia. El importe mínimo del día-tipo es de cinco marcos, el de la semana-tipo de treinta y cinco marcos y el del mes-tipo de ciento cincuenta marcos.

3. Se establecerán los fundamentos de la medida cuando el autor no proporcione ningún informe satisfactorio sobre sus ingresos, patrimonio u otro criterio para la determinación del tipo. El tribunal podrá también solicitar informes de oficinas impositivas y bancos.

4. En la decisión se darán tanto el número y la medida del tipo de multa, como también el tiempo de pago. El

(20) J. BAUMANN, *Entwurf eines Strafgesetzbuches* (AT) Tübingen, 1963. Mohr, 1963. IDEM, *Von den Möglichkeiten einer Laufzeitgeldstrafe*, en IDEM, "Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform, Bielefeld, 1965, pp. 61 ss.

tiempo de pago se determina conforme a los respectivos accesos a los ingresos. Los tipos semanales se pagan semanalmente y los mensuales mensualmente» (21).

Con este sistema se pretende estructurar la multa como pena limitativa del «standard» de vida, reduciendo al delincuente durante un período de tiempo su dinero, que es libertad objetivada, signo de nivel social y posibilidad de adquirir los bienes que desea. Este descenso en el «standard» económico-social debe perdurar durante algún tiempo, como las penas privativas de libertad, para lograr la prevención general y la especial (22).

La semejanza temporal de la multa a las penas privativas de libertad facilita más la sustitución entre ambas. El Proyecto Alternativo regula las sustituciones en los párrafos 50 y 53:

«§ 50. MULTA EN LUGAR DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

1. En lugar de una pena privativa de libertad hasta un año se impondrá multa, aunque la ley sólo amenace pena privativa de libertad, cuando el fin de la pena pueda ser alcanzado con una multa.

2. En lugar de un día de pena privativa de libertad, se aplica un día-tipo.»

§ 53. PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSTITUTIVA

1. En lugar de una multa no solventada se aplica una pena privativa de libertad sustitutiva. Un día-tipo corresponde a un día de pena privativa de libertad. No es de aplicación el § 63, párrafo 1. El condenado puede evitar la ejecución de la pena privativa de libertad sustitutiva en cualquier tiempo, regularmente sólo una vez, haciendo el correspondiente pago o mediante la propuesta conforme al § 52, párrafo 1.

2. Vale en lo pertinente lo dispuesto para cuando el condenado no efectúa el trabajo de utilidad común, conforme al § 52, en forma culpable. Esta pena privativa de

(21) Traducción de Raul ZAFFARONI, en "Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social, núm. 14 (jul-sept. 1974), pp. 99 ss.

(22) J. BAUMANN y M. MELZER, *Peine pécuniaire échelonnée en tant que postulat et qu'instrument d'une individualisation pénale efficace*, en "Les techniques de l'individualisation judiciaire", VIII Congrès international de Défense Sociale, Milán, 1971, pp. 312-327. J. BAUMANN, *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Neuwied, Berlin, Luchterhand, 1968. J. BAUMANN, *Besteht heute die Möglichkeit, die Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten zu beseitigen?*, en "Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform", Bielefeld, 1969, pp. 54 ss. Traduc. en español por E. Bacigalupo, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho*, en homenaje al profesor Jiménez de Asúa. Buenos Aires, 1970, pp. 1 ss.

libertad sustitutiva no puede evitarse mediante pago o trabajo de utilidad común.

3. La pena sustitutiva de libertad será ejecutada, conforme a las posibilidades, en establecimientos abiertos o semiabiertos. En lo restante, son de aplicación los §§ 37 a 39, en lo pertinente» (21).

La multa temporal, en comparación con las penas privativas de libertad, presenta todas las *ventajas* mencionadas hasta aquí, respecto a la multa general, y casi todas las que diremos en seguida, al comentar el sistema de días-multa. Ahora, sin entrar en ampliar explicaciones, únicamente afirmamos que supera o mejora al sistema global en varios aspectos. Al no exigir entregar la cantidad total de una sola vez, serán menos los impagos, pues aun los pobres podrán entregar periódicamente sus cuotas. Pero presenta algunos inconvenientes (23), sobre todo el de requerir mucho trabajo burocrático. En resumen, prácticamente (prescindimos de las consideraciones teóricas) (24) parece menos apropiado a las necesidades de hoy que el sistema de días-multa.

I.4. *Sistema de días-multa y su relación con las penas privativas de libertad*

La teoría del sistema de días-multa, tal como se regula en varias naciones, nace a comienzos de siglo, gracias especialmente a los trabajos publicados sobre el tema por Carl Torp, en 1900, y Johan Thyren, en 1910. Antecedentes de sus ideas pueden encontrarse, años antes, en otros penalistas como Filangieri, Benthan y Von Liszt (Congreso de Christiana, del año 1891), y en el Código penal brasileño de 16 de diciembre de 1830 (art. 55), y en los portugueses de 1852 (art. 41), y de 1886 (art. 67) (25).

La nación que primero adoptó este sistema fue Finlandia, el año 1921. Suecia lo introdujo en 1931 y Dinamarca en 1939. Los otros dos países vecinos, Noruega e Islandia, no lo han adoptado todavía. Cuba

(23) H.-H. JESCHECK, *Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches* (AT), en *ZStW* (1968), pp. 54 ss., especialmente p. 64. LACKNER, *Der Allgemeine Teil des künftigen Strafgesetzbuches in der Auseinandersetzung*, en "Juristenzeitung" (1963), pp. 617 ss., especialmente, 619. IDEM, *Der Alternativ-Entwurf und die praktische Strafrechtspflege*, en "Juristenzeitung" (1967), pp. 513 ss. Cfr. J. BAUMANN, *¿Existe actualmente la posibilidad...?*, en "Problemas actuales...", 1970, pp. 18 ss.

(24) A. BERISTAIN, *Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado*, Madrid, Reus, 1971, pp. 83 s.

(25) GOLDSCHMIDT, *Strafen (Haupt-und Nebenstrafen) und verwandte Massregeln unter Berücksichtigung der den Inhalt der Strafe bestimmenden Grundsätze des Strafvollzugs*, en "Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts", T. IV, Berlin, 1908, pp. 398-411, especialmente pp. 403 y siguientes; MITTERMAIER, *Das Tagesbussensystem in Skandinavien*, en "ZStW" (1936), pp. 646 ss. ZIPF, *Zur Ausgestaltung der Geldstrafe im kommenden Rech.*, en "ZStW" (1965), pp. 526 ss.

Actualmente, el Código penal portugués (de 1886) regula los días-multa en el artículo 63, según la formulación introducida por la Ley 184/72, de 31 de mayo.

introdujo este sistema el año 1936 (art. 56 del Código de Defensa Social). Se regula también en el Código penal peruano de 1924 (art. 20), en el brasileño de 1969 (art. 44), en el costarricense de 1971 (que entró en vigor el 6 de enero de 1972) y en el boliviano de 1972 (art. 29). Recientemente se ha introducido en Alemania (en la parte general del Código penal que entró en vigor el 1.º de enero de este año 1975). Esta innovación fue admitida por gran mayoría y encuentra numerosos defensores, entre los que merecen citarse Tröndle y Zipf. También se ha introducido en el nuevo Código penal austríaco vigente asimismo desde 1.º de enero de 1975.

Ya admitía este sistema el Proyecto alemán (gubernamental) de la Parte General de un Código penal redactado con arreglo a las conclusiones de la Gran Comisión de Derecho penal, en primera lectura (terminado en diciembre de 1956), en sus párrafos 56-61, y posteriormente el Proyecto austríaco (gubernamental) de 1971, en su párrafo 19 (26). También lo admitió el Anteproyecto del profesor S. Soler, para la República Argentina (arts. 59 y 73). En cambio, la reforma suiza de 18 de marzo de 1971 mantiene el sistema global tradicional.

Respecto al campo de aplicación, a los sustitutivos, a la formulación del módulo, etc., median bastantes diferencias entre las diversas formulaciones legales. Sin embargo, el núcleo central del sistema permanece el mismo. Consiste en determinar la importancia o gravedad de la multa, no por una suma de dinero, sino por un número de «días», según la gravedad del delito. Cada «día» equivaldrá a una concreta cantidad de dinero, según la posición económica del condenado.

La ley debe fijar el número de *días*-multa que se impone como pena a cada delito, según la gravedad de éste. Establecerá un número igual (o, mejor dicho, proporcionalmente igual) al de días que le correspondería de privación de libertad si se le aplicase esta pena. Este punto resulta fácil de regular legalmente. En Suecia, por ejemplo, a quien conduce un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas (entre 0,5 y 1,5 por 1.000 de alcohol en la sangre) se le impone una pena de cuarenta a cien días-multa. Generalmente, los Códigos penales, en su parte general, establecen un número máximo de días-multa: en Finlandia y en Suecia, ciento veinte; en Dinamarca sesenta, y en caso de concurso puede llegar hasta noventa. En Costa Rica y en Austria trescientos sesenta. Alemania fija como máximo trescientos sesenta días y como mínimo cinco días. Los Códigos de las otras naciones antes citadas admiten también un día, como mínimo. Bolivia de uno a quinientos días-multa (art. 29).

La cuantía económica de cada día-multa ha de fijarla el Tribunal, según determinadas circunstancias económicas de cada delincuente, dentro de los criterios y los límites (sin duda amplios) que establezca la ley.

(26) F. NOWAKOWSKI, *Das Tagesbussensystem nach § 19 der Regierungsvorlage (1971) eines Strafgesetzbuches*, en "Osterreichische Juristen-Zeitung" (21 abril 1972), pp. 197-204; R. MOSS, *Die Reformbewegung des Strafrechts in Osterreich, der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, en "Festschrift für W. Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz, Leykam, 1975, pp. 253-287.

En Alemania puede oscilar de dos marcos a diez mil marcos, en Suecia de dos coronas a cinco mil coronas, en Austria de veinte schillings a tres mil schillings, en Dinamarca sólo hay un mínimo de dos coronas, pero no hay máximo legal, en Finlandia, en Costa Rica y en Bolivia ni máximo ni mínimo. (En Bolivia, el importe de un día-multa no puede sobrepasar el monto de la entrada diaria del condenado.)

Según algunos especialistas, como Zipf (27), el Tribunal ha de determinar en cada caso concreto la cuantía de un día-multa, de manera que el autor (al deducirle esa cantidad de lo que se calcula como ingreso diario neto) le quede una suma suficiente para los gastos indispensables. Strahl (28) opina que la tesis de que el día-multa se calcula según la cantidad que el delincuente puede economizar por día no pertenece a la esencia del sistema, pues la legislación danesa y la finlandesa se apartan en este punto de la sueca. Considera esencial que el día-multa sea tal que multiplicado por el número de días multa resulte una suma suficiente para el supuesto concreto. En opinión de Thyren, la multa debe proporcionarse, no al patrimonio ni a la renta, sino, a las posibilidades de desembolso, a los recursos económicos reales en la medida en que sea posible constatarlos. Jorge Frías Caballero (29) opina, atinadamente, que debe tenerse en cuenta no ya la renta, u otro elemento pecuniario equivalente o semejante, sino todos aquellos factores de una u otra índole que incidan en la situación económica del condenado, de tal modo que se parta de sus posibilidades reales de pago, esto es, de su efectiva capacidad para soportar la multa y sufrirla como tal.

Respecto a los medios para conocer la capacidad económica del condenado se tiende, en general, a dar crédito a sus declaraciones, con posibilidad de disponer de medios para comprobarlas, cuando haya dudas fundadas acerca de su credibilidad (30).

Después de haber indicado estas opiniones teóricas respecto a la manera de fijar en cada supuesto la cuantía de un día-multa, conviene transcribir ahora las *regulaciones legales* contemporáneas más importantes. Los especialistas discuten si la ley debe regular el módulo día-multa con más o menos detalle. En teoría, se proponen especialmente cuatro principios orientadores: el de disminución (*Einbusseprinzip*), el de limitación del embargo (bienes exceptuados de embargo, cfr. Ley Enjuiciamiento Civil, arts. 1.449 y 1.451), el de gastos mínimos y el de ingresos netos.

1. Según el párrafo 40, párrafo 2, del *Código penal alemán* de 1975, la cuantía de un día-multa la determina el Tribunal, teniendo en cuenta las relaciones económicas y personales del autor. Esta fórmula legal se aclaró algo en la «Fundamentación» (del Código) al decir que

(27) H. ZIPF, *Probleme der Neuregelung der Geldstrafe in Deutschland*, en "ZStW" (1974), pp. 513 ss.

(28) STRAHL, *Les jours amendes dans les pays nordiques*, en "Rev. Scienc. crim. droit pén, comp". (1951), pp. 59 ss.

(29) J. FRÍAS CABALLERO, en *Jornadas de Derecho penal...*, Buenos Aires, 1962, p. 208.

(30) Emilio DOLCINI, *Le pene pecuniarie como alternativa alle pene detentive brevi*, en "Jus, Rivista de science giuridiche" (diciembre 1974), pp. 529-556.

«el día-multa es la cantidad de dinero que, como término medio, se le puede descontar diariamente al autor, de acuerdo con sus ingresos, sus bienes de fortuna utilizables, su estilo de vida real, teniendo en cuenta sus obligaciones de mantenimiento y de gastos normales, así como su estado personal».

2. La Comisión del Ministerio Federal de Justicia de Alemania, en el *Proyecto para una nueva redacción del párrafo 40*, párrafo 2 (Proyecto de Reforma, 1972) establece que la cuantía del día-multa normalmente equivale al ingreso neto que el autor tiene o puede tener en un día. El Tribunal debe considerar también su fortuna, sus obligaciones (esencialmente los deberes de alimentos) y, además, si es necesario, debe conceder plazos de pago para evitar durezas excesivas.

3. Según el párrafo 19, párrafo 2, del *Proyecto gubernamental austriaco de 1971*, la cuantía del día-multa se calcula de manera que equivalga a lo que por término medio puede gastar diariamente para sí el autor, considerando su potencia económica, en especial sus rentas, y su fortuna en cuanto pueden ser calculadas, y también su posibilidad de obtener más ingresos mediante exigible trabajo adquisitivo. El texto aprobado del nuevo Código penal, de 23 de enero de 1974, que entró en vigor el primero de enero de 1975, dice que «El día-multa se calculará según las relaciones personales y las facultades económicas del delincuente en el del juicio en primera instancia».

4. Según el artículo 29, párrafo 2.º, del *Código penal boliviano de 1972*, «el importe de un día-multa será determinado prudencialmente por el juez tomando en cuenta la situación económica del condenado, sin sobrepasar el monto de la entrada diaria del mismo».

5. La fórmula del *Código penal brasileño*, de 21 de octubre de 1969, en su artículo 44, párrafo único, es sencilla: «El montante del día-multa se fija según el prudente arbitrio del juez, pero no puede ser inferior al valor de su trigésima parte del salario mínimo, ni superior a una tercera parte de él».

6. El artículo 53 del *Código penal costarricense* dice: «... El importe del día-multa se determinará de acuerdo con la situación económica del condenado, atendidos especialmente su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio que el juez considere apropiados. Si el condenado viviere exclusivamente de su trabajo, el día-multa no podrá exceder del monto de su salario diario...».

En la *práctica*, en Suecia, los Tribunales generalmente consideran como base la milésima parte de la renta anual neta del condenado. Esa cantidad así obtenida la elevan (si el autor posee otros bienes o si no tiene gastos especiales, ni personas a su cargo), y, al contrario, la rebajan (si el condenado tiene deudas o mucha familia que sostener). El Tribunal suele recibir informes de la policía acerca de la situación del condenado.

Pasamos ahora a considerar brevemente los principales *aspectos positivos y negativos* de este sistema, especialmente en relación con las *penas privativas de libertad*.

Probablemente la principal ventaja sea la posibilidad de que un

solo dato (el número de días-multa) sirve para graduar la gravedad de la pena, para fijar la cuantía dineraria de la multa y la duración —en caso de impago— de la responsabilidad personal subsidiaria (pena privativa de libertad, prestación —en libertad— de unidades de trabajo, etcétera), para calcular automáticamente la parte de multa que puede considerarse pagada si el delincuente permaneció en prisión preventiva algún tiempo (31), y para la manifestación pública de la gravedad del delito y de la pena correspondiente. Esta última faceta no se logra en el sistema de multa global pues, al fijar el juez la cuantía numéricamente según las condiciones económicas del autor, no aparece la gravedad de la pena. En cambio, cuando el juez, dentro del margen que le concede la individualización legal, determina el número concreto de *días-multa*, como esta cifra es independiente de las condiciones económicas del reo, la sentencia manifiesta el grado de desvalor del delito.

El sistema de días-multa, además, soluciona mejor que los otros el problema tan general y grave del impago de la multa. Por una parte, limita los supuestos de insolvencia al determinar la cuantía según los ingresos diarios. De hecho, en Suecia, se ha logrado reducir al mínimo el número de delincuentes que no satisfacen la multa. El año 1971, de 253.896 personas condenadas a multa, solamente trece no pagaron. Por otra parte, en los escasos supuestos de impago este sistema determina automáticamente (con el número de días-multa) la duración de la responsabilidad personal subsidiaria.

El Código penal alemán establece para los casos de impago la proporción de *un día de privación de libertad por cada día-multa*. El mismo criterio rige en la legislación sueca, la danesa, la finlandesa, la brasileña (art. 50), la costarricense (art. 56) y la boliviana (art. 32, «siendo solvente»). En el Código penal austríaco un día de privación de libertad equivale a dos de multa (parágrafo 19, párrafo 3).

No parece justa la proporción igualitaria, pues perjudica a quien carece de medios económicos, ya que durante el mismo tiempo le priva no de una parte de su ganancia, sino de toda su ganancia y, además, de su libertad. Más equitativo sería establecer la relación de un día de privación de libertad por tres de días-multa.

Este sistema presenta también algunas *dificultades*. Sobre todo, para calcular las posibilidades y las obligaciones económicas del reo. Las peculiaridades psico-sociológicas de algunos pueblos y la realidad de la administración de su sistema administrativo y judicial pueden hacer fracasar el mejor sistema (32). Pero, esta dificultad es parecida en cualquier otro sistema de multa, excepto si se prescinde de las diferencias

(31) En el supuesto de que el tiempo transcurrido en prisión preventiva se abone para el cumplimiento de la multa penal o administrativa). Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Die Untersuchungshaft im deutschen und internationalem Recht*, Bonn, 1971, que contiene también el estudio relativo a España de H. MATTES, *La prisión preventiva en España*, trad. de M. Gurdíel, prólogo de RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1975.

(32) Cfr. CARRANCA y TRUJILLO, en *Jornadas de Derecho penal...*, Buenos Aires, p. 218; P. BOUZAT (y J. PINATEL), *Traité de Droit pénal et de criminologie*, 2.^a ed., Tomo I, París, 1970, p. 583.

económicas personales y se determina la cantidad fijándose únicamente en la gravedad de la infracción, de manera que pague lo mismo el rico que el pobre. Si se pretende sancionar en justicia, toda pena de multa exige que los jueces se esfuercen por conocer el caudal o facultades del culpable y motiven su decisión al respecto. Esta motivación en algunos países, como España, viene exigida por ley (art. 63), de manera que, si se omite, puede recurrirse en casación.

I.5. Conclusiones

1. El Código penal español debe introducir en su libro I el sistema de días-multa.

2. El Código penal establecerá los topes mínimo y máximo de cada día-multa (quizá convenga fijarlos de 50 pesetas a 20.000 pesetas) y los límites del número de días-multa imponibles (quizá de dos a trescientos sesenta días-multa).

3. La cuantía concreta de un día-multa debe determinarla el tribunal (y motivarla) teniendo en cuenta la situación económica del reo, de manera que de sus ingresos diarios (entendidos globalmente: salario, rentas, etc.) sólo le quede lo mínimo necesario para cumplir sus obligaciones cotidianas.

4. El Código penal español, en sus libros II y III, debe sustituir casi todas las penas privativas de libertad de corta duración (de menos de seis meses) por penas pecuniarias.

Y, aun en supuestos de penas más graves, debe establecer también penas pecuniarias como pena compuesta con otras sanciones, o como pena alternativa.

5. Conviene fomentar investigaciones criminológicas acerca de la eficacia mayor o menor de las sanciones pecuniarias.

PARTE SEGUNDA: LA MULTA ADMINISTRATIVA

II. *La multa administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad.*

La importancia y el volumen cada día mayores de la multa administrativa merecen una reflexión sobre su aplicabilidad y sobre su relación con la pena privativa de libertad. Después formularemos algunas consideraciones críticas y terminaremos con unas conclusiones *de lege ferenda*. Antes de entrar en el tema conviene recordar algunos conceptos elementales.

II.1. *Conceptos elementales*

Difícilmente se encuentra, en los especialistas del Derecho Administrativo, una definición clara y completa de la sanción administrativa. Se puede describir, en general, como la sanción impuesta por la autori-

dad gubernativa a sus administrados, de plano, sin forma de juicio, con motivo de las infracciones de policía, subordinación y buen orden a tenor de las leyes correspondientes (33). Según el *Diccionario de la Legislación y del Enjuiciamiento* (34), en el año 1865, en España las multas gubernativas eran las que no excedían de los mil reales, y las multas penales las que pasaban de esa cantidad. Dentro de las sanciones gubernativas se incluyen las disciplinarias.

Todos los comentaristas coinciden en que la multa es la sanción gubernativa más típica, más frecuente y más importante; más, desde luego, que las sanciones rescisorias de actos administrativos favorables, que las expulsiones de una corporación, etc. Sin embargo, resulta difícil formular un concepto de la multa administrativa, entre otras razones, porque es casi imposible establecer una teoría general de las normas especiales que regulan cada multa en los diversos campos jurídicos, como indicó hace ya tiempo, Garçon. La multa administrativa, tema de nuestro estudio, no es una coacción (ésta pretende el cumplimiento de lo ordenado, contra voluntad del obligado; por ejemplo, la multa coercitiva del art. 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 1958, revisada por la Ley 164/1963, de 2 de diciembre), sino un medio represivo que nace porque la obligación no se ha cumplido.

En las páginas siguientes consideramos como multa administrativa (o gubernativa) la que imponen estas autoridades, según las normas del derecho privado para sancionar al autor de una infracción (administrativa). Tal multa no está vinculada por los postulados propios del Derecho penal: principio de culpabilidad, circunstancias atenuantes, condena condicional, libertad condicional, prescripción penal, principio de irretroactividad, principio de personalidad de la pena (Cfr. Ley de Contrabando, Decreto de 16 de julio de 1964, art. 21) etcétera (35). Quizá el único aspecto menos negativo para el condenado a una multa administrativa (en comparación con el condenado a una multa penal) sea la no inscripción en el registro de penados y peligrosos.

Especialmente problemático resulta delimitar el ámbito de la infracción administrativa, y el campo que debe proteger la correspondiente sanción.

Si se mantiene el principio elemental de la separación de poderes

(33) Cfr. G. LLAMPIS, *sub voce*, *Pene pecuniarie*, en "Nuovo Digesto italiano", T. IX, Turín, 1939, pp. 700 ss. Mauro MIGUEL y ROMERO, *sub voce*, *Multa gubernativa*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, Seix, T. XXIII (sin año, hacia 1911), pp. 105-118. J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, T. II, Madrid, 1874, p. 565. La bibliografía contemporánea acerca del tema la recoge Aurelio GUATIA, *Nueva bibliografía española de Derecho Administrativo*, Madrid, 1969, pp. 54 s.

(34) *Diccionario de la Legislación y del Enjuiciamiento criminales modernos, correspondientes a los Tribunales ordinarios*, por un Abogado del ilustre Colegio de esta Corte, Catedrático del Ateneo científico y literario de la misma, Parte primera, Madrid, 1865, p. 727.

(35) Respecto al principio de legalidad, cfr. ALONSO COLOMER, *La pena y la sanción administrativa ante el principio de legalidad*, en "Documentación Administrativa" (marzo-abril, 1973), pp. 85 ss.

o de funciones, en teoría (con las excepciones y matizaciones oportunas que —en parte— indicaremos después), la autoridad administrativa carece de potestad punitiva (en el sentido propio de la palabra) para defender el orden social en general; y únicamente puede imponer sanciones «domésticas», de autotutela, si son necesarias y útiles para la buena marcha de las instituciones propias de la administración (v. g., la disciplina académica, la tributaria, etc.). Esta potestad, más que punitiva, es disciplinaria respecto a los administrados sometidos a una especial relación de poder (36). Parece pues conveniente admitir como principio básico (37) que la administración carece de competencia judicial penal para las infracciones de policía general, pero reconociendo excepciones a ese principio básico cuando se trate de infracciones y sanciones leves que —debido a razones de «economía» político-criminal por una parte, y a razones de eficacia administrativa por otra— pueden y deben ser propias de la administración, como lo reconoce el mismo Código penal en el art. 26 (3.º) y en el ecléctico art. 603.

Algunos especialistas consideran esta competencia como propia, no como excepcional, pues admiten dentro del Derecho Administrativo sanciones de carácter penal, y, en concreto, multas, «que derivan del poder mismo de policía, en virtud del cual se prevén infracciones del más variado género» (38).

En la práctica, como veremos enseguida, la administración rebasa con frecuencia este campo, e impone sanciones graves, especialmente pecuniarias, para la tutela del orden social en general. Estas multas se llaman administrativas por razón de quien las impone.

La naturaleza jurídica peculiar de las multas administrativas aparece, por ejemplo, en las reglas propias (distintas de las generales para los actos administrativos) que regulan su ejecutoriedad. Las multas administrativas en cuanto sanciones, requieren el procedimiento especial establecido en la Ley de Procedimiento (expediente, pliego de cargos, etcétera, arts. 133 y ss.); en muchos supuestos, exigen el transcurso de un plazo determinado (art. 115 de la Ley de Régimen Local); en otros casos exigen la firmeza del acto que impone la sanción (art. 22, par. 3, del Estatuto de Gobernadores civiles, Decreto de 10 de octubre de 1958). Estas normas rompen el principio de inmediata ejecutividad peculiar de los actos administrativos (art. 101 de la Ley de Procedimiento y art. 361 de la Ley de Régimen Local).

Al clasificar las diversas multas administrativas conviene distinguir, sobre todo, las propiamente administrativas (las que pretenden

(36) Acerca las diversas teorías, cfr. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4 ed., vol. II, Madrid, Inst. Est. Políticos, 1971, pp. 196 ss.

(37) Respecto al problema general de la relación entre Derecho penal común y el Derecho penal administrativo, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte general*, 4.ª ed., Madrid, 1973, pp. 25 ss.

(38) S. SOLER, *Derecho penal argentino*, T. II, 6.ª reimpresión, Buenos Aires, 1973, p. 391. Guillermo R. NAVARRO, *sub voce*, *Multa*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XIX, Buenos Aires, 1964, p. 952. También en este sentido, aunque indirectamente, R. L. DE DOU Y BASSOLS, *Instituciones del Derecho Público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, T. VII, Madrid, 1802, p. 185.

únicamente autotutelar las tareas administrativas) de las administrativas en sentido amplio (las que pretenden un fin de heterotutela). En éstas se incluyen, sobre todo, las relativas al orden social en general, las referentes al tráfico de vehículos de motor (39), a la publicidad, al urbanismo, a la navegación aérea, al comercio exterior, etc. Entre las propiamente administrativas destacan las disciplinarias (que constituyen su *analogatum princeps*, es decir, las que sirven de modelo a las demás) y algunas tributarias.

Garrido Falla (40) distingue la multa como sanción correctiva (sanciones de policía administrativa, por incumplimiento de los deberes de prestación de los administrados) y la multa disciplinaria (por ejemplo, las sanciones corporativas, las de usuarios de establecimientos públicos, etc.).

II.2. *Aplicabilidad y aplicación de multas administrativas en España.*

La sanción pecuniaria se aplica muy frecuentemente en la legislación y en la práctica de la administración española. La admiten, entre otras, las leyes siguientes:

- Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956 («BOE» 14 mayo), arts. 215 y 216. Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, artículos 213 y ss.
- Ley de Montes, de 8 de junio de 1957 («BOE» 10 junio), art. 83.
- Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959 («BOE» 31 julio), en varios artículos ha introducido reformas importantes la Ley de 21 de julio de 1971 («BOE» 23 julio).
- Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963 («BOE» 31 diciembre), arts. 24-33, arts. 83 y ss. (respecto a la condonación, arts. 87-89).
- Decreto de 16 de julio de 1964, por el que se aprueba el texto de la Ley de Contrabando, adaptado a la Ley General Tributaria («BOE» 24 julio), arts. 24 y ss.
- Disciplina del Mercado (Decreto 17 noviembre de 1966), artículos 5 y 6 («BOE» 15 diciembre) (y Decreto-Ley 12/1973, de 3 de noviembre) art. 7,4 («BOE» 1.º diciembre).
- Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966 («BOE» 19 marzo), arts. 69 y 70.
- Ley de Espectáculos, de 22 de julio de 1967 («BOE» 24 julio), art. 1,3.

(39) Generalmente — como hemos indicado en el texto — se reconoce la necesidad de multas gubernativas leves para sancionar algunas perturbaciones del orden público general, especialmente en el tráfico de vehículos de motor. Cuando estas multas alcancen cierta gravedad deben pasar al ámbito del Derecho penal y reunir los requisitos que éste exige. Cfr. KAISER, *Kriminologie*, 2.^a ed., Karlsruhe, 1973, pp. 202, 208 s.

(40) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol II, pp. 202 ss..

- Ley de Minas, de 21 de julio de 1973 («BOE» 24 julio), artículo 121.
- Ley de Investigación y Explotación de Hidrocarburos, de 27 de junio de 1974 («BOE» 29 junio y 6 julio —corrección de erratas—), art. 81.

Estas leyes —sobre todo la de Orden Público y la de Disciplina del Mercado— se aplican con frecuencia y con números de muchos ceros.

Especial cuantía e importancia han adquirido recientemente las multas impuestas a sacerdotes por homilías pronunciadas en iglesias, sin manifiesta alteración del orden público. La revista «Vida Nueva» (41) detalla el nombre y apellidos de los sacerdotes multados últimamente; en menos de tres años, la suma total supera los once millones de pesetas. También se imponen voluminosas sanciones económicas a los que se declaran en huelgas de hambre, a quienes se manifiestan o reúnen sin cumplir los requisitos legales, a quienes publican dentro o fuera de España declaraciones tendenciosas, etc.

II.3. *Relación de la multa administrativa con la sanción privativa de libertad.*

En el supuesto de impago de la multa administrativa, los teóricos propugnan su no convertibilidad en sanción privativa de libertad, y colocan aquí una de las diferencias entre la sanción administrativa y la penal. Según los tratadistas, la autoridad competente para imponer la prisión subsidiaria en materia de policía general, o de seguridad, debe ser sólo la autoridad judicial (42)

La legislación española, en el campo de policías especiales, no suele admitir la sanción privativa de libertad como subsidiaria de la multa (salvo disposición expresa en contrario); pero, en el campo de policía general, sí la admite: art. 22 de la Ley de Orden Público, art. 24,4, de la Ley de Contrabando, Decreto 2166/1964, de 16 de julio, etc.

Esta concesión legal opuesta a la teoría del Derecho y a ciertas normas consideradas de rango constitucional tiene, desafortunadamente, antecedentes muy enraizados en España, y que van desarrollándose cada día más (43). Durante el siglo XIX y las primeras décadas del XX bastantes multas administrativas pueden ser sustituidas por una privación de libertad en caso de impago, como responsabilidad personal subsidiaria. Claramente el Real Decreto de 18 de mayo de 1853, en la disposición cuarta, permite a los Alcaldes «imponer gubernativamente la pena de arresto por sustitución y apremio de la multa, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 504 del Código penal, de 1850, sólo

(41) Revista «Vida Nueva», núm. 972 (8 marzo de 1975), págs. 8 s. (360 s.).

(42) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1973. IDEM, *Sanciones penales y sanciones gubernativas*, en «Problemas actuales de Derecho penal y procesal», Salamanca, 1971, pp. 9-18.

(43) J. R. PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en «Rev. Administración Pública», núm. 67 (1972), pp. 41-93.

cuando los multados fueren insolventes, y no pudiendo en ningún caso esceder (sic) de quince días el tiempo del arresto». Según el citado artículo 504 «Los penados con multa que fueren insolventes serán castigados con un día de arresto por cada duro de que deban responder.

Cuando la responsabilidad no llegare a un duro, serán castigados, sin embargo, con un día de arresto.

Por las otras responsabilidades pecuniarias en favor de tercero serán castigados con un día de arresto por cada medio duro.»

La Ley de Orden Público, de 28 de julio de 1933 (art. 18), amplía el plazo (que podríamos decir tradicional) de quince días hasta un mes (este arresto subsidiario lo decreta el juez, requerido por la autoridad gubernativa). La Ley de Orden Público de 1959 mantiene el límite del mes. Pero, su reforma de 21 de julio de 1971 (art. 22) lo alarga hasta tres meses.

Mayores ampliaciones introducen la Ley de Delitos Monetarios, de 24 de noviembre de 1938 («BOE» 30 noviembre), y la Ley de Contrabando, de 16 de julio de 1964. Aquella permite que la privación de la libertad sustitutoria llegue al año, y ésta a los cuatro años (art. 24).

Las normas referentes a la circulación de vehículos de motor condicionan expresamente la responsabilidad personal subsidiaria a la circunstancia de que no haya sido posible hacer efectiva la multa por vía de apremio.

El art. 268 del Código de la Circulación, en su número II, dice: «Si el obligado al pago de la multa no lo realiza en el plazo..., se remitirá al Juzgado Municipal o Comarcal que corresponda copia auténtica de la resolución para que haga efectivos la multa y recargo a que haya lugar.

El Juzgado acusará recibo y estará obligado a verificar la exacción y a remitir su importe a la Jefatura Provincial de Tráfico o Alcaldía, dando cuenta del expediente cada dos meses y aplicando, en su caso, lo dispuesto en el art. 91 del Código penal».

La Inspección Central de Tribunales, en *Nota Servicio* del 25 de mayo de 1973, interpreta ese art. 268 del Código de la circulación en el sentido de que «... la remisión que aquel precepto reglamentario hace al art. 91 del Código penal, está condicionada no sólo al hecho de que no se satisfaga la sanción voluntariamente, sino a la circunstancia de que no haya sido posible hacerla efectiva por vía de apremio ante la insolvencia del infractor obligado a pagar».

II.4. *Comentario general.*

Las multas que puede imponer actualmente la administración española merecen un comentario detenido (creemos que esta parte del Derecho administrativo es quizá la menos madura científicamente), pero aquí nos limitamos a indicar tres puntos: A) las multas dirigidas a la autoprotección de las instituciones administrativas entran dentro del Derecho Administrativo; B) las multas heteroprotectoras —excepto si son de poca cuantía e importancia— no pertenecen al Derecho administrativo, pues rebasan la competencia subjetiva (a pesar de la

tradición de algunas normas hispanas en este sentido) y la competencia objetiva, por su excesiva cuantía pecuniaria; y, C) ninguna multa administrativa debe sustituirse (en caso de impago) por sanciones privativas de libertad. Al final indicaremos varias soluciones *de lege ferenda* para resolver algunos problemas que plantean las multas administrativas.

A) A la luz de los principios generales del Derecho y del Derecho comparado (especialmente del europeo) (44) se reconoce la conveniencia de que la autoridad administrativa imponga sanciones pecuniarias a los administrados que perturben el desenvolvimiento de las propias instituciones. Pero, ningún argumento sólido legitima a la autoridad administrativa para imponer sanción grave (pecuniaria o no pecuniaria) para proteger el orden social en general. (Prescindimos aquí de las sanciones gubernativas leves por las faltas contra el orden público, las normas del tráfico rodado, etc.).

B) La legislación española, en sus normas de máximo nivel, llamémosle «constitucional», establece la prohibición de detenciones no judiciales superiores a setenta y dos horas, así como la prohibición de condenas que no sean impuestas por tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado. Los arts. 17, 18 y 19 del Fuero de los Españoles se expresan con claridad: «Nadie podrá ser condenado sino en virtud de ley anterior al delito, mediante sentencia del Tribunal competente, y previa audiencia y defensa del interesado» (art. 19). En sentido parecido, la Ley Orgánica del Estado, en su art. 31, establece que la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los juicios civiles, penales... corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia. Y, por fin, la Ley de Bases, Orgánica, de la Justicia, en su Base 2.^a, Norma 10, proclama que las autoridades administrativas (fuera de los casos de orden público) no podrán imponer sanciones privativas de libertad: sólo la autoridad judicial «podrá... imponer sanciones que impliquen privación de libertad».

Por tanto, según estas leyes de tan alto rango, la Administración carece de competencia subjetiva para ejercitar poderes sancionatorios generales.

Sin embargo, en España, ya desde el Antiguo Régimen, están vigentes y se aplican normas legales que regulan sanciones pecuniarias de elevada cuantía (y arrestos sustitutorios de larga duración) y que, por tanto, se oponen a esas proclamaciones de la unidad de competencia punitiva. Esta oposición a la proclamada unidad de competencia se explica por varias razones. Sobre todo, por fines políticos y por las dificultades de adaptación del Derecho penal a las circunstancias de la vida cambiante.

Estos y otros motivos fundamentan la concesión a algunas autoridades administrativas (en concreto, a alcaldes y a gobernadores) de poderes bifrontes: administrativos y judiciales. En este sentido regulan.

(44) PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionador*, pp. 61 ss.

ambos cargos el Decreto de 13 de junio de 1813, la Ley Provincial de 1823, la Ley Provincial de 2 de abril de 1845 (art. 4), el Real Decreto de Competencia de 31 de octubre de 1849, etc. El Real Decreto de 1849 se inclina en favor de un Gobernador frente al Juez de primera Instancia, que reclamaba su competencia que (en principio) le confería el Código penal de 1848, y establece con energía la competencia subjetiva de los Alcaldes para «imponer multas gubernativamente como atribución necesaria para el desempeño de esas funciones...». Posteriormente, insisten en la misma orientación —criticada por los teóricos contemporáneos (45)— el Real Decreto de 18 de mayo de 1853, antes citado, y la Real Orden de primero de agosto de 1871.

Durante la Dictadura se extendió la potestad sancionadora (que antes era exclusiva de los alcaldes y gobernadores) también a la autoridad gubernamental, por el Decreto-Ley de 18 de mayo de 1926. Esta ampliación se mantiene durante la República, según establece la Ley de Orden Público, de 28 de julio de 1933 (en desacuerdo con los artículos 28, 29 y 31 de la Constitución republicana). La actual Ley de Orden Público, de 1959 (con las modificaciones de 21 de julio de 1971), aumentan estas potestades, especialmente en sus arts. 18 y ss.

La Ley de Régimen Local (Texto refundido de 24 de junio de 1955, art. 260, apartado i) concede al Gobernador civil la atribución de: «Sancionar los actos contrarios a las Leyes y a las disposiciones del Gobierno, al orden público, a la moral y disciplina de las costumbres y las faltas de obediencia y respeto a la autoridad...» En sentido semejante se expresan los arts. 23 y 24 del Estatuto de Gobernadores civiles (Decreto de 10 de octubre de 1958, «BOE» 9 de diciembre) (46).

En cuanto a la *competencia objetiva*, conviene reflexionar si la autoridad administrativa, al imponer algunas sanciones pecuniarias, viola los principios generales teóricos respecto a los límites de la cuantía de la multa, rompe la proporcionalidad exigible entre la infracción y la sanción, y se aparta de la norma general del art. 603 del Código penal.

Algunas cuantías permitidas por la legislación especial rebasan el límite propuesto en el principio general del art. 603 del Código penal, según el cual, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales, en las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la administración... no se establecerán penas mayores que las señaladas en el libro III del Código penal; o sea que, concretamente, en el supuesto de multa no se elevarán por encima de las diez mil pesetas (art. 28 del Código penal).

Este artículo seiscientos tres —de formulación tan vaga, ecléctica y discutida— no cierra la puerta a supuestos excepcionales, pero sería equivocado convertir lo excepcional en lo normal. Además, resulta poco

(45) Cfr. las voces Corrección gubernativa y Multa, en ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, T. II, Madrid, 1874, pp. 565-568 y T. IV, Madrid, 1876, pp. 246-250.

(46) Sobre el procedimiento, cfr. Decreto 1.704/1965, de 16 de junio.

«congruente que esos casos rebasen algunos límites que la doctrina y la Ley imponen a las infracciones penales más graves. Por ejemplo, la Ley del Suelo (de 1956), en su art. 215, 3, autoriza al Consejo de Ministros para imponer multas desde 250.000 pesetas, sin límite alguno; la misma Ley del Suelo (reforma de 1975), art. 215 bis, autoriza a los Gobernadores para imponer multas hasta 25 millones, al Ministro hasta cincuenta y al Consejo de Ministros hasta cien millones. La Ley de Disciplina del Mercado, art. 6 (redactada conforme al Decreto 2693/1972, de 15 septiembre; «BOE» 9 octubre) permite al Consejo de Ministros imponer multas a partir de cinco millones de pesetas, sin límite; la Ley de Hidrocarburos permite multas de cinco millones de pesetas; la Ley de Contrabando, art. 30, no establece tope máximo a sus multas. Estos supuestos, además de superar los límites de la multa penal, pueden violar el precepto del Fuero de los Españoles que proscribe la confiscación (art. 32) (47), y especialmente, al permitir penas de multa sin tope máximo determinado, pueden conculcar el principio de legalidad (*nulla poena sine lege*).

Las multas sin techo y cuya cuantía se determina en proporción con el resultado carecen de sólido fundamento como sanción penal, pues ésta ha de tener en cuenta el desvalor de la acción y la culpabilidad del reo, mucho más que el desvalor del resultado. Estas multas, más que sanciones penales, deben considerarse y regularse como indemnizaciones de daños y perjuicios, como desde tiempos antiguos ha reconocido la ley y la teoría (48).

C) Respecto a la privación de libertad subsidiaria, la mayoría de los especialistas se oponen enérgicamente a que la autoridad gubernativa pueda imponer sanciones privativas de libertad (como subsidiarias de las multas impagadas) durante varios meses y aun durante varios años (49). En supuestos excepcionales, por política de desincriminación (como antes hemos insinuado), puede permitirse, quizá, la privación de libertad durante unos pocos días, pero nunca más de quince (50). Quien considere ilógico e injusto que una multa de cinco millones de pesetas sea substituida por una privación de libertad de sólo quince días, ha de reflexionar si lo absurdo es la duración tan breve de la privación de libertad o la cuantía tan desorbitada de la multa. (Si ésta se estructura como indemnización, cambia radicalmente el problema.)

En teoría, la multa pretende vaciar las cárceles, pero en la práctica, a veces, las llena. El legislador debe tomar medidas para evitar que

(47) Excepcionalmente, la Ley de Responsabilidades Políticas, de 9 de febrero de 1939, en su artículo 8 admite, entre las sanciones económicas, "La pérdida total de los bienes".

(48) S. SCHAFER, *Restitution to Victims of Crime*, Londres, Stevens, 1960, páginas 111 ss.

(49) S. SOLER, *Derecho penal argentino*, T. II, 6.^a reimpresión, Buenos Aires, 1973, p. 390.

(50) "En las contravenciones la multa debería ser, salvo tal vez alguna rara excepción, la pena única". B. GARCÍA, *Reforma de la pena de multa (en Brasil)*, en "Estudios jurídicos en homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa", Buenos Aires, 1964, p. 573.

la multa sirva como medio para privar de libertad a personas que no pueden ser internadas por los cauces normales.

Las dificultades hasta aquí indicadas no encuentran fácil respuesta en la doctrina ni en la legislación españolas. El Derecho comparado puede sugerir algunas soluciones parciales, como por ejemplo: conceder con más frecuencia a la Administración la facultad de denuncia calificada ante el órgano judicial penal, regular recursos suspensivos contra la administración en supuestos de multas de cuantía elevada, sustituir la multa impagada por obligaciones o deberes distintos de la privación de libertad, y regular la multa con el sistema de días-multa.

Por ejemplo, la imposición de multas en cuantía desorbitada resultará más difícil (por más escandalosa) con el sistema de días-multa que con el sistema global tradicional. En este sistema se puede imponer medio millón de pesetas a un sacerdote, de clase media o pobre, por un sermón que no ha tenido consecuencias especiales. Pero, escandalizaría mucho a la opinión pública que se le impusiera a ese sacerdote una multa de cinco años, que sería la correspondiente al medio millón.

II. 5. Conclusiones

1. La autoridad gubernativa tiene facultad para imponer sanciones pecuniarias dentro de su ámbito de autotutela: el cumplimiento de los funcionarios y de los particulares de sus deberes con la administración.

2. La normativa concreta de algunas sanciones pecuniarias administrativas está en oposición con lo establecido en las leyes fundamentales.

3. La autoridad gubernativa, *de lege ferenda*, carece de competencia subjetiva y objetiva para imponer sanciones pecuniarias graves para proteger el orden social en general.

4. Las multas administrativas deben imponerse según el sistema de días-multa.

5. Las multas administrativas, en supuestos de impago, no deben dar lugar a responsabilidad personal subsidiaria privativa de libertad. Si en casos muy excepcionales se admite la sustitución, su duración no debe prolongarse más de quince días.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- N. S. ALEKSEVV, *Die Geldstrafe im sowjetischen Strafrecht*, en *ZStW*, 1974, páginas 614-620.
- L. BLAS ZULETA, *La multa penal. Especial consideración de los días-multa y la multa de composición*, en *Pretor*, núm. 71 (1972), pp. 749-763.
- J. R. CASABO RUIZ, en *Comentarios al Código penal*, vol. II, Barcelona, Ariel, 1972, pp. 78 ss., 134 ss.
- CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, Madrid, 1950 (apénd. 1955).
- P. CRAMER, *Grundbegriffe des Rechts der Oránungswidrigkeiten. Eine Einführung an Hand von Fällen*, Stuttgart, Kohlhammer, 1970.
- M. DAVIES, *Financial Penalties and Probation*. Home Office Rechear Studies, T. 5, Londres, 1970.
- DANTE DE TOLLIS, *Della conversione delle pene pecuniarie in pene detentive*, en *Rassegna di studi penitenziari* (1965), I, pp. 155-165.
- J. DUPRÉEL, *Les courtes peines de prison. Contributions à l'Etude des courtes peines privatives de liberté et des mesures répressives de nature à réduire leur application*, en *Rev. Droit pénal et de Criminologie* (1939), pp. 358 ss., 462 ss. y 568 ss.
- M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris, Gallimard, 1975.
- R. A. FROSALI, *Pena Pecuniaria. Diritto penale*, en *Novissimo Digesto Italiano*, XII (Turín, 1965), pp. 847-850.
- J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Independencia de la potestad sancionadora de la jurisdicción penal*, en *Rev. Administración Pública*, núm. 47 (mayo-agosto 1972), pp. 127-133.
- J. GRAVEN, *La révision des concepts sur les courtes peines privatives de liberté et la peine pécuniaire*, en *Rev. pén. suis.* (1963), pp. 401-433.
- E. HORN, *Aiter Wein in neuen Schläuchen?*, en *Jurist. Zeitung* (1974), páginas 278 ss.
- KLUSSMANN, *Nochmals: Das Geldstrafensystem des neuen Allgemeinen Teils des StGB und die Ratenzahlungsbewilligung*, en *Neue Jurist. Wochenscht* (1974), pp. 1275 ss.
- MOHAMED ALI HASSAN, *L'amende pénale dans les droits modernes et spécialement dans le Code pénal suisse*, Paris, L. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1959.
- H. VON HENTIG, *La pena. II. Las formas modernas de aparición*. Madrid, Espasa-Calpe, 1968, pp. 442 ss. Trad. de RODRÍGUEZ DEVESA.
- G. KAISER, *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*. Karlsruhe, C. F. Müller, 2.^a ed. 1973.
- J. KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchung zum Verbrechen als Steigerungs begriff*. Berlin, Duncker u. Humblot, 1966.
- LAW REFORM COMMISSION OF CANADA, *Working Papers 5 & 6, Restitution and*

- compensation. *Fines*, en *Canadian Journal of Criminology and Corrections*, vol. 12 (abril 1975), especialmente pp. 27 ss.
- LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1973.
- CIRILO MARTÍN-RETORTILLO, *La multa gubernativa*, en *Rev. de Derecho Público* (1934), pp. 171 ss.
- E. NEYMARK, *La peine d'amende. L'amende et sa place dans la politique criminelle contemporaine*, en *Rev. Droit Pén. Crim.* (1928), pp. 929-962 y pp. 1053-1093.
- M. PALOMAR y A. DE ROVIRA, *Las multas municipales en el Derecho español (Disciplinarias, gubernativas, fiscales y contractuales)*, Barcelona, Ediciones Palestra, 1960.
- J. R. PARADA VÁZQUEZ, *El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal*, en *Rev. Adm. Pública*, núm. 67 (1972), páginas 41-93.
- H. RÜPING, *Geldstrafe und Busse. Zur Entwicklung der öffentlichen Strafe*, en *ZStW.*, 1973, pp. 672-695.
- S. SCHAFER, *Restitution to Victims of Crime*, London, Stevens, 1960.
- V. SILVA MELERO, *El llamado Derecho penal administrativo en las direcciones contemporáneas*, en *Anuario D. P.* (1960), pp. 27-35.
- P. SOFTLEY, *A Survey of Fine Enforcement*. Home Office Research Studies, t. 16, London, 1973.
- D. STENNER, *Die kurzfristige Freiheitsstrafe und die Möglichkeiten zu ihrem Ersatz durch andere Sanktionen*, Hamburg, 1970.
- I. STRAHL, *Les jours amendes dans les pays nordiques*, en *RSCrim.*, núm. 1 (1951), pp. 59-67.
- H. THORNSTEDT, *Skandinavische Erfahrungen mit dem Tagesbussensystem*, en *ZStW.*, 1974, pp. 595-613.
- H. TRÖNDLE, *Die Geldstrafe in der Praxis und Probleme ihrer Durchsetzung unter besonderer Berücksichtigung des Tagessatzsystems*, en *ZStW.*, 1974, pp. 545-594.
- P. VERRI, *I militari e i diritti dell'uomo*, en *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, XII-2 (1974), pp. 173-267.
- H. ZIPF, *Probleme der Neuregelung der Geldstrafe in Deutschland*, en *ZStW.*, 1974, pp. 513-544. Idem, *Die Geldstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, Berlin, Luchterhand, 1966. Idem, *Die Rechtsfolgen der Tat im neuen Strafgesetzbuch*, en *Juristische Schulung* (1974), pp. 137 ss.

Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848

Por FRANCISCO CANDIL JIMENEZ
Profesor adjunto de Derecho Penal de la Facultad de Sevilla

SUMARIO: I. El tema.—II. Las primeras actividades codificadoras.—III. Joaquín Francisco Pacheco, miembro de la Comisión General de Códigos.—IV. Algunos datos sobre Joaquín Francisco Pacheco y sus actividades políticas.—V. Conclusiones.

I. EL TEMA

Don Joaquín Francisco Pacheco constituye una de las figuras políticas más atractivas e interesantes de mitad del siglo XIX, J. L. Comellas, en su obra *Los moderados en el poder*, advierte que este personaje “sigue estando como en la sombra, a falta de un estudio completo” (1), que considera necesario para una mejor valoración de su personalidad y de su actividad política.

Desde un punto de vista jurídico, Joaquín Francisco Pacheco es uno de los jurisconsultos más destacados de su época. Como penalista sobresale en su tiempo, por ser el primer tratadista español del Derecho penal, que estudia esta disciplina jurídica con visión de conjunto empleando en su análisis el eclecticismo de Rossi, lo que permite decir que Pacheco dibujó con fácil retórica el pensamiento del ilustre penalista italiano. Aun admitiendo este punto de vista, su mérito es indudable, ya que abrió el camino para el estudio del Derecho penal de forma científica.

Nuestro trabajo no comprende el estudio de la rica personalidad de don Joaquín Francisco Pacheco, ni trata de exponer su ideología penal, sino únicamente esclarecer su verdadera participación en la

(1) J. L. COMELLAS, *Los moderados en el poder, 1844-1854*. Madrid, 1970, pág. 183.

redacción del Código penal de 1848, que como veremos fue poco eficaz.

II. LAS PRIMERAS ACTIVIDADES CODIFICADORAS

El 1.º de septiembre de 1836 se creó una Comisión codificadora, que hasta 1839 actuó con relativa regularidad, como lo demuestra el que don Manuel Seijas Lozano realizó trabajos como individuo de la que creó el Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley del 21 de julio de 1838, para formar una instrucción de procedimiento civil y criminal sobre las bases que tenga por convenientes". Esta Comisión no debe considerarse extinguida hasta que por Decreto de 19 de agosto de 1843 se crea la General de Códigos, siendo ministro de Gracia y Justicia don Joaquín María López.

De acuerdo con lo que establecía el artículo 4.º del decreto citado la Comisión estaba integrada por:

Don Manuel Cortina, presidente; don Juan Bravo Murillo, don Pascual Madoz, don Manuel Pérez Hernández, don Luis González Bravo, don Francisco de Paula Castro y Orozco, don José María Tejada, don Manuel de Seijas Lozano, don Domingo Díaz, don Manuel García Gallardo, don Claudio Antón de Luzurriaga, don Manuel Urbina y Daoíz, don Javier de Quinto, don Florencio García Goyena, don Cirilo Alvarez, don Domingo Ruiz de la Vega, don Manuel Ortiz de Zúñiga y don Joaquín Escriche (2).

A ella se debe la elaboración del Código penal, que tras una serie de vicisitudes se promulgaría cinco años más tarde, en 1848.

La Comisión de Códigos, una vez instituida, estructuró, a los pocos meses de su creación, unas bases para la formación de un Código civil y otro penal, precedida de una exposición de motivos que fueron elevados al Gobierno para su aprobación, en fecha 21 de septiembre de 1843, Más que unas verdaderas bases se trata de unos principios generales que sirvan de orientación a la Comisión General de Códigos, y que se somete a la aprobación del Gobierno Provisional.

Don Manuel Seijas Lozano, que ingresó como vocal en la Comisión General de Códigos el 22 de agosto de 1843, y tomó posesión de su cargo el 28 de septiembre del mismo año, quedando adscrito a la Sección de Código Penal, fue asimismo nombrado vicepresidente de esta Comisión el 20 de junio de 1844 (3). Se le encomendó por la Comisión

(2) Archivo de la Comisión General de Códigos, Ministerio de Justicia. Documento núm. 4, sobre la creación de la Comisión de Códigos.

(3) Archivo de la Comisión General de Códigos. De la Organización de la Comisión General. Legajo núm. 1. Carpeta 4.ª. Ministerio de Justicia.

General la redacción completa del Código penal, labor que, como veremos más adelante, realiza exclusiva y personalmente. Inicia sus actividades sometiendo a la Comisión General de Códigos, para su estudio y aprobación, la propuesta que se concreta en las "Cuestiones" que a continuación transcribimos, y, que, a finales de septiembre de 1843 sirve de base a la Sección de Código Penal para llevar a cabo la tarea que se le había confiado. No es aventurado suponer que gran parte de su contenido es obra de este insigne jurista.

C U E S T I O N E S

que la Sección de Código Penal propuso á la Comisión General para su resolución y la que habra de servirla de regla para la formación del proyecto de aquel.

1.^a ¿Las diferentes especies de violaciones de las leyes penales se comprenderan en una sola denominacion, ó se dividiran en diversas clases atendida su gravedad para los distintos efectos que deben producirse?

2.^a Supuesto el principio de la division y clasificacion ¿se adoptará la de tres miembros señalada en el Código francés y acogida en los posteriores que la Europa se ha dado, ó convendria adoptar otra que esté basada en un principio mas regular y de aplicacion conocida?

3.^a Las penas adoptables podrian ser las de

Muerte;

Deportacion;

Trabajos forzados perpetua y temporalmente;

Relegacion;

Reclusion;

Confinamiento;

Estrañamiento;

Argolla;

Degradación civil;

Exposicion publica;

Privacion de oficio, funciones y condecoraciones;

Prision;

Servicio forzado de armas;

Domicilio señalado;

Destierro;

Suspension de oficio ó de funciones publicas;

Interdicion temporal de derechos politicos ó civiles;

Arresto cualificado;

Arresto simple;

Retractación solemne;

Retractacion privada;

Honrar á alguien publicamente;

Honrarle privadamente;
 Amonestación publica;
 Amonestacion privada;
 Prevencion;
 Caucion de conducta;
 Multa;
 Indemnizacion del daño causado;
 Perdida de los instrumentos ó efectos del delito;
 Reparacion de impensas del proceso;
 Y costas causadas?

4.^a ¿Quedará abolida la pena de infamia y la cualidad infamante de algunas de ellas?

5.^a ¿Se aplicará la pena de muerte á los crímenes políticos?

6.^a ¿Supuesta la aplicación de otra pena á los expresados crímenes se estenderan a otros casos que á a los siguientes:

- 1.^o Atentar por vias de hecho contra la persona del Rey.
- 2.^o Atentar con probabilidad de causar la muerte á el marido de la Reyna, heredero presuntivo de la Corona, Monarca extranjero amigo que reciba la hospitalidad en España ó contra el Rejente del Reyno.
- 3.^o La invasion de alguno de los cuerpos colegisladores para impedir su reunion ó el ejercicio de sus funciones mediando efusion de sangre causada por los culpables.
- 4.^o El crimen político que se realiza con omicidio voluntario?

7.^a ¿Se establecera la relacion de equivalencia entre las penas reconocidas p.^a la sustitución de las incommensurables y para los casos en que no puedan aplicarse ó ejecutarse las establecidas?

8.^a ¿Se reconoceran clases privilegiadas p.^a la sustitución de penas?

9.^a ¿Se comprenderan en el Codigo los delitos y penas correspondientes a los Secrios. del Despacho?

10.^a ¿Se comprenderan en el mismo las infracciones consistentes en abusos de libertad de imprenta?

11.^a ¿Se señalará en el Codigo para cada violacion una pena fija y circunscrita, ó se establecera un minimo y un maximo dentro de los que los Tribunales hagan la aplicacion discrecional segun las circunstancias del hecho y de los culpables?

12.^a Admitido el principio de la escala gradual ¿Debera adoptarse la relacion de uno á tres, es decir, que el maximo contenga tres tantos de la pena señalada al minimo?

13.^a Se admitira el principio de la prescripcion de las penas?

14.^a Se atribuirá algun efecto en la reduccion penal al asilo que tomen los culpables, ó se dejará determinacion al Codigo de procedimientos en el que por medios indirectos se facilite el uso discrecional de la prerrogativa Real á fin de no alentar á los culpables a la comision de crímenes?

15.^a La pena de multa se establecera por cantidades determinadas ó.

adoptando la base de los emolumentos, ó utilidades diarias de los penados para que sea proporcional?

16.^a Las responsabilidades pecuniarias de que deban responder los reos se harán efectivas compeliendoles con la posición en una escala proporcional?

17.^a Admitida esta coacción se reducirá á la indemnización de perjuicios causados por la violación y á las multas que se impongan?

18.^a Ultimamente siendo imposible que el Código penal se ponga en ejecución sin que de antemano se hallen creados los establecimientos penales, penitenciarios, de corrección y de seguridad correspondientes. ¿Será conveniente presentar al Gobierno un Catálogo de las penas aflictivas y corporales adoptadas por la Comisión con expresión de la índole y calidad proponiéndole el número de establecimientos que deban erijirse para cada una de las especies de penas y también el de Casas de seguridad para los procesados á fin de que disponga la creación de unos y otras y la formación de reglamentos analogos y conformes á la índole y oficio de cada una de las penas y de las Casas de seguridad?

Estas son las cuestiones que por ahora cree la Sección de Código penal que debe someter al examen y decisión de la Comisión general (4).

Madrid, 29 de Setiembre de 1843.

Manuel de Seijas

Lozano

Hasta marzo de 1844, y con las modificaciones que pueden apreciarse, no quedaron definitivamente configuradas y aprobadas las bases que deberían regir en la redacción del Código. No puede decirse que la Comisión General actuase con la diligencia y celo que la situación requería, ya que tardó más de cuatro meses en notificar su decisión, aunque parece —según indica Bravo Murillo— que las actividades de la Comisión General quedaron suspendidas por algún tiempo a causa de la detención que sufrió su presidente señor Cortina.

Bases del Código penal aprobadas por la Comisión general

1.^a ...Que las violaciones de las leyes penales se clasifiquen consultando su gravedad en crímenes, delitos y faltas subdividiéndose estas en graves y leves.

2.^a ...Que las penas que se establezcan en el Código sean las siguientes.

La Muerte.

Los trabajos forzados perpetuos fuera o dentro de la Península.

Los Trabajos forzados temporales fuera o dentro de la Península, cuya duración será de seis a diez y ocho años.

(4) Archivo de la Comisión General de Códigos, Ministerio de Justicia. Legajo núm. 5.

- Presenciar la ejecucion de la muerte en la Argolla.
 La reclusion de seis a diez y ocho años fuera o dentro de la Peninsula.
 La degradacion civil.
 La Relegacion, que será perpetua.
 El estrañamiento del Reyno, que será perpetuo.
 La Prision.
 El Confinamiento.
 El Destierro.
 La inhabilitacion para cargos publicos.
 La pribacion de Oficio, empleo, profesion, honores o condecoraciones.
 La suspension de los mismos gozes.
 La interdiccion de derechos políticos ó civiles.
 El Arresto de primero y segundo grado.
 La Amonestacion publica y privada.
 La Prevencion.
 La sugesion a la vigilancia de las Autoridades.
 La Caucion de Conducta.
 La Multa.
 La pérdida de Honorarios, derechos y emolumentos.
 La pérdida de instrumentos y efectos del delito.
 La indemnizacion del daño causado.
 El abono de gastos ocasionados por el juicio.
 El pago de Costas procesales.
- 3.^a ...No se establecerá en el Codigo la pena de infamia.
- 4.^a ...Tampoco se atribuirá esta cualidad a alguna de las penas que en el se reconozcan.
- 5.^a ...Se determinaran en el Codigo los Casos en que tenga lugar la sustitucion de las penas por las circunstancias personales de los procesados.
- 6.^a ...En el Codigo se señalará la relacion de equivalencia entre las penas conmensurables para los casos en que no puedan aplicarse o ejecutarse las establecidas.
- 7.^a ...No se escluirá absolutamente la pena de muerte en los crímenes políticos.
- 8.^a ...No se comprenderan en el Codigo los crímenes y delitos que puedan cometer los Ministros de la Corona en su calidad de tales, ni las penas a ellos correspondientes.
- 9.^a ...Tampoco se comprenderan los delitos consistentes en abusos de la libertad de imprenta.
- 10.^a ...Para cada violacion se designará una pena con su máximo y minimo dentro de los que los Tribunales haran la aplicacion discrecional segun las circunstancias del hecho y de los culpables.
- 11.^a... Se admitirá el principio de la prescripcion de las penas con las modificaciones, precauciones y requisitos que exijan las diferentes clases de infracciones y las circunstancias de los Culpables.
- 12.^a ...No se reconocerá lugar alguno de asilo para el efecto de reducir la pena que deba imponerse a los Culpables.

13.^a ...En la pena de multa no se tomaran por base las utilidades, emolumentos o rentas diarias de los procesados sino que se fijarán cantidades determinadas.

14.^a ...El reo penado a multa que se manifieste insolvente sufrirá en defecto de pago la prisión a cuyo fin se establecerá una escala proporcional.

15.^a ...Lo propio se realizará cuando se presente el reo insolvente para la satisfacción del daño causado.

16.^a ...Tambien sufrirá la prisión no satisfaciendo los gastos ocasionados por el juicio, el reo que a ellos fuera condenado.

17.^a ...No se estiende esta sustitucion a la responsabilidad por las Costas procesales (5).

Juan Bravo Murillo
Marzo de 1844

Llamamos la atención sobre este vocal de la Comisión General de Códigos, por estimar que fue el principal inspirador y verdadero autor material del Código penal de 1848, como ya anteriormente ha indicado el profesor Antón Oneca (6). Basamos esta afirmación en el hecho de que, en la primera sesión del día 2 de octubre de 1844, se comienza el acta de la misma con estas palabras: "El Sr. Seijas Lozano, como encargado de la redacción de este Código, tomó la palabra para manifestar los principios que le iban a servir de base para desarrollar la misma" (7).

III. JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, MIEMBRO DE LA COMISION GENERAL DE CODIGOS

El 29 de julio de 1843, Joaquín Francisco Pacheco es nombrado fiscal del Tribunal Supremo. Pero su salud se hallaba muy quebrantada, desde la grave enfermedad que sufrió en 1842, no permitiéndole realizar una labor continuada en este alto cargo de la Administración de Justicia. Por consejo facultativo, al mes siguiente aproximadamente de tomar posesión de su cargo en la fiscalía del Tribunal Supremo, se ve obligado a solicitar dos meses de licencia para tomar baños termales, y pasar a continuación algún tiempo reponiéndose en su ciudad natal. Pero no debió ser suficiente la licencia solicitada para la curación de la artritis reumática que padecía, cuando desde el mismo Ecija, el 21 de noviembre de 1843, suplica una prórroga de la licencia que venía disfrutando. Acompaña certificación médica,

(5) ...Archivo de la Comisión General de Códigos, Ministerio de Justicia. Legajo núm. 6.

(6) J. ANTÓN ONECA: *El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. Septiembre-octubre 1965, pág. 493.

(7) J. ANTÓN ONECA: *El Código Penal*, cit., pág. 483.

en la que los facultativos acreditan que no se encuentra curado y que necesita seguir recibiendo la influencia del clima de su ciudad natal.

De nuevo, el 26 de junio de 1844, la reina accede a la solicitud del fiscal del Supremo, don Joaquín Francisco Pacheco, concediéndole dos meses de licencia para tomar baños minerales, con el fin de restablecer su precaria salud, pero antes de finalizar este período de descanso dejará de ocupar su cargo de fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el siguiente real decreto:

“Siendo urgente dar unidad al Ministerio Fiscal en los términos prevenidos en mi Real Decreto de primero de mayo último; y conviniendo aprovechar en la Comisión de Códigos los conocimientos de don Joaquín Francisco Pacheco, Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, vengo en nombrar al individuo de la misma, relevándole del desempeño de su actual destino, sin perjuicio de que conserve el carácter y condición de éste. Dado en Barcelona a 2 de julio de 1844” (8).

Pacheco —en principio— renuncia a aceptar su nombramiento de vocal de la Comisión General de Códigos por considerar que le llega a título de compensación al haber sido extinguida la plaza de fiscal del Tribunal Supremo que hasta entonces había desempeñado, y estimando que tal resolución constituía un ataque tanto a su dignidad como a los derechos adquiridos al cargo en el que había cesado. En consecuencia, hace conocer su decisión al ministro de Gracia y Justicia a través del siguiente escrito:

“Excelentísimo señor.

Consiguiente al Decreto de S. M., fechado en Barcelona en 2 de este mes, he cesado en el desempeño de la Fiscalía del Tribunal Supremo de Justicia, para que fui nombrado el 29 de julio del año anterior.

En cuanto al nombramiento que por el mismo se me hace de individuo de la Comisión de Códigos, tengo el disgusto de no poderlo aceptar, por razones que no debieran ocultarse a la penetración de V. E.

El Decreto de 26 de abril que estableció en principio la unidad del Ministerio fiscal, indicó bien claramente la conducta que debía seguirse al llevar a efecto la reducción de sus antiguas plazas, conducta que consistía en concederlas a Ministros a los que debiera dejar de ser Fiscales, y cuya explicación y justificación están en las palabras de V. E., que anteceden al mismo Decreto, donde dice que ha de ser una de sus condiciones la de no lastimar derechos existentes. Sólo cuando hubiese algún inconveniente grave que lo impi-

(8) Archivo General del Ministerio de Justicia. Expte. personal número 9.600. Legajo 4.830.

diera, se podría prescindir de esta disposición, según se expresó en su artículo 2.º.

En virtud de tal precepto, recordado por el decreto de 1.º de mayo, y no derogado en ninguna disposición posterior, considero un deber mío, por decoro del puesto que he ocupado y por mi propia delicadeza, el no aceptar la comisión conque vuestra excelencia ha propuesto a S. M.: se digne agraciarme. Claro será para todo el mundo, como lo es para mí, que ha habido algún grave inconveniente que impidiera en mi caso la aplicación de la regla general, y bajo ese supuesto no me es posible ingresar en la Comisión de Códigos, por más que experimente un profundo sentimiento de no concurrir con mis cortas luces a donde ha creído S. M. que podrían ser oportunas.

Sírvase V. E. ponerlo en su noticia, con la seguridad más sincera de mi indubitable y nunca desmentida lealtad.

Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid 15 de julio de 1844.—Excmo. Señor. Joaquín Francisco Pacheco.—E. S. Ministro de Gracia y Justicia” (9).

El titular del Departamento de Justicia contesta a la renuncia de Pacheco, ofreciéndole una explicación clara y concisa del espíritu de legalidad que le ha guiado al adoptar la resolución anteriormente citada, expresándose literalmente en los siguientes términos:

“A don Joaquín Franco. Pacheco.—Ilmo. Sr. Madrid 19 de julio de 1844.

Cuando S. M. la Reyna N. Sra. espidió su R. decreto de 26 de abril último, tuvo por principal objeto establecer la unidad indispensable en el Ministerio Fiscal, tanto tiempo hace reclamada por los buenos principios de legislación. El gobierno sin embargo aconsejó a S. M. como una condición justa y convenientes la de no lastimar con esta urgente reforma los derechos adquiridos por Magistrados beneméritos; y así lo decretó Su M. al prevenir que los fiscales excedentes pasasen a plazas de Ministro, cuando algún grave inconveniente no lo estorbare. Necesario parecía que la reforma comenzara por el tribunal del reino; mas como no viese oportunidad para dar colocación a uno de los dos fiscales, por lo que debía quedar excedentes, fuese dilatando la aplicación de Real Decreto, por ser consecuente el Gobierno con lo que había propuesto a S. M.; y S. M. adoptando en dicha Real disposición, transcurrieron más de dos meses, sin que se presentase ocasión de dar cabida entre los Magistrados del Tribunal

(9) Archivo General del Ministerio de Justicia. Expediente personal del que fue fiscal del Tribunal Supremo, J. Francisco Pacheco. Documento núm. 4.

a uno de los fiscales, y urgiendo por momentos la reducción de las fiscalías, indispensable era ya, no suspender por más tiempo la reforma, aunque fuese precisa para realizarla, la salida de uno de aquéllos. Grave inconveniente era éste y previsto ya en el Decreto; pero inconveniente que no podían lastimar la delicadeza de los dos dignos Fiscales del Tribunal Supremo; y atendiendo a S. M. por una parte, a que Don Pedro Jiménez Navarro, debía quedar ejerciendo su ministerio como Magistrado mucho más antiguo en la carrera, de la toga, y por otra a que la Comisión de Códigos, cuyos trabajos tanto urgen, se hacían tan necesarios los especiales conocimiento de V. S. I., se dignó nombrarle individuo de ella, conservando V. S. I. no obstante, su consideración y carácter de Fiscal; y prometiéndose S. M. darle oportunamente colocación análoga a su alta categoría. Por estos antecedentes, conocerá V. S. I. que ni el más pequeño motivo ha mediado que pueda ofender su delicadeza, ni rebajar el justo aprecio con que S. M. le distingue; y en este supuesto, enterada de la comunicación de V. S. I. del 19 del actual, no ha tenido por conveniente admitir la dimisión que hace del cargo, para que fue nombrado en el real decreto del 2 último; y S. M. espera que V. S. I. con el celo, patriotismo e ilustración que le distinguen, dará impulso a la grande obra emprendida de la formación de nuestros Códigos, que la nación espera con ansia y S. M. se promete ver pronto terminada. De Su R. Orden la digo a V. S. I. para su conocimiento y satisfacción. Dios guarde" (10).

Pacheco, ante tan considerada réplica, no puede menos de inclinarse ante el real criterio, y accede a ingresar en la Comisión General de Códigos:

"Comisión de Códigos.

En junta general celebrada en el día de ayer, se ha acordado que el Excmo. Sr. Don Joaquín Francisco Pacheco, que de agregado a las sesiones reunidas de procedimientos. Lo que participo a V. S. para los efectos convenientes.

Dios guarde a V. S. muchos años.

Madrid 3 de octubre de 1844.

Firmado, José María Sánchez y Puig" (11).

(10) Archivo General del Ministerio de Justicia. Expediente personal del que fue fiscal del Supremo, Joaquín Francisco Pacheco. Documento núm. 4.

(11) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Nombramiento de Joaquín Francisco Pacheco, vocal de la Comisión. Legajo núm. 2. Carpeta 4.^a.

Podemos observar cómo Pacheco —a través de este trámite administrativo— queda inicialmente vinculado a la Sección de procedimiento. Sin embargo, es un hecho probado que desde su ingreso en la Comisión General de Códigos, inició sus actividades en la Sección encargada de elaborar el Código penal, ya que el 2 de octubre de 1844 —fecha en que la Comisión le notifica su acuerdo— coincide con la primera sesión celebrada para la discusión del proyecto del citado Cuerpo Legal, según consta en el acta correspondiente, donde dice que asistieron los siguientes señores: señor presidente, señor Seijas Lozano; vocales, señor Vila, señor C. A. de Luzurriega, señor Ruiz de la Vega, señor Pérez Hernández, señor Pacheco, señor Vizmanos, señor Ortiz de Zúñiga y señor Alvarez, los cuales constituyeron en principio esta Sección, aunque con posterioridad se aumentara en número y hubiese determinadas sustituciones.

Seijas Lozano —consciente de la trascendental misión que se le había encomendado— nos ofrece una magnífica exposición del Libro 1.º del Código penal, que es del máximo interés, así como la totalidad de su anteproyecto, que si bien no se realizó ajustándose con todo rigor a las diecisiete bases establecidas previamente para su desarrollo, no quiere esto decir que en la obra de Seijas Lozano se deje de apreciar orden, profundidad y una excelente técnica jurídica, claro exponente de la fecunda mentalidad de este gran jurista, que vierte sus ideas con admirable sencillez y claridad.

Por el valor de dicho documento merecería que se le citara íntegramente —pero ello nos desvía de nuestro objetivo —sólo consignaremos algunas manifestaciones hechas por su autor que corroboran nuestro criterio de quien fue el verdadero realizador del Código penal de 1848. En la sesión inaugural Seijas Lozano declara que, “cuando por la combinación de circunstancias que la Comisión sabe, quedó sólo a mi cargo la redacción del Código penal” (12). Más adelante —al exponer por qué ha seguido ciertos principios generales, que se apartan de las orientaciones contenidas en las diferentes leyes penales que ha consultado— advierte que, “esto demuestra además las diferencias existentes entre el Código penal que ha tenido el honor de presentar al examen y aprobación de la Comisión, y los métodos adoptados por el Código francés y en otros más recientes publicados” (13).

En este mismo sentido, el profesor Antón Oneca, considera acertada la designación hecha por don Manuel Cortina, para que Seijas Lozano se hiciera cargo de la redacción del Código penal, y transcribe las manifestaciones que éste hace en torno a la labor que se le había encomendado: “Yo tuve, dijo Seijas, la desgracia por error del señor Cortina, de que se me hubiese encargado de la redacción del

(12) Archivo General de la Comisión de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código Penal. Acta Sesión 2 de octubre de 1844.

(13) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Acta Sesión 2 de octubre de 1843.

Código penal. No porque el tal, como se presenta, sea obra mía, pero al recibir el encargo hice lo que hubiera hecho cualquier otra persona a quien se hubiera encomendado. Lo primero que hice es estudiar "ad hoc" la Legislación Penal de todos los países europeos y de otros pueblos en que también se ha adelantado" (14).

Antón Oneca aporta en favor de esta tesis la afirmación hecha por Arrazola (15), "de que Seijas y Bravo Murillo son los coautores del Código". En análogo sentido, Laserna: "Quién sabe si dentro de veinte generaciones subsistirá la obra del Sr. Seijas" (16).

Sin embargo, hubo un momento en que se ofreció a Pacheco una oportunidad de participar de forma directa en la redacción del Código, en íntima colaboración con Seijas Lozano, según se desprende de la siguiente propuesta hecha por el presidente de la Comisión General de Códigos al ministro de Gracia y Justicia:

"Comisión de Códigos.—Al Sor. Ministro de Gracia y Justicia en 3 de Diciembre de 1844.—Deseosa esta Comisión de llevar a cabo la obra que le está encomendada con toda la prontitud posible, continuando sus tareas sin interrupción; ha deliberado sobre los modos de conseguirla y acordado proponer a V. S. lo que estima conveniente para que se sirva V. S. adoptarlo, si mereciesen su aprobación.

Redactado y discutido ya en la Comisión General, como consta V. E., el Primer Libro del Código Penal, se haya encargado de redactar los demás de ese Código, al Vocal Don J. Francisco Pacheco, en unión de Don Manuel de Seijas Lozano, únicos individuos de esta sesión los cuales si bien están dispuestos a dedicar al desempeño de su cargo todo el tiempo que les permite disponer al segundo el ejercicio de la Abogacía y a los dos el cargo de Diputado a Cortes, lo evacuarán más pronto si se le agrega algún otro individuo que pueda auxiliarles.

Conveniente será también el auxilio de alguna otra persona para adelantar los trabajos de la sesión de procedimientos, algún tanto retrasada por la enfermedad de uno de sus individuos y graves atenciones de otros que se hallan en las mismas circunstancias que los Sres. Seijas y Pacheco.

La Comisión sin embargo, no se atrevería a proponer el nombramiento de nuevos Vocales, si por ello, hubiesen de aumentarse los gastos del Tesoro; pero noticia de que aspiran a la honra de tomar parte en sus trabajos el Magistrado cesante y Secretario que lo ha sido de otra Comisión anterior de Códigos, Don José María Claros, y el Fiscal de la Audiencia de Granada, Don José María Castro y Orozco, prestán-

(14) J. ANTÓN ONECA: *El Código penal*, cit., pág. 482.

(15) J. ANTÓN ONECA: *El Código penal*, cit., pág. 483.

(16) J. ANTÓN ONECA: *El Código penal*, cit., pág. 483.

dose a ello sin sueldo alguno, y el segundo sólo con el de su plaza de fiscal, persona de conocida ilustración, y cuyo auxilio no duda la Comisión le será provechoso; se ha decidido proponer a V. E., como yo lo hago de acuerdo de la misma a las dos personas referidas, para que si V. E. lo tiene a bien, se sirva nombrarla en el concepto indicado. Dios G." (17).

Con toda claridad se aprecia que esta moción ofrece un doble aspecto: de una parte, la intervención de Pacheco, condicionada al tiempo que éste puede dedicarle por sus actividades como diputado, mientras que, de otra, se hace el ofrecimiento, —con plena dedicación y a título prácticamente gratuito— de don José María Clarós y don José María Castro y Orozco. De inmediato se aceptó la segunda propuesta y se optó por la inclusión de estos dos nuevos miembros a la Comisión, el primero el 6 de diciembre de 1844, y meses después el segundo.

De nuevo se le ofrece a Pacheco la posibilidad de llevar a cabo una aportación personal en la función codificadora, según se desprende del siguiente oficio:

"Excmo. Sr.

Comisión de
Códigos.

14 de Febrero
Publíquese

Se sacó la copia
para publicarla

Vino a la Sección
en 28 de marzo
sin las actas

En cumplimiento de la Real Orden comunicada a esta Comisión en 27 de octubre último, remito a V. E. copia de las actas de las sesiones celebradas en la discusión del *Primer Libro del Código Penal*, y las seis primeras discusiones extendidas según las notas taquigráficas, por el Vocal Don Tomás M.^a Virmanos; y lo haré sucesivamente de las demás, según mis deseos de corresponder á la protección que V. E. dispensa á esta Comisión.

Paso á mano de V. E. también del primer libro del Código Penal discutido y aprobado por la Comisión general, tal como resulta de sus acuerdos, como V. E. podrá ver en las actas. Al discutirse las diversas cuestiones que abraza no podía quedar acabada su redacción, y espero que ésta se perfeccionará por el señor Vocal Don Joaquín Francisco Pacheco, á cuyas luces ha confiado la Comisión este último trabajo.

Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 12 de febrero de 1845 (18).

Juan Bravo
Murillo

Excmo. Sr. Ministro de Estado, y del Despacho de Gracia y Justicia."

(17) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Legajo núm. 18. Carpeta 6.^a. Documento 21.

(18) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Legajo núm. 4. Documento 221.

Este documento nos invita a pensar, e incluso nos lleva a concebir la esperanza, de que Pacheco hubiese prestado una contribución específica, aunque de escaso valor intelectual, a la elaboración del Código penal, pero no existe prueba documental alguna que acredite que cumpliera la misión que se le había asignado. Por el contrario, pronto se desvanece esta idea al comprobar las ulteriores actuaciones de la Comisión. Del contenido del Acta núm. 116, correspondiente a la sesión del 16 de septiembre de 1845, se desprende que ni el Libro 1.º ni los restantes del Código se habían aún redactado definitivamente, ya que según manifiesta el presidente de la Comisión General. “Hubiese deseado que el señor Castro hubiera tenido tiempo y se hubiese encargado de la redacción para que ésta fuese informada. Pero si bien no ha podido hacerlo ahora se manifiesta dispuesto a hacerlo...” (19).

De otra parte, parece una incongruencia que, si Pacheco hubiese perfeccionado la redacción del Libro 1.º del Código, al iniciarse la revisión general de la obra interviniese en diversas ocasiones para retocar su estilo gramatical y sustituir términos técnicos comprendidos en el Libro 1.º.

Este oficio de remisión está concebido por Bravo Murillo, con el hábil propósito de proporcionar un mínimo de satisfacción a la justificada impaciencia del Gobierno ante la demora con que se venían realizando los trabajos de la Sección del Código penal.

Por otra parte, es fácil comprender que Pacheco no descuidaría sus compromisos políticos en tan decisivos momentos y que concentrara su atención más en las crisis que se presagiaban con motivo de la nueva Constitución de 1845, que en la labor codificadora. En esta fecha, Pacheco se erige en figura de especial relieve, ya que en torno a él se agrupa una nueva facción política: los puritanos o conservadores de la oposición, que surgen del mismo seno del partido moderado.

Tras haber sometido a discusión el Libro 1.º del Código, presentado por el señor Seijas a la sección encargada de su elaboración, y tras haber suspendido las sesiones durante algún tiempo, llegamos a la fecha de 1 de septiembre de 1845, en el que se reanudan los debates en el seno de la Comisión General de Códigos.

En el acta correspondiente a la fecha anteriormente citada, el presidente expone:

“Debo hacer presente a la Comisión el estado en que se hallan los asuntos que quedaron pendientes al suspenderse las conferencias. El Sr. Clarós estaba encargado del libro relativo a las faltas; sabida es la desgracia que le ha ocurrido, por lo cual no ha podido cumplir con su encargo. En vista de esto, tomó a su cargo el Sr. Seijas el trabajo, y lo

(19) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código Penal. Acta de la Sesión del 16 de septiembre de 1845. Legajo núm. 9.

tiene redactado y en disposición de que pueda sacarse copia. El Sr. Luzurriaga ha hecho también otro trabajo respecto al libro de faltas, como igualmente el de la revisión de algunas cosas de la totalidad del Código. El Sr. Castro llegará de un día a otro, y tiene preparados los trabajos que se le encomendaron respecto a la revisión general del Código, mañana estará al corriente parte del Libro de faltas y podremos luego disponer de dar principio por la revisión del Libro 1.º o por las faltas. Encargué al Sr. Puig examinase las referencias del Libro 1.º y 2.º, y la revisión de otros artículos anteriores, y lo ha hecho en la parte posible. No tengo más que decir sobre el particular..." (20).

En la sesión del día 9 de septiembre de 1845, Seijas manifiesta que, por la enfermedad de Clarós, recibió el encargo del presidente de redactar y continuar la obra de aquél —el Libro 4.º, sobre las faltas—, y que habiéndose acordado anteriormente la división de los delitos en públicos y privados, que él seguirá este mismo orden con el estudio de las faltas.

Seguiremos reproduciendo solamente aquellas actas que tanto por su significación merezcan ser citadas, como porque de ellas se desprende al mismo tiempo la ausencia de Pacheco en las actuaciones más relevantes llevadas a cabo por la Comisión encargada de la redacción del Código penal.

Así, en la sesión celebrada el día 16 de septiembre de 1845, el presidente dice:

"Aquí nos hemos reunido esta noche pasada los que estábamos en Madrid, y hemos discutido el Libro de Faltas, de cuya redacción se ha hecho cargo el Sr. Seijas, por enfermedad del Sr. Clarós. Esto ha tenido lugar sin perjuicio de la revisión a que luego deba someterse... El Sr. Castro fue especialmente encargado de hacer las observaciones que se le ocurriera en el examen de los Libros del Código... Yo hubiese deseado también que el Sr. Castro hubiera tenido tiempo para ello, y que se hubiese encargado de la redacción para que ésta fuese informada. Pero si bien no ha podido hacerlo hasta ahora, se manifiesta dispuesto a hacerlo desde luego, si se le presta alguna ayuda. Esto no es obra de la Comisión General, porque entonces entraríamos en otra discusión del Código tan larga y prolija como la que ha pasado... Por tanto, es menester nombrar una sección especial que tomará parte con el Sr. Castro. El Sr. Seijas, persona muy interesante en esta Sección, porque de él es el *Libro 1.º, al*

(20) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código Penal. Acta de la Sesión de 1.º de septiembre de 1845. Legajo núm. 9.

cual deben arreglarse los demás y ha redactado también el Libro de las Faltas.

Además de estos Srs. que son natos en este trabajo, me tomo la libertad de indicar al Sr. Luzurriaga y al Sr. García Goyena, para que ayuden al Sr. Seijas... pues estamos en el caso de remitirlo al Gobierno cuanto antes, ya que porque lo desea y ya porque la Comisión lo tiene casi concluido..." (21).

Quedó constituida una sección especial para redactar definitivamente el Código penal y corregir y unificar su estilo, compuesta por: Juan Bravo Murillo, Manuel Seijas Lozano, Claudio Antón de Lúzurriaga, Florencio García Goyena, José Castro y Orozco y, como secretario, José María Sánchez Puig (22).

Una vez más, vemos cómo la Comisión desarrolla su trabajo creando comisiones especiales, realizando nombramientos a personas determinadas para la elaboración de materias concretas, y reajustando el personal de la Comisión a efectos de conseguir una mayor coordinación en el esfuerzo común. Pero sin contar en ningún momento con Pacheco, cuya ausencia se hace notar cada vez más patente.

De nuevo, en el acta correspondiente a la sesión del día 6 de diciembre de 1845, el presidente comunica a los reunidos:

Que la sección especial encargada de la revisión del Código lo está haciendo, tras haberse agregado a la misma el señor Gallardo, y que dicho trabajo se encuentra tocando ya a su fin.

"La Comisión ha trabajado este tiempo incensablemente, se ha reunido todos los días hasta los de fiesta muchos de ellos. Concluido este trabajo es necesario presentarlo a la Comisión General, pero es menester hacerlo de modo que se consigan dos objetivos: 1.º que ningún individuo de la Comisión se ligue por lo que ha hecho, pues cada uno es dueño o bien de adoptarlo o de manifestar que conste su voto contrario; 2.º, que no demos lugar a nuevas discusiones, sobre cosas de las cuales nos hemos ocupado un año entero, mucho menos cuando estamos en vísperas de la apertura de Cortes, y comprometido el Gobierno en presentar el Código Penal, y nosotros a que se lleve a efecto. En esta situación creo que el sistema o plan que debe seguirse es éste: Se leerá en las sesiones sucesivas el Código Penal, según está redactado... Pero no se puede dar lugar a discusión, se leerá artículo por artículo y si algún individuo de la Comisión, tiene por con-

(21) Archivo General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código Penal. Acta de la Sesión del 16 de septiembre de 1845. Legajo núm. 9.

(22) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Nombramiento y dimisiones de vocales de la Comisión. Legajo número 1.

veniente hacer alguna enmienda, lo dice y se pone a votación y ésta en general acordará lo que estime oportuno... Se acordará una cosa por la Comisión, que si quiere algún individuo que conste su voto en contrario, constará y en el Ministerio se sabrá su opinión... La Comisión dirá si está de acuerdo" (23).

Por el contenido de esta acta se observa la apremiante situación en que se encuentra la Comisión, ante la necesidad de presentar su obra antes de que finalizase el período legislativo de 1845, posiblemente para satisfacer al Gobierno, que venía mostrando su desagrado por el retraso con que la Comisión llevaba los trabajos que se le habían encomendado.

Aunque González Miranda indica que la Comisión General de Códigos "llegó casi a terminar la redacción de un Código penal" (24), debemos estimar que esta información es totalmente inexacta, ya que el 24 de diciembre de 1845 el presidente de la Comisión, Bravo Murillo, remite el siguiente oficio al Ministerio de Gracia y Justicia:

"Remito a V. E. el proyecto de Código Penal que ha formado y ha aprobado definitivamente esta Comisión; la cual se ocupará seguidamente y sin levantará mano, en discutir el Proyecto del Código de Procedimiento, y de los libros del Civil, que no se hayan aprobado. Dando principio, desde luego, a la parte relativa a la organización y atribuciones de los Tribunales.

Dios guarde a V. E. muchos años. Madrid 24 de diciembre de 1845" (25).

Pero aún así, el Gobierno decidió disolver esta Comisión General de Códigos, lo que hizo a través del Decreto de 31 de julio de 1846, que contiene un breve preámbulo exponiendo los motivos por los que se adoptaba tal resolución:

"La organización que se dio a esta Comisión, dice el breve preámbulo del Decreto, hubo sin duda que ser defectuosa, cuando en cerca de tres años, no ha podido aún presentar al Gobierno más que una parte de los proyectos que se le confiaron, a pesar de la asidua constancia con que sus individuos han trabajado por espacio de tanto tiempo. Indagando las causas que hayan influido en esta lentitud, de presumir que

(23) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código Penal. Acta de la Sesión núm. 119 de 6 de diciembre de 1845. Legajo núm. 9.

(24) GONZÁLEZ MIRANDA: *Historia de la Codificación penal española y ligera crítica del Código vigente*. Madrid 1907, pág. 18.

(25) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Legajo núm. 4. Carpeta 39. Documento 277.

no sea otra que el número excesivo de sus Vocales y el Régimen interior de sus sesiones, porque en trabajos científicos de tanta extensión, la concurrencia muy numerosa de pareceres encontrados ofusca y prolonga sin término la discusión, y priva a la obra de aquel concierto, sencillez y unidad, que debe distinguirla" (26).

No censuramos la conducta de algunos, que comenzaron por no aceptar la dotación que, como recompensa a sus trabajos, se les había señalado en agradecimiento a la buena intención con que lo hicieron, pero la verdad es que causaron un mal al país, porque naturalmente tenían que atender a otros cargos, los que correspondían a la magistratura, o alguna carrera del Estado, y a sus estudios de abogados (27).

Como consecuencia del Decreto de 31 de julio de 1846, el ministro de Gracia y Justicia, Joaquín Díaz Canejas, persona de gran energía y resolución, creó, el 11 de septiembre inmediato, otra Comisión. Esta quedó compuesta por Juan Bravo Murillo como presidente, Florencio García Goyena, Claudio Antón de Luzurriaga, Pedro Jiménez Navarro, Manuel Seijas Lozano y Manuel Pérez Hernández como vocales, declarándose que no percibirían sueldo alguno y que los méritos que con su intervención alcanzarían les serían oportunamente recompensados.

En esta nueva Comisión, como puede apreciarse, *no se incluye a Pacheco*, no obstante la fama de especialista en Derecho penal que había adquirido a través de sus *Lecciones* pronunciadas en el Ateneo. Ni aun creemos que se pensara contar con su colaboración, ya que en esta época Pacheco debía encontrarse abstraído completamente en la política con motivo de una serie de acontecimientos que, en menos de un año, le llevarían a alcanzar la Presidencia del Gobierno.

Esta segunda Comisión, aunque sufrió algunas sustituciones, al ser Bravo Murillo y Seijas nombrados ministros de Justicia y de Gobernación, respectivamente, fue, sin embargo, la que presentó definitivamente el proyecto de Código al Senado, el 13 de febrero de 1847, y tras su aprobación por este órgano se le dio traslado al Congreso, el 16 de febrero de 1848, donde se discutió su contenido con gran rapidez, ya que sólo se le dedicaron las sesiones del 10 al 16 de marzo del mismo año, lo cual no deja de llamar la atención dada la gran importancia que tenía al que deberemos llamar nuestro primer Código penal.

Se ha venido manifestando por cuantos se han ocupado del Código penal de 1848, la íntima conexión de este cuerpo de leyes penales con la figura de Joaquín Francisco Pacheco, otorgándole el patrocinio del mismo, hasta el punto de convertirse esta afirmación en

(26) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Legajo núm. 1. Documento núm. 24.

(27) J. MARÍA ANTEQUERA: *La Codificación*. Cit., pág. 61.

un tópico que, generación tras generación, lo ha venido aceptando sin crítica ni duda alguna.

Pacheco dice que en la Comisión hubo un debate digno de ella, “como se comprenderá echando la vista sobre los nombres de los componentes”. Pero es una desgracia, añade, que semejantes discusiones no se hayan recogido, o se hayan recogido mal; culpables fueron los taquígrafos, que las tomaron sin escrupulosidad, y los miembros de la Comisión, que no corrigieron sus opiniones (28). Pacheco culpa tanto a los taquígrafos, de una parte, como a sus propios compañeros, de otra, el que tan valiosos documentos no estuvieran en las debidas condiciones de dar testimonio de lo ocurrido en los debates de las diferentes sesiones en que se discutió el proyecto de Código penal.

La realidad es muy diferente, ya que las actas, como ejemplares únicos, transcritos por amanuenses expertos, *existen* y se encuentran en el Ministerio de Justicia —en su Archivo—, recogidas en la sección dedicada a la Comisión General de Códigos, las cuales, si bien faltan algunas y su estado de conservación no es todo lo bueno que fuera de desear, nos ha permitido apreciar con perfecta claridad su contenido, *en base al cual se puede concluir afirmando la escasísima participación que don Joaquín Francisco Pacheco tuvo en los debates del Anteproyecto del Código Penal de 1848.*

El número de actas que hemos podido consultar asciende a las correspondientes a más de ciento veinticuatro sesiones. La primera fechada el 2 de octubre de 1844, en ella Seijas da cuenta a la Comisión de sus trabajos, y presenta para su discusión el Libro 1.º del anteproyecto que se le había encomendado redactar, precedido de un preámbulo expositivo en el que señala las directrices generales que ha seguido en su elaboración.

Parece de interés —por la calidad de sus argumentos— dejar constancia de algunos de sus pasajes, que una vez más ponen de relieve la gran capacidad intelectual de su autor. Declara que para desarrollar su labor ha consultado la mayoría de los textos punitivos de Europa: “La observación detenida de esos Códigos —escribe Seijas Lozano— me hacían vez que el pensamiento que en ellos dominaba era el de la sencillez, esto era lo apetecible y por lo mismo creía que debía de estudiar más profundamente esos modelos que tanto habían llenado mis esperanzas” (29). Y añade, “que la primera y principal ventaja de los Códigos articulados es la unidad de redacción, porque esa estructura lógica hace que resalte más cualquier pensamiento o disposición que se aparte del pensamiento común que debe revelarse

(28) J. ANTÓN ONECA: *El Código Penal de 1848 y D. J. Francisco Pacheco*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, septiembre-octubre 1865, pág. 482.

(29) Archivo de la Comisión General de Códigos, Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal, Acta Sesión del 2 de octubre de 1844, folio 2.º.

en todas las disposiciones del Código: y éstas al mismo tiempo van a enlazarse de manera que la claridad es su patrimonio” (30).

Sigue un orden racional en el análisis de las materias referentes a la parte general de su obra: “Yo he creído que en el Libro 1.º debíamos tratar de las infracciones, de los infractores y de las penas... Así podemos establecer los principios que deben regir en el Código respecto a estos objetos capitales, para que teniéndolos presentes en las disposiciones de aplicación, pueda fácilmente y a un golpe de vista, conocerse cuál es el lugar que debe ocupar cada hecho, cada persona y la pena correspondiente a ese hecho” (31).

Orientado doctrinalmente hacia un claro correccionalismo, definiendo la prevención general a través de la expiación y la retribución como principales fines de la pena, sin dejar de prever aunque con carácter poco definido— la posibilidad de aplicación de medidas de seguridad, admite el beneficio de un prudente arbitrio judicial que mitigaría la aplicación de la pena capital y en tal sentido dice: “Yo creo que la sociedad no se satisface con una venganza mal concebida y peor ejecutada. A la sociedad se satisface cuando la pena que por el crimen se impone no es de tal naturaleza que haga alejar toda esperanza de enmienda en el que la cometeo. Si sometiendo á este individuo, á ciertas reglas y a determinadas precauciones consigue esa misma sociedad hacer de un miembro corrompido, uno que pueda serle beneficioso y útil, queda completamente satisfecha, sin que para ello deba repararse en los medios de represión mas ó menos fuertes que se emplean, porque toda persona que delinque se somete á esta condicion”. Y continúa: “De aquí que cuando se trató de señalar las penas que debían imponerse a los culpables, yo presente a la Comisión General una inmensa escala, es decir se dio toda la latitud posible para que pudiera administrarse cumplida justicia, porque cuanto mayor es la escala en que pueden obrar los Tribunales, tanto mayor es la seguridad de que sean justas las aplicaciones de la ley. De este modo también se consigue economizar la pena de muerte, facilitando el recurrir a otras penas que no pueden dejar de producir en el individuo criminal una reforma de carácter, en sus costumbres y en su vida, reforma de la que la sociedad debe sacar inmensas ventajas. Un sistema así no puede menos de adoptarse porque es filantrópico por naturaleza, y el mejor que puede servir de base a una legislación penal... pero no he podido omitirlo del todo porque allí es donde se han desenvuelto las bases adoptadas por la Comisión General” (32).

(30) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Acta Sesión del 2 de octubre de 1844, folio 1.º.

(31) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Acta Sesión del 2 de octubre de 1844, folio 2.º.

(32) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Acta Sesión del 2 de octubre de 1844, folio 6.º.

“También me pareció —escribe Seijas— que debía completarse este sistema de una manera no muy usada hoy en los Códigos españoles, ni en los de otras naciones, pero he creído que siendo el Código de cuya formación tratamos el último debíamos de dar algún paso en la senda de la civilización” (33).

En tal sentido y basándose en el sistema de la convención o del pacto social —en abierta oposición con la doctrina mantenida por Pacheco en sus *Lecciones*— concibe su autor la necesidad de que el ordenamiento penal reconozca y tutele a la víctima del delito a través del sistema de resarcimiento e indemnización de los daños causados, sistema hasta entonces ignorado en nuestra legislación punitiva, lo que constituye sin duda alguna —por la vigencia que tiene en la dogmática actual— una de las más brillantes y originales aportaciones de este gran jurisconsulto, que expone: “Que España precisamente es donde puede producir más efecto esta doctrina, porque en España jamás se ha considerado al individuo perjudicado; nuestra legislación jamás ha tratado de perjuicios, ni de conceder indemnizaciones. Siempre se ha tenido en cuenta esa vindicta pública mal entendida, la ley se ha satisfecho con la pena corporal pero jamás ha tratado de que se indemnice al ofendido con los bienes del ofensor. Había necesidad de cambiar de principios de legislación en este punto, pero al hacerlo me pareció que no bastaba consignar el hecho, sino que era preciso considerar que la clase de delincuentes por lo general es entre nosotros la menos acomodada y la que constituye lo que verdaderamente se llama gente perdida. Rara vez, señores, los hombres de cierta educación y fortuna cometen delitos, esto está reservado para las clases poco inteligentes, poco industriosas, y por lo tanto poco morales... Las leyes penales deben procurar principalmente la indemnización de los perjuicios causados. Fundado este principio he puesto un título adicional en el cual se trata de la indemnización en los casos en que los delincuentes no tienen medios para realizarla —Reconoce Seijas las grandes dificultades que entraña este sistema, entre otras causas la pobreza de nuestro país, pero insiste y dice: “Consigamos el principio, hagamos ver al Gobierno la necesidad en que está de procurar su realización y estableciendo por nuestra parte aquello que creamos compatible con nuestro Estado y con nuestras circunstancias, creo que habremos despertado en el país una necesidad, habremos hecho sentir la obligación que tiene este conjunto social de indemnizar al que tubo la desgracia de ser víctima de un crimen. Así seremos más interesados que en el día lo somos en defender al ciudadano particular de otro ataque que por aislado que sea siempre perjudica a la sociedad y la pone en alarma. Yo creo que solo por este medio podrá darse complemento a la ley penal” (34).

(33) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Acta Sesión del 2 de octubre de 1844, folio 6.º.

(34) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Jus-

Como puede apreciarse, no cae el autor —que así expone— en el delirio jurídico de creer que tal principio pueda llevarse a efecto de forma inmediata, su propósito es conseguir que se reconozca por el Gobierno y que penetre en la conciencia social.

Este avanzado principio, insólito para su época, de un contenido ideológico que desborda el pensamiento jurídico de su tiempo, precogniza la función de garantía y protección del Derecho penal sobre los bienes jurídicos de la víctima del delito, sistema basado en la solidaridad colectiva y en un sentido social de la justicia penal, principio que más tarde constituiría uno de los postulados de la escuela positivista, en su firme defensa de los intereses de la víctima y que establece la obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por el delito. Mas es evidente que la doctrina de Seijas Lozano no ha penetrado con absoluta integridad en el espíritu del legislador, aún así, debe considerarse como el precedente inmediato en nuestra legislación penal positiva de la denominada “responsabilidad civil por delito”. Más próximo a nuestros días cabe señalar la Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor, que establece la obligación del Estado a indemnizar en su actividad de cobertura del seguro obligatorio, a través del Fondo Nacional de Garantía, pero limitada a las infracciones cometidas con vehículo de motor y sólo cuando se produzcan resultados de muerte o lesiones, sin alcanzar a los daños patrimoniales, ambas normativas constituyen sólo una parcial, desafortunada e imperfecta expresión del sistema propuesto por Seijas Lozano.

Las sesiones se llevaron a cabo con regularidad durante el mes de octubre y parte de noviembre de 1844, suspendiéndose en abril de 1845 —salvo algunas aisladas y poco concurridas que tuvieron lugar en marzo—, lo que hace suponer que en este intervalo la redacción de los libros segundo y tercero del anteproyecto del Código. Las jornadas de trabajo se reanudaron el 16 de abril de 1845, continuando con total normalidad hasta dar fin a la obra, con un período de descanso durante el verano del citado año.

Las intervenciones de Pacheco en la discusión del anteproyecto de Código penal son escasísimas, su voz se dejó sentir en tan contadas ocasiones, que bien puede decirse que: *Pacheco oyó algunos debates sin participar prácticamente en ellos.*

Como punto de partida a su exigua aportación a lo largo de la labor codificadora, citaremos su primera intervención —que tuvo lugar en la sesión inaugural celebrada el 2 de octubre de 1844— que merece consignarse más por su valor cronológico que por los argumentos aducidos por Pacheco, que en definitiva su actuación se reduce a dirimir entre dos propuestas ampliamente discutidas, referentes a la estructura general del Código: una presentada por Seijas

— ticia. Discusión del Código penal. Legajo núm. 18. Sesión del día 2 de octubre de 1844. Folio 8.º.

Lozano, atentamente elaborada y con un claro sistema a seguir para su desarrollo, fruto del interés y entusiasmo que su autor había puesto en ella y que constituye un notable acierto que se impusiera claramente a la concebida por Alvarez —diametralmente opuesta— de una originalidad extravagante, inadmisibile en la más rudimentaria técnica jurídica. Pretende Alvarez —según nos aclara Pacheco—: “que el primer Libro del Código tuviese muchas definiciones, mucha doctrina, pero nada más; en el segundo, lo mismo, y el tercero sería el Código penal con referencia a los libros primero y segundo, de donde se sigue que, en lugar de un artículo, tendremos tres para cada cosa. Vea el Sr Alvarez —dice Pacheco— si yo comprendo su sistema, tanto más cuanto que yo he escrito de Derecho penal, *no es lo mismo en un Código*, donde me parece preferible el sistema del Sr. Seijas” (35).

Tras una intervención poco afortunada, Pacheco, a modo de disculpa, declara: “que desconoce ciertos acuerdos adoptados por la Comisión” (36), lo que demuestra su absoluta falta de interés en participar con efectividad en los debates. Cuando interviene lo hace lacónicamente, con gran brevedad, sin fondo argumental, tiende mucho a corregir la expresión gramatical, y por lo general participa al final de las sesiones con objeciones de escaso valor y sin iniciativa propia o bien apoyando argumentos adoptados por otros vocales de la Comisión.

Su inasistencia en determinados momentos se debe a motivos de salud. Cuando más asiduamente participa Pacheco es durante las sesiones dedicadas a la revisión total de la obra. Sin embargo, algunas de sus escasas intervenciones no dejan de tener cierta importancia. Así, en la sesión del 5 de octubre de 1844, Pacheco, aunque basándose en el criterio de otros vocales —muy concretamente, en el sustentado por Luzurriaga—, dice “que la división de la infracción criminal debe efectuarse, no por la índole y naturaleza del delito, sino por la índole y naturaleza de las penas...”, “...no por la naturaleza de la acción, sino por la gravedad de la pena” (37).

Por su valor, debe también citarse la aportación que Pacheco hace a la redacción que Claudio Antón de Luzurriaga propone como artículo 1.º del Código penal, en el que se recoge en el concepto de lo que deberá entenderse por delito, y que a su juicio, puede definirse como “toda acción u omisión voluntaria que sea reprimida por una ley anterior con sanción penal”.

(35) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Legajo núm. 18. Sesión del día 5 de octubre de 1844.

(36) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal 1844. Legajo núm. 18. Sesión del día 5 de octubre del mismo año.

(37) Archivos de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Legajo núm. 18. Sesión del día 11 de octubre de 1844.

Pacheco, admitiendo plenamente la fórmula propuesta, advierte con acierto: “que en vez de acciones u omisiones voluntarias, contrarias a las Leyes penales, podría decirse: *acciones u omisiones voluntarias penadas por la Ley*” (38). Así queda definitivamente consagrado el principio de legalidad en el Código penal de 1848, que sin alteración alguna se mantiene vigente en nuestros días con idéntica redacción.

En esta misma sesión, al debatirse la presunción legal, Pacheco afirma: “que la Ley presume la voluntad o la intención de los autores de todos los hechos penados por la misma” (39).

Es de cierto valor la exposición de Pacheco sobre el concepto de tentativa en la sesión del 8 de octubre de 1844:

“Es conveniente que se ponga la tentativa que pueda constituir delito. Hay pocas tentativas que no sean delitos, pero basta que pueda haber alguna, para que se ponga aquí, tanto más cuando nadie se resiste a que haya redundancias. La tentativa manifestada por principio de ejecución, es lo que a mi juicio debe ponerse, y en esto soy contrario a la expresión de “actos exteriores”, porque creo que manifestada por actos exteriores, o comprende una redundancia o es peligrosa, pues *los actos exteriores son cosa distintas del principio de ejecución y puede dar lugar a argumentos que pueden ser fatales.*

En el Código francés se puso así: y en las modificaciones hechas en el año 32, se ha quitado dejándolo sólo “por principios de ejecución”. Se ha quitado señores, “porque los actos exteriores son inocentes”, y no ha querido la Ley después de la práctica de muchos años, que esos actos sirvan para constituir la tentativa en delito. Creo que se debe mantener la otra palabra.

Pero sentemos el principio de que la tentativa es delito, teniendo todas las circunstancias, esta es mi opinión” (40).

El artículo 3.º del Código penal quedó redactado de conformidad con la propuesta hecha por el presidente de la sección, Seijas Lozano, y quedó incluido el término “actos externos” en la definición de la tentativa.

(38) Archivos de la Comisión General de Códigos, Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Legajo núm. 18. Sesión del día 11 de octubre de 1844.

(39) Discusión del Código penal. 1844. Legajo núm. 18. Sesión del día 5 de octubre del mismo año. Archivo de la Comisión de Códigos. Ministerio de Justicia.

(40) Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Legajo núm. 18. Acta de la Sesión del 8 de octubre de 1844.

En otra ocasión, concretamente el 11 de octubre, en contestación a la propuesta de Seijas Lozano, Pacheco manifiesta:

“Ha insistido el Sr. Seijas en el adelanto científico que manifiesta el Código. Yo creo que es menester que en los Códigos no se vea manifestada la ciencia. Porque los Códigos no son tratados. La ciencia es el andamio del Código... El Sr. Seijas ha encontrado de penar la tentativa en general. La idea consiste en señalar a la tentativa una parte alícuota de la pena señalada a la acción. Y podemos hacer lo mismo con la amenaza, yo creo que no podemos hacer respecto de la amenaza, lo que vamos a hacer respecto a la tentativa” (41).

Al someterse a debate materia tan controvertida como la minoría de edad, Pacheco, haciéndose eco de las diferentes opiniones expuestas por sus colegas, resume el sentir general de la Comisión en la siguiente forma:

“Hasta los nueve años ninguna responsabilidad, desde esta edad hasta los quince, necesidad de declaración pública del Tribunal; hasta los veinte atenuación, y no puede aplicarse más que reclusión perpetua, y de ésta en adelante toda la responsabilidad” (42).

En tales términos quedó redactado el texto definitivo —si bien con alguna modificación— como el privilegio de la atenuante, que se redujo a diez y ocho años, no pudiendo nunca aplicar la pena de muerte. En sentido contrario se manifestó el magistrado Luzurriaga, estimando que la pena capital debe aplicarse a los menores, considerando que es esta la edad de las pasiones y, añade con gran crudeza, que por él está en el otro mundo un mozo de 17 años, que de continuar con vida, no se sabe cuántos delitos hubiese cometido (43).

El 24 de octubre Pacheco nos ofrece su particular criterio sobre el delito frustrado, expresándose en los siguientes términos:

“El delito frustrado se comete cuando el agente ha hecho cuanto podía hacer para llevarle a completar la ejecución, pero una circunstancia independiente de él viene a frustrarlo. Cuando iba a robar y se apercibieron de ello, era tenta-

(41) Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Legajo núm. 18. Acta de la Sesión de 11 de octubre de 1844.

(42) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Legajo núm. 18. Acta de la Sesión del 11 de octubre de 1844.

(43) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Legajo núm. 18. Acta de la Sesión del 11 de octubre de 1844.

tiva, pero cuando fueron a robar y la bolsa no tenía dinero, delito imposible. Hay delito si bien frustrado. Yo creo que sobre esto hay que poner un artículo. Moralmente habrá el mismo delito cuando por parte del actor se ha hecho todo lo necesario para ejecutarlo, pero como no se puede castigar por este delito moral, sino por delito real, y como es preciso que haya expiación y no puede haberla cuando no hay qué expiar, es cosa que remuerde la conciencia, que manda que se castigue al que mató lo mismo que al que no mató. No soy de opinión que se deje sin castigo el delito frustrado, porque la sociedad se alarma, si bien no sufre una pérdida positiva. Los que dispararon contra el General Narváez, no hubo pérdida para la sociedad, pero hubo susto, hubo alarma, y por esta razón, debe aplicarse otra pena" (44).

El día 31 de octubre de 1844 se produce una jocosa intervención de Pacheco, en donde nos da muestras de su gracejo andaluz, motivada por la interrogante que Seijas plantea en torno a la siguiente cuestión: "Si una persona muere después de dictada sentencia, "debe o no ejecutarse la misma en su cadáver?, a la que Pacheco responde: "esto debía determinarse en un capítulo de prevenciones generales, aunque yo no tengo dudas, porque a uno que hubiese muerto no había más que enterrarlo" (45).

Sus restantes intervenciones, se concretan a tratar someramente determinadas circunstancias que deben estimarse en el delito de duelo o desafío, y atiende a ciertos aspectos del delito de lesiones. Se pronuncia con energía en favor de una ley de responsabilidad ministerial, ya que considera inadmisibles que los ministros sean juzgados por las infracciones cometidas en el desempeño de sus funciones, a través de los preceptos del Código penal. Y aunque se muestra moderadamente partidario de la pena capital para los delitos comunes, se declara adversario de dicha pena cuando se trata de responsabilidad ministerial por delitos inherentes al desempeño de sus especiales actividades. Respecto a la pena de argolla, dice: "A mí no me espanta la pena más atroz, porque sólo se ha de aplicar en casos muy raros, y cuando su uso está dictado por la conciencia pública" (46).

A lo expuesto, y a sus intervenciones finales en torno a la revisión general del Código, queda reducida toda la contribución de este vocal de la Comisión General de Códigos. Si a ello unimos que no

(44) Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Legajo núm. 18. Acta de la Sesión del 24 de octubre de 1844.

(45) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Acta de la Sesión del 31 de octubre de 1844. Legajo núm. 20.

(46) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Acta de la Sesión del 31 de octubre de 1844. Legajo núm. 20.

colaboró directamente en ninguno de los libros del Código penal, ni su nombre aparece en la sección especial creada el 16 de septiembre de 1845, para redactar definitivamente el Código, ni que tampoco tomó parte en la segunda Comisión reducida, creada por el ministro Díaz Caneja, aunque es explicable dada su especial dedicación a la vida pública, ello nos demuestra una vez más la escasa efectividad de la participación de Pacheco en la redacción del Código penal.

El proyecto de Código se sometió a la consideración del Senado el 13 de febrero de 1847, y el 16 de febrero de 1848 pasó a las Cortes, siendo discutido en el breve plazo de seis días, del 10 al 16 de marzo del mismo año, y sancionado el 19 de marzo de 1848, y aunque el Gabinete puritano se mantuvo en el poder, desde fines de marzo a primeros de octubre de 1847, es de presumir que, como indica Antón Oneca, con todo acierto, ni Pacheco ni García Goyena tuvieron ocasión de hacer modificaciones, cuando después de presentado el proyecto en el Senado, gobernaron con las Cortes cerradas” (47). En sentido contrario, Federico Castejón considera que Pacheco fue figura capital en la codificación punitiva de 1848, y añade “que fueron las Cortes de 1846 las que dieron cima a la empresa, sin duda alguna porque la Presidencia del Gobierno se encomendó, aunque por breve tiempo, a dos penalistas encariñados con la reforma, al Il.º Don Joaquín Francisco Pacheco y al antiguo magistrado Don Florencio García Goyena” (48).

Al tiempo de discutirse el proyecto de Código en el Senado, Pacheco había perdido la condición de diputado, de acuerdo con el artículo 25 de la Constitución de 1845, ya que, según dicho artículo, los que hubiesen tenido empleo o retribución del Gobierno, estarían sujetos a reelección, y Pacheco había sido fiscal del Tribunal Supremo (49).

Ello no estuvo exento de algunas incidencias, ya que Pacheco hubo de someterse en varias ocasiones al dictamen de la Comisión especial, que como órgano consultivo del Congreso, tenía por misión el estudio y resolución en materias de reelección de diputados. La primera, en fecha 12 de febrero de 1845, con motivo de haber sido repuesto en su cargo de fiscal del Supremo de Justicia, del que había sido relevado por Real Decreto de 2 de julio de 1844. Conforme a la interpretación que dieron los miembros de la citada Comisión (50)

(47) J. ANTÓN ONECA: *El Código penal de 1848 y Don Joaquín Francisco Pacheco*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. Septiembre-octubre 1965, pág. 493.

(48) *Apuntes de Historia Política y Legislativa del Código de 1848*, “Revista de Legislación y Jurisprudencia”, núm. extraordinario, 1953, páginas 11 y 10.

(49) J. ANTÓN ONECA: *El Código Penal*, cit., pág. 493.

(50) La citada Comisión estaba integrada por José de Churruga, Ramón López Vázquez, Pedro María Fernández Villaverde, Javier de Cabestany, Joaquín Egaña de Castro, Antonio Gutiérrez de los Ríos, secretario. *Diario de las Sesiones de Cortes*, 12 de febrero de 1845.

al artículo 43 de la Constitución de 1837 —aún vigente y que pasaría a la de 1845 con idéntica redacción— Pacheco fue declarado no estar sujeto a reelección por considerar que dicho diputado no se encontraba incurso en ninguno de los casos previstos en el citado precepto constitucional, resolución que fue más tarde confirmada por el Congreso, manteniendo así su condición de diputado (51).

En situación análoga, y por idéntico motivo, el 13 de febrero de 1847, la Comisión para casos de reelección, basándose en resoluciones precedentes, y apoyándose exclusivamente en que Pacheco, al encargarse de nuevo de la fiscalía del Tribunal Supremo —en enero de 1845— fue declarado no estar sujeto a reelección, a la vista de estos antecedentes y de no haber encontrado ningún otro contrario, y por constituir los mismos jurisprudencia, a la cual se ha sujetado la Comisión para declarar que en su concepto no ha lugar a la reelección del Sr Pacheco (52). Pero sometido dicho dictamen a discusión en el Congreso, intervienen Sartorius, Sagasta, Moyano, Roda, Selva y el Sr. Hueives, quien hace una interpelación tajante: manifiesta su extrañeza de que la Comisión, en su dictamen, se refiere a todo menos a los preceptos de la Constitución. Considera que, frente a los casos precedentes, se pueden citar otros en sentido diferente y que el artículo de la Constitución no admite interpretación alguna. Sin más discusión fue desaprobado el dictamen por 79 votos contra 71, previa votación nominal, pedida por competente número de diputados (53). He aquí cómo en dos situaciones idénticas, con similares argumentos, y un mismo precepto político para su aplicación, se llega, por el influjo de los partidos políticos a soluciones opuestas.

Pero aunque en esta ocasión, como en la anterior, hubiese prevalecido el criterio de considerar a Pacheco no sujeto a reelección, su nombramiento de embajador en Roma, en fecha 6 de septiembre de 1847 —tras haber abandonado la presidencia del Consejo de Ministros— le inhabilita definitivamente para seguir ocupando su puesto de diputado por Córdoba en el Congreso. El mismo Pacheco lo comunica así en su oficio dirigido desde Roma al secretario de este alto cuerpo legislativo, el 8 de noviembre de 1847, con el fin de que se provea a la mayor brevedad la plaza que deja vacante (54). Con ello queda descartada toda posibilidad de que Pacheco hubiese po-

(51) *Diario de Sesiones de Cortes*. Apéndice 4.º, núm. 83, pág. 1553. Sesión del 12 de febrero de 1845.

(52) *Diario de las Sesiones de Cortes*. Dictamen de la Comisión para casos de reelección. 13 de febrero de 1847. Apéndice 1.º, núm. 37, pág. 469. Esta Comisión estuvo integrada por Salustiano Olozaga, Joaquín Armero, Miguel María de Fuentes, Antonio de la Figuera, Marqués de la Figuera, Marqués de Cirimuela y del Puerto. José Manso de Juliol.

(53) *Diario de las Sesiones de Cortes*. Discusión y votación sobre la reelección del diputado don Joaquín Francisco Pacheco, 20 de noviembre de 1847.

(54) *Diario de Sesiones de Cortes*. Comunicación del Sr. Pacheco desde Roma. 26 de noviembre de 1847. Apéndice 5.º, núm. 38, pág. 475.

dido intervenir en la discusión del proyecto del Código penal en las Cortes.

Pero creemos que, aun en el supuesto de que hubiese podido participar en los debates previos a su promulgación, su labor habría tenido efímera eficacia, ya que este proyecto de Código penal, por imperativos políticos, sería sancionado con una somera revisión de su contenido. De otra parte, Pacheco había puesto de manifiesto, en un artículo publicado en 1836, los graves defectos que contenía nuestro sistema y procedimiento para la promulgación de los Códigos (55). Tal era el interés que sentía por este tema, que fue incluido para su estudio en el primer Congreso de Juristas, que se reunió en España en 1863, y del que fue presidente a instancias del señor Canalejas.

De todo lo anteriormente expuesto se infiere —sin lugar a dudas— que la participación de Pacheco en la redacción del Código penal fue prácticamente nominativa, careciendo en absoluto de la decisiva eficacia que la mayoría de los autores le adjudican. Sobre todo, si se tiene en cuenta la labor desplegada por la mayoría de los vocales del organismo codificador. Para Antón Oneca, la participación más destacada es la de Seijas Lozano. Mas junto a tan ilustre jurista cabe señalar como colaborador destacado a Claudio Antón de Luzurriaga, quien desarrolló una estimable contribución —si bien no alcanza a compararse con la de Seijas Lozano— según se desprende, como puede comprobarse en las actas de las diferentes sesiones. Participó en casi todos los debates, siguió de cerca todas las actuaciones sin ausencias ni excusas para eludir su concurso. Fue encargado de redactar el Libro cuarto de las faltas, participó en las sesiones especiales y en ambas Comisiones. En su dilatada existencia ocupó los siguientes cargos: Juez de Primera Instancia en San Sebastián, fiscal de la Audiencia de Barcelona, magistrado del Tribunal Supremo, en dos ocasiones presidente del más alto Tribunal. En 1855 y 1864, miembro de la Comisión de Códigos y diputado por Logroño (56).

Llama poderosamente la atención al iniciar el estudio de la gestación del Código penal, la constante alusión que se hace a Pacheco, bien como redactor más destacado, bien como único autor, etc.: ¿por que se ha aceptado unánimemente este juicio hasta nuestros días? El proceso arranca, según Antón Oneca, de varias alusiones de Silvela, quien en su inolvidable obra de Derecho penal, publicada en 1879, dice en una de ellas: “Pacheco, uno de los redactores más destacados del Código” (57). Sin embargo, cuatro años antes que Silvela, ya se había manifestado públicamente esta afirmación por Francisco Lastres, en

(55) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO: *Códigos, su formación y discusión*, en “Estudios de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid 1843.

(56) LASO GAITE: *Aportación a la Historia del Tribunal Supremo de España*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, diciembre de 1969, pág. 57.

(57) SILVELA: *El Derecho Penal estudiado en principios*, II, Madrid 1879, pág. 30.

su “Estudio sobre sistemas penitenciarios”, publicado en 1875 y escribe: “no creo exagerar si digo que nuestro Código penal es la inspiración de Pacheco, que no contento con haber contribuido a su formación, lo amplía y explica en su comentarios” (58).

Posiblemente, el prestigio de Silveira como tratadista del Derecho penal, unido a la popularidad de Pacheco como hombre político y, fundamentalmente, a la publicación de sus *Lecciones* y de sus comentarios al Código penal de 1848, así como al hecho de que las actas en donde se recoge la participación de los diferentes miembros de la Comisión no hayan sido publicadas, es lo que determina que se haya venido considerando a Pacheco como pieza clave en la redacción de este Cuerpo Legal.

Y para mejor apreciar esta afirmación, basta observar solamente algunos de los elogiosos comentarios que los más destacados juristas de finales del siglo XIX dedican a Pacheco. Valdés Rubio escribe: “El Código español de 1848, *obra capital* de don Joaquín Francisco Pacheco, ha sido tenido en cuenta por casi todos los legisladores y reproducido en los Estados Americanos” (59). Romero Girón llega al límite inadmisible en cuanto que atenta a la dignidad de los restantes miembros de la Comisión, al afirmar que “el alma del Código de 1848, sin que yo me atreva a inferir el más pequeño agravio a los demás jurisconsultos que le “auxiliaron” en tan ímproba tarea, es sin disputa el ilustre Pacheco” (60). A nuestro juicio esta afirmación es injusta, errónea y pone de manifiesto la absoluta ignorancia o parcialidad de Romero Girón sobre lo actuado en la Comisión General de Códigos. En análogo sentido, pero con mayor consideración a los componentes de la Comisión que redactaron nuestro Código penal, se manifiestan los autores franceses Laget y Laget-Valdeson (61) que, al presentar a Pacheco y a sus colegas de la Comisión como autores del proyecto del Código penal, conceden una especial distinción al primero.

Es curioso que este estudio del Derecho comparado del Código penal francés y el español, constituye un verdadero homenaje a la obra jurídica de Pacheco, en el que se recoge con absoluta exclusividad la doctrina y juicio crítico que nuestro jurista expone tanto en sus *Lecciones de Derecho penal* —que los autores franceses citan como *Introducción al Derecho penal*— como en sus comentarios al Código penal. No obstante que dicha obra fue publicada en 1881, se aprecia en ella la ausencia de autores como Tomás Vizmanos y Ci-

(58) F. LASTRES: *Estudios sobre sistemas penitenciarios*, Madrid 1875, pág. 19.

(59) J. M. VALDÉS RUBIO: *D. Joaquín F. Pacheco*, Madrid 1911, página 12.

(60) V. ROMERO GIRÓN: *Pacheco y el Movimiento de la Legislación Penal en España en el presente siglo*, en “La España del siglo XIX, tomo III. Madrid 1887, pág. 182.

(61) L. LAGET y LAGET-VALDESON: *Theorie du Code Penal Espagnol comparé avec la Legislation Française*, Paris 1881, pág. 25.

rilo Alvarez, Gómez de la Serna y Montalbán, e incluso Silvela, cuyo *Derecho penal estudiado en principios*, había sido publicado en 1874. (Tomo 1).

Más próximo a nuestros días encontramos en Jiménez de Asúa un incondicional de Pacheco, al que adjudica en "El Criminalista" —con motivo del centenario del Código penal de 1848— la paternidad exclusiva del Código. El mismo autor, al valorar las Lecciones de Derecho penal de Pacheco, dice: "que éste había de ser autor del Código penal español", y más adelante, con algo más de moderación en su juicio, escribe: "Don Joaquín Francisco Pacheco fue el autor más destacado y principal del Código penal de 1848" (62). En sentido análogo se expresan los penalistas Cuello y Calón (63), Federico Castejón y Sánchez Tejerina. "Pacheco quedó contento de su obra", dice Cuello y Calón refiriéndose al Código penal.

Sólo en fecha realmente reciente, el profesor Antón Oneca, que con su excelente técnica jurídica y profundos conocimientos de la historia de nuestra legislación penal, llama la atención, en su interesante artículo "El Código Penal de 1848, y Don Joaquín Francisco Pacheco", sobre el hecho de que este penalista no tomó parte tan activa en la redacción del Código penal como hasta entonces se le venía asignando (64).

IV. ALGUNOS DATOS SOBRE JOAQUIN FRANCISCO PACHECO Y SUS ACTIVIDADES POLITICAS

Sería injusto pensar que sólo por un prurito de orgullo, o por no haber encontrado adecuada acogida su ideología jurídica-penal en la Comisión General de Códigos —tras su tardía designación como vocal de la misma— dejó Pacheco de interesarse por el curso de los debates en torno al anteproyecto de Código penal. Es necesario valorar en su actitud causas más poderosas que justifiquen sus aisladas intervenciones, sus prolongadas ausencias; en definitiva, su falta de concentración y cooperación a la magna tarea codificadora.

Nada más indicado para apreciar estas causas que una somera relación de los acontecimientos más relevantes de esta época y la destacada participación que en la vida pública de su tiempo tuvo Pacheco. La actividad política absorbía toda su atención, bien como miembro del Gobierno, o como jefe del partido puritano, ella es la verdadera causa que justifica con toda claridad que la Comisión Ge-

(62) JIMÉNEZ DE ASÚA: *El autor del Código Penal*, en "El Criminalista", IX, Buenos Aires 1951, págs. 19, 25 y 26.

(63) E. CUELLO Y CALÓN: *Centenario del Código Penal de 1848. Pacheco penalista y legislador, su influjo en este Cuerpo Legal*, en "Información Jurídica", 1948, pág. 13.

(64) J. ANTÓN ONECA: *El Código Penal*, cit., págs. 494-491.

neral de Códigos se viera privada del concurso de don Joaquín Francisco Pacheco, en la medida esperada de tan autorizado jurista.

En 1844, se inicia una de las etapas más significativas de su vida, caracterizada por una intensa labor política, que en su día le llevaría a alcanzar la Presidencia del Gobierno.

Si aceptó el ser vocal de la Comisión General de Códigos fue, posiblemente, por no caer en desgracia ante la reina —de cuyo favor gozaba— ya que su apoyo le era indispensable para dar cima a sus aspiraciones en la vida pública.

Llamado por su antiguo condiscípulo Donoso Cortés —con quien convivió en la Facultad de Derecho de la Universidad hispalense—, Pacheco abandona Andalucía en 1834, y se traslada a la Corte, donde fija definitivamente su residencia. A Madrid llega precedido de sus credenciales literarias: La “Amnistía”, obra en verso dedicada a la reina María Cristina, con motivo de los Decretos de 15 y 30 de octubre de 1832, que abrían las fronteras a los liberales exiliados.

La carrera política la inicia a través del periodismo, como el mismo Pacheco declara en diversas ocasiones. Pronto se da a conocer, por la calidad de sus escritos, su gran erudición y su estilo fino y elegante, que le valen la confianza de los electores, que en el verano de 1836 le nombraron diputado de las Cortes revisoras.

Javier de Burgos lo lleva a los “Anales de la Administración”, el cual hubo de abandonar por negarse a defender de oficio al Ministerio, según pretendía el señor Moscoso Altamira. Colabora en la “Abeja”, en la “Ley”, “El Conservador”; pero donde consolida su crédito literario es en el “Boletín de Jurisprudencia”, que fundó en 1836, con Bravo Murillo y Pérez Hernández, quedando aquí recogida lo mejor de su producción jurídica.

Dirigió el “Español”, en el que Cánovas del Castillo se inició en el periodismo, siendo su discípulo más destacado, prestándole su colaboración más tarde en la “Patria”, periódico creado por Pacheco desde donde defendía los principios del puritanismo.

De esta relación de amistad y admiración nos hablará extensa y elogiosamente el propio Cánovas, que reconoce a Pacheco como su maestro, desde la Tribuna del Ateneo matritense en el discurso inaugural del curso académico de 1883. La función formativa de la prensa, que tan a fondo llegó a conocer y a la que se entregó íntegramente a lo largo de su vida, fue tratada por primera vez, desde un punto de vista científico, en su artículo “El periodismo y su relación con la Literatura” (65).

Joaquín Francisco Pacheco, liberal convencido, tanto por su riguroso legalismo como por su ideología política templada y conciliadora, en violento contraste con los programas de gobierno audaces y exaltados de los progresistas, lo encontramos afiliado al partido

(65) Recogida y publicada en su obra *Política y Literatura*, Madrid, 1864.

moderado, que mantiene una gran heterogeneidad ideológica dentro de una línea de oposición a los progresistas.

Dentro del moderantismo, Pacheco forma parte de un grupo de jóvenes intelectuales de vanguardia, junto con Donoso Cortés y otros liberales de los años 1834, que dan sentido y forma al partido, basándose en los principios del doctrinarismo; filosofía política de los pensadores franceses de la época de Luis Felipe.

Para Pacheco, los años 1844 y 45 son de una gran tensión espiritual, vive inmerso en la política y desarrolla un esfuerzo intelectual y material admirable, ya que en esta época se prepara la redacción de una nueva Constitución, y en tan difíciles momentos Pacheco adquiere una abrumadora responsabilidad exponiendo, en el Ateneo de Madrid, sus Lecciones de Derecho Político y Constitucional, donde el autor trata ampliamente y con ardor el concepto de Soberanía —ante una Ley política en la que se destaca la supremacía de la autoridad, frente a la libertad— alcanzando una precisión científica y conceptual superiores a la de Donoso Cortés en 1836, pero fueron prácticamente borradas por el deslumbramiento del genial orador (66). Coincide todo ello con la fase de más intensa actividad en la Comisión General de Códigos; no obstante, Pacheco atiende preferentemente a sus quehaceres políticos, en detrimento de sus obligaciones como vocal de dicho Organismo.

Tras ser aprobada la nueva Constitución —lo que supuso un duro golpe para la oposición— Pacheco y Pastor Díaz, junto con Seijas Lozano, Nocedal y Ríos Rosas y cuantos eran partidarios de la Constitución de 1837, crearon un grupo o fracción independiente, que recibiría el nombre de “puritanos”, sobresaliendo como jefe del mismo Joaquín Francisco Pacheco.

Promulgada definitivamente la nueva Constitución el 23 de mayo de 1845, y finalizado su compromiso con la Comisión General de Códigos en diciembre del mismo año, Pacheco vuelve a ocupar la fiscalía del Tribunal Supremo.

Poco después, el 5 de abril de 1846, cayó Narváez, sucediéndole en el poder Isturiz.

Al convocarse elecciones generales, Pacheco era fiscal del Tribunal Supremo. Los puritanos habían presentado por Madrid candidatura completa, que la formaban Pacheco, Salamanca, Nocedal, Pastor Díaz, Seijas y Llorente.

No considerando seguro el triunfo de esta candidatura, resolvió Pacheco presentarse también por Córdoba y, a fin de poder trabajar la elección en el nuevo distrito, pidió licencia para trasladarse a él, pero le fue denegada por el presidente del Tribunal Supremo y por el Ministerio de Gracia y Justicia. Ante tal actitud Pacheco dimitió como fiscal del Tribunal Supremo y hace conocer su decisión a su

(66) J. LUIS COMELLAS: *Los moderadores en el poder, 1844-1854*. Madrid, 1970, pág. 183.

superior jerárquico a través de un escrito, que creemos oportuno reflejar literalmente, no sólo por la honda dignidad con que se expresa su autor, sino porque, a su vez, viene a esclarecer ciertas críticas que algunos destacados personajes dieron a su actitud:

“Escmo. Señor:

El día antes de ayer he presentado a V. E. solicitando permiso para pasar por un breve término a la ciudad de Córdoba, donde se agita la cuestión electoral en que yo me presento como candidato. V. E. me ha contestado con una negativa.

No me toca a mí discutir las razones de V. E.; pero entiendo que tampoco me negará el derecho de apreciarlas según mi juicio ni el de tener otras por más atendibles y concluyentes.

Pensaba yo en tesis general, que a un fiscal del Tribunal Supremo, se le distingue muy legítimamente cuando no merece la confianza de los Consejeros de la Corona; pero que, mientras lo es, no se le niega jamás una licencia de quince días, cuando dice bajo su palabra que la necesita para asuntos propios.

Pensaba yo también, contrayéndome al presente caso, que correspondía a la delicadeza del Gobierno el no embarazarme en mis gestiones legítimas para solicitar la Diputación.

Este es un punto de sentimiento, en el que no debo ni me propongo decir una palabra más.

V. E. lo ha estimado de otra suerte; y su Resolución, como he dicho antes, no puede ser discutida por un empleado que depende de su Ministerio.

Mas este empleado no debe prescindir de lo que considera propio, por una parte, del decoro de su destino; de lo que hiere, por otra, sus más apreciables intereses. En semejante situación tengo la honra de poner en manos de V. E. la dimisión de mi plaza de Fiscal del Tribunal Supremo, esperando se sirva dar cuenta a S. M., y manifestarle la pena que me cabe por no poder continuar en su servicio.

Debo por último manifestar a V. E. que en el acto voy a entregar todos los expedientes y papeles de la Fiscalía al Abogado Fiscal primero D. Manuel Ruiz Alonso.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid 24 de noviembre de 1846.

Escmo. Señor

Joaquín Francisco Pacheco.

Escmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia” (67).

(67) Archivo General del Ministerio de Justicia. Expediente personal número 9.600, de don Joaquín Francisco Pacheco. Legajo núm. 4.038.

Tras la entrega de su dimisión, sin más, se ausentó de Madrid, trasladándose a Córdoba.

Istúriz, indignado con el proceder de Pacheco, resolvió destituirle; pero la reina, enterada de tales proyectos, dijo al Ministro de Gracia y Justicia que no firmaría el Decreto de destitución. Entonces dimitió Istúriz.

No cayó el Ministerio por faltar pocos días para las elecciones. La reina consultó a varios allegados a su camarilla, mostrándose todos unánimes en el reconocimiento de la corrección de la conducta de Istúriz. Aunque quizá muchos de ellos no conocían el documento anteriormente transcrito y su juicio se veía influido por los turbulentos intereses que en tan crítica situación se debatían.

Por Real Decreto —que firmó la reina Isabel II, el 4 de diciembre de 1846— se admitió la dimisión de Pacheco como fiscal del Tribunal Supremo; con ello quedó ap'azada la crisis.

El 25 de enero de 1848, el marqués de Gerona fue llamado por la reina para la constitución de su nuevo Gabinete. Pacheco no quiso tomar parte en aquel Ministerio, pero sí exigía que entraran dos de sus amigos, Seijas Lozano y Roca de Togore (68), quizá como fórmula de transición entre moderados y puritanos.

Pocos meses habría de mantenerse en el poder este Ministerio, presidido por el duque de Sotomayor, aristócrata de irreprochable caballerosidad, que poseía sólo una mediana inteligencia y escaso tacto político, condiciones que de forma decisiva determinaron su caída.

En 1847, contando Pacheco sólo cuarenta años de edad y prestig'ado como diputado, orador, jurista y representante del partido puritano, alcanza el rango de presidente del Consejo de Ministros, en virtud de una serie de sucesos e intrigas palaciegas, en consonancia con el estilo político de la época.

Constituye la política de Pacheco, una originalidad sin precedentes, al crear un Gabinete sin el apoyo de algún alto jefe militar, del que hasta la fecha se habían venido valiendo tanto el partido progresista como el moderado. Pero aún así, y con las Cámaras cerradas, legisló mediante Decreto y, en contra de lo que algunos historiadores manifiestan, su mandato no careció de efectividad y acierto en determinados aspectos, principalmente en la reforma administrativa.

Los acontecimientos y vicisitudes anteriormente expuestos, por su trascendencia e importancia política, determinan que, a través de un proceso de inhibición, Pacheco relegue a un segundo plano muy olvidado su compromiso con la Comisión General de Códigos.

(68) ROMÁN DE SANTILLÁN: *Memoria 1815-1854*. Colección histórica del Estudio General de Navarra. vol. II, pág. 64. Pamplona, 1960.

V. CONCLUSIONES

Creemos haber conseguido demostrar, en la medida de lo posible y con base documental inédita, la breve y poco eficaz participación de Pacheco en las tareas codificadoras. Con ello queda devirtuada la tesis que atribuía a este ilustre jurista la paternidad de nuestro Código penal de 1848, tesis que arranca de unas afirmaciones de Silvela, aunque ya con anterioridad lo manifestara Lastres, y que durante más de un siglo se ha venido manteniendo unánimemente, producto de un juicio convencional que se consideraba irrefutable.

Sin embargo, para valorar con equidad la conducta seguida por Joaquín Francisco Pacheco como vocal de la Comisión encargada de redactar el anteproyecto de Código penal de 1848, es necesario estimar una serie de circunstancias que desviaron su atención de la labor codificadora.

El motivo formal por el que se le nombra vocal de la Comisión General de Códigos no es más que una satisfacción o compensación por haber sido cesado como fiscal del Tribunal Supremo.

Las actividades de la Comisión se hallaban muy avanzadas cuando ingresa en ella Pacheco, hasta el punto que a la primera sesión a la que él asiste, Seijas Lozano presenta a la Comisión el anteproyecto del Libro primero del Código penal, íntegramente redactado por él. De otra parte, no debemos olvidar que Joaquín Francisco Pacheco, al momento de ser creada la Comisión, estaba poseído de la fama y prestigio que sus Lecciones de Derecho penal le habían proporcionado, ostentando la categoría de "penalista oficial", como lo califica Antón Oneca (69). Lo que indica que, aun siendo considerado como un experto en esta rama del Derecho, no se cuenta con él, en principio, para participar en la redacción del anteproyecto del Código penal.

Todo ello debió producir en su ánimo un cierto resentimiento, que explica en parte su actitud retraída y alejada, mostrando un desinterés en los debates, impropio de un jurista de su valor y capacidad.

A Pacheco se le ofreció la oportunidad de redactar, junto con Seijas Lozano, los Libros segundo y tercero del Código penal, pero, inconcebiblemente, antepuso sus deberes como diputado, condicionando su colaboración al tiempo que éstos le dejaran libre —que fue muy poco, según hemos podido comprobar— no obstante ser uno de los vocales de la Comisión General de Códigos que no renunció a su sueldo, a diferencia de Seijas Lozano, Bravo Murillo, Ortiz de Zúñiga y otros que a título gratuito se vincularon íntegramente a las tareas codificadoras (70).

El factor político fue decisivo, distrajo su atención, devió su in-

(69) J. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, Madrid, 1949, pág. 36.

(70) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Legajo núm. 1. Carpeta 2.^a. Documento 19.

terés y anuló su participación, justificando en parte el que Pacheco interviniese muy someramente en la formación del Código penal de 1848, cuya paternidad tan erróneamente se ha venido atribuyéndole.

Por todo ello, no debe sorprendernos que, al nombrarse el 16 de septiembre de 1845 una Comisión especial para redactar definitivamente, corregir y uniformar el estilo del Código penal, Pacheco no figure entre sus miembros.

Al crear el ministro Díaz Canejas, el 2 de septiembre de 1846, una nueva Comisión, que sería la que presentaría definitivamente el proyecto de Código penal al Senado, Pacheco no se encuentra incluido en ella. En esta ocasión el marco político le era totalmente desfavorable, a más de que sus antecedentes como vocal de la anterior Comisión no ofrecían garantías para una nueva designación.

A partir de este momento, Pacheco desaparece definitivamente de la escena codificadora, y no volverá a tener oportunidad de intervenir en el proceso de gestación del proyecto de Código penal de 1848.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que el balance de su participación en las diferentes sesiones celebradas —mientras fue vocal de la Comisión General de Códigos— es de claro sentido negativo.

Pacheco, el líder puritano, acentrado en el más puro legalismo, manifiesta en el prólogo de sus Comentarios al Código penal de 1848, con sorprendente osadía y sereno desenfado: “Que en el seno de la Comisión ha habido debates dignos de la obra. Basta echar la vista sobre las personas que componían aquella, considerar su ilustración... Es una desgracia que semejantes discusiones no se hayan recogido o se hayan recogido mal... los individuos de la Comisión no han recogido sus opiniones. Uno o dos, a quienes se sometió este encargo, habrán hecho lo posible, pero no tenían tiempo ni vagar para tamaña obra” (71).

La seguridad y aplomo con que Pacheco hace estas declaraciones, tienden a encubrir su verdadera y pobre intervención en la labor codificadora, dando a entender públicamente que había vivido todo el proceso de discusión de nuestro Código penal, y en este sentido dice: “cuando fuimos destinados a la Comisión de Códigos en 1844, cuando tomamos una parte activa en la discusión del penal, que comenzaba a debatirse” (72). De este modo, Pacheco supo orientar convenientemente y en beneficio propio la opinión general, que llegó a considerarlo como el más activo y principal colaborador de la Comisión. De aquí nace el criterio a través del cual don Joaquín Francisco Pacheco pasaría a la posteridad, como autor e inspirador del Código penal de 1848. Cuando, en definitiva, su verdadera participación dista mucho de ser la que hasta ahora se le había adjudicado.

(71) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO: *Código Penal Concordado y Comentado*, Madrid 1848, I, pág. LXVI.

(72) JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO: *El Código Penal*, cit. pág. LXVII.

SECCION LEGISLATIVA

JEFATURA DEL ESTADO

Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre Prevención del Terrorismo (*)

(B. O. E., núm. 205, de 27 de agosto de 1975, pág. 18117 y ss.)

La larga paz de que viene disfrutando España no podía ser totalmente inmune a la plaga terrorista que padece el mundo. Por el contrario, ese mismo desarrollo pacífico y progresivo que ha caracterizado a la vida española durante cerca de cuarenta años ha concitado la irritación de las organizaciones, grupos o individuos que preconizan la violencia como instrumento de sus propósitos políticos o de sus impulsos antisociales. Y brotes de terrorismo inhumano han aparecido en los últimos tiempos con frecuencia y gravedad suficientes para exigir por parte del Gobierno y de la sociedad española una reacción enérgica.

El Estado de Derecho debe conformar sus defensas jurídicas a la naturaleza de los ataques que recibe. El ordenamiento jurídico que puede ser suficiente en una situación de convivencia normal, debe ser adecuadamente preparado para hacer frente a alteraciones que ponen en grave riesgo la vida de los ciudadanos, el orden público y la concordia social. Ello justifica que las legislaciones de los países atacados hayan establecido normas jurídicas de emergencia para hacer frente a la virulenta ola de terrorismo que viene padeciendo.

Aun cuando los síntomas de la conflictividad terrorista no han alcanzado, afortunadamente, en España, los extremos de intensidad y generalización que sufren otros países, ello no excusaría la demora en la adopción de las medidas pertinentes para la más eficaz réplica legal y social frente al desafío que suponen tan condenables propósitos. La previsión de los riesgos que comporta el terrorismo justifica la máxima urgencia en la adecuación del ordenamiento jurídico a la ineludible defensa de la paz social amenazada.

Entre los diversos objetivos que persigue la actividad terrorista, tal vez el más importante sea el de tratar de detener o de impedir—si es posible—la evolución de las instituciones políticas hacia posiciones de más amplia y libre participación del pueblo. La justa irritación que los atentados terroristas pro-

(*) La Fiscalía del Tribunal Supremo ha emitido una Circular dando normas para la interpretación del Decreto de Prevención del Terrorismo. El carácter de dicha Circular es de materia reservada, lo que determina la imposibilidad material de su publicación.

vocan en la comunidad puede incitar a la propia sociedad a apeteer normativas legales y actitudes de gobierno que impliquen un freno al natural desarrollo político del Estado de Derecho. De ahí la necesidad de impedir la realización de aquellos insidiosos objetivos terroristas mediante la adopción de medidas legales que, con la mayor eficacia y seguridad, combatan las agresiones de tan peligrosa epidemia antisocial. Sin embargo, estas medidas no deben perturbar la marcha de una sociedad hacia su continuo perfeccionamiento político. Cuando más libre, democrática y jurídica sea la organización institucional de la comunidad nacional, tanto más severa y eficiente tiene que ser la normativa sancionadora de las conductas terroristas. Es el precio que, desgraciadamente, tiene que pagar el progreso de la sociedad para salvarse de los atentados de quienes, con sus actuaciones delictivas, ponen en grave riesgo la paz social y el orden jurídico.

En consecuencia de las consideraciones, las líneas fundamentales del presente Decreto-Ley tienden a armonizar la eficacia de la prevención y enjuiciamiento de las actividades terroristas, con la misma perturbación de las garantías que corresponden a los ciudadanos. A esa finalidad responde el carácter temporal que se otorga a los artículos trece y catorce de la nueva normativa, en los aspectos que suponen limitada restricción de los derechos fundamentales a que se refieren los artículos quince y dieciocho del Fuero de los Españoles. Y ello sólo en la medida necesaria para facilitar la investigación de esta criminalidad específica.

En el Decreto-Ley se recogen, por referencia, los delitos de terrorismo ya definidos y tipificados en los Códigos sustantivos penales, manteniéndose asimismo la distribución de competencia, actualmente vigentes, con leves ampliaciones, especialmente a favor de la jurisdicción ordinaria.

Dichos delitos se cualifican especialmente en razón del sujeto pasivo, estableciéndose que cuando los actos terroristas se cometieren contra Autoridades, Agentes de la autoridad, miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad y demás funcionarios públicos se aplicarán las penas de mayor gravedad. Igualmente, el caso de secuestro previsto en el artículo segundo de este Decreto-Ley, se sanciona con la máxima pena. La ineludible dureza de las sanciones responde a la entidad del crimen y a la consiguiente fuerza disuasoria de su conminación.

Se reitera la declaración de ilegalidad de los grupos u organizaciones que están ya definidas como ilegales en disposiciones anteriores de no derogada vigencia—Decreto de trece de noviembre de mil novecientos treinta y seis; Ley de nueve de febrero de mil novecientos treinta y nueve; Ley de quince de noviembre de mil novecientos setenta y uno, y artículo ciento setenta y tres del Código Penal—; y se incluyen en el Decreto-Ley por tratarse de organizaciones cuyas ideologías propugnan la utilización de la violencia y del terrorismo como instrumentos de acción política.

Asimismo se introduce la novedad de incriminar determinadas conductas que, o bien no tenían sustantividad independiente de los diversos supuestos de participación en otros delitos, o bien constituían lagunas u omisiones.

Las disposiciones de índole procesal tienden a dos objetivos fundamentales: facilitar la investigación policial y judicial para la prevención y, en su

caso, captura de los delincuentes, y agilizar el procedimiento para evitar demoras en el enjuiciamiento de las conductas tipificadas; demoras que causan inquietud y extrañeza en los pacíficos ciudadanos y, por otra parte, desvirtúan los efectos disuasorios que son inherentes a la naturaleza del Derecho Protector de la sociedad que es propia de toda normativa penal. En ese sentido, todas las medidas procesales que se contienen en el Decreto-Ley tienen similitud con las que recientemente han sido adoptadas por Leyes especiales sobre la materia promulgadas en Inglaterra, Francia e Italia y, en vías de proyecto, en Alemania.

En dichas normas de procedimiento se salvaguardan los derechos de defensa que a todo inculpado corresponden en una comunidad jurídicamente organizada.

En el artículo décimo se sancionan las manifestaciones públicas de sentido apologetico o de pretendida justificación del terrorismo, sus actos o sus secuencias y la correspondiente sanción penal se complementa en el artículo diecinueve con medidas de orden administrativo cuando se realizaren a través de algún medio de comunicación social.

La necesaria colaboración social que exige la lucha contra el terrorismo se promueve en este Decreto-Ley, de una parte mediante las medidas sancionadoras que se establecen contra quienes omitiesen el deber que a todo ciudadano incumbe de prestar auxilio a la autoridad y, muy especialmente, contra quienes por razón de sus responsabilidades públicas o profesionales están más obligados a extremar su celo en el cumplimiento de su misión. Las autoridades, funcionarios, defensores que, en el desempeño de sus respectivos cometidos, incurriesen en negligencia o entorpecieran de cualquier forma imputable la acción de la justicia, habrán de responder de sus conductas con la sanción proporcionada a la gravedad de sus responsabilidades. De otra parte, el Decreto-Ley subraya la obligación del Estado de indemnizar especialmente a funcionarios y particulares por los daños y perjuicios que pudieran sufrir con ocasión de su participación o colaboración en la prevención o represión de actos terroristas.

Ningún ciudadano honrado y patriota va a sentirse afectado por la circunstancial disminución de sus garantías constitucionales que los preceptos del presente Decreto-Ley implican. En cualquier caso, ese pequeño sacrificio está suficientemente compensado por la tranquilidad y seguridad que ha de proporcionar a toda la comunidad nacional el propósito sereno, firme y jurídicamente controlado de no consentir en nuestra Patria la invasión del azote terrorista que hoy amenaza a la paz social en una gran mayoría de los países del mundo.

En su virtud, a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día veintidós de agosto de mil novecientos setenta y cinco, en uso de la autorización que me confiere el artículo trece de la Ley Constitutiva de las Cortes, textos refundidos de las Leyes Fundamentales del Reino, aprobados por Decreto de veinte de abril de mil novecientos sesenta y siete, y oída la Comisión a que se refiere el apartado primero del artículo doce de la citada Ley,

D I S P O N G O :

Artículo primero.—Uno. Las disposiciones del presente Decreto-Ley serán de aplicación a la prevención y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo definidos en los artículos doscientos sesenta a doscientos sesenta y cuatro del Código Penal y doscientos noventa y cuatro bis del Código de Justicia Militar, así como a las figuras de delito e infracciones administrativas, especialmente previstas en esta misma disposición.

Dos. Cuando los delitos a que se refiere el párrafo anterior se cometieren contra la Autoridad, Agentes de la autoridad, miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad del Estado y demás funcionarios públicos se aplicarán, en su grado máximo, las penas señaladas en sus respectivos casos.

Tres. Si del atentado terrorista resultare muerte de alguna de las personas mencionadas, se impondrá la pena de muerte.

Artículo segundo.—Los que habiendo secuestrado a una persona causaren su muerte o mutilación serán castigados con la pena de muerte.

Artículo tercero.—En los delitos de secuestro de personas se apreciará como circunstancia atenuante su pronta e incondicionada puesta en libertad sin causarles mal.

Artículo cuarto.—Declarados fuera de la Ley los grupos u organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas y aquellos otros que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social, los que organizaren o dirigieren estos grupos, los meros afiliados y los que, mediante sus aportaciones en dinero, medios materiales o de cualquier otra manera auxiliaren al grupo u organización, incurrirán respectivamente en el grado máximo de las penas previstas en el Código Penal para las asociaciones ilícitas de aquella naturaleza.

A quienes, por cualquier medio, realizaren propaganda de los anteriores grupos u organizaciones que vaya dirigida a promover o difundir sus actividades, se les impondrá la pena correspondiente a tal delito en su grado máximo.

Artículo quinto.—Quedarán exentos de responsabilidad por el hecho de su asociación y por sus actividades proselitistas o de propaganda quienes, perteneciendo a una organización de las comprendidas en el artículo anterior, se apartaren de la misma poniéndolo en conocimiento de la autoridad y confesando espontáneamente su participación en dichas actividades.

Artículo sexto.—Uno. Serán castigados con la pena de prisión mayor los que construyeren, ordenaren o autorizasen la construcción, dispusieren o permitieren la utilización de locales deliberadamente ocultos y disimulados, hábiles para el secuestro, encierro u ocultación de personas.

Dos. Quienes conociendo la existencia de alguno de estos locales no lo pusieren en conocimiento de la autoridad incurrirán en la pena de prisión menor.

Tres. La autoridad judicial dispondrá inmediatamente la clausura y precinto de la dependencia a la que dieren acceso los referidos locales y, en su momento, ordenará la destrucción de la instalación y aparato de disimulo, que se ejecutará por los servicios municipales competentes.

Artículo séptimo.—Serán castigados con la pena de prisión mayor:

Uno. Los que alojaren o dieren albergue a persona o personas implicadas en organizaciones o actividades incluidas en este Decreto-Ley, facilitaren sus desplazamientos, ocultaren o transportaren cosas o efectos a ellos pertenecientes o les prestaren cualquier género de ayuda para realizar sus propósitos.

Dos. Los que, implicados en organizaciones o grupos a que se refiere el artículo cuarto o en actividades terroristas, entraren o salieren clandestinamente del territorio nacional, y quienes, a tales fines, les facilitaren guía, documentación, medio de transporte o cualquier otro auxilio.

Tres. Los que transmitieren mensajes entre personas implicadas en las referidas organizaciones o actividades terroristas o les suministraren datos o información que pudieren favorecer sus designios.

Cuarto. Los que, sin estar legalmente autorizados, tuvieren en su poder sustancias, instrumentos o efectos para la fabricación, almacenaje o transporte de explosivos, elementos incendiarios, gases de empleo táctico u otros medios análogos.

Cinco. Los que tuvieren en su poder, sin razonable justificación, manuales o instrucciones de cualquier clase para la elaboración de sustancias o artefactos explosivos o incendiarios, manejo de armas de guerra, táctica de comandos o guerrilla urbana u otros análogos.

Seis. Los que cometieren el delito previsto en el artículo trescientos treinta y ocho bis del Código Penal en relación con los hechos a que se refiere este Decreto-Ley.

Siete. Los que, con propósito de causar infundada alarma, anunciaren la supuesta colocación de artefactos explosivos o cualquiera otro atentado terrorista.

Artículo octavo.—En los casos comprendidos en los dos artículos precedentes los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el culpable y en el hecho y la gravedad de éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la señalada.

Artículo noveno.—No serán de aplicación los artículos sexto y séptimo si las conductas que en los mismos se definen resultaren más gravemente penadas como constitutivas de algún grado de ejecución o de alguna forma de participación en otro delito.

Artículo diez.—Los que, públicamente, sea de modo claro o encubierto, defendieren o estimularen aquellas ideologías a que se refiere el artículo cuarto de esta disposición legal; o el empleo de la violencia como instrumento de acción política o social; o manifestaren su aprobación o pretendieren justificar la perpetración de cualquier acto terrorista; o enaltecieron a sus ejecutores o participantes; o trataben de minimizar la responsabilidad de las conductas tipificadas en este Decreto-Ley por medio de la crítica—directa o solapada— de las sanciones legales que las previenen o castigan; o intentaren menoscabar la independencia y el prestigio de la justicia mediante manifestaciones de solidaridad con las personas encausadas o condenadas, serán castigados con la pena de prisión menor, multa de cincuenta mil a quinientas mil pesetas e inhabilitación

especial para el ejercicio de funciones públicas y para las docentes, públicas o privadas.

Artículo once.—El enjuiciamiento de los delitos a que se refiere este Decreto-Ley corresponderá:

a) A la jurisdicción ordinaria—Juzgados y Tribunal de Orden Público—, de acuerdo con la legislación vigente, los previstos en los artículos doscientos sesenta a doscientos sesenta y cuatro del Código Penal y, además, los definidos en los artículos sexto, séptimo y diez de este Decreto-Ley, salvo que la conducta incriminada deba considerarse participación en otro hecho punible del que deba conocer la jurisdicción castrense, y, en todo caso, los delitos definidos en el artículo cuarto.

b) A la jurisdicción militar, y también conforme a la legislación vigente, los previstos en el artículo doscientos noventa y cuatro bis del Código de Justicia Militar y los definidos en los artículos sexto, séptimo y diez de este Decreto-Ley, cuando constituyan forma de participación en alguno de los delitos del doscientos noventa y cuatro bis citado y, en todo caso, el delito definido en el artículo segundo.

Artículo doce.—Los procedimientos que se sigan por los delitos a que se refiere el presente Decreto-Ley tendrán prioridad en su tramitación.

Los atribuidos a la jurisdicción ordinaria se tramitarán por el procedimiento de urgencia.

Los correspondientes a la jurisdicción militar se sustanciarán por el procedimiento sumarísimo, salvo en el caso del artículo novecientos veinticinco del Código de Justicia Militar. En cualquier caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo doscientos noventa y cuatro bis, apartado d) y e), del propio Código.

La tramitación se ajustará a las normas procesales aplicables a cada caso con las especialidades que expresan los artículos siguientes.

Artículo trece.—El plazo legalmente establecido para poner a disposición de la autoridad judicial a un detenido podrá prorrogarse, si lo requieren las exigencias de la investigación, hasta transcurrido el quinto día después de la detención y hasta los diez días si, en este último caso, lo autoriza el Juez a quien deba hacerse la entrega. La petición de esta autorización deberá formularse por escrito y expresará los motivos en que se funde.

En todo caso, en el más breve plazo, y, a lo sumo, dentro de las setenta y dos horas, se pondrán en conocimiento del Juez competente el hecho de la detención y sus motivos a los efectos procedentes.

Artículo catorce.—En caso de urgencia, las fuerzas de orden público podrán proceder, previa autorización del Comisario Jefe o del Jefe de la unidad, en su caso, al registro de un domicilio o lugar cerrado, cuando se presuma que se encuentra en él una persona que pudiera resultar responsable de alguno de los delitos a que se refiere el presente Decreto-Ley; o pruebas, efectos o instrumentos de los mismos. De esta medida se dará inmediata cuenta al Juez competente.

Dicha autorización deberá expedirse por escrito y con expresión de las razones de urgencia, cuya apreciación discrecional será de la competencia de quien la hubiere ordenado conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior. Fuera de los

casos de urgencia se seguirá el procedimiento ordinario. Cuando se requiera mandamiento judicial, su ejecución, como prescribe el artículo quinientos sesenta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podrá delegarse a cualquier autoridad o Agente de la policía judicial, quien la practicará asistido, al menos, de otro funcionario policial en funciones de Secretario.

Artículo quince.—En los procesos por delitos a que se refiere el presente Decreto-Ley se acordará la prisión provisional de los encausados. Excepcionalmente, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá decretarse su libertad provisional.

En ningún caso se mantendrá la prisión más tiempo que el de la mitad de la pena máxima que pudiera corresponder al encausado, a menos que la situación alterada por el delito no haya sido completamente normalizada, y que no haya cesado la alarma producida.

Artículo dieciséis.—Los detenidos o presos en situación de prisión provisional, no comunicados, no podrán, durante la tramitación de la causa utilizar otra forma de comunicación que la escrita, salvo las que mantengan con su defensor, acreditado por la autoridad judicial, que se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes y Reglamentos.

Excepcionalmente, el Juez o Tribunal que entienda de la causa podrá autorizar cualquiera otra comunicación directa.

Artículo diecisiete.—Cuando sean dos o más los procesados cuyos defensores hayan de avacuar los trámites de instrucción y calificación, la entrega de la causa se hará mediante fotocopia, debidamente autorizada por el Secretario, y el plazo señalado en la Ley para estos trámites correrá simultáneamente para todas las partes.

Artículo dieciocho.—Uno. Para garantizar la eficacia del principio de defensa, evitando dilaciones en el procedimiento, se requerirá al procesado para que, a la vez que nombra su defensor, designe otro como suplente de aquél. El Tribunal, asimismo, nombrará otro suplente de oficio.

Dos. En caso de incomparecencia del defensor designado en primer término, cualquiera que sea la causa, asumirá la defensa el suplente que hubiere podido designar el procesado y, en defecto de éste, el nombrado de oficio. A este fin los tres defensores se instruirán simultáneamente de las actuaciones y estarán presentes durante la celebración de la vista y en las diligencias en que sea necesaria la presencia del defensor.

Tres. Los defensores de las partes que abierta y gravemente perturbaren el orden de los debates o diligencias, desoyendo las oportunas advertencias y requerimientos del Presidente o del Juez, serán relevados en el acto, procediéndose a su sustitución como se previene en el párrafo anterior.

Cuatro. Los defensores sustituidos conforme al párrafo anterior quedaran inhabilitados en lo sucesivo para actuar en causas por delitos a que se refiere este Decreto-Ley durante el plazo de un año.

Cinco. Contra las resoluciones que dicten los Jueces o Presidentes de los Tribunales en uso de las facultades que les confiere este artículo no se dará recurso alguno, salvo contra la inhabilitación que podrá impugnarse mediante el recurso de audiencia en justicia sin suspensión de la efectividad del acuerdo.

Artículo diecinueve.—Uno. Cuando los hechos a que se refiere el artículo

diez se cometieren por medio de la imprenta o a través de cualquier medio de comunicación social, independientemente de la responsabilidad penal, el Consejo de Ministros podrá imponer las siguientes medidas:

a) Al autor material, firmante o no, y al director de la publicación o medio de comunicación social, suspensión en el ejercicio de sus actividades profesionales, de tres meses a un año, que será causa justa de despido laboral o de resolución del contrato que profesionalmente tuviere con la Empresa, sin derecho a ningún tipo de indemnización.

b) Al titular jurídico de las publicaciones a que se refiere la Ley catorce/mil novecientos sesenta y seis, de dieciocho de marzo, con independencia del secuestro previsto en dicha Ley, suspensión de la publicación en que se haya producido la conducta delictiva, por las siguientes plazos: Hasta tres meses en las publicaciones diarias; hasta seis en los semanarios, y hasta un año en las restantes.

c) Al titular jurídico de los demás medios de comunicación social, con independencia del secuestro correspondiente de la obra o producto en que se haya cometido la conducta delictiva, suspensión de sus actividades hasta el plazo máximo de un año.

d) En los dos supuestos anteriores, en caso de multirreincidencia, podrá ser cancelada definitivamente la autorización o inscripción necesaria para el ejercicio de la actividad correspondiente.

Dos. Contra los acuerdos que impongan las referidas medidas podrá acudir en súplica ante el Consejo de Ministros y contra la resolución de éste podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin suspensión de la ejecutoriedad del acuerdo.

Tres. A los efectos de este Decreto-ley se entienden por medios de comunicación social, además de la prensa y publicaciones, la radio, la televisión, la cinematografía, la fonografía y demás procedimientos de difusión o espectáculos de amplia incidencia pública.

Artículo veinte.—Las autoridades o funcionarios públicos, de cualquier clase y categoría, que procedieren con negligencia en lo relativo a la prevención, pesquisa o persecución de los delitos de terrorismo, deberán ser relevados inmediatamente de su empleo o cargo por el superior jerárquico u órgano que tuviese facultades para decretar su suspensión, situación en la que permanecerán hasta que por vía disciplinaria o judicial se resuelva lo procedente.

Artículo veintiuno.—El Estado indemnizará especialmente los daños y perjuicios que se causaren a las personas con ocasión de su actividad o colaboración para la prevención o represión de los hechos delictivos a que se refiere este Decreto-ley.

DISPOSICION ADICIONAL

Los párrafos primero y segundo del artículo diecinueve de la Ley de Orden Público quedarán redactados de la siguiente forma:

Uno.—Los Alcaldes podrán sancionar los actos contra el orden público con multas que no excedan de mil pesetas, en municipios de hasta diez mil habitantes; de tres mil pesetas, en los de diez mil a veinte mil; de cinco mil

pesetas, en los de más de veinte mil; de quince mil pesetas, en los de más de cincuenta mil, y de cincuenta mil pesetas, en los de más de cien mil.

Dos.—Los Delegados del Gobierno en las islas Canarias y Baleares podrán sancionar las mismas faltas con multas de hasta cincuenta mil pesetas. Los Delegados del Gobierno a efectos de orden público en Ceuta y Melilla podrán imponer sanciones de hasta cien mil pesetas. Los jefes superiores de Policía podrán imponer sanciones de hasta cien mil pesetas. Los Gobernadores civiles podrán hacerlo en cuantía que no exceda de quinientas mil pesetas; el Director general de Seguridad, hasta un millón de pesetas; el Ministro de la Gobernación, hasta dos millones de pesetas, y el Consejo de Ministros, hasta cinco millones de pesetas.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—El presente Decreto-ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” y del mismo se dará cuenta inmediata a las Cortes.

Segunda.—De acuerdo con lo previsto en el artículo treinta y cinco del Fuero de los Españoles, los artículos trece y catorce de este Decreto-ley tendrán vigencia durante dos años.

Tercera.—Quedan derogadas las normas legales que se opongan a lo dispuesto en este Decreto-ley.

Así lo dispongo por el presente Decreto-ley, dado en La Coruña, a veintiséis de agosto de mil novecientos setenta y cinco.—FRANCISCO FRANCO. El Presidente del Gobierno, *Carlos Arias Navarro*.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

DECRETO 2.940/1975, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE CONCEDE INDULTO GENERAL CON MOTIVO DE LA PROCLAMACION DE SU MAJESTAD DON JUAN CARLOS DE BORBON COMO REY DE ESPAÑA

(“B. O. del E.” núm. 284, de 26 de noviembre de 1975, pág. 24666.)

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

Deseo comenzar mi reinado haciendo uso de la prerrogativa de Gracia que me confiere el artículo sexto de la Ley Orgánica del Estado.

Enaltecer la Justicia —que es el fundamento del Orden y la Libertad— con el ejercicio de la Clemencia, ha sido una constante en la línea de nuestras mejores tradiciones históricas y religiosas. La instauración en Mi persona de la Monarquía Española ha de significar una reafirmación de los propósitos de convivencia solidaria y pacífica entre todos los españoles.

La promulgación de este indulto general constituye asimismo un homenaje a la memoria de la egregia figura del Generalísimo Franco (q. e. G. e), artífice del progresivo desarrollo en la Paz de que ha disfrutado España en las últimas cuatro décadas, durante las cuales otorgó once indultos generales e innumerables indultos particulares.

Deseo y espero que los españoles a quienes hago beneficiarios de esta decisión real se incorporen, con el mejor espíritu de servicio a la Patria, a esta convocatoria a la concordia nacional para consolidar el principal objetivo de la Monarquía: el bien irrenunciable de la Paz.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Justicia, del Ejército, de Marina y del Aire, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día veinticinco de noviembre de mil novecientos setenta y cinco,

DISPONGO:

Artículo primero.—Se concede indulto de las penas y correctivos de privación de libertad, pecuniarias y de privación del permiso de conducción impuestas o que puedan imponerse por delitos y faltas previstos en el Código Penal, Código de Justicia Militar y Leyes penales especiales, por hechos cometidos con anterioridad al día veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, con la extensión y alcance que a continuación se señala:

a) De la totalidad de las penas y correctivos de privación de libertad y de privación del permiso de conducción hasta tres años y de las pecuniarias, cualquiera que sea su cuantía.

b) De la mitad de las penas y correctivos de privación de libertad y de privación del permiso de conducción superiores a tres años, que no excedan de seis.

c) De la cuarta parte de las superiores a seis años, que no excedan de doce.

d) De la quinta parte de las superiores a doce años, que no excedan de veinte.

e) De la sexta parte de las superiores a veinte años, salvo las impuestas por conmutación de la pena capital.

Artículo segundo.—Uno. En todo caso, la reducción mínima de la condena no será inferior a tres años.

Dos. Las penas accesorias se indultarán en igual medida que la principal, salvo las de inhabilitación, comisos y las previstas en el Código de Justicia Militar.

Artículo tercero.—Quedan exceptuadas del indulto a que se refieren los artículos anteriores las penas por delitos de terrorismo y conexos, por delitos de propaganda de sentido terrorista y por los delitos de pertenencia a asociaciones, grupos u organizaciones comprendidos en la legislación sobre terrorismo.

Artículo cuarto.—Quedan exceptuados del indulto a que se refiere el artículo primero del presente Decreto los delitos monetarios comprendidos en los artículos doscientos ochenta y tres a doscientos noventa del Código Penal

y en la Ley de Delitos Monetarios de veinticuatro de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

Artículo quinto.—En las causas que se sigan en la jurisdicción ordinaria por delitos en los que las penas pedidas en trámite de calificación por el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras estén comprendidas en el apartado a) del artículo primero, se aplicará la gracia sin necesidad de que se celebre juicio oral ni, en consecuencia, se dicte sentencia. En tales supuestos, el Tribunal, previo dictamen del Ministerio Fiscal y conformidad del procesado, sin más trámites dictará el auto de sobreseimiento prevenido en el número tercero del artículo seiscientos treinta y siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La responsabilidad civil, en su caso, será exigible mediante el procedimiento de tal clase que corresponda.

Artículo sexto.—Con independencia de lo dispuesto en el artículo primero, a los condenados a penas privativas de libertad (salvo los que lo sean por conmutación de la pena capital por hechos realizados con antelación al día veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y cinco, que ininterrumpidamente hayan cumplido o cuando cumplan veinte años de reclusión efectiva, incluida la prisión provisional y sin cómputo de beneficios penitenciarios, se les concede indulto total del período que exceda de dichos veinte años, se trate de una o varias condenas y cualquiera que sea la jurisdicción que las hubiere impuesto.

Artículo séptimo.—Las penas de muerte impuestas o cuya imposición proceda por delitos cometidos con anterioridad al día veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y cinco se conmutarán o, en su caso, serán sustituidas por la inferior en grado en el máximo de su extensión, con las accesorias legales correspondientes y sin que puedan ser de aplicación los indultos generales que se dicten en lo sucesivo ni los beneficios de redención de penas por el trabajo.

Artículo octavo.—Por los Ministerios de Justicia, Ejército, Marina y Aire se dictarán las disposiciones complementarias que se requieran para la debida ejecución de lo dispuesto en el presente Decreto.

Así lo dispongo por el presente Decreto, dado en Madrid a veinticinco de noviembre de mil novecientos setenta y cinco.—JUAN CARLOS.—El Ministro de la Presidencia del Gobierno, *Antonio Carro Martínez*.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO**CORRECCION DE ERRORES DEL DECRETO 2.940/1975, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE CONCEDE INDULTO GENERAL CON MOTIVO DE LA PROCLAMACION DE SU MAJESTAD DON JUAN CARLOS DE BORBON COMO REY DE ESPAÑA**

("B. O. del E." núm. 287, de 29 de noviembre de 1975, pág. 24917.)

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

Advertidos errores en el texto remitido para su publicación del mencionado Decreto, inserto en el "Boletín Oficial del Estado" número 284, de fecha 26 de noviembre de 1975, página 24666, se transcriben a continuación las oportunas rectificaciones:

En el artículo quinto, octava línea, donde dice: "... y conformidad del procesado", debe decir: "... y audiencia del inculpadó".

En el párrafo final, donde dice: "... Así lo dispongo por el presente Decreto, dado en Madrid a veinticinco de noviembre del mil novecientos setenta y cinco...", debe decir: "... Así lo dispongo por el presente Decreto, que entrará en vigor el mismo día de su publicación, dado en Madrid a veinticinco de noviembre de mil novecientos setenta y cinco..."

MINISTERIO DE HACIENDA**ORDEN DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1975 POR LA QUE SE HACE EXTENSIVA A LA JURISDICCION DE CONTRABANDO LA APLICACION DEL INDULTO CONCEDIDO POR DECRETO 2.940/1975, DE 25 DE NOVIEMBRE**

("B. O. del E." núm. 287, de 29 de noviembre de 1975, pág. 24921.)

MINISTERIO DE HACIENDA

Ilustrísimos señores:

El Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España, determina en su artículo primero que dicho indulto se refiere a las penas y correctivos de privación de libertad, pecuniarías y de privación del permiso de conducción impuestas o que puedan imponerse por delitos y faltas previstos en el Código Penal, Código de Justicia

Militar y Leyes penales especiales, por hechos cometidos con anterioridad al día 12 de noviembre de 1975, con el alcance que expresa.

Notorias razones de equidad aconsejan extender la aplicación de la gracia a los infractores de la Ley de Contrabando que estén cumpliendo o hayan de cumplir la sanción subsidiaria de prisión por insolvencia, dados el memorable motivo y los generosos principios que inspiran el referido Decreto.

Habida consideración de las amplias facultades que a este Ministerio confieren los artículos 121 y 123 de la vigente Ley de dicha Jurisdicción para conceder la suspensión condicional del cumplimiento de la aludida sanción subsidiaria, se estima, como en anteriores ocasiones, que una concesión general y excepcional de esta gracia es el medio más adecuado para lograr la misma finalidad que ha inspirado las disposiciones del Decreto de 25 de noviembre último.

En su virtud, este Ministerio dispone:

1.º Los Presidentes de los Tribunales de Contrabando que hubieren conocido o conozcan, en única o primera instancia, de un expediente seguido por la comisión de infracciones que sanciona la vigente Ley de Contrabando, texto de 16 de julio de 1964, acordarán, con carácter general y de excepción, el beneficio de la suspensión condicional de la sanción subsidiaria de prisión por insolvencia a favor de los que resulten o hayan resultado sancionados en dichos expedientes, siempre que las infracciones que motivaron o motiven las sanciones de referencia se hubieren cometido con anterioridad al día 22 de noviembre de 1975.

2.º La aplicación de este beneficio se hará de oficio en los expedientes en que no hubiera recaído resolución firme. En los demás casos se aplicará previa petición de los sancionados dirigida al Presidente del Tribunal que hubiera conocido el expediente en primera instancia.

3.º Los beneficios de la suspensión de sanción a que se refieren los párrafos anteriores serán los siguientes:

Se remitirán en tres años las sanciones subsidiarias de privación de libertad, salvo que la duración de aquéllas fuera inferior a dicho período de tiempo, en cuyo caso se remitirán en su totalidad.

4.º Los beneficios ahora regulados quedarán automáticamente sin efecto si los favorecidos incurrieran en una posterior infracción de esta naturaleza durante los plazos de prescripción establecidos en la Ley de la Jurisdicción. En tales supuestos el responsable cumplirá la sanción subsidiaria suspendida condicionalmente y además la correspondiente a la nueva infracción.

Lo que comunico a VV. II. para su conocimiento y demás efectos.

Dios guarde a VV. II. muchos años.

Madrid, 28 de noviembre de 1975.—CABELLO DE ALBA Y GRACIA.—
Ilustrísimos señores Subsecretario de Hacienda y Presidente del Tribunal Económico-Administrativo Central.

SECRETARIA GENERAL DEL MOVIMIENTO

RESOLUCION DE LA DELEGACION NACIONAL DE EDUCACION FISICA Y DEPORTES POR LA QUE, CON MOTIVO DE LA PROCLAMACION DE S. M. DON JUAN CARLOS DE BORBON COMO REY DE ESPAÑA, SE DAN POR CUMPLIDAS LAS SANCIONES IMPUESTAS EN VIA DEPORTIVA POR DICHA DELEGACION NACIONAL, FEDERACIONES Y CLUBS

("B. O. del E.", núm. 288, de 1 de diciembre de 1975, pág. 25033.)

SECRETARIA GENERAL DEL MOVIMIENTO

Con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España, tan íntimamente vinculado al deporte español, deportista olímpico, y en homenaje a la memoria de la egregia figura del Generalísimo Franco (que en gracia esté), esta Delegación Nacional de Educación Física y Deportes ha dictado las siguientes disposiciones:

1.^a Tener por cumplidas, sin excepción alguna, salvo lo dispuesto en el apartado 4.º, todas las sanciones impuestas en vía deportiva por esta Delegación Nacional, Federaciones y Clubs por hechos anteriores al día de la fecha.

2.^a Esta medida no alcanzará a los efectos agravatorios que las sanciones comprendidas en el apartado anterior puedan producir en relación con posteriores actuaciones deportivas.

3.^a Los expedientes en tramitación por hechos incluidos en el primero de los apartados anteriores se archivarán sin más trámite en el Organismo que viniera entendiendo de ellos.

4.^a Las sanciones impuestas a perpetuidad, así como las expulsiones de la organización deportiva, podrán ser revisadas, a instancia de los interesados, por los Organismos que las impusieron, lo que propondrán al Delegado nacional la conmutación, en su caso, por otras inferiores.

5.^a Las Federaciones Nacionales adoptarán las medidas complementarias que estimen pertinentes para el debido cumplimiento de la presente disposición, que surtirá efectos desde el día de hoy.

6.^a La Delegación Nacional y sus Organismos dependientes esperan de todos el más alto grado de deportividad en el desarrollo y práctica del deporte para que desaparezca cualquier tipo de actuación que en el campo deportivo pueda ser merecedora de sanción.

Madrid, 26 de noviembre de 1975.—El Delegado nacional, *Tomás Pelayo Ros*.

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

ORDEN DE 5 DE DICIEMBRE DE 1975 POR LA QUE SE EXTIENDEN LOS BENEFICIOS DEL DECRETO 2.940/1975, DE 25 DE NOVIEMBRE, AL AMBITO ACADEMICO

("B. O. del E." núm. 298, de 2 de diciembre de 1975, pág. 25856.)

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

Ilustrísimo señor:

Habiéndose promulgado el Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos de Borbón, como Rey de España, y pareciendo oportuno extender sus beneficios a las sanciones de alumnos impuestas en virtud del Reglamento de Disciplina Académica,

Este Ministerio ha resuelto:

Primero.—Dejar sin efecto las sanciones a alumnos impuestas por Orden ministerial en aplicación del Reglamento de Disciplina Académica, por actos cometidos hasta el 21 de noviembre del presente año.

Segundo.—La presente Orden entrará en vigor el mismo día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Lo que comunico a V. I. para su conocimiento y efectos.

Dios guarde a V. I.

Madrid, 5 de diciembre de 1975.—P. D., el Subsecretario, *Federico Mayor Zaragoza*.—Ilustrísimo señor Director general de Universidades e Investigación.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

DECRETO 3.357/1975, DE 5 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE DECLARAN REVISADAS DE OFICIO Y ANULADAS LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS ACORDADAS DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN LA LÉY DE 10 DE FEBRERO DE 1939, DE RESPONSABILIDAD POLITICA

("B. O. del E." núm. 308, de 24 de diciembre de 1975, pág. 26649.)

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

Las medidas de indulto adoptadas con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos I como Rey de España deben extenderse a las sanciones impuestas por la Ley de diez de febrero de mil novecientos treinta

y nueve a los funcionarios de la Administración Civil del Estado y de sus Organismos autónomos.

En su virtud, a propuesta del Ministro de la Presidencia del Gobierno y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día cinco de diciembre de mil novecientos setenta y cinco,

DISPONGO :

Artículo primero.—Las sanciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la Ley de diez de febrero de mil novecientos treinta y nueve, de responsabilidad política, se declaran revisadas de oficio y, en consecuencia, anulados sus efectos.

Artículo segundo.—El presente Decreto entrará en vigor el mismo día de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

Así lo dispongo por el presente Decreto, dado en Madrid a cinco de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.—JUAN CARLOS.—El Ministro de la Presidencia del Gobierno, *Antonio Carro Martínez*.

MINISTERIO DE LA GOBERNACION

ORDEN DE 17 DE DICIEMBRE DE 1975 POR LA QUE SE HACE EXTENSIVO A LAS ENTIDADES LOCALES LA APLICACION DEL INDULTO CONCEDIDO POR EL DECRETO 2.940/1975, DE 25 DE NOVIEMBRE

(“B. O. del E.” núm. 308, de 24 de diciembre de 1975, pág. 26650.)

MINISTERIO DE LA GOBERNACION

Ilustrísimo señor:

El Decreto 2940/1975, de 25 de noviembre, que concede indulto general con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España, no contempla su aplicación a las Entidades Locales.

No obstante, razones de equidad aconsejan extender la aplicación de la gracia a las sanciones disciplinarias y pecuniarias impuestas por las Entidades Locales por hechos y cometidos con anterioridad al día 22 de noviembre de 1975.

En virtud de las facultades que confiere el artículo 7.º del texto refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, este Ministerio dispone:

1.º Se autoriza a las Corporaciones Locales para que, dentro de la esfera de su propia y exclusiva competencia, puedan aplicar la gracia del indulto a las sanciones disciplinarias impuestas a sus funcionarios, calificadas de leves

y graves, y a las responsabilidades pecuniarias derivadas de infracciones de tráfico y Ordenanzas y Reglamentos de policía y buen gobierno por hechos cometidos con anterioridad al 22 de noviembre de 1975.

Se exceptúa del indulto las sanciones pecuniarias derivadas de la aplicación de las Ordenanzas de exacciones locales.

2.º En los acuerdos plenarios que las Corporaciones Locales adopten para la aplicación del indulto, señalarán su extensión, dentro de los límites fijados en el apartado anterior.

Lo que comunico a V. I.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 17 de diciembre de 1975.—FRAGA IRIBARNE.—Ilustrísimo señor Director general de Administración Local.

CIRCULAR 4 DE 1975 DE LA FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DANDO NORMAS SOBRE APLICACION DEL DECRETO DE INDULTO DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1975

El "Boletín Oficial del Estado" de 26 de noviembre publica el Decreto de la Presidencia del Gobierno 2.940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede Indulto General con motivo de la proclamación de S.M. don Juan Carlos de Borbón como Rey de España.

El contenido del Decreto, en líneas generales, no ofrecerá dificultades en su aplicación, pues en algunos aspectos (arts. 5.º y 6.º) representa una reproducción del anterior Decreto de Indulto de 23 de septiembre de 1971 (arts. 3.º y 4.º), que determinó la Circular de esta Fiscalía 2/1971, de 9 de octubre, aclaratoria, junto a las Consultas 7 y 9 de ese mismo año, de algunas cuestiones que se prestaban a interpretaciones no coincidentes. Sin embargo, y sobre todo en materia de específicos tipos penales exceptuados del Indulto, contiene algunas particularidades para cuya exégesis correcta conviene fijar con la mayor precisión criterios que unifiquen los dictámenes del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, se trazan las siguientes directrices:

A) LA APLICACION TEMPORAL DEL INDULTO

Según se advierte en la rectificación de errores publicada en el "Boletín Oficial del Estado" de 29 de noviembre, el Decreto entró en vigor el mismo día de su publicación.

El hecho de que el Decreto no tenga marcado expresamente el día inicial, significa que se aplicará a todas las conductas punibles cometidas antes del día 22 de noviembre de 1975, con independencia de que ya hubieren sido objeto de otro o de otros indultos. Así, el *dies a quo* está indeterminado, mientras que el *dies ad quem* o día final hábil para su aplicabilidad a hechos penales es el 21 de noviembre de 1975. Los delitos consumados a partir de esta fecha no se comprenden en el Indulto.

B) EXTENSION DEL INDULTO EN RAZON DE LA NATURALEZA Y CUANTIA DE LAS PENAS

Las penas principales comprendidas en el Indulto son las pecuniarias, las privativas de libertad y la de privación del permiso de conducir.

Respecto de las pecuniarias, se concede Indulto total de las mismas, cualquiera que fuera su cuantía, y ello tanto si figura como pena única o conjunta con penas de otra naturaleza.

En relación con las penas privativas de libertad, el Indulto es total para las penas de hasta tres años de duración, impuestas por delito o falta; es parcial cuando excedan de dicho tope, según la escala contenida en el artículo 1.º, y no resulta aplicable a las penas de esta naturaleza originadas por conmutación de la pena capital (arts. 1.º, apartado e) y 6.º). Se incluyen también los correctivos de privación de libertad por responsabilidad personal subsidiaria.

En la pena de privación temporal del permiso de conducir, el Indulto es total o parcial en la misma medida prevista para las penas privativas de libertad. Sin embargo, no está incluida en el Indulto la privación con carácter definitivo del carnet de conducir prevenida en el penúltimo párrafo del artículo 565 del Código Penal.

En general, las penas accesorias se indultarán en igual medida que la principal; por tanto a indulto total o parcial de la pena principal corresponde indulto total o parcial de las penas accesorias. Hay una excepción para la pena accesoria de inhabilitación y para los comisos. Como el Decreto no distingue, en el término inhabilitación se incluirán las inhabilitaciones absolutas y las inhabilitaciones especiales. Dado que el artículo 2.º, en su párrafo 2, sólo dice "salvo las de inhabilitación", este giro puede significar tanto que esa pena accesoria no se indulta en absoluto como que no se indulta en la misma medida, sino en otra, que la pena principal. Mas como están en esta excepción la inhabilitación y los comisos y ésta es pena indivisible, debe concluirse que las penas accesorias de inhabilitación, nunca son objeto de indulto. Además, así se acomodan a un mismo tratamiento las inhabilitaciones sin distinguir su carácter de pena principal o de pena accesoria. De otro lado, como en la excepción no se cita la pena accesoria de suspensión, hay que entender que sigue la suerte de la principal; pero cuando la suspensión figure como pena principal queda al margen del indulto.

Los comisos se excluyen siempre del indulto, tanto los que pueden llamarse generales (art. 48 del Código Penal) como los especiales (arts. 213, 350, 393 y 602 del Código Penal).

Las penas de muerte resultan afectadas por el Indulto en las dos formas especificadas en el artículo 7.º del Decreto.

El resto de las penas enumeradas en la escala general del artículo 27 del Código que no respondan a la naturaleza de las citadas en el artículo 1.º del Decreto—estén previstas para delitos o para faltas—quedan al margen del Indulto.

En cuanto a la extensión de la Gracia habrá de tenerse en cuenta la escala comprendida en los diferentes apartados del artículo 1.º, lo dispuesto en el artículo 2.º, párrafo 1, y lo prevenido en el artículo 6.º, todos del Decreto.

C) LOS DELITOS EXCEPTUDOS DEL INDULTO

Normalmente la concesión de los beneficios del indulto se hace en función del carácter y de la duración de las penas. Para la exclusión del indulto, por el contrario, se valora de modo general la naturaleza de los delitos (art. 3.^o), aun cuando también se mencionan algunas penas (art. 2.^o, párrafo 2).

El artículo 3.^o del Decreto comprende tres figuras delictivas: Los delitos de terrorismo y los de propagandas y asociaciones terroristas. Los delitos de terrorismo están excluidos siempre, con independencia del tiempo de su comisión; los de propagandas y asociaciones, al ser calificados de terroristas, presentan particularidades que es preciso analizar, pues al no identificarse con las propagandas ilegales y las asociaciones ilícitas al modo como son reguladas en el Código Penal, el *tempus commissi delicti* influye decisivamente en el Indulto.

REGIMEN DE LOS DELITOS DE TERRORISMO EN SENTIDO ESTRICTO

No ofrece dificultades ninguna la exclusión de los delitos tipificados en los artículos 260 a 264 del Código Penal. Hayan sido cometidos antes o después de la promulgación del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975 el Indulto no les alcanza.

Debe hacerse una especial referencia al artículo 268 del Código Penal, comprendido entre las disposiciones comunes a las dos secciones que le preceden; pues bien, la apología sólo se excluirá del Indulto cuando tenga por objeto los delitos de terrorismo o cuando suponga una exaltación de los autores de los mismos, siendo también intrascendente la fecha de su comisión; en cambio, estarán incluidas en el Indulto las apologías de los restantes delitos regulados en el Título II del Libro II del Código Penal siempre que se hayan perfeccionado antes de la promulgación del Decreto sobre prevención del terrorismo.

El Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975 incluyó en sus artículos 6 y 7 nuevas figuras de terrorismo tipificadoras de conductas de favorecimiento personal y real a actividades terroristas. La novedad no es absoluta, pues antes de la vigencia del Decreto-Ley estaban sancionadas, si no como tipos independientes, sí como formas de participación de actos concretos de terrorismo (cooperación necesaria, complicidad, encubrimiento). En cualquier caso, esto es, ya se califiquen a tenor del Decreto-Ley atendido el tiempo de su comisión, o bien como formas de participación en los delitos de terrorismo previstos en el Código (arts. 260 a 264 en relación con el artículo 17-3.^o, párrafo 2.^o, todos del Código Penal) por haber tenido lugar antes del 27 de agosto de 1975, estos delitos están excluidos de los beneficios del Indulto.

El artículo 10 del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975 también está en la excepción del artículo 3.^o del Decreto de Indulto. Se da acogida en aquella norma a diversas modalidades de la apología cuya penalidad no difiere de la que prevé el artículo 268 del Código Penal.

En efecto, de un lado en el artículo 10 hallamos la apología de las asociaciones subversivas que el Decreto de Indulto designa como asociaciones terroristas; la apología de las asociaciones ilícitas en toda su extensión se tipifica

en el artículo 268. Aquéllas están fuera del Indulto si se cometieron a partir del Decreto-Ley, dada su inserción en la legislación de terrorismo, pero la apología de asociaciones subversivas que por razón del tiempo se enmarque en el artículo 268 del Código Penal, resulta afectada por el Indulto.

De otra parte, el artículo 10 sanciona la apología de los actos terroristas y la de sus ejecutores. Ya se califiquen conforme a este artículo o se incluyan en el artículo 268 del Código Penal, sus autores no podrán beneficiarse nunca del Indulto.

Las otras formas apologéticas caracterizadas por su solidaridad con el terrorismo, tampoco se desvían de la regla del artículo 10, que es la exclusión del Indulto cuando la acción se haya desenvuelto a partir del 27 de agosto de 1975.

LAS ASOCIACIONES Y PROPAGANDAS TERRORISTAS

Dado que en el artículo 3.º están exceptuadas totalmente de los beneficios del indulto las llamadas *propagandas de sentido terrorista y los delitos de pertenencia a asociaciones, grupos u organizaciones comprendidas en la legislación sobre terrorismo*, y que en el artículo 1.º se concede el indulto total o parcial en función de las penas impuestas o que puedan imponerse a la generalidad de los delitos previstos en el Código Penal y en Leyes penales especiales, el primer problema que se plantea es el de deslindar las propagandas de sentido terrorista de las propagandas meramente ilegales y las asociaciones terroristas de las asociaciones ilícitas que no revistan aquel carácter; tema en verdad trascendente, pues si una determinada conducta halla su encuadre en las simples propagandas ilegales o en las asociaciones ilícitas sin especial cualificación, estaremos siempre en el área positiva del indulto, y, a la inversa, si esas propagandas o asociaciones se enmarcan en el radio del terrorismo la exclusión absoluta del indulto es manifiesta. Procede, por consiguiente, hacer las oportunas distinciones.

1. *El Indulto en los delitos de asociaciones clandestinas*

El Código Penal no conoce más denominación que la de *asociaciones ilícitas*, sistematizadas en los artículos 172 y siguientes, que presentan multitud de matices y decisivas variantes en la ordenación legal. Las más caracterizadas son las asociaciones ilícitas relacionadas con el hecho político, pues en función de él está ordenado buena parte del texto normativo. El *quantum* de la pena es una nota esencial, y en verdad que ofrece notables oscilaciones en su intensidad; en ocasiones, ese *quantum* está condicionado por la naturaleza intrínseca de los fines asociacionales; otras veces es la fase de su constitución la que determina la asignación de una u otra penalidad; en no pocos supuestos es la gravedad de sus acciones el eje sobre el cual gravita el elemento penalidad. Precisamente por razón de su gravedad hallamos diversos tipos de asociaciones ilícitas.

a) *Asociaciones irregulares en su constitución o formalmente ilícitas.*—Las definen los artículos 172, 4.º, y 175, 1.º. Sin prejuzgar su contenido, la anti-juricidad dimana de informalidades constitutivas; mas una asociación tachada de

ilícita sólo por su forma no vincula permanentemente y puede tornarse en ilícita por su contenido siempre que se acredite su choque con normas penales prohibitivas. Las asociaciones formalmente ilícitas no están sometidas a la excepción que prevé el artículo 3.º del Decreto de Indulto, con lo que las penas impuestas por ella estarán abarcadas por el artículo 1.º del Decreto.

b) *Asociaciones prohibidas*.—El núcleo principal de las asociaciones prohibidas está comprendido en los números 2.º y 3.º del artículo 173. Ocioso es decir que lo importante es su contenido y finalidad y que, precisamente por estar prohibidas de modo expreso, su actividad será siempre de *facto*. La tipicidad de ellas, especialmente las acogidas en el artículo 173, 3.º, es normativa, ya que el texto se remite a “las entidades declaradas fuera de la ley”; esta declaración se encuentra especificada en la Ley de 9 de febrero de 1939. Su número es *appertus*, como lo justifica la siguiente frase que sigue a la enumeración: “Y cualesquiera otras entidades, agrupaciones o partidos filiales o de análoga significación a los expresados”. Este mismo carácter enunciativo se desprende del artículo 173, 3.º, con su expresión y “cualquiera otra de tendencias análogas”. Las asociaciones prohibidas cuya actividad no se proyecte en la subversión violenta de las organizaciones estatales ni en ataques a la unidad de la Patria o la integridad de sus territorios, están incluidas siempre en los beneficios del Indulto.

a') *Asociaciones prohibidas con fines subversivos y violentos*.—Dentro de las asociaciones prohibidas, y como modalidad especialmente agravada, se incluyen en el artículo 174, 1.º, párrafo 3.º, las que tienen “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”. Se trata, en definitiva, de asociaciones prohibidas que por razón de sus fines pretenden la subversión económica, política, social o jurídica del Estado, o bien el ataque a la integridad de los territorios nacionales o el orden institucional.

b') *Asociaciones, grupos u organizaciones terroristas*.—El término asociación terrorista es ajeno al Código Penal, por lo que para hallar la *mens legis* del Decreto de Indulto es imprescindible acudir a otras disposiciones; en particular, al Decreto-Ley sobre prevención del terrorismo de 26 de agosto de 1975, en cuyo artículo 4.º menciona “los grupos u organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas y aquellos otros que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social”. Luego, cuando el artículo 3.º del Decreto de Indulto excluye de este beneficio a las asociaciones terroristas, se está refiriendo a las recogidas en el párrafo 1.º del artículo 4.º del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975; por lo demás, esta misma conclusión se obtiene fácilmente del preámbulo de esta última norma cuando afirma que se incluyen en el Decreto-Ley las “organizaciones cuyas ideologías propugnan la utilización de la violencia y del terrorismo como instrumentos de acción política”. Así, pues, en cuanto asociaciones terroristas quedan al margen del Indulto, perfectamente individualizadas, las organizaciones comunistas, anarquistas y separatistas; y además todos aquellos grupos de estructura y denominación distinta que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social. Estas asociaciones, que ya se consideraban por el Código Penal

subversivas, han sido elevadas a la máxima categoría antijurídica de terroristas, estableciendo por ello una mayor penalidad.

Las asociaciones terroristas y la aplicación del Indulto suscita estas cuestiones:

a") Conforme al art. 3.º, quedan exceptuadas del Indulto las penas por delitos de *pertenencia* a asociaciones terroristas. Ello, en su literalidad, significa que la excepción al Indulto comprende sólo los actos de integración a una asociación como miembros simples o con la cualidad de dirigentes, pero no otros actos de participación distintos de la autoría. Se benefician del Indulto los cooperadores o auxiliares de la actividad de la asociación terrorista, tipicidad autónoma tanto en el art. 174, 2.º, del Código Penal como en el art. 4.º del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975 y por consiguiente distinta a la del afiliado a esas asociaciones.

b") Problema de gran importancia porque incide en el radio mayor o menor del Decreto de Indulto, es el que se plantea en estos términos: Si, admitiendo que las asociaciones terroristas sólo existen con esta denominación a partir de la promulgación del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975, estarán o no sujetas a su mismo tratamiento, obstativo del indulto, las condenas por delitos de asociaciones subversivas del art. 174, 1.º, párrafo 3.º del Código Penal consumados antes de la vigencia del Decreto-Ley. No cabe duda de la virtual coincidencia entre las estructuras punibles básicas de asociaciones terroristas y asociaciones subversivas, y de igual modo es notorio que en las asociaciones terroristas el elemento penalidad es mayor que en las asociaciones subversivas del Código Penal, por lo que no existe una real superposición. De ahí el que sea legítima la siguiente interrogante: ¿se extiende el Indulto a los hechos realizados antes de la vigencia del Decreto-Ley que hallaron su ajustada tipificación en el art. 174, 1.º, párrafo 3.º, del Código Penal o están excluidos porque toda asociación subversiva, incluso las ya juzgadas, se ha transformado *ope legis* en asociación terroristas? Estimamos que las conductas calificadas o que puedan calificarse con arreglo al Código Penal están siempre situadas dentro de los límites del Indulto; sólo las comprendidas en el art. 4.º del Decreto-Ley por haberse concluido a partir del 27 de agosto de 1975, están fuera de él. No puede, en efecto, concederse eficacia retroactiva al art. 4.º del Decreto-Ley porque establece para esos delitos una mayor pena y tampoco puede darse efecto retroactivo a la denominación de asociaciones terroristas para comprender en ella las asociaciones subversivas y llegar a la conclusión de que la exclusión del indulto dispuesta para las asociaciones terroristas comprenda las asociaciones subversivas.

Por otra parte, la propia letra del art. 3.º del Decreto de Indulto nos lleva a este resultado, porque, según él, quedan exceptuados del Indulto "los delitos de pertenencia a asociaciones... comprendidas en la *legislación sobre terrorismo*", y los únicos delitos de tal naturaleza inscritos en la legislación de terrorismo son los del art. 4.º del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975, que merece la categoría de Ley penal especial.

Además no debe olvidarse que las situaciones jurídicas representativas de una excepción son de interpretación estricta. Y si se identificaran asociaciones subversivas y asociaciones terroristas se produciría una interpretación exten-

siva en perjuicio de los condenados, pues se equipararía *legislación sobre terrorismo a Código Penal*, cuando es notorio que en el art. 1.º del Decreto de Indulto se contraponen Código penal y Leyes penales especiales, y que el Código Penal no puede caracterizarse como legislación sobre terrorismo, aunque regule delitos de terrorismo, entre los cuales no se hallan las asociaciones subversivas.

2. *El Indulto en los delitos de propaganda.*

También aquí es necesario indagar el alcance de un giro que se emplea por vez primera en una disposición penal: El de *propagandas de sentido terrorista* (art. 3.º del Decreto) que no debe identificarse con el concepto clásico de propagandas ilegales (art. 251 y 252 del Código Penal). Propaganda ilegal en un plano jurídico es término más amplio que el de propaganda terrorista; para integrar una noción ajustada de la propaganda en sentido terrorista deberá seguirse un proceso análogo al que se adoptó para centrar el verdadero alcance de las asociaciones terroristas. El párrafo 2.º del artículo 4.º del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975 se refiere a "la propaganda de los anteriores grupos u organizaciones que vaya dirigida a promover o difundir sus actividades". Ante este texto deben hacerse las precisiones siguientes:

a) Que en principio es propaganda terrorista la que recaiga sobre organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas y aquellos otros grupos que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social.

b) Pero no toda propaganda relacionada con los anteriores grupos debe calificarse de terrorista, sino exclusivamente aquella "que vaya dirigida a promover o difundir sus actividades", único supuesto contemplado en el artículo 4.º, párrafo 2.º, del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975. Así, no es propaganda de ese carácter la que procediendo de grupos u organizaciones de esa naturaleza va encaminada a fines distintos de los de promover o difundir sus actividades. Propaganda ilegal no puede equipararse a propaganda terrorista, pues este concepto es mucho más restringido tanto en un plano gramatical como en un orden jurídico.

Trasladando estas observaciones a los correspondientes artículos del Código Penal, debe señalarse que propaganda de sentido terrorista será sólo la comprendida en el art. 251, núms. 1.º, 2.º y 3.º; no en cambio la tipificada en los arts. 251, 4.º, y 252; tampoco es propaganda terrorista la definida en el art. 164 bis a) del Código Penal.

c) La propaganda se lleva a cabo a través de multitud de actos normalmente dinámicos; mas a la propaganda en sentido jurídico se equiparan actos que materialmente no constituyen propaganda: la tenencia de material idóneo puede encuadrarse en la propaganda y el uso de símbolos o emblemas propios de organizaciones declaradas fuera de la ley (art. 251, 4.º, párrafos 1.º y 2.º). La mera tenencia de propaganda subversiva o el uso de símbolos o emblemas no es hábil para integrar la propaganda terrorista, ya que debe exigirse una propaganda con sentido real, de difusión efectiva con contenido propiamente terrorista.

d) La diferencia entre propaganda ilegal y propaganda terrorista sólo es importante para los delitos consumados entre las fechas comprendidas entre la entrada en vigor del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975 y la promulgación del Decreto del Indulto, pues sólo en tal fase juega la antítesis exclusión-inclusión en el Indulto; cualesquiera sea el tipo de propaganda perfeccionada antes del Decreto-Ley está comprendida en el Indulto.

3. *El Indulto en los delitos monetarios.*

El art. 4.º excluye del Indulto todos los delitos de falsificación de moneda metálica y billetes del Estado y Banco de los arts. 283 y 290 del Código Penal; también están excluidos los delitos de contrabando y atesoramiento monetarios definidos en la Ley de 24 de noviembre de 1938.

4. *En torno a si existen otras causas de exclusión.*

Tras la interpretación estricta de los arts. 2.º, 2, y 3.º y la literal del art. 4.º del Decreto bien puede afirmarse que no hay más motivos de exclusión del Indulto. En consecuencia —y al contrario de lo que acontecía en Decretos de Indulto anteriores—, son hechos intrascendentes la rebeldía de los inculpados, las faltas graves al régimen penitenciario, la oposición del querellante en los delitos privados y los antecedentes penales.

D) ASPECTOS PROCESALES DEL INDULTO

Como los arts. 5.º y 6.º del Decreto de Indulto vienen casi a coincidir con los arts. 3.º y 4.º del Decreto de Indulto de 23-9-1971, analizados en la Circular 2/1971, de 9 de octubre, buena parte del contenido de ésta es válido en un orden interpretativo. Unas veces como simple recordatorio y otras como cuestiones nuevas, he aquí algunas observaciones:

1. *Cuándo debe solicitarse el Indulto.*—El momento procesal en que deba pedirse la aplicación del Indulto por el Ministerio Fiscal está condicionado por estas circunstancias: El tipo de Indulto, el procedimiento seguido y el estado de la causa.

— Indulto anticipado en procedimiento de urgencia por delito cuyo fallo compete a los Juzgados de Instrucción. Cuando en las diligencias preparatorias se solicite la apertura del juicio oral habrá que formular necesariamente escrito de calificación y pedir por otrosí el indulto anticipado a través de Auto de sobreseimiento libre del art. 637, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la reserva de acciones civiles, que podrán exigirse mediante el procedimiento de tal clase que corresponda.

— En los procedimientos cuyo fallo corresponde a las Audiencias Provinciales, la solicitud del Indulto anticipado cuando proceda, habrá de hacerse por otrosí en el mismo escrito de calificación o inmediatamente de formulado éste.

— Cuando no se trate de indulto anticipado, sino de indulto parcial nor-

mal, la petición de indulto para la rebaja de las penas que correspondan se formulará en trámite de ejecutoria.

— Cualesquiera sea el procedimiento seguido, cuando se trate de delitos calificados pendientes de celebración del Juicio Oral y a los que resulte de aplicación el indulto anticipado, el Fiscal, teniendo en cuenta los antecedentes que obren en Fiscalía, dirigirá escrito al Juzgado o Tribunal pidiendo el sobreseimiento libre del art. 637, 3.º, por Indulto.

— Cuando sean varios los procesados en una misma causa y proceda para uno el Indulto total y para otros el parcial, se solicitará para aquéllos el sobreseimiento del art. 637, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 112, 4.º, del Código Penal. Para los demás continuará el curso de la causa.

— Si las causas que se hallaren en trámite de recurso de apelación lo fuesen por hechos incluidos en el indulto total, es preferible que el recurso se resuelva por sentencia absolutoria de la Audiencia, salvo que las partes desistieran de él, acto procesal a adoptar por el Fiscal si, aún en el caso de que prosperara el recurso, las penas a imponer estuvieran comprendidas en el art. 1.º, a), del Decreto de Indulto.

— En los juicios de faltas, como no está previsto el trámite de sobreseimiento libre del art. 637, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrá de celebrarse el juicio verbal, fase en donde se solicitará la absolución siempre que la pena asignada al hecho sea cualesquiera de las que determinan el indulto total en el art. 1.º del Decreto. No resulta además viable el sobreseimiento libre de las faltas, porque el art. 5.º del Decreto requiere el procedimiento por *delitos*.

2. *Otros requisitos que han de cumplirse para la aplicación del Indulto anticipado.*—El dictamen del Ministerio Fiscal es indispensable y previo al acto de sobreseimiento acordando el indulto, tanto en los delitos perseguibles de oficio como en los de cualesquiera otra naturaleza. Pero el indulto total, en su forma anticipada, requiere además estos trámites:

— En primer lugar, y aunque es preceptiva la audiencia del inculpado, su contenido declarativo no produce efectos vinculantes para el órgano jurisdiccional, de modo que aunque el destinatario se opusiere a que se le apliquen los beneficios del Indulto, si concurren los requisitos objetivos exigibles en el art. 1.º, a), y en el art. 2.º, dos, el Juzgado o Tribunal podrá dictar Auto acordándolo.

— El Indulto no procederá cuando la calificación de las partes acusadoras, distintas del ministerio Fiscal, solicitan penas que por su naturaleza o cuantía excedan de las expresadas en el Decreto para la vigencia del Indulto anticipado, pues el art. 5.º, con carácter cumulativo o conjunto, exige que las penas pedidas *por el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras* estén comprendidas en el apartado a) del art. 1.º.

— Al producirse en el Indulto anticipado la extinción de la responsabilidad penal (arts. 637, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 112, 4.º, del Código Penal) que lleva aparejada dentro de estos procesos la inexigibilidad de la responsabilidad civil, ésta sólo podrá exigirse en el procedimiento civil adecuado. Por ello, el Ministerio Fiscal, al tiempo de solicitar el sobreseimiento libre, pedirá también que se reserven al perjudicado las acciones

civiles que correspondan para la exigencia, en su caso, de la responsabilidad civil. Y cuando se trate de responsabilidad cubierta por el seguro obligatorio en los hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, el Ministerio Fiscal pedirá, tras el sobreseimiento libre, que el Juez o Tribunal dicte el Auto ejecutivo, en la forma y con los requisitos prevenidos en el artículo 10 del Decreto de 21 de marzo de 1968, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de 24-12-1962, sobre uso y circulación de vehículos de motor.

3. *Especial atención del Ministerio Fiscal en las causas afectadas por el Decreto de Indulto.*—En general los Fiscales deberán instar la aceleración de los trámites de las causas en todos los casos en que procediera el Indulto total o el parcial. Pero de modo especial cuidarán de lo siguiente:

— En las causas que se hallen en fase sumarial considerarán la situación de quienes se hallen privados de libertad que puedan ser beneficiarios de cualquiera de las modalidades del indulto, instando, en su caso, la modificación de la situación de los inculpados.

— Las causas que se encuentren ya en Fiscalía en trámite adecuado para formular escrito de calificación serán despachadas con preferencia cuando la aplicación del Indulto debieran ser puestos en libertad quienes estén privados de ella.

— En las causas ya concluidas por sentencia, que no sean firmes, deberán comprobar la situación de los penados, a efectos del indulto, instando lo procedente.

— En las causas resueltas por sentencia firme, utilizando los datos de las fichas de ejecutorias de Fiscalía, se comprobará si es urgente la aplicación del Indulto por la incidencia de los arts. 1.º y 6.º del Decreto sobre las penas compuestas y, en caso afirmativo, solicitar su inmediata efectividad.

4. *Otras cuestiones a tener en cuenta por los Fiscales:*

— Las causas que determinen por aplicación del indulto anticipado habrán de ser objeto de cómputo especial en la estadística anual de las Fiscalías que se formula con motivo de la Memoria.

— Como no es fácil prever todas las dificultades que pueden surgir de la aplicación del Decreto de Indulto, las dudas que se originen deberán ser objeto de consulta especial.

Dios guarde a V. E.

Madrid, 1.º de diciembre de 1975.

Excelentísimos e ilustrísimos señores Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.

CIRCULAR 6 DE 1975 DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DANDO NORMAS ESPECIFICAS Y COMPLEMENTARIAS A LA CIRCULAR 4/1975

La Circular 4/1975, de 1.º de diciembre, exponía las cuestiones más generales que podía suscitar la aplicación del reciente Decreto de indulto

2.940/1975 de 25 de noviembre. Mas previendo esta Fiscalía que la reconocida capacidad de análisis de los señores Fiscales daría lugar al planteamiento de numerosos problemas, se les instó a hacer sugerencias sobre el contenido de aquella norma; recibidas éstas, puede apreciarse, dadas las diversas observaciones contradictorias, que no aparecen resueltos en la letra del Decreto con la claridad precisa diversos puntos de interés práctico, unos de orden sustantivo y otros de carácter procesal.

Con el fin de concentrar en uno sólo los posibles pareceres jurídicos divergentes, he aquí las especiales directrices a que deberán ajustarse todos los informes en materia de indulto relacionado con el último Decreto.

1. En los delitos de estupro, violación o rapto no es procedente el indulto anticipado cuando por cualquiera de las acusaciones se haga alguna de las peticiones previstas en el art. 444 del Código Penal. En este sentido se pronunciaron ya las Circulares de 25-11-1958 y 9-10-1971; tesis que por lo demás coincide en líneas generales con la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en sentencias de 30-1-1974, 10-5-1974 y 19-11-1974.

2. En los delitos relativos a la prostitución tampoco tiene efectividad el indulto anticipado. De un lado, porque en buena parte de ellos, junto a penas pecuniarias y privativas de libertad, están previstas de modo conjunto penas privativas de derechos. Y de otra parte, porque si algunos de esos delitos (art. 452 bis e) no llevan aparejadas penas de inhabilitación, sí van acompañados de medidas (privación de la patria potestad, tutela, autoridad marital: art. 452 bis g) que no podrían acordarse si se desistiera de la acción a través del sobreseimiento libre.

Solución paralela debe darse en el supuesto del art. 546 bis d) cuando se solicite la inhabilitación para la profesión o industria o el cierre temporal o definitivo del establecimiento.

3. En los casos de delitos que lleven aparejadas penas alternativas, unas incluidas y otras excluidas del indulto (art. 422), se atenderá a los términos de la calificación ya hecha o a la que pueda hacerse, procediéndose en este caso con libertad en la elección de pena.

4. En la hipótesis de medidas de internamiento indeterminado acordadas en sustitución de penas privativas de libertad contempladas en el art. 65 del Código Penal, el indulto anticipado será aplicable siempre que a tenor de las reglas del art. 1.º del Decreto alcanzase en su totalidad a la pena sustituida, tesis mantenida ya por esta Fiscalía en Consulta 7/1971 de 23 de octubre.

5. Ante un hecho comprendido en el indulto total y en el que concurra la causa de exención de responsabilidad 1.ª del art. 8, habrá que dar preferencia a esta última, porque las medidas de internamiento, que no son penas, tienden a la curación del delincuente irresponsable, fin que no podría conseguirse acordando el sobreseimiento libre del art. 637, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 112, 4.º, del Código Penal.

6. Según el art. 1.º del Decreto el indulto abarca la pena de privación del permiso de conducir. Nada dice en orden a la prohibición del derecho a obtenerlo. Es necesario incluir ambas situaciones, pues aunque la privación del derecho a obtener el carnet de conducir no esté comprendida en la escala general de penas del art. 27, la preve el art. 516 bis modificado por Ley de

28-11-1974, está consagrada como tal por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 29-3-1974, 5-6-1972, 18-11-1969, etc.) y por una reciente Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo (4/1975 de 2 de diciembre).

7. El indulto comprende todas las penas pecuniarias; en esta expresión debe incluirse no sólo la pena pecuniaria tipo (multa), sino también la de caución (art. 495), que representa una modalidad de aquélla.

8. En los delitos permanentes no habrá lugar a los beneficios del Decreto real cuando la situación jurídica violada que los determina no haya sido interrumpida antes del día final en que el indulto despliega su eficacia extintiva. Por lo demás, el abandono de familia no estará en el radio del indulto, aunque temporalmente esté comprendido en él, pues lo vedan las medidas que establece el art. 487 (privación de la patria potestad, tutela o autoridad marital).

9. Buen número de faltas están castigadas con la pena de reprensión privada (arts. 570, 577, 580, 583, 584 y 586); aunque parezca anómalo, las infracciones culposas más severamente castigadas (imprudencias temerarias y simple con infracción de reglamentos) sólo se excluyen del indulto anticipado cuando la petición de penas exceda del tope prevenido en el art. 1.º, a), en tanto que las faltas de simple negligencia (art. 586, 3.º) incondicionalmente están excluidas de él por causa de la reprensión privada, que al ser pena no designada entre las que forman el área positiva del Decreto, en modo alguno puede entenderse que sea otra la *mens legislatoris*.

10. Aun cuando existan tipos de medidas de seguridad con el mismo nombre que penas situadas en el indulto (privación del permiso de conducción, multa), como el ámbito objetivo del Decreto está delimitado por conceptos tan claros como *delitos y faltas* comprendidos en el *Código Penal y Leyes penales especiales*, no ofrece dudas que las medidas de seguridad están fuera de él, tanto más que como antes se ha observado las medidas contenidas en el Código Penal, tampoco están en la órbita del indulto.

11. El comiso en cuanto pena accesoria (art. 27) de "toda pena que se impusiere por un delito" (art. 48) o falta (art. 602) no es indultable, pues lo prohíbe el art. 2.º, 2, del Decreto. Pero el comiso como acto de ocupación concluido durante la tramitación de procedimientos penales no impide la aplicación anticipada del indulto en causas en que no excediendo las penas del *quantum* fijado en el art. 1.º, a), se hayan intervenido objetos, efectos o instrumentos. Sin perjuicio, claro es, de que a lo decomisado a instancias del Fiscal se le pueda dar el destino prevenido en los arts. 48 del Código Penal y 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues aunque este último precepto se refiere en puridad al sobreseimiento que puede fundarse en la exención de responsabilidad (art. 637, 3.º), que difiere básicamente de la extinción de responsabilidad que conlleva el indulto, parece que debe ser aplicado porque el Decreto de indulto se remite al 637, 3.º.

Mas si el mero acto de comiso o incluso una petición de ese carácter no transformada en pena no es impeditiva por sí sola del indulto, todas las penas accesorias de comiso ya impuestas o que puedan imponerse por razón de la cuantía de la principal, no están comprendidas en el indulto, pues ello realmente supondría muchas veces la entrega de lo decomisado al culpable san-

cionado e indultado. Aunque la referencia conjunta en el art. 2, 2.º, del Decreto de inhabilitación y comiso podría llevar a pensar que su tratamiento ante el indulto es idéntico —siempre exclusión—; no es así si se piensa que la inhabilitación como pena accesoria va unida siempre a penas principales que nunca son objeto de indulto o lo son parcialmente (arts. 45 y 46 del Código Penal).

12. La Ley de Caza de 4-4-1970 restablece para los delitos de caza (art. 42) y para las faltas, en caso de reincidencia (art. 43, 2), la privación de la licencia de caza o de la facultad de obtenerla por un plazo determinado. La condena a la privación de la licencia de caza está excluida del indulto. De un lado, porque nos hallamos ante una pena principal verdadera, a diferencia de lo que ocurría en la anterior Ley de Caza, pues dado el carácter perpetuo de la privación de la licencia, se aproximaba a las medidas de seguridad; como tal pena no está mencionada en el art. 1.º del Decreto, es claro que no le alcanza la gracia. A la misma conclusión se llega si estimáramos con el Tribunal Supremo (Auto de 29-10-1973) que la privación de la licencia de caza no es propiamente una pena, sino una medida gubernativa, porque éstas son ajenas al indulto.

13. A efectos de condena condicional, hay que tener en cuenta la pena impuesta y no la pendiente de cumplir disminuida por el indulto; por ello no se aplicarán los beneficios de la suspensión de condena al resto de pena no indultada inferior a un año, tesis mantenida ya en Consulta 1/1972. Sin embargo, el indulto se aplicará a las penas suspendidas condicionalmente, porque al ser incondicionada la extinción que emana del indulto, siempre será más favorable para el reo. No se extiende en ningún caso a las penas extinguidas por cumplimiento (Consulta 9/1971).

14. Los beneficios del indulto son compatibles con los concedidos en otros indultos generales o particulares, pero los porcentajes que prevé el artículo 1.º actuarán sobre la totalidad de la pena impuesta, no sobre la pena ya reducida por otros indultos.

15. Las costas causadas en delitos indultados totalmente tras dictarse sentencia, que ya se hubieran hecho efectivas, son inmodificables, pues es no:ma en los indultos propios su no extensión a los gastos del juicio y costas procesales (art. 9, Ley 18-6-1870). Las costas que hayan podido producirse con anterioridad al indulto anticipado y que se hallen pendientes, sí están amparadas por él, pues el auto de sobreseimiento libre debe estar ordenado por el mismo sistema liberatorio que las sentencias absolutorias (art. 240, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

16. Conforme al Decreto de indulto, los rebeldes, que tradicionalmente eran excluidos, no están exceptuados de los beneficios. Son, pues, éstos aplicables a los que fueron condenados estando rebeldes, a los condenados presentes, pero en situación de rebeldía tras el juicio oral, y a los declarados rebeldes estando pendiente la celebración de la vista. A los rebeldes ya condenados se les aplicará el indulto total o parcial directamente, sin esperar el cese de tal situación. Relativamente a los rebeldes para quienes pueda solicitarse el indulto anticipado, éste desplegará sus efectos si, habiéndose señalado un prudencial plazo para ser oídos, no se hubiesen presentado al llamamiento judicial.

17. Aunque no es vinculante para el órgano jurisdiccional la presunta opo-

sición del inculpaado al indulto, que en virtud del derecho a ser absuelto puede preferir la celebración del juicio y la posible sentencia absolutoria, es lo cierto que se requiere su audiencia, pero no hasta el punto de que si ésta no resultase posible en un plazo determinado que se señale, su falta sea impeditiva del indulto; al contrario, agotado el término, el silencio deberá interpretarse como aceptación en virtud del principio *favorabilia sunt amplianda*.

18. Cuando los hechos puedan dar lugar a penas de diverso carácter, unas excluidas y otras incluidas en la gracia, no es procedente instar el indulto anticipado para unas penas y calificar para las exceptuadas; la solución correcta consiste en formular escrito de conclusiones para todas, sin perjuicio de que tras el juicio oral y la sentencia se aplique el indulto total a las penas comprendidas en el artículo 1.º a) del Decreto.

19. Tratándose de penas a las que, por su naturaleza, se extiende el indulto, será necesario celebrar el juicio oral si cualquiera de las partes acusadoras solicita alguna pena que exceda de tres años; mas si concluido el juicio oral la Sala considera que la pena a imponer no debe rebasar los tres años, se suscita la cuestión de si se puede aplicar directamente el indulto en la sentencia, que será absolutoria con base en el artículo 112, 4.º, del Código Penal, o si procede dictar sentencia condenatoria indultando después la pena impuesta tras el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal. Esta última tesis es mantenida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 29-3-1973, 15-11-1973, 13-3-1974, 16-6-1974 y 26-1-1975.

20. Si en su calificación provisional el Ministerio Fiscal ha solicitado penas excluidas del indulto, pero la petición que haga en las conclusiones definitivas sí está incluida en él, el juicio deberá terminar por sentencia, pero si es absolutoria, dicha absolución no podrá fundarse en el artículo 112, 4.º, y si es condenatoria se aplicará el indulto seguidamente a su firmeza.

21. Si el Ministerio Fiscal ha instado el sobreseimiento del artículo 637, 3.º, por entender que procede el indulto total, pero la acusación particular solicita pena excluida del indulto, deberá celebrarse el juicio en donde el Fiscal pueda mantener o modificar su tesis originaria.

22. Si no hubiera acusación particular y el Ministerio Fiscal entiende que es procedente el indulto anticipado y de aplicación, consiguientemente, el sobreseimiento libre del artículo 637, 3.º, el órgano jurisdiccional puede no estar de acuerdo con el Fiscal, adoptando una de estas decisiones: dictar, desde luego, Auto no dando lugar al sobreseimiento, en cuya hipótesis el Fiscal deberá formalizar los oportunos recursos que se citan en la Consulta 10/1971. O bien, puede el Tribunal, antes de resolver sobre lo solicitado, hacer uso de la facultad que se le concede en el artículo 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en este caso el Fiscal de la Territorial antes de resolver la Consulta, lo pondrá en conocimiento del Fiscal del Tribunal Supremo, quien acordará lo que proceda.

Al contenido de la presente Circular deberán atenerse los señores Fiscales ante supuestos de hecho coincidentes, con los que aquí son objeto de análisis.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid, 16 de diciembre de 1975.

Excelentísimos e ilustrísimos señores Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.

Jurisprudencia Penal 1975

(3.^a parte)

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Doctor en Derecho

Profesor Adjunto en la Universidad Autónoma de Madrid y Vicesecretario del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

§ 1. Artículo 10:13.^a, Agravante de nocturnidad.

La agravante inherente a la realización del delito de noche implica que el «delincuente se manifiesta imbuido de una mayor culpabilidad y necesita de una superior reprochabilidad, por su alta peligrosidad, al buscar deliberadamente, o al aprovechar conscientemente, el auxilio idóneo de las sombras para conseguir mayor libertad y facilidad ejecutiva con indenfensión de la víctima, al anularle o disminuir su capacidad reactiva, personal y el apoyo de personas ajenas, y porque, además, se dificulta o evita la identificación del agente; consiguiendo, por fin, un más fácil impunitismo y huida. Todo lo cual genera una más intensa alarma social y una mayor facilitación delictiva o ventaja para la ejecución del comportamiento antijurídico.

La agravante de nocturnidad precisa de los elementos siguientes:

a) Un **presupuesto objetivo o real**: que el hecho criminal lo realice el sujeto activo al amparo de las sombras, faltando la luz natural, por concurrir el fenómeno físico-geográfico de la noche.

b) Un **elemento subjetivo o intencional**: que el propio sujeto busque intencionalmente la noche como medio óptimo para la ejecución del delito o aproveche su existencia en el instante de realizarlo, acogiéndola para su utilitario proceder en beneficio de alguno o de todos los fines anteriormente fijados.

c) Un **elemento material final**: que la noche haya efectivamente supuesto una ventaja ejecutiva, al favorecer el delito y sus consecuencias.

Se da la agravante, al concurrir el fenómeno físico de la nocturnidad y ser ésta aprovechada, al desconectar el autor, una vez que penetró en la morada ajena, los plomos de la conducción eléctrica, lo que supuso anular la luminosidad artificial que podía evitar las sombras de la noche. Esto demuestra tanto que la noche existió como elemento objetivo como que fue buscada de propósito, sin su eliminación posible por la luz artificial, y además conseguir la inidentificación y el impunitismo, así como el eludir el apoyo de terceras personas, a esa hora de descanso (tres de la madrugada) y, consiguientemente, la defensa de la víctima (S. 2 julio 1975).

§ 2. Artículo 10:13.º, **Agravante de despoblado.**

La agravante de **despoblado**, incluida en el apartado 13 del artículo 10 del Código penal, junto con la noche y la cuadrilla, tiene entidad propia, aunque la **ratio** agravatoria de las tres circunstancias sea igual o muy análoga: en cuanto **todas ellas** —como otras no incluidas en dicho número— **son modalidades de ejecución del delito** (tiempo, lugar, codeincuencia) que buscan, de forma cuasi-alevosa, la indefensión de la víctima y que **en el despoblado se traduce en la imposibilidad de asistencia a la misma**. De suerte que los dos **elementos** en que descansa esta agravante —**objetivo y subjetivo**— la condicionan en mutua interacción, dado que, partiendo del **primero**, se precisa la **efectiva ausencia de población y de concurrencia de gentes**, por lo que **faltará el requisito ahora en examen si en el lugar, alejado de poblado, se da un accidental concurso de personas** [S. 7 junio 1873], como, a la inversa, si no existe verdadero despoblado, no podrá apreciarse la agravante por desasistida que se encuentre la víctima y sin perjuicio de que tal situación de desamparo pueda engendrar otros motivos de agravación; de modo que, como ha dicho la Sala 2.ª, **por despoblado hay que entender a efectos penales aquel paraje en que, por alejamiento de núcleos de población, sea difícil o poco probable encontrar personas que obstaculicen la acción delictiva** [S. 17 abril 1964]. Esta noción se completa en el **plano subjetivo** por el **ánimo de prevalerse el culpable de aquel mayor desamparo que trasciende del sitio desierto o de improbable tránsito de personas** [S. 30 junio 1904]; o dicho en términos equivalentes a los empleados para la vecina circunstancia de nocturnidad, que el **despoblado haya sido aprovechado por el agente del delito** [SS. 30 junio 1961, 5 noviembre 1966] o **buscado de propósito por el mismo en su plan delictivo**, lo que lleva la agravante al cénit de su perfección jurídica [S. 27 diciembre 1947 y la ya citada. S. 17 abril 1964]; siendo finalmente de advertir que el **fundamento que se le asigna**, como la concurrencia de los señalados requisitos, **no debe impedir su aplicación a los atentados contra la honestidad, por entenderse que en ellos es inherente el sigilo y la soledad buscada de la víctima para su mejor perpetración**, pues ello puede predicarse de todos los delitos en que el delincuente trata de buscar, naturalmente, la **impunidad**, sin que por ello se niegue la concurrencia del **despoblado** con la peculiar inasistencia a la víctima que de él se devriva, razón que ha movido a esta Sala a declarar la existencia de la agravante en **delito de violación** [SS. 16 enero 1897, 13 agosto 1906, la repetida de 17 de abril de 1964, 7 octubre 1968 y 22 noviembre 1975].

Por tanto, en un **delito de violación** en grado de tentativa, el T. S. aprecia la agravante, por cuanto del relato fáctico se infiere que concurren tanto el **elemento objetivo** —«lugar alejado de poblado y poco frecuentado»— como el **elemento subjetivo** de la agravante —«sitio elegido por el procesado para la mejor realización del delito»—; concurso de ambos factores que denuncian también la **esencia de este plus agravatorio que ya se ha visto que es la falta de auxilio que para la víctima se deriva** [S. 22 noviembre 1975].

§ 3. Artículo 10:15.º, **Agravante de reincidencia.**

Antecedentes penales no operantes en la causa y documento auténtico.

En un delito de injurias al Jefe del Estado, la sentencia del Tribunal

«a quo» hace constar que el reo «tiene antecedentes penales no operantes en esta causa», pero que pueden tener consecuencias a la hora de ejecutar la sentencia.

Ante la impugnación de tal extremo hecha por el recurrente, el T. S. estima que «no puede admitirse el primer motivo del recurso que pretende eliminar de los hechos probados la afirmación de que el inculpado tenía «antecedentes penales no operantes en esta causa», porque la certificación del Registro Central del Ministerio de Justicia, obrante al folio 20 del sumario, asegura que carece de ellos, pues no se tiene en cuenta que este indudable documento auténtico se halla contradicho positivamente por otro que también lo es: el certificado del Juzgado Municipal de Logroño, lugar de nacimiento del procesado —folio 24—, que asegura terminantemente que de los libros de cargo del Secretario, resulta la anotación de que la Audiencia de Logroño le condenó por delito de robo en el sumario 134-63 y sentencia de 19 de julio de 1963, a la pena de tres meses de arresto mayor, por lo que la posición negativa de aquella certificación está contradicha positiva y detalladamente por la última, que tiene iguales garantías de certeza y a la que hay que dar crédito preferente, por su contenido, ratificado incluso por el informe de la Guardia Civil, del folio 22, ya que son algo corrientes las discordancias entre la existencia de condenas judiciales y la falta de anotaciones en aquel Registro, y que se suplen por los certificados de los Juzgados Municipales, en donde también se anotan las condenas, en ejecución de sentencias —artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—. Certificaciones éstas que gozan del mismo rango de autenticidad que las hojas expedidas por el Registro Central de Penados y que, lejos de ser contradictorios, se complementan para formar el historial delictivo del inculpado, supliendo aquélla la falta de anotación advertida en tal Registro ministerial, como ya dijeron las sentencias 15 octubre 1951 y 13 octubre 1954 (S. 7 noviembre 1975).

Por el contrario, el artículo 379 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice claramente que «se traerán a la causa los antecedentes penales del procesado, pidiendo los anteriores a la creación del Registro Central de Penales de 2 de octubre de 1878 a los Juzgados donde se presume que puedan, en su caso, constar, y los posteriores exclusivamente al Ministerio de Gracia y Justicia». Lógicamente los posteriores a esa fecha han de requerirse del Registro Central.

§ 4. Artículo 10:16.ª, Agravante de morada.

La libertad domiciliaria de la vivienda, protegida in abstracto en el artículo 15 del F. E., como derecho inherente a la personalidad, viene protegida in concreto por la agravante fundamentalmente objetiva de realizar el delito en la morada del ofendido, si éste no ha provocado el suceso. Tal conducta se halla dotada de una mayor antijuridicidad, ya que se ultraja o profana la santidad del hogar ajeno. Se trata de proteger un interés legítimo, humano y jurídico, cual es el derecho a la habitación íntima.

La agravante se integra por los elementos siguientes:

a) Que en la morada de una persona, ajena para el sujeto activo, cometa éste un delito.

b) Que el ofendido no haya provocado con su conducta el suceso.

c) Que el sujeto activo conozca que se trata de morada ajena, aunque carezca del ánimo de menospreciarla, si materialmente la profama con su conducta delictiva, realizada dentro de ella y que quiere dolosamente efectuar.

Por **morada**, a tales efectos —que no precisa ser un elemento cualificativo y típico imprescindible para el delito cometido, ya que en tal caso éste la absorbería— se entiende «**todo lugar más o menos habitable, reservado a una persona o familia, donde resida, descanse o satisfaga las condiciones de vida doméstica, cualquiera que sea el título legítimo por el que disfrute la habitación, de cuyo amplio concepto indudablemente se deriva que, además de ser morada las casas y los meros apartamentos —habitación o vivienda, según el Diccionario de la Academia—, donde residen personas, también lo son los simples departamentos o habitaciones de hoteles o edificios y pensiones, como ya determinaron las sentencias de la Sala 2.ª de 20 de julio de 1935 y de 14 de junio de 1958**», porque sirven también los últimos para el alojamiento de las personas (S. 2 julio 1975).

§ 5. Artículos 14:3.º y 16, Cooperación necesaria y complicidad.

El **delito de violación** es una infracción punible de las llamadas **propias o de propia mano**, y es indudable que, sólo el que yace con la mujer en cualquiera de las hipótesis contempladas por el artículo 429 del Código penal puede reputarse autor material del hecho, y que, por tanto, aunque hubiere con otra persona «*pactum sceleris*» o concierto previo, recíproca cooperación, conciencia de la ilicitud del acto y hasta realización de algún acto ejecutivo, la conducta de dicha persona podría incardinarse en el número 3 del artículo 14 del Código penal o en el artículo 16 del mismo, pero nunca en el número 1 del citado artículo 14.

El **auxilio delictivo** puede ser **necesario**, y entonces encontrará su adecuado asiento en el número 3 del artículo 14 del Código penal, o **no necesario**, en cuyo caso se incluirá en el artículo 16 del mismo cuerpo legal; siendo de destacar al respecto que la **cooperación necesaria en el delito de violación** ha sido analizada por el Tribunal en SS. 10 marzo 1897, 20 enero 1883, 15 febrero 1898, 27 mayo 1925, 4 junio 1952 y 30 junio 1962, en las que, por regla general, se estudian, con conclusión positiva, supuestos en los que uno o varios individuos sujetaban a la víctima para vencer su resistencia o le tapaban la boca para impedir que gritara en demanda de auxilio, mientras que el autor principal realizaba los actos propios del yacimiento.

La distinción entre **cooperación necesaria** y **complicidad**, o entre **auxilio necesario** y el **no necesario**, tema defendido por el recurrente en el único motivo admitido, no es nada fácil, como ya destacaron las SS. del Tribunal de 16 marzo 1944, 2 febrero 1943 y 3 febrero 1949, habiendo definido la S. 30 junio 1892 a los **auxiliadores o cooperadores necesarios** como «**aquellos que conscientemente ejecutan un hecho distinto del constitutivo del delito, pero indispensable para la realización de éste**», mientras que las SS. 20 junio 1892 y 5 marzo 1904 estimaron que son **cómplices** «**dos que sin ser causa eficiente del delito y sin realizar actos necesarios para su consumación, contribuyen a dar facilidades y auxilio al hecho o a los delinquentes, de**

modo que sin su intervención sea posible el delito». De lo que se infiere que, en la **cooperación necesaria**, los actos realizados por el partícipe son causales o «**conditio sine qua non**» del resultado, de tal modo **imprescindible**, además de **eficaz**, que sin ellos el delito no hubiera podido perpetrarse; discutiendo la doctrina acerca de si el juicio hipotético y «**a posteriori**» realizado por el juzgador para determinar la necesidad e imprescindibilidad de los actos de auxilio realizados por el copartícipe debe efectuarse en abstracto o en concreto, entendiendo ciertos sectores doctrinales que debe equidistar o intermediar entre ambas formas de ponderación, mientras que la doctrina moderna se inclina decididamente por la apreciación de la necesidad o imprescindibilidad en concreto, es decir, en relación al momento histórico específico analizado en la causa de que se trate; habiendo adoptado este Tribunal la misma posición en SS. 20 diciembre 1960, 28 junio y 1 julio 1963 y 25 marzo 1965, aunque la S. 4 marzo 1965 mantuvo la doctrina según la cual la investigación de dicha necesidad y la conclusión de su concurrencia o no concurrencia debe realizarse conjuntamente en abstracto y en atención a las realidades fácticas concretas (S. 10 octubre 1975).

§ 6. Artículos 27, 29, 30 y 45, **Inhabilitación**.

De los artículos 27, 29, 30 y 45 del Código penal, se deriva claramente que las **penas de inhabilitación**, tanto **absoluta** como **especial** —a pesar de que aquéllas no estén nominadas en el segundo de dichas normas— y las de suspensión para cargos públicos, derecho de sufragio, profesión u oficio, poseen la **doble naturaleza** de ser **sanciones principales** y **accesorias**, lo que **dependerá del origen de su imposición**. Puesto que, si se hallan establecidas en los tipos delictivos como **penas directas, solas o conjuntamente con otras**, tendrán la estimación de penas **principales**, y su extensión se determinará según los límites del artículo 30. Pero, si **no están impuestas de forma directa y expresa** en los tipos y, sin embargo, tienen que operar por la condición de otras penas principales decretadas, según lo precisado en los artículos 45 a 48, inclusivos, entonces deberán ser calificadas como **penas accesorias**, siendo su duración la peculiar de la pena establecida principalmente. Pero, de acuerdo con dicho artículo 29, es **preferente la pena principal sobre la accesoria**, de tal forma que, si para un delito se señala **una pena de doble naturaleza**, se entenderá que su **condición es principal y no accesoria**, pues únicamente merecerá esta última condición de no imponerse directa y especialmente por la ley. Por lo que ha de llegarse a la conclusión de la **imposibilidad de admitir el juego dúplice de una pena de doble naturaleza**, es decir, como **principal** y como **accesoria a la vez**, porque lo prohíbe implícitamente el concreto mandato del artículo 29 y el principio «**non bis in idem**», o de la doble sanción de la misma conducta, reiterándose así la doctrina de la sentencia de la Sala 2.^a de 25 febrero 1974 que contrarió la resolución de 2 febrero 1955 (S. 9 diciembre 1975).

Por la efectividad de la anterior doctrina, ha de **acogerse el motivo cuarto del recurso**, pues si la sentencia por delito de malversación del artículo 394 condenó al procesado a la pena de seis años y un día de presidio mayor, y también a la sanción principal y típica de inhabilitación absoluta de ocho

años, es evidente que **no pudo, a la vez, utilizar esta última pena como accesoria de la primera**, y por el tiempo de su alcance privativo de libertad, pues la imposición como principal impedía su utilización dúplice como accesoria, lesionando el principio de no penar dos veces la misma conducta (S. 9 diciembre 1975).

§ 6 bis. Artículo 28, **Pena de multa.**

«Si a partir de las reformas del Código penal de los años 1944 y 1963, el artículo 28 **determina los límites de la gravedad o levedad de la pena de multa**, atendiendo a que se impusiere como **pena principal y única**, y señalando el de **exceder o no**, respectivamente, las **cinco mil pesetas** —actualmente diez mil, según la reforma de 28 de noviembre de 1974—, es obvio que **no cabe someterla al tope indicado cuando la multa se halle prevista como principal conjunta o en concurrencia con otras penas de naturaleza diferente**, en cuyos casos ha de estarse al **tipo aplicado como delito o como falta**, sin atender a la **cuantía mínima de la multa a decretar**, pues sólo resulta prohibido imponerla por debajo de las 5.000 pesetas —hoy 10.000—, cuando la multa sea la **única pena fijada para el delito de que se trate**, pero si la multa es pena principal conjunta con otras sanciones privativas de libertad, o restrictivas de libertad o derechos, **no se lesiona lo determinado en el artículo 6.º para el delito, por imponer multa a un comportamiento delictivo por la actuación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, de la participación criminal o de su desarrollo físico, en cuantía inferior a dichos límites**, pues siempre se penará el delito calificado con pena grave conjunta a la rebajada multa, siendo esta doctrina reiteración de la ya establecida en SS. recientes de 14 noviembre 1958, 20 enero y 5 junio 1959, 3 octubre 1973 y 31 enero y 18 febrero 1975, y de la que sostiene la consulta de la Fiscalía de T. S. de 9 noviembre 1972» (9 diciembre 1975).

Por tanto, si la falsedad en documento público del artículo 302 del Código penal, está penada con presidio mayor y multa de cinco a cincuenta mil pesetas, y al concurrir la semiximente de estado de necesidad, y aplicarse la rebaja del artículo 66, la pena a imponer para aquélla fue bien establecida como presidio menor, pero **no la de multa**, que conforme a lo argumentado a «sensu contrario» del artículo 28, y lo dispuesto en el artículo 76, debió imponerse **no en cuantía de 10.000 pesetas, sino entre 2.500 y 4.999 y al no hacerse así, se infringieron tales normas**; lo propio que sucede con los dos delitos de falsedad en documento mercantil del artículo 303, que penados con presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas, debieron rebajarse las sanciones dúplices, por el juego de tal semiximente, a **arresto mayor, como se hizo, y a multa entre 2.500 y 4.999 pesetas, lo que no se realizó**, por imponerse sendas multas de 5.000 pesetas, debiendo corregirse en tal sentido las penas impuestas a tales delitos (S. 9 diciembre 1975).

§ 7. Artículo 67, **Prohibición de residencia del reo «in loco delicti».**

La pena de **prohibición al procesado de residir en Madrid durante un año**, a partir de la firmeza de la sentencia la fundamenta nuestro T. S. en

«el sentimiento de justo dolor causado por el procesado con su conducta tanto en su confiada novia como en los padres de la misma, al resaltarse luego la violencia moral que supondría para éstos la convivencia en la misma localidad que el ofensor de su honor y, así, justificar la prohibición de residencia del reo en Madrid durante un año a partir de la firmeza de la sentencia, medida postulada por la acusación privada que, al propio tiempo, renunciaba a toda indemnización, poniendo de relieve que no le guiaba ningún interés crematístico...» (S. 10 noviembre 1975).

El artículo 67 del Código penal establece como medida especial de interdicción domiciliaria y con finalidad cautelar cierta, complementaria o adicional de las penas típicas que ciertos delitos conllevan, y bastante similar a la pena de destierro, la prohibición de volver el reo al lugar del delito en que reside la víctima o su familia, si fueren distintos, atendiendo para ello a la objetividad del delito cometido y su gravedad trascendente, de un lado, y a la subjetividad del delincuente, de otro, por el peligro que presente para su actuación futura.

La difícil precisión de esta interdicción domiciliaria, como pena o como medida de seguridad, fue determinada por la sentencia de 22 de marzo de 1969, al calificar como medida de seguridad facultativa del judicial, si bien posee las características de la pena de destierro, estando incluida en la sección relativa al cumplimiento de las penas, a cuyas normas se somete. Sin embargo, tal cuestión es puramente académica y doctrinal, sin mayor trascendencia y de no muy clara solución, toda vez que no se halla incluida en el catálogo de penas del artículo 27, hallándose en él sólo el destierro, al que, sin embargo, debe asimilarse una modalidad específica cuya encaja en el concepto del artículo 30, para no hacer una medida absolutamente indeterminada, en contradicción con el principio de los límites temporales de las sanciones. Este carácter de pena parece otorgárselo también el artículo 67, si sólo se atiende para determinar su existencia a la gravedad objetiva del delito cometido, lo que no puede ser así, ya que dicha norma agrega acumuladamente a tal gravedad y como presupuesto indispensable el elemento subjetivo del peligro que el delincuente represente con su posible futura actuación. De donde deriva la finalidad esencial a que se dirige la norma, de evitar nuevos riesgos que desemboquen en otros delitos. De forma que, en este último sentido, se valora la prognosis de posibles actos criminales y es también una medida de seguridad, a la vez que una retribución, pues del grave delito incriminado surge, como consecuencia, la peligrosidad futura del agente, que es preciso prevenir. De donde se infiere su carácter mixto y ambivalente a la vez (S. 14 octubre 1975).

§ 8. Artículo 71, Concurso ideal.

En un supuesto en que el T. S. condena por delito de homicidio, violación y hurto, desestima la aplicación del artículo 71, en base a considerar que «ya se considere el segundo supuesto contemplado en el artículo 71 del Código penal como un caso del llamado concurso real de delitos —según pretende un sector doctrinal—, ya como un modalidad del concurso ideal —según defiende otra parte de la doctrina—, es lo cierto que queda equi-

parado en su tratamiento penológico al primer supuesto —inegablemente integrador del típico concurso ideal— de que un sólo hecho constituya dos o más delitos. No cabe duda que, para poder apreciar la hipótesis de conexión instrumental o medial entre uno y otro delito a virtud de su relación teológica, lo que nunca puede faltar es **la necesidad de tal ligamen, que «uno de ellos sea medio necesario para cometer otro»**, como dice terminante el precepto. Por lo que se comprende que, según se entiendan los términos de tal necesidad, será mayor o menor la amplitud del precepto con las beneficiosas consecuencias que con el mismo se propugnan como asentado en el sistema penológico de la absorción, notoriamente mas favorable que los sistemas de **acumulación de penas** —material o jurídica— que en principio serían aplicables, en cuyo examen la doctrina de la Sala 2.ª exige, en primer término, un **carácter objetivo o real a la necesidad medial** que se postula o, lo que es lo mismo, que **la unidad del hecho ha de ser considerada en el orden ontológico del ser y de la causalidad efectiva, no en el orden teológico individual** [SS. 12 junio 1878, 7 abril 1964, y 23 octubre 1965]; categoría objetiva que **no excluye un elemento subjetivo o de volición del sujeto activo, es decir, que supuesto aquel vínculo real**, sobre él se proyecte la voluntad del agente, lo que evita considerar la necesidad de una manera puramente psíquica [SS. 12 junio 1878 y 23 octubre 1965 en cuanto hablan de la unidad del impulso criminal y de la finalidad perseguida por el agente]; como, en fin, es menester **interpretar la necesidad en un sentido concreto con vista de la particular situación fáctica**, pues, entendida en un sentido abstracto, limitaría la aplicación del artículo 71 a los casos en que el delito fin sólo puede cometerse a través de un determinado delito medio, atendida la contextura típica de ambos, prescindiendo de que en la realidad fue pensada y llevada a cabo por el autor aquella conexión de infracciones [SS. 29 diciembre 1947 y 20 mayo 1964].

Por tanto, aquella postulada exigencia de **referir la necesidad al caso concreto** explica que en algunas y ya lejanas resoluciones da la Sala 2.ª se haya admitido el **concurso (ideal)** de los **delitos de homicidio y violación** [SS. 19 diciembre 1888 y 18 febrero 1889], sentencias cuya posterior irrepetibilidad ya está indicando la dificultad real del supuesto concursal entre ambos delitos, pues ya se comprende que **fuera del homicidio sádico**, en que se mata para buscar la satisfacción sexual, los casos que normalmente presente la **praxis** —tal el de autos—, **la violación mortal no se muestra, ya «a priori», como rigurosamente necesaria al fin y efecto de lograr el yacimiento**, por más que el delito de violación exija una fuerza o intimidación proporcionadas para lograr el coito no consentido por la mujer, es decir, que ni desde el **plano causal-objetivo**, ni desde el **punto de vista del agente, aparece, en principio, como estrictamente necesaria la muerte de la mujer** —aunque sí la causación de otras violencias— para perpetrar la violación de la misma. Por lo que, si desde este plano teórico-abstracto bajamos al concreto de hecho, el que en definitiva decide la cuestión, según se ha dicho, el examen del relato histórico de la sentencia recurrida **llevada a cabo por el procesado para lograr yacer con su infortunada víctima**, pues si ya de entrada se nos presenta al reo como persona de robusta

constitución física, en pleno vigor vital consiguiente a su edad de 39 años y con superior experiencia —en todos los órdenes— a la intefecta, de 22 años, y en el momento álgido del hecho, se describe el acometimiento de que hizo objeto a su accidental compañera en términos tales que bien puede hablarse de un verdadero furor agresivo, pues no otro calificativo se desprende de la frase «ciega y brutal» empleada por la Sentencia «a quo», no es de extrañar que uno de los desatentados golpes que propinó el procesado a la joven en la cabeza contra la carrocería del coche, alcanzara el grado de causalidad bastante a producir su muerte poco después; golpe letal que ya en este terreno de pura circunstancialidad fáctica se revela como innecesario para que el procesado colmara sus propósitos libidinosos, como lo demuestra de manera palmaria que antes de propinarlo lograra despojar a la muchacha de las botas de piel (con cremallera) y del pantalón que vestía, indicador todo ello de que la tenía ya a su merced y que la fuerza que siguió desplegando después, precisamente la que causó la muerte, se revela ya como un **plus inútil para la consumación de la violación**; falta de necesidad que igualmente se refleja en el plano psíquico del autor, pues cualquiera que sea la calificación que el homicidio perpetrado merezca en la esfera de la culpabilidad, que aquí no se discute, es lo cierto que el procesado no lo buscó como instrumento de sus designios carnales, sino que se muestra como gratuito y totalmente ajeno a tales perseguidos fines, más hijo de su desatada y cruel violencia que instrumento planeado para llevar a cabo el deseado acceso con la mujer. Por lo que, si tanto desde el plano objetivo, como psíquico, la muerte de la violada no se manifiesta en la situación concreta que se enjuicia como estrictamente necesario, fundamento inexcusable del beneficio penal que recoge el artículo 71 del Código punitivo, habrá que convenir que no se está en el caso de aplicar dicho precepto (S. 2 octubre 1975).

§ 9. Artículo 119, **Funcionario público.**

Al ser la malversación uno de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, el sujeto activo ha de ostentar la condición de ser **funcionario público**, a efectos penales, es diferente de la meramente administrativa, y más extensa, y que se fija en el artículo 119, párrafo 3.º, del Código penal, estimando como tales, genéricamente, a los que por disposición inmediata de la Ley, o por elección, o por nombramiento de autoridad competente, participen del ejercicio de funciones públicas, lo que permite, por la relatividad y amplitud del concepto, acoger los funcionarios estatales en propiedad o interinos, y a los paraestatales o de organismos autónomos, e incluso a los que, siéndolo de un organismo oficial, pasen a prestar sus servicios como agregados o en comisión a otro diferente, siempre que además del carácter funcional participen, como es esencial, del ejercicio de las funciones públicas (S. 9 diciembre 1975).

§ 10. Artículo 147, **Injurias al Jefe del Estado.**

El procesado había colocado, al tiempo que realizaba unas obras de solado en la antebodega de su propiedad, una moneda de cien pesetas, de

curso legal, insertándola en el pavimento. La moneda portaba la efígie del Jefe del Estado hacia arriba, donde era fácilmente pisable y sobre la que un día no determinado de finales de julio de 1973, con ocasión de una visita que a dicha bodega realizó un amigo suyo, arrojó el procesado sobre ella el resto de vino que le quedaba en un vaso con el que había efectuado libaciones.

El T. S. confirma la sentencia condenatoria de la Audiencia a la pena de un mes y un día de arresto mayor con sus accesorias por un delito de injurias al Jefe del Estado y considera que:

«El delito tipificado en el artículo 147 del Código penal, dentro de los referentes a la Seguridad Interior del Estado y cometidos contra el Jefe del Estado español, condena entre otras conductas: las constituidas por injurias vertidas contra el más alto sujeto pasivo, por escrito o con publicidad fuera de su presencia, o de cualquier otra forma, y bien sean graves o leves, estableciendo penas diversas y concediendo en él una privilegiada protección al honor de la persona que encarna la más amplia Magistratura y jerarquía de la Nación, contra los ataques que afectan tanto a su patrimonio moral privado como al acervo público de representación y garantía de la dignidad de que está oficialmente revestida su persona, y que suponen un especial desacato injurioso contra la misma.

Al no definirse la injuria contra el Jefe del Estado, ha de acudir para determinar su existencia al contenido descriptivo de la injuria común del artículo 457 del Código penal, pues no se diferencia de ésta más que en la singularidad de que el sujeto pasivo de la ofensa es el Jefe del Estado y no los particulares. Por lo que dicha infracción criminal se constituye por la expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, desprecio o menosprecio del Jefe del Estado español; teniendo que concurrir, por lo tanto, el «animus iniuriandi», manifiesto en la conducta realizada, como elemento subjetivo del injusto, y las actitudes o palabras, que en su objetividad misma, representen la injuria, por su significación difamatoria, que, de no existir, hace presumir el deseo injurioso, salvo demostración en contrario, a cuyo fin deben ponderarse la circunstancialidad concurrente de ocasión, lugar, motivación y demás atendibles axiológicamente, en el caso concreto.

Dentro de la injuria al Jefe del Estado, suponen menosprecio de su jerarquía y dignidad, las acciones de cualquier clase que supongan un desdén, desaire, ultraje, ofensas o desprecio, por tenerlo en menos de lo que se merece, y por demostrarle con malicia poca estimación a su jefatura y simbolismo; y ello, tanto suceda de manera grave como leve, pues, en cualquier supuesto, el hecho es delito acogido en el artículo 147 del Código penal, aunque influya en la sanción. Siendo doctrina de la Sala 2.ª que no es injuria al Jefe del Estado la mera irreverencia o falta de respeto [SS. 22 marzo 1884, 24 abril 1903 y 5 julio 1912]; pero sí lo es hacer burla o escarnio de sus actos [S. 31 octubre 1884] y que existe tal infracción aunque la injuria sea encubierta [S. 8 octubre 1884], teniendo que admitirse las ofensas injuriosas realizadas sobre su imagen, busto o monedas que lo contengan, por encajar dentro del amplio contenido del artículo 457 citado, y por el simbolismo que manifiestan tradicionalmente, al representar a la persona del Jefe del Estado, incluso oficialmente.

Por tanto, en el hecho concreto concurren objetivamente dos acciones inequívocas de menosprecio, desdén y ofensa —la colocación de la moneda y el vino arrojado despreciativamente— y subjetivamente el «*animus iniuriandi*» de desaire peyorativo, deseado internamente, conociendo la jerarquía del sujeto pasivo, superior a la mera irreverencia o falta de respeto, y de contenido de burla y de escarnio, existiendo los dos requisitos integrantes de tal delito de desacato-injurioso, el que no desaparece por las alegaciones del recurso, ya que la relevante en tal moneda no es, a los efectos penales, su intrínseco valor, sino el grabado oficial de la persona que contiene; no puede alegarse como costumbre tal manera de colocar la moneda, cuando se hizo con intención de que fuese pisada, no puede admitirse un «*animus iocandi*» porque existe como único el «*infamandi*» (S. 7 noviembre 1975).

§ 11. Artículos 166 y 169, Reunión ilegal.

El derecho de reunión que poseen los ciudadanos, como manifestación de los derechos de la personalidad, se reconoce con rango constitucional por artículo 16 del Fuero de los Españoles, si bien condicionándolo a que se efectúe con fines lícitos y de acuerdo a lo establecido formalmente en las leyes.

Al faltar una concreta determinación de las reuniones o agrupaciones humanas admitidas, ha de estarse al contenido excluyente, por su formulación negativa, del artículo 166 del Código penal, que autoriza a «*sensu contrario*» las reuniones pacíficas y que estima antijurídicas las no pacíficas, entre las que, en su número 1.º, encaja las que se celebren con infracción de las leyes de Policía, establecidas con carácter general, en el lugar en que tengan lugar. Encontrándose integrado tal texto legal en su elemento objetivo, ante su auténtico reenvío por ser una norma penal en blanco, en cuanto a descripción típica, por las disposiciones legales del ramo, constituidas por los artículos 1.º y 3.º de la Ley de Reuniones de 15 de junio de 1880, los 1.º y 6.º de la Orden Circular de 20 de julio de 1939 y por los apartados e) y f) de la norma 2.ª y artículo 4.º de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, de cuyo contenido complementario deriva que: «*toda reunión de más de veinte personas, para poder celebrarse lícitamente, exige el conocimiento y la previa autorización de las Autoridades que tales preceptos designan, solicitada con antelación, resultando, por consiguiente, reuniones no pacíficas las que, superando tal número, carezcan de la oportuna autorización, por resultar prohibidas*».

Este requisito material no sirve para deslindar el ilícito peculiar de la infracción administrativa de la antijuricidad penal, por su común contenido. Debido a ello, la doctrina de la Sala 2.ª ha venido exigiendo, para que el comportamiento al margen del sistema de control gubernativo se criminalice, que concurra, además, un elemento subjetivo del injusto, que si bien no se encuentra precisado normativamente dentro del tipo del artículo 166, se halla insito en la rúbrica del Título II del Libro II del Código penal, que los cubija, por tener que atentar la conducta, deseada con voluntad maliciosa y finalista, contra la seguridad interior del Estado,

que es el bien jurídicamente protegido por la infracción. Esto le otorga condición de delito de tendencia, que supera al simple delito formal o de mera actividad, y que exige algo más que la mera acción u omisión del agente para su consumación, por quererse atentar contra la constitución del Estado, o de subvertir el orden público, bien de momento con la reunión misma, o con los fines que pretenda alcanzar para el devenir, y que otorguen de presente o de futuro, el carácter de no pacífica a la reunión.

«Por ser de **tendencia** el delito de reunión ilegal, **no requiere un resultado material**, aunque sí aspire finalísticamente a conseguirlo, por lo que, de un lado, **todos los propósitos que signifiquen el posible atentado a la Constitución del Estado o que puedan suponer alteración a la paz pública, a medio de concentraciones, huelgas y desfiles masivos, ya albergan el requisito subjetivo indicado y, de otro, la consumación de la infracción criminal se genera**, cuando la reunión no autorizada, por más de veinte personas, se efectúe con las pretensiones de futuro indicadas, si constan determinadas y sin necesidad de la realización de los objetivos propuestos, o de la mera plasmación de acuerdos formales de lo convenido, pues se trata de delito cortado en la consumación por la simple reunión efectuada con el mero deseo finalístico expuesto.

La diferencia entre el **delito** de reunión legal del artículo 166 y la **falta** del artículo 578 del Código penal, se halla determinada por su **distinto contenido típico**; en el **delito**, el bien jurídico protegido es la seguridad interior del Estado, contra el que atenta el agente, mientras que el de la **falta** resulta ser los más leves intereses generales o regímenes de las poblaciones, según deriva de la «*sedes materiae*» en que se hallan sitas respectivamente ambas infracciones. Pero, además, **en el delito han de incumplirse las disposiciones generales de Policía** establecidas con carácter general, referidas tanto a la ausencia de autorización como a cualquier otra exigencia que determinen; mientras que **en la falta, la reunión ha de realizarse sin obtener licencia de Autoridades que tengan condición diferente a las de carácter policial**. Y, por fin, se distingue en su alcance intrínseco, pues el **delito** exige una reunión no pacífica por su naturaleza o por apreciación legal; mientras que la **falta** no exige tal condición, y ha de tratarse de reuniones pacíficas. Por lo que, en definitiva, **ambas infracciones son distintas cualitativa y cuantitativamente**, y no se trata de un conflicto de normas regulado por el principio de la especialidad, con preferencia de la del artículo 578, número 1.º, por describir situaciones fácticas distintas, ya que no disciplinan las dos normas una misma situación, ni una de ellas contiene a la otra, ni manifiesta la «*lex specialis*», además un elemento concretador o singular del supuesto, sobre la «*lex generalis*», para conceder prevalencia a aquella sobre ésta, por tratarse en puridad de supuestos divergentes, con ámbito diferente por su cualidad y cantidad y con carácter autónomo y distinto (S. 23 junio 1975).

§ 12. Artículo 209, Delito contra la Religión Católica.

Condena el T. S., por delito de ofensas contra la Religión Católica, al procesado que en su casa-habitación tenía expuestos a la vista de cualquier

visitante un letrado en la puerta del retrete que, en letra de imprenta y similar a los existentes en algunas iglesias, decía: «AVISO-Señora, Señorita: con vestido indecente no se puede entrar en la iglesia. No profane la santidad de la casa de Dios...», además de un letrado ofensivo para la Virgen.

El T. S. condena por tal delito en base a estimar que «los letrados eran visibles para cualquier visitante, permitiendo los procesados del consuno que sus visitantes tomaran conocimiento de los letrados y de su malévolamente intencional. Ello es no sólo irreverente, sino manifiestamente sacrilega y escarnecedora intención de la Religión Católica en sus símbolos, tanto del templo parodiado en la puerta del retrete como de la efigie de la Inmaculada Concepción ultrajada aviesamente en el dogma de su pureza. Sin que el materializar uno de los acusados la ejecución de los letrados enerve la responsabilidad del co-reo, que, conjuntamente titular de la vivienda, permitió, consintiéndolo, que se invitara a sus amigos que forzosamente tenían que advertir los ultrajes a la religión que herían o podían herir los sentimientos religiosos de los espectadores» (S. 1 julio 1975).

§ 12. Artículos 302 y 303, Falsedad en documento público cometida por funcionario público.

En los delitos de falsedad documental, tiene gran importancia, por el sistema seguido en los artículos 302 y 303 y siguientes del Código penal, el requisito subjetivo personal de la cualidad oficial o privada del agente falsario, puesto que el primer tipo exige que el mismo sea funcionario público por su cualidad oficial, y el segundo atiende a su estimación personal privada; mas la mutación de verdad cometida por el funcionario público requiere además el elemento de la actividad, caracterizado por el abuso del oficio, lo que supone poner la función pública encomendada competencialmente al servicio del fin de lograr la falsedad que se comete, ejercitando de manera desusada y antijurídica la legítima atribución funcional. Por lo que no basta ser funcionario para cometer esta clase de falsedad del artículo 302, sino que, a su vez, se requiere el ejercicio legítimo de la función encomendada, pero actuando de manera desmedida e injusta, con desafuero falsario, por adecuarse el acto falso a la función, y no aquél simplemente a la cualidad personal del sujeto activo. Por lo que, en definitiva, si un funcionario mudare la verdad documental sin abusar de la función encomendada competencialmente al mismo, su actividad se incluirá dentro del artículo 303, porque a tal efecto, opera como mero particular.

Por consiguiente, si el abuso de confianza del funcionario público es condición normativa del delito de falsedad en documento público, por exigirse típicamente en el artículo 302 del Código penal, no puede operar, por tanto, como agravante, por la efectividad del número 9, del artículo 10 del Código penal, al hallarse consumida típicamente. Pero, sin embargo, cuando sea el particular —funcionario sin competencias o no—, el que cometa la mutación de verdad, que determina el artículo 303 del Código penal, al no exigirse normativamente el abuso de confianza, puede actuar dicha agravante autónoma y general, si de hecho existe, con su alcance específico, por la mayor culpabilidad y perversidad del agente, al inmoral-

mente destruir la lealtad y buena fe de las relaciones humanas privadas o vínculos profesionales u oficiales, o situaciones de dependencia y subordinación y acatamiento al superior, aprovechándose utilitaria y objetivamente, de las facilidades comisivas, por la confianza en él depositada, y de la disminución de defensas, actuando prácticamente sin riesgo, y no como un extraño, sino amparado por los vínculos de fidelidad, que sin embargo impedían la burla o el perjuicio, debido a la bondad excesiva, afecto o descuido del concedente del crédito (S. 9 diciembre 1975).

§ 14. Artículo 395, **Malversación propia.**

El delito de malversación propia del artículo 394 del Código penal, que protege el **derecho de propiedad del Estado, Provincia o Municipio contra el desleal proceder de sus servidores**, que burlan la confianza en ellos depositada quebrantando el deber de probidad exigido, en el desempeño de la función pública, requiere para existir, **la cualidad de funcionario público**, participando en el ejercicio de las funciones en el agente, y que éste **pesea los caudales o efectos públicos** que tenga a su cargo, o disposición, funcional, **los que sustrae con ánimo de apropiación definitiva, o consciente que otro lo realice**, apartándolas de su destino, o desviándolas del servicio, haciéndolos suyos o permitiendo que aquél los apropie (S. 9 diciembre 1975).

El delito de **malversación propia**, del artículo 394 del Código penal, por ser de **aprobación definitiva** de los caudales que tenga a su cargo o disposición el funcionario público, **no admite que la restitución de lo sustraído tenga otro efecto que el de la atenuación del número 9.º del artículo 9.º**, si concurren sus rigurosos requisitos integrantes y se efectúan antes de conocer el agente la apertura del procedimiento judicial, a diferencia de lo que sucede con el peculato impropio del artículo 396, en que por tratarse de un apoderamiento **puramente temporal, con ánimo de restitución**, al aplicarse los caudales transitoriamente a usos propios o ajenos, permite la profunda atenuación en la punición que esta última norma marca, si se reintegran los caudales **totalmente en el plazo de diez días**, a contar desde el momento de la iniciación del sumario, fuera de los cuales el reintegro no evita la aplicación de la penalidad establecida para el propio delito del artículo 394. De todo esto se infiere que, calificada en la sentencia la malversación propia, y dentro del artículo 394, por apropiación definitiva del caudal, no cabe estimar no resuelta la pretensión contraria del malversación impropia del artículo 396, pues aquélla se contrapone a ésta, y además, en este último caso, la restitución siempre habría de hacerse dentro del plazo de gracia de diez días, a partir de la apertura del proceso, sin posibilidad de ampliación analógica alguna, pues en tal plazo, si se conoce la cantidad, la restitución se ajustará a ella, y de no conocerse, se afianzará su posible entidad económica, según juicio del Instructor, pero sin posibilidades extensivas de prorrogarlo hasta diez días después de dictarse la sentencia, que no consiente la literalidad y espíritu del beneficio, máxime si se trata de malversación propia, que no admite efecto alguno de su realización en el orden penal (S. 9 diciembre 1975).

Cfr. § 9, **Concepto de Funcionario público.**

§ 15. Artículo 399, **Malversación impropia.**

El delito de **malversación impropia**, definido en el artículo 399 del Código penal, también conocido con el nombre de **quebrantamiento de depósito**, además de su conexión con los artículos 394 a 398 que establecen requisitos de estricta observancia en los casos contemplados por el citado artículo 399, consta de **dos supuestos claramente diferentes**, integrados: de una parte, por la conducta de quienes se hallen **encargados, en cualquier concepto, y sean o no funcionarios públicos, de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales o pertenecientes a establecimientos públicos de beneficencia o instrucción**, y, por otra, por la conducta de los **administradores o depositarios, sean o no funcionarios públicos, de caudales secuestrados, embargados o depositados por la autoridad pública en el ejercicio de sus funciones, aunque dichos caudales pertenezcan a particulares**. Siendo de destacar, en cuanto al último supuesto se refiere:

1.º Que los **caudales u objetos pertenecientes a particulares se equiparan con los públicos**, pues, como declaró el Tribunal en SS. 31 mayo 1927 y 7 octubre 1935, **la entrega de los bienes hecha por el Juzgado concede al depositario carácter de funcionario público y a los bienes, hasta entonces de propiedad particular, el carácter y condición de públicos**.

2.º Que es **indiferente que los bienes depositados por la Autoridad pública sean o no de la propiedad de quien los malversó**, pues así lo ha declarado el Tribunal en SS. 20 septiembre 1883, 9 julio 1915, 25 noviembre 1924, 16 abril 1928, 1 y 3 octubre 1932, 3 marzo 1945, 31 marzo 1956 y 26 mayo 1964, entre otras muchas.

3.º Que el caso concreto de **embargo** decretado por la Autoridad competente ha sido estudiado positivamente respecto a la tesis de la sentencia recurrida, por las resoluciones del Tribunal de 17 enero, 6 febrero 1964 y 2 octubre 1975.

Delimitación respecto a la apropiación indebida.

Tales hechos antes relatados no pueden encajarse en el artículo 535 del Código penal, pues el delito aquí definido sólo puede cometerse por **poseedor legítimo no propietario**, que sea además **un particular y que se apropie o distraiga bienes de propiedad privada**, mientras que en el supuesto fáctico de autos el procesado era **propietario del automóvil embargado, depositado e indebidamente vendido, había sido investido, a tales efectos, de la calidad de funcionario público, y, además, la cosa mueble embargada y más tarde enajenada, adquirió el carácter de caudal público tan pronto fue depositada en poder del procesado** (S. 2 octubre 1975).

§ 16. Art. 429, **Violación.**

Condena el T. S. por el delito de violación en **grado de tentativa** al procesado, que procedió por la fuerza, dada la oposición de la joven, a desnudarla, con ánimo de yacer con ella, **sacando su miembro viril de los pantalones para introducirlo en los órganos genitales de la misma, lo que**

no hizo por estar con la menstruación, eyaculando sobre el vientre de la mujer, después de haberla besado y tocado por todo el cuerpo (S. 22 diciembre 1975).

Cfr. 5.

§ 17. Artículo 430, **Abusos deshonestos.**

El delito de abusos deshonestos previsto y penado en el artículo 430 del Código penal, precisa, por estar ínsitos en su estructura, para surgir a la vida legal, de la concurrencia de un requisito psicológico o intencional, que actúa como elemento subjetivo del injusto y que consiste en que el culpable obre impulsado por un deseo torpe y libidinoso; de otro, un presupuesto de índole objetiva y dinámica, caracterizado por la acción material y externa sobre el cuerpo de otra persona, lastimándola en su pudor y libertad sexual, empleando cualquiera de las modalidades establecidas en el artículo 429, y en tercer lugar, que exista una clara y directa relación causal que enlace el deshonesto propósito con su realización ostensible y real.

Es delito de abusos deshonestos violentos, definido en el artículo 430 del Código penal, es una infracción contra la honestidad, que según las Sentencias del Tribunal de 31 de enero, 30 de marzo, 16 y 18 de abril, 11 de junio y 23 de septiembre de 1974, se compone de los siguientes elementos o requisitos, unos objetivos, y subjetivos los demás:

1.º En cuanto el sujeto activo, puede ser hombre o mujer con tal de que sea imputable.

2.º El sujeto pasivo, a diferencia del delito de violación donde necesariamente ha de ser mujer, puede indiferentemente ser varón o hembra.

3.º Que se realicen actos obscenos o deshonestos, consistentes generalmente en tocamientos impúdicos en zonas exógenas, o cualesquiera contactos corporales dentro de las variadas formas de ejecución que singularizan y caracterizan a este delito.

4.º Que se emplee fuerza o intimidación, que el sujeto pasivo se halle privado de razón o de sentido por cualquier causa, o sea menor de 12 años.

5.º Que el agente se represente en su intelecto que está actuando contra o sin la voluntad de su víctima, esto es, que está empleando la fuerza o intimidación, que se halla privada de razón o de sentido o que es menor de 12 años y, a pesar de ello, quiera y desee obrar de ese contrajurídico modo.

7.º Animo o propósito (elemento subjetivo del injusto) lúbrico, lujurioso, libidinoso, voluptuoso o concupiscente de excitar o apagar la propia sexualidad o de despertar la ajena, siendo este especial ánimo el que distingue y diferencia el delito de actuaciones que, aun exigiendo tocamientos o contactos físicos, son axesuales o inocuas, tales como las caricias paternales o fraternales, los reconocimientos médicos, los auxilios a accidentados, la respiración boca a boca —gráficamente puesta como ejemplo negativo por algún moderno penalista— y muchos otros casos en los que, aun

habiendo existido, como ya se ha dicho, tocamientos y contactos corporales, sin embargo, ante la ausencia de todo propósito voluptuoso, no recae sobre los sujetos el menor reproche penal (S. 7 junio 1975).

La Sala 2.^a viene con reiteración declarando que el delito de **abusos deshonestos**, tipificado en el artículo 430 del Código penal, requiere indispensablemente para su existencia la concurrencia de estos tres requisitos:

1.º Un **elemento subjetivo o intencional**, consistente en que el agente actúe impulsado por un deseo lúbrico o propósito libidinoso, sin intención de yacer con una mujer.

2.º Un **elemento objetivo o material**, constituido por la acción atentatoria al pudor ajeno encarnado en persona de uno u otro sexo, utilizando cualquiera de las tres formas descritas en el artículo 429.

3.º **Relación causal o nexo que enlace el ánimo y deshonesto deseo con su realización exterior y real. Pero ninguno de estos tres requisitos concurren en la relación de hechos probados de la sentencia recurrida**, pues el acto de besar en la mejilla a una mujer casada, sujetándola por los brazos al tiempo que le decía que estaba enamorado de ella, consiguiendo ésta desasirse, hecho que repitió pocos días después al encontrarse la mujer sola en un almacén de su propiedad, aunque sin lograr besarla por la resistencia que ella opuso; ante lo cual y las razones de la mujer, el procesado desistió de sus propósitos, no integra el delito de abusos deshonestos definido en el artículo 430 del Código penal; falta el ánimo lúbrico o propósito libidinoso en las acciones y manifestaciones del procesado, que ni empleó la fuerza al encontrarse solo en las dos ocasiones con la mujer, la primera vez en su domicilio y la segunda en el almacén, ni expresó en sus palabras ni en sus actos propósito libidinoso; constituyendo la acción del procesado una vejación injusta de carácter leve para la mujer con la que le unía, lo mismo que a su esposa, lazos de gran amistad y vecindad, por lo que procede estimar este único motivo del recurso, al haber aplicado indebidamente la Sala sentenciadora el artículo 430 en relación con el 429 del Código penal y no la falta del número 5.º del artículo 589 del mismo Cuerpo legal (S. 5 diciembre 1975).

Delito continuado.

Aparecen inequívocamente reflejados los elementos necesarios para la configuración y apreciación de tres delitos de abusos deshonestos, al ser tres las niñas agraviadas, cada una en su propia personalidad, sin que tales hechos puedan ser calificados, como lo hace el Tribunal de instancia, de un solo y único delito continuado, por resultar única la ocasión en que se realizaron los tocamientos y manoseos y único el propósito libidinoso que guió la conducta del procesado, cuyo razonamiento resulta inaplicable al caso enjuiciado, toda vez que, de una parte, por su propia naturaleza específica, los abusos deshonestos es infracción criminal de tendencia en satisfacción del instinto lascivo, sin requerir resultado material, y además de simple actividad que se consume y agota en la misma realización del acto, de lo que se desprende la dificultad de unir los distintos actos en la

construcción jurídica del delito continuado, ya que cada acto —aun tratándose de un solo sujeto pasivo— no es etapa de una acción incompleta, ni su resolución previa es parte de un proceso voluntario general que no acaba hasta la ejecución del último acto parcial, sino que todos y cada uno vulneran completa y definitivamente el bien jurídico penalmente protegido. Y, de otra parte, la concepción del delito continuado aparece virtualmente de imposible aplicación en esta clase de delitos, cuando son distintos los sujetos pasivos afectados, aunque las acciones obscenas se cometan simultáneamente en una misma ocasión y sitio, pues por incidir sobre el pudor y la honestidad de la agraviada que son bienes personalísimos o independientes, no se pueden englobar mediante el expediente de la conexión y continuidad delictiva, porque aun teniendo de común la misma tendencia lasciva y la identidad cronológica y de lugar de comisión, los bienes jurídicos lesionados son tan autónomos o individuales como lo sean la pluralidad de las personas ultrajadas, determinando tantas infracciones de la norma penal cuantas sean las ofendidas y víctimas, como tan uniforme y reiteradamente ha declarado la doctrina de la Sala 2.^a [SS. 25 enero 1949, 7 junio 1957, 2 octubre 1962, 25 mayo 1963, 27 diciembre 1969, 6 octubre 1971, 5 junio 1972 y 12 noviembre 1975].

Formas de ejecución imperfecta.

En el delito de abusos deshonestos es difícil distinguir las diferentes etapas o fases del «iter criminis», pues la ideación o el mero pensamiento es impune en Derecho penal y, cuando se pasa a la ejecución, cualesquiera actos de contacto corporal con propósito incontinente o lascivo ya suponen perfección o consumación, pues el agente, mediante la realización de actos obscenos, ha logrado una satisfacción sexual, aunque sea en mínima porción, con finalidad o ánimo erótico. Por ello, algunos sectores doctrinales niegan la posibilidad de la tentativa y, sobre todo, de la frustración, en esta clase de delitos, pero pese a ello, el Tribunal ha admitido alguna forma imperfecta, en raras ocasiones, al enfrentarse con casos-límite en los que el propósito lascivo se exteriorizó, pero no llegaron a producirse los actos obscenos, los tocamientos en zonas exógenas o los contactos corporales, por la resistencia inmediata e inicial de la ofendida o por otras causas. Empero no es éste el caso contemplado (S. 7 junio 1975).

§ 18. Artículo 431, Escándalo público.

El delito de escándalo público, encuadrado en el Título IX del Libro II del Código penal bajo la rúbrica general de delitos contra la honestidad, tiene un inequívoco significado que la Sala 2.^a ha matizado en numerosas ocasiones, concretando:

1.º Que la expresión del Código «de cualquier modo» es de contenido ilimitado, aunque circunstancial, abarcando cuantas formas sean posibles, idóneas y eficaces, para producir el delito.

2.º Que éste puede producirse en una doble vertiente: a) ofender al pudor con hechos de trascendencia, que apunta a personas concretas y determinadas, e incluso a una sola persona, como refuerza el párrafo 2.º

del mismo precepto, si el ofendido fuere menor de veintiún años; b) **ofender las buenas costumbres con hechos de grave escándalo**, modalidad que afecta a la **moralidad colectiva** y que puede producirse bien **simultáneamente al hecho delictivo o por el conocimiento posterior**, cuyos sentimientos de honestidad quedan lesionados por la noticia cierta o la presencia de los hechos escandalosos.

3º Ambas modalidades o conductas son **esencialmente dolosas**: conocimiento del carácter lesivo para el pudor y las buenas costumbres y voluntad de su realización.

Debe destacarse que en la primera modalidad se agrava la pena en consideración a la conmoción moral o impacto psíquico que el hecho escandaloso produce a los afectados que se encuentran en pleno período de formación moral de su personalidad que puede así —y de hecho se produce— quedar dañada hondamente y perturbado su normal desarrollo (SS. 11 mayo y 7 noviembre 1973, 3 y 10 octubre 1974, 8 marzo y 25 abril 1975 y 11 octubre 1975).

El delito de **escándalo público** —delito de comportamiento o mera conducta, no de resultado—, tipificado en el artículo 431 del Código penal, requiere los siguientes elementos:

1º La realización por el agente de **actos objetivos inmorales o deshonestos**, de condición desvergonzada o inejemplar.

2º **Que, de cualquier modo, ofendan al pudor o a las buenas costumbres.**

3º Con **hechos de grave escándalo o trascendencia**. Esta disyuntiva típica, representada por la conjunción «o» y el párrafo 2º del artículo 431, que habla de «ofendido», implican que **son dos los bienes jurídicos y los sujetos protegidos**: de un lado, **la paz moral de la sociedad en general**, para que no sufra la moral y ética convivencia por acciones que lesionen el recato o morigeración de sus miembros; y de otro, **el sentimiento moral que todo ser humano posee individualmente**. La acción debe tener, por su intrínseca condición, **trascendencia suficiente para herir los sentimientos individuales del pudor y decoro**, en cuyo caso el sujeto pasivo puede ser no ya la colectividad pluripersonal, sino **un solo sujeto** (S. 4 noviembre 1975).

El delito de **escándalo público**, de **mero comportamiento y tendencia, no de resultado**, se perfecciona a tenor de su definición legal contenida en el artículo 431 del Código penal, por la **ofensa «al pudor o a las buenas costumbres»**, lo que equivale a **ofender a la moral sexual pública**, según valoración socio-cultural contingente, puesto que el pudor al que se contrae el texto punitivo es el general o colectivo, y las buenas costumbres las determinadas por principios de moralidad, honestidad y recato existentes, sentidos y respetados por la comunidad del país, materializándose aquella ofensa por **hechos representativos de «grave escándalo o trascendencia»**, **vocablos disyuntivamente empleados por el legislador por su distinto significado finalista**, al referirse: el «escándalo», a los efectos de repulsión que experimentan en su sensibilidad aquellas personas que pre-

sencian el supuesto delictivo al tiempo de su comisión o de su posterior descubrimiento o persecución, mientras la «trascendencia» se circunscribe al daño moral que origina o puede originar en el sujeto pasivo ofendido (S. 19 junio 1975).

Concurren los dos requisitos esenciales que exige la norma para dar vida al delito de escándalo público: el procesado ofendió la moral y buenas costumbres, enseñando a dos niñas de once y doce años de edad respectivamente, un libro titulado «Conocimientos básicos de sexología», y tres fotografías que guardaba entre sus páginas, en las que aparece un hombre y una mujer desnudos, realizando actos sexuales contra naturaleza, lo que incluso reconoce la tesis recurrente, si bien tratando de degradar el hecho de delito a falta, lo que es completamente imposible, atendiendo el grave escándalo y trascendencia que el hecho produjo no sólo en la moral de las niñas, en tan crítica edad y estado de formación de sus personalidades en que se encontraban, sino además, por su extraordinaria divulgación que el inmoral hecho adquirió entre las compañeras del colegio al que las niñas asistían (S. 2 diciembre 1975).

Se da el grave escándalo cuando se ofenden los sentimientos de recato y morigeración, propios de personas cultas, con el conocimiento de los hechos y la trascendencia por el impacto psíquico que el hecho produce directamente en las personas que lo presencian o van dirigidos, y esa ofensa a los sentimientos de las mujeres que presenciaron los hechos, que como dice la sentencia recurrida, repugnaban sus sentimientos de pudor, cometida en plena calle, frente a la puerta de una casa, a media tarde, durante veinte a treinta minutos de tiempo, tipifican el delito de escándalo público con la concurrencia de los requisitos de grave escándalo y trascendencia, además de la publicidad, por lo que procede desestimar el único motivo de casación (S. 11 noviembre 1975)

Exhibicionismo indecente.

El delito de escándalo público requiere que los hechos realizados por el agente sean en sí mismos y por su propia naturaleza de grave escándalo o que tengan trascendencia y que, de algún modo, ofendan al pudor o a las buenas costumbres, sin que sea preciso que conductas inmorales de exhibicionismo se realicen entre varias personas o sean conocidas por distintos individuos para que se estimen delictivas. «Pueden serlo, por el contrario, ofendiendo al pudor de quien no consiente, aunque sea una sola persona y que no lo comuniquen a nadie» (S. 26 junio 1975).

«La ofensa al pudor y a las buenas costumbres... tiene realidad independiente tantas veces se realice el exhibicionismo» (S. 26 junio 1975).

«La gravedad de los actos de exhibicionismo sexual, en orden a la tipificación del delito de escándalo público, se establece por el atentado que a la moral colectiva suponen tales conductas desviadas y, en particular, cuando se proyectan sobre jóvenes o niñas... (S. 18 junio 1975).

En el tipo básico del primer inciso del artículo 431 y en el tipo cualificado del mismo precepto, párrafo 2.º, se trata de proteger la moral pública y amparar a los menores de 21 años afectados por la escandalosa conducta

del agente. Se refieren a la **colectividad como sujeto pasivo** las SS. 8 octubre 1909, 17 diciembre 1949, 16 diciembre 1952, 27 febrero 1957, 17 abril 1958, 18 marzo 1959, 14 junio 1961, 25 enero 1962, 28 marzo 1963, 16 enero 1965 y 18 junio 1975. Hacen referencia a **sujetos pasivos individualizados como menores de edad** (de 21 años) las SS. 21 diciembre 1901, 30 marzo 1909, 8 octubre 1909, 16 diciembre 1952, 27 febrero 1957, 22 diciembre 1960, 14 junio 1961, 25 enero y 13 febrero 1963 y 18 junio 1975.

«Si existe **publicidad se da ya el grave escándalo y si no la hubo se da la trascendencia gravemente inmoral del acto**» (S. 18 junio 1975).

«Las **normas de cultura** que impone la civilización y la coexistencia social —a modo de un sistema de moralidad media— que deben guardarse y acatarse para que no padezca la libertad de las personas ni su honesto convivir, por la escandalosa estridencia de los atrevidos, impone el criterio generalizado de que se guarden las partes íntimas y sexuales del cuerpo humano a la ajena visión, no deseada de otras personas, especialmente cuando se efectúe en lugares públicos de concurrencia ciudadana...» (S. 6 octubre 1975).

Por tanto, «**el exhibicionismo doloso de los órganos genitales del cuerpo de un hombre a niñas de escasa edad** (9 y 8 años respectivamente), **efectuado en lugar público...**, **determina siempre la presencia del delito en los dos párrafos del artículo 431...**». Concurriendo un **delito doble** (art. 431, párrafos 1.º y 2.º) (S. 6 octubre 1975).

Homosexualismo.

Según el texto legal y la interpretación jurisprudencial al mismo del artículo 431 del Código penal, regulador y sancionador del **delito de escándalo público**, exige para su integración de varios requisitos esenciales que la doctrina de la Sala 2.ª viene concretando de la siguiente manera:

1.º **Una ofensa al pudor** [moral personal de uno o varios sujetos pasivos] o **las buenas costumbres** [moral sexual colectiva].

2.º **Realizada de cualquier modo**, lo que supone que abarca **actos, palabras, imágenes, escritos, medios de difusión; por tanto, de amplitud ilimitada.**

3.º Que los hechos supongan **grave escándalo en cuantas personas los presencien o los conozcan una vez ocurrido, o trascendencia para los que las sufren**, atentando a su moral sana, normal o elemental honestidad.

4.º **Dolo, intención o malicia**, consistentes en la conciencia de la lesividad de los actos para el pudor y las buenas costumbres y voluntad de realizarlos.

5.º En cuanto a la **naturaleza de los actos domina el de la relatividad**, porque han de apreciarse y valorarse judicialmente en sí y en relación a las **nociones imperantes en torno a la decencia, el decoro públicos y a las normas éticas del contorno social.**

6.º De todas formas, **los actos contra natura, los de homosexualidad, son práctica obscena especialmente rechazada por nuestra cultura justamente irritada, cuando se realizan en público.** [SS. 11 mayo y 7 noviembre 1973,

3 y 10 octubre 1974, 8 marzo, 25 abril y 11 octubre 1975 y 29 abril 1974, sobre **homosexualidad**, y 6 noviembre 1975].

§ 19. Artículo 434, **Estupro doméstico.**

Una de las formas del estupro de prevalimiento contenido en el artículo 434, párrafo 1.º del Código penal es el **doméstico**, «**realizado entre el jefe de la familia o alguno de sus hijos con la muchacha de servicio**». Esta forma delictiva no requiere la seducción engañosa, aunque no la repudie. Exige, por el contrario, «**el yacimiento de la pareja, consentido por la hembra, sin la debida espontaneidad, por hallarse viciada su voluntad por la coacción psicológica que el ambiente ejerce sobre el ánimo de aquélla, no gozando, por ello, de absoluta libertad espiritual para oponerse a las pretensiones libidinosas del varón, el cual se prevale, si se quiere tácitamente, de su superior posición psíquica, social y cultural sobre la subordinada de la hembra, y sobre el temor que siente a desagradar y desobedecer, cuando ambos viven bajo un mismo techo y formando una unidad familiar, presidida por la lealtad, comunicación, trato continuado, intimidad y vínculos afectivos, que determinan una dificultad reactiva por la anulación de la capacidad defensiva de la mujer joven...**» (S. 30 octubre 1975).

Este tipo delictivo exige la **cualidad honesta** de la mujer que la Sala 2.^a sigue identificando con la cualidad de **virgen o doncella** (S. 30 octubre 1975).

Aunque en el precepto **no entra el engaño** como elemento de la figura delictiva, el T. S. **juega con él para presumir la condición honesta de la mujer**, cuando, como en este caso, nada consta en autos acerca de tal extremo. Para ello, argumenta que **si la mujer doméstica no fuese doncella u honesta, no hubieran sido precisas las promesas de matrimonio por parte del varón** —constitutivas del engaño típico del estupro simple o de seducción— para conseguir el acceso carnal con ella. De tal forma que desaparece el carácter objetivo de la cualidad de honestidad o doncellez en la mujer, **al ponerse ésta en relación con la resistencia de esta última a las pretensiones engañosas del varón** (S. 30 octubre 1975); lo cual es erróneo, ya que se opera una inversión en los elementos del estupro. Hasta ahora, la honestidad era **condicio sine qua non** del engaño. Sin ella no existía engaño, ni delito de estupro. Ahora, habrá honestidad en tanto en cuanto exista o haya sido necesario el engaño: éste es **condicio sine qua non** de aquélla.

§ 20. Artículo 435, **Estupro-incesto.**

En un supuesto en que el Tribunal **a quo** condena por estupro-incesto con la circunstancia agravante de parentesco, el T. S. respeta y confirma el fallo en base al **principio de la pena justificada**.

Impugnando el recurrente **la aplicación de la pena en su grado máximo**, el T. S. considera acertada la solución dada por el Tribunal **a quo**, en base a afirmar que:

«... La tesis impugnatoria hubiera prosperado si la cuestión debiera ser resuelta en la legalidad vigente anterior a la reforma de 1963, que incorporó el capítulo VII del Título IX, relativo a los delitos contra la honestidad.

De forma que, aun siendo erróneo aplicar la agravante genérica de parentesco del artículo 11 del Código penal al estupro-incesto, donde el parentesco es de por sí calificador del hecho, ya que de no mediar esta relación parental se trataría de un tipo de estupro que habría de ser punible de reunir las condiciones y requisitos que la Ley exige para cada uno de los tipos que describe; sin embargo, ello no obsta a que, a partir de la reforma de 1963 y de la promulgación del artículo 452 bis g), haya de cumplirse forzosamente lo que este precepto ordena, dándose para que la observancia de este mandato sea obligatoria la circunstancia de citar la Sala de instancia y aplicar parcialmente este innovador precepto en lo referente a **la privación de la patria potestad**. Lo cual no se hizo, a pesar de que se constata que el agente se prevaleció de su autoridad paterna, aprovechándose de la convivencia, de la relación paterno-filial y del temor reverencial de la hija hacia su padre, amén del ambiente propicio para conseguir sus abominables, antinaturales, lascivos y lúbricos deseos...»

Tal proceder se subsume claramente en el artículo 452 bis g), que en su primer inciso ordena imperiosamente castigar con **la pena en grado máximo en todos los delitos comprendidos en el Título IX, cuando el ascendiente lo perpetrare abusando de la autoridad paterna que la Ley le confiere y de la que tan ilícita y torcidamente usó**. Esta agravación es conceptualmente distinta de la del parentesco, meramente objetiva. Tesis ya sostenida por el T. S. en sentencia de 6 marzo 1972, con abierto y evolutivo criterio que arrumbó los precedentes. Por tanto, debió aplicarse esta agravación específica, y no la genérica del parentesco. Si bien la aplicación al caso de autos de esta última supone que la pena impuesta está justificada y que la aplicación, reiterada por la Sala, del «principio de pena justificada», veda estimar el recurso y obliga a mantener la sentencia discutida (S. 24 junio 1975).

§ 21. Artículo 436, párrafo 1.º, Estupro simple o de seducción

Si el procesado «**entabló relaciones de noviazgo con la ofendida, de 20 años de edad, y ante la promesa, expresa o tácita de matrimonio que estas relaciones significan, prevaleciendo de su sumisión de su novia, tuvo varias veces acceso carnal con la misma**», comete el delito de estupro, penado en el artículo 436, párrafo 1.º (S. 19 noviembre 1975).

El estupro común o de seducción se integra por **dos requisitos** esenciales que mutuamente se complementan: **el engaño y la honestidad de la mujer mayor de 16 y menor de 23 años** (S. 10 noviembre 1975).

Engaño.

El engaño es el alma y esencia de la figura delictiva en cuestión. Ha de tener relevancia y potencia causal que determinen la entrega carnal de la mujer.

«Una larga tradición jurídica viene conectando el engaño propio de este delito a la promesa falaz de matrimonio como la palanca más eficaz de conseguir el acceso carnal con mujer honesta, según enseña la experiencia secular.» (S. 10 noviembre 1975).

Al considerar que el **engaño** característico del estupro de seducción lo constituye la **promesa expresa o tácita de matrimonio**, el T. S. recurre, de nuevo, al rancio concepto tradicional de las **relaciones de noviazgo**:

«... **Relaciones de noviazgo durante cinco meses, públicas, notorias y formales, con asenso familiar, con ansioso y recíproco afán de verse** » **Todo lo cual permite racional y lógicamente pensar que lo eran con finalidad de futuro matrimonio, lo que ya de por sí implica tácita promesa de de contraer futuro matrimonio...**»

No obsta a la calidad, virtualidad y eficiencia del engaño el corto tiempo de las relaciones, pues más que a su duración en términos absolutos, hay que atender en examen pormenorizado en cada caso a la calidad e intensidad de éstas relaciones, ya que son frecuentes los casos en que se llega a la **unión matrimonial en muy corto espacio de tiempo de relaciones**, cuando, como aquí sucede, concurren datos tales como las **relaciones de forma pública y ostensible en ambientes familiares...**» (S. 24 septiembre 1975).

Por **relaciones de noviazgo** —impregnadas por la calidad honesta de la ofendida que, a su vez, opera como **condicio sine qua non** del engaño— la doctrina judicial entiende que sean «**lícitas, públicas, serias y de tal entidad que presagien, aun cuando sea tácitamente, una fundada culminación en matrimonio**» (S. 4 mayo 1961 y 10 noviembre 1975).

El noviazgo público y conocido, con fines matrimoniales exteriorizados por el procesado, implica una promesa tácita de matrimonio...» (S. 18 junio 1975).

En un supuesto en que el Tribunal «a quo» había condenado por un delito de estupro y dos de raptó, el T. S. casa la sentencia y absuelve del delito de estupro, al considerar que:

«... En esta figura delictiva es esencial la intervención de **engaño**, causa determinante de la entrega carnal de la mujer y, por consiguiente, productor del yacimiento.»

El engaño más certeramente empleado, según doctrina de la Sala 2.^a, como medio para el yacimiento, es **unas relaciones serias, formales, públicas y constantes de noviazgo, con promesa matrimonial** que, minando la entereza de la mujer, la determinan a consentir el acceso, con la casi seguridad de un próximo matrimonio... Pero, si el sujeto agente comienza descubriendo a la mujer su condición de casado, aunque su situación fuera desgraciada, prometiendo asistirle en todos los órdenes y convivir maritalmente con ella hasta casarse posteriormente cuando consiguiera la **anulación matrimonial** y su divorcio, y no hay, por tanto, más que **promesas de vida marital conjunta y un eventual matrimonio**, es meridiano que la entrega, en tales condiciones, de la mujer no es causada por engaño, sino libremente determinada por ella, que prefiere una vida de convivencia con un extraño casado que permanecer en su casa, donde a causa de las divergencias familiares frecuentes, se encontraba resentida con su padre.» Por lo que, al no mediar **engaño alguno, procede la absolución** (S. 9 octubre 1975).

El **engaño** característico del estupro simple o de seducción consiste «en maniobras solapadas y arteras dirigidas a captar la voluntad de la ofendida y que determinan a ésta a entregarse carnalmente al autor del delito,

subrayándose que el engaño ha de ser la causa determinante del vencimiento de la mujer honesta y del yacimiento» (S. 9 octubre 1975).

Si la joven, presuntamente seducida, tiene 20 años, es honesta, entabla con ella relaciones amistosas el recurrente, relaciones que luego derivan a sentimentales, emplea amabilidad y halagos y se prevale de su sensibilidad advirtiéndole que es casado, que su situación conyugal es muy desgraciada, haciéndole promesas de vida marital conjunta y de eventual matrimonio..., marchándose así de su casa, logrando yacer con ella..., ante tales hechos puede y debe concluirse que el acceso carnal tuvo lugar sin ninguna clase de engaño causal, puesto que la ofendida sabe que el recurrente es casado y le propone vivir maritalmente y eventualmente un matrimonio, en el caso de lograr el divorcio. Hay, por tanto, una entrega voluntaria, sin engaño precedente, causal ni eficiente para el acceso carnal y falta, por tanto, el requisito esencial de la intervención del engaño». Si bien ello no impide la calificación de dos delitos de raptó impropio (S. 9 octubre 1975).

El engaño característico del estupro simple aparece puesto de manifiesto, no sólo por las relaciones de noviazgo públicas durante tres años, que, según la doctrina judicial, llevan ordinariamente implícita la finalidad conyugal sino también por la realización de los preparativos para la boda. El que los preparativos fueran realizados con posterioridad a los primeros yacimientos, indican que existió la promesa de matrimonio, que el recurrente pensó en algún momento en cumplir, pero que luego eludió injustificadamente... (S. 25 junio 1975).

Si, además de ocultar el estado de casado el procesado, se pone en relaciones con la familia de la víctima, de 17 años de edad, las formaliza con su familia y expresa su propósito de matrimoniar..., «no puede estar más claro y patente el engaño que tenía doble contenido: pues o bien no pensó nunca cumplir esta promesa que legalmente no puede llevar a cabo por ser ya casado, o no tan sólo se valió del señuelo matrimonial para quebrantar la honestidad de su víctima y lograr el yacimiento carnal, sino que además pretendía hacerle víctima de un segundo delito que no llegó a cometer, el de bigamia...». Por lo que el engaño, esencia de este tipo delictual, no puede estar más caracterizado... (S. 28 noviembre 1975).

Honestidad o Doncellez: términos unívocos.

El requisito de la «doncellez» a que alude el artículo 434 —dice la Sala 2.^a en un supuesto en que condena por estupro autoritario o doméstico—, como elemento objetivo de lo injusto y condición subjetiva del sujeto pasivo, implica «no haber conocido varón, lo que tanto puede asimilarse a virginidad fisiológica como a la honestidad, por presencia de moral sexual y ausencia de liviandad, empleándose todas estas expresiones en virtual sinonimia (S. 30 octubre 1975).

El T. S. ha sentado, en atención a la condición moral y social de la mujer española, constante y reiterada doctrina en el sentido de que «su doncellez u honestidad se presumen (iuris tantum) o salvo prueba en contrario que se establezca o deduzca claramente de alguna afirmación de hecho que cierta y lógicamente contradiga aquello [SS. 22 diciembre 1947,

2 enero 1951, 7 marzo 1955, 3 octubre 1960, 21 febrero 1961, 12 mayo 1962, 27 junio 1967, 1 febrero 1968, 17 marzo 1969, 30 marzo 1970, 2 junio, 14, 27 y 30 octubre 1975.

«... Si la mujer es de buenas costumbres, buena fama o conducta, ha de entenderse que es doncella, e incluso también si nada se dice —aunque ello sea un poco deseable y deba evitarse—, omitiendo todo juicio, pero no precisando circunstancias que actúen contra la presunción de honestidad.» **Tal presunción de honestidad tiene mayor evidencia y fuerza cuando se haya producido promesa de matrimonio por el varón, bien lo exija el tipo penal o no lo requiera, pues tal engaño lleva implícito, con la necesidad de su uso, el presupuesto de buena fama y conducta honesta de la joven mujer...**» (S. 30 octubre 1975).

De ahí que en un supuesto en que el procesado, de 19 años, estupró a la doncella, de 22, que prestaba servicio doméstico en su casa, y en el que no se hacen en el resultando de hechos «**declaraciones sobre la doncellez u honestidad de la doméstica, ni directa ni indirectamente** —lo que hubiere sido deseable— ... es lo cierto que tampoco se expone ninguna circunstancia que repudie aquella condición personal, y como la misma ha de presumirse, salvo demostración en contrario, en toda mujer de corta edad. la conclusión... es la de estimar presente la condición honesta de la doméstica, aún con mayor razón cuando el inculpaado hubo de usar del engaño, prometiéndole casarse con ella para conseguir la intimidad sexual... Pues esto supone que no se entregó sólo por el prevalimiento debido a la domesticidad. coacción psicológica, convivencia, lealtad y capacidad reactiva disminuida, sino que hubo de agregar esas promesas de nupcias, engañosamente, para conseguir la entrega carnal, lo que indica demostración de la honestidad de la mujer, que sólo por la conjunción de dichas circunstancias —prevalimiento más engaño— accedió a los deseos del seductor, pues de no ser doncella, no hubiera tenido necesidad de utilizar tal arma de seducción, como la promesa matrimonial...» (S. 30 octubre 1975).

Si bien es cierto que la edad de la víctima y el ayuntamiento sexual, dada su naturaleza externa y de hecho, deben reflejarse expresamente en el *factum* narrativo, no sucede otro tanto con la honestidad, la cual, sin hacerse en aquél explícita manifestación por el Tribunal «a quo», es lícito inferirla y estimarla, salvo prueba en contrario, al venir amparada de principio como presunción «*juris tantum*», en que toda mujer soltera tiene tal cualidad, máxime si es menor de dieciséis años (SS. 14 mayo 1935, 8 noviembre 1954, 16 diciembre 1957, 2 julio 1969, 30 marzo 1970, 12 mayo 1972 y 27 octubre 1975).

«... Si deshonesto, según su acepción académica, coincidente en términos generales con la corriente del lenguaje ordinario, equivale a impúdico, inmoral y reprobable, bajo ningún aspecto el informe de conducta de la ofendida puede, en modo alguno, tener otro sentido, alcance y relevancia que el que ponderadamente se le asigna en el razonamiento calificador a tales efectos expuestos por el Tribunal de instancia...» (S. 27 octubre 1975).

« El presupuesto subjetivo moral de que la mujer sea honesta supone tanto en el ámbito jurídico-penal, como que manifieste buena conducta o

costumbres, que sea decente, pudorosa o recatada en sus hábitos, especialmente sexuales, hasta el preciso momento de comenzar o iniciar sus relaciones con el varón seductor.» (S. 27 octubre 1975).

La honestidad debe presumirse en fémina de tan corta edad (14 años). Más aún si se estima demostrado que es de buena conducta, de intachables costumbres de vida honesta o moral o que no ha tenido trato anterior con hombres... Todos esos comportamientos refuerzan aquella presunción que favorece a toda mujer y que sólo puede destruirse por la exposición fáctica de otras conductas que anulen tal estimación normal por derivarse de la realidad humana conocida y de los valores socio-culturales imperantes (S. 27 octubre 1975).

La honestidad debe existir cronológicamente con anterioridad al inicio de los actos de seducción. De modo que «... la deshonestidad causada progresivamente por el seductor con su acuciante apetito libidinoso, falta de escrúpulos y malas artes, nopuede favorecerle y liberarle..., y porque su total quehacer exige ese caminar fraccionado, aunque constante, que en unidad no debe dividirse a efectos de tal estupro...» (SS. 14 y 27 octubre 1975).

El hecho de que no se haga constar expresamente en autos la honestidad de las ofendidas (de 14 y 15 años respectivamente) no implica la falta de claridad en la narración fáctica de la resolución impugnada, ya que una cosa es la omisión de uno de los elementos del tipo sólo recurrible por fondo, y otra completamente distinta la oscuridad del relato que haga incomprensible éste; lo que no sucede en el caso debatido, ya que los hechos sucedidos aparecen clara y suficientemente descritos, aunque la Sala no haga mención de la honestidad de las perjudicadas, sin duda por no haber llegado el Tribunal de instancia a la firme convicción de su existencia en las mismas...» (S. 13 octubre 1975.)

«La calidad o condición de honestas —elemento constitutivo del tipo de estupro— debería ser probada en el proceso por las perjudicadas, si bien una constante corriente jurisprudencial viene presumiéndola «*juris tantum*» en las mujeres de tal edad, desplazando e invirtiendo así la carga de la prueba sobre los sujetos activos que tienen que demostrar su falta en las presuntas víctimas...» (S. 13 octubre 1975.)

La virtud de la honestidad la hace consistir la jurisprudencia «en la conducta pública, recatada, casta, correcta e irreprochable, en lo que se refiere a la observancia en todo momento de la moral sexual». Y como elemento normativo-cultural del tipo penal ha de ser valorado por el juez en base a los datos fácticos que figuren en el proceso. (S. 13 octubre 1975.)

No cabe apreciar la honestidad en el caso en que las jóvenes, de 14 y 15 años, tras abandonar voluntariamente sus domicilios en Valladolid, «se trasladaron en auto-stop a Madrid, donde conocieron a los imputados de 16 años, y, por tanto, seguramente menos experimentados que ellas, dada la mayor precocidad de la mujer en estos aspectos. Y con los cuales, el mismo día de haberlos conocido consintieron en yacer carnalmente, pasando la noche con ellos en lugar público, sin que hubiera mediado por parte de los varones ninguna coacción, engaño, violencia o seducción». «Lo que evidencia en

las mujeres un descoco y falta de inhibiciones morales y sociales excepcionales en jóvenes de su edad, que desvirtúan y excluyen la citada presunción de honestidad, sin la cual los hechos relatados se convierten en libres concubitos, no sancionables penalmente» (S. 13 octubre 1975). En sentido contrario a la mayor precocidad de la mujer (tratándose de una de 22 años y varón de 19), véase Sentencia 30 octubre 1975.

La **honestidad** de la mujer existe cuando se prueba categóricamente que era **«de buena conducta moral y sin trato anterior con otros hombres»**. Máxime cuando se trataba de **mujer joven, doncella, de adecuado y normal comportamiento, ajena a toda práctica heterosexual...**» (S. 27 octubre 1975.)

Si era **honestá al comenzar la seducción, a ese momento ha de atenderse para valorar la honestidad**, porque el proceso causal de la misma resulta irrelevante para el delito de estupro de prevalimiento de edad, **sin que**, por demás, **el hecho de ser casado el seductor impida el delito** —al conocer la víctima tal estado— ya que las relaciones de jóvenes inmaduras y su escasez de defensas determinan la protección penal, cualquiera que sea la condición o estado del autor del delito, que revela mayor perversidad al cometerlo por el ligamen que le une a otra mujer. (S. 27 octubre 1975.)

La **condición ética o moral de honesta** es la misma que **decente, decorosa, recatada o pudorosa, en sus hábitos y costumbres**»; lo cual, si no debe confundirse con la doncellez y virginidad, sí debe identificarse en sentido jurídico-criminal, por ser el atinente, con la **moralidad sexual de la mujer seducida, hasta el momento de iniciar sus relaciones con el seductor**». (Sentencia 14 octubre 1975.) Tal expresión comprende las usuales expresiones que reflejan el comportamiento o **condición de doncellez, de virginidad, de buena conducta y costumbres, y de vida honesta**, ya que todas ellas acogen la situación personal moral dentro de su significación semántica. (S. 14 octubre 1975.)

La **honestidad** debe presumirse siempre **«juris tantum»**, muy especialmente en mujer de tan escasa edad (14 años). (S. 14 octubre 1975.)

Siendo **honestá** la mujer de 14 años y pese a saber el estado casado del varón, el deshonor causado por la seducción ejercida por éste no puede favorecerle, ya que aquélla no podía consentir por impedirlo la Ley penal. De modo que si con anterioridad al yacimiento el seductor la había hecho objeto de tocamientos deshonestos, al no poder consentirlos, de no considerarlos como el medio necesario de que se valió el seductor paulatinamente para generar el estupro, integrarían, de no existir la honestidad, el delito de abusos deshonestos, que no requiere su presencia, sino tan sólo la falta de consentimiento. (S. 14 octubre 1975.)

Aunque la honestidad no es explícitamente exigida por el párrafo 1.º del artículo 436, está latente en el mismo como sobreentendida por el legislador, pues ya se comprende que la operabilidad y eficacia de la **falsa promesa matrimonial presupone la buena fama y costumbres de la joven con la que el seductor entabla relaciones de noviazgo**. (S. 10 noviembre 1975.)

La **honestidad** ha de presumirse siempre que no conste lo contrario, y en el caso presente no consta en autos que la menor de 16 años observara mala conducta moral y menos que tuviera relaciones carnales con otros

hombres distintos al procesado, ya que ni siquiera las relaciones con éste eran conocidas por terceras personas. (S. 23 octubre 1975.)

El requisito de «acreditada honestidad» es un concepto mucho más riguroso e intenso que el de la honestidad, y se exige en el párrafo 2.º del artículo 436, no en el párrafo 3.º, que es el cuestionado en este supuesto. Y cuando sólo se exige la honestidad sin cualificación legal, se parte de la presunción de tal honestidad; presunción «*juris tantum*», que sólo cede cuando se prueba lo contrario, esto es, la deshonestidad. Además, la configuración legal de los delitos contra la honestidad es expresiva, graduando de mayor a menor la «libertad sexual», de las víctimas de violación, de estupro o de abusos deshonestos. Así, mientras para la primera parte de la base de que no hubo consentimiento —bien porque medió fuerza o intimidación, o porque por privación de sentido o inconsciencia o por minoridad no se pudo consentir—, después se establecen grados intermedios en que la edad influye en la posibilidad mayor o menor de consentir, bien por encontrarse en el estadio fronterizo a la pubertad; bien por mediar engaño porque no mediando pero, y en este solo caso, en base a que se abuse de la situación de angustiosa necesidad de la víctima, aun sin presunciones de «acreditada honestidad», en cuanto supone aminorar su volición consentidora... La Ley presume, y presume bien, que en tan temprana edad la honestidad es la regla, aunque sea también cierto que la resistencia de las menores a las seducciones de un adulto son inferiores. Debiendo, además, ponderarse que a los 13 años ni tan siquiera la propia Ley penal las estima criminalmente responsables y que, incluso delinquiriendo, gozarían de la exención de menor de edad. (S. 23 octubre 1975.)

§ 22. Artículo 436, párrafo 3.º, **Estupro de prevalimiento de edad de la ofendida.**

El artículo 436, párrafo 3.º, tipifica como estupro de prevalimiento la entrega sexual íntima de una mujer, de edad comprendida entre los 12 y 16 años, a un hombre con mayoría de edad penal, y siempre que aquélla tenga la condición de honesta. (S. 27 octubre 1975.)

Este precepto incrimina «la seducción realizada por el varón experimentado, aunque sin el empleo de engaño, ni otras condiciones similares, de una hembra en agraz, de corta edad, frágil personalidad, o inmadura psicobiológicamente, a la que legalmente, con presunción «*juris et de jure*», se impide consentir sexualmente, por su presunta ingenuidad y candor y por su falta de defensas contra asechanzas malévolas y de superioridad. (S. 27 octubre 1975.)

El delito previsto en el artículo 436, párrafo 3.º, trata de «proteger a la mujer de corta edad, frágil en su personalidad no constituida y en sus defensas contra el seductor, por ser fémina en agraz, inmadura física y psico-biológicamente, a la cual la Ley la considera «*juris et de jure*» incapaz para consentir sexualmente, por su ingenuidad y candor». (S. 14 octubre 1975.)

Este delito requiere para su existencia:

— Un elemento objetivo: la estuproada con la que se tiene acceso carnal ha de ser mayor de 12 años y menor de 16. De ser menor de 12 constituiría

la figura delictiva de violación, de grado mayor que la del estupro de prevalimiento de edad.

— **De vida honesta (de buena conducta en general).**

El engaño no es elemento esencial, sino agravatorio del tipo.

Esta figura delictiva representa el intermedio entre la absoluta incapacidad para consentir en el yacimiento que «*juris et de jure*» se presume en las menores de 12 años, y la capacidad absoluta para consentir, presumida a partir de los 16 años. Ya que aquí sólo existe una capacidad limitada de consentir que se establece o presume «*juris et de jure*» entre los 12 y 16 años. (S. 3 julio 1975.)

El artículo 436, párrafo 3.º, requiere la presencia de los elementos siguientes:

a) **El elemento objetivo de la acción:** acceso íntimo sexual entre el hombre y la mujer.

b) **Un presupuesto normativo procesal:** que la hembra tenga una edad comprendida entre los 12 y 16 años.

c) **Un requisito subjetivo moral o ético:** que la mujer sea de **condición honesta.** (S. 14 octubre 1975.)

El artículo 436, párrafo 3.º, requiere los elementos siguientes:

— **Un elemento objetivo integrado por el encuentro carnal íntimo.**

— **Un presupuesto normativo-temporal,** constituido por la edad de la hembra dentro de los límites típicos (12-16 años).

— **Un requisito subjetivo ético integrado por la honestidad de la misma.** (S. 27 octubre 1975.)

§ 23. Artículo 437, Estupro laboral.

Entre las figuras de estupro autoritario o de prevalimiento figura el patronal o jerárquico, introducido por la Ley de 6 de noviembre de 1942.

En este delito de estupro el engaño propio del estupro ordinario se sustituye por un elemento coactivo inherente a la situación de dependencia laboral en que se encuentra la mujer ofendida respecto de su patrono o jefe, quien aprovecha tal relación de subordinación en el trabajo para mejor lograr sus propósitos. No se precisa una coacción de rango superior, pues haría ingresar tal conducta en una categoría delictiva de mayor gravedad. Tampoco se precisa el ascendiente autoritario o de convivencia doméstica mentados en el artículo 434, más grave que el 437.

En el laboral o patronal son el simple prevalimiento económico por parte del patrono y el correlativo temor por parte de la ofendida los que operan como «*ratio legis*» del precepto: de ahí que el prevalimiento de que habla la Ley va implícito en la situación de dependencia o subordinación en que se encuentra la víctima. (SS. 6 marzo 1963, 6 octubre 1969 y 25 marzo 1971 y 10 noviembre 1975.)

§ 24. Artículo 441, **Rapto impropio.**

El bien jurídico protegido a través del delito de rapto impropio es, en primer término, **la misma mujer menor** de 23 años que con su alejamiento del hogar en que viven tuteladas, supone un **peligro evidente para su moralidad y honestidad**, cuando van acompañadas de un hombre y **la duración de tal alejamiento sea apreciable**; y en segundo lugar, el **prestigio y autoridad familiar**, afectados con tal alejamiento y atacados en orden al derecho de guarda y potestad que tal autoridad comporta. En cuanto a los **elementos que integran el tipo delictivo**, éste precisa para su concurrencia: **la sustracción de la mujer del hogar de sus padres, tutores o guardadores**, esto es un **alejamiento de apreciable duración del mismo**, porque a dicho hogar une la Ley de forma auténtica la protección de su persona en todos los órdenes, físico, moral, sexual. Es, pues, dicho hogar, con su elemento físico y personal lo que proporciona seguridad a la mujer, y su esfera de influencia el elemento que natural y legalmente la pone a cobijo de aquellas invitaciones y asechanzas que pretendan extraerla de aquél, poniendo en peligro su seguridad; en segundo lugar, el delito descansa en un **elemento objetivo que es la edad de la mujer**, comprendida entre los 16 años cumplidos y menor de veintitrés en tercer lugar, ha de intervenir la **anuencia de la menor**, consentimiento de la misma, que no obsta para la existencia del delito, porque por ministerio de la Ley no está capacitada para consentir en tal sustracción. Ha de añadirse, por parte del sujeto activo del delito, **la voluntad delictiva**, esto es, conocimiento y voluntad de apartar a la menor de su sede hogareña personal y conocimiento de la edad, que se presume, por virtud del principio general del artículo 1.º del Código penal, siendo la carga de la prueba de quien alegue tal desconocimiento. **No es preciso, ni del Código se deduce, la necesidad del ánimo carnal, aunque ordinariamente tal sea la finalidad subyacente en estos delitos.** (S. 27 octubre 1975.)

En el denominado **rapto impropio**, tipificado en el artículo 441 del Código penal, **cometido con mujer mayor de 16 años y menor de 23**, existen **dos elementos** estructurales derivados de la propia naturaleza del delito en cuestión, que son: «**la abductio loco in locum**, o sea el **alojamiento, traslado o colocación de la raptada fuera de la esfera del poder, vigilancia o protección familiar**, y que ello tenga lugar no por medios coactivos, sino con la **anuencia o consentimiento libre**, aunque penalmente irrelevante, de ésta; **sin que aparezca, en cambio, requerido el elemento de la seducción cuya falta se denuncia en el recurso que, sin embargo, puede existir y existe implícita o explícitamente como modo de obtención de tal consentimiento, como sucede en el caso que nos ocupa**, en el que se halla implícita en los previos yacimientos carnales habidos entre ambos protagonistas que encelaron a la mujer llevándola a consentir en abandonar el domicilio de sus padres bajo la promesa del raptor de que en Madrid continuarían dichas relaciones sexuales, conviviendo ambos maritalmente como lo hicieron durante el viaje que se menciona. Porque **seducir no significa otra cosa que cautivar el ánimo, encantar, ilusionar o inducir a ejecutar algún acto a otra persona**, que fue esencialmente la conducta seguida por el recurrente. (S. 18 diciembre 1975.)

El rapto no violento, llamado también por la doctrina **rapto impropio o de seducción**, que regula el artículo 441 del Código penal, por el que ha sido condenado el recurrente, es «el ejecutado con anuencia de la mujer y queda consumado desde el momento en que una mujer mayor de 12 años y menor de 16, como ocurre en este caso, es sustraída de la casa de sus padres o guardadores legales, aunque ella preste su consentimiento, porque no estando todavía capacitada legalmente para los actos de libre determinación de su persona, la salida del hogar sin la autorización de quien por la Ley está obligado a velar por aquélla, supone un ultraje al sentimiento de familia y un ataque a las buenas costumbres, que el Código castigará sea cualquiera el tiempo que haya durado tal situación. Tampoco se ha dado, ni se recoge en los hechos probados, el engaño, requisito no exigido por el artículo 441 para tipificar el delito y que tan sólo actúa, cuando concurre, para agravar la penalidad. (S. 25 noviembre 1975.)

Son elementos sustanciales del rapto impropio: en primer lugar, una sustracción de la mujer del hogar de sus padres, tutores o guardadores de hecho de la misma, lo que supone, por tanto un alejamiento de apreciable duración, del hogar natural y legal de la mujer, pues es el lugar donde, según la Ley, radica su protección física, moral y sexual, puesto que a él vincula la seguridad personal de aquélla en los aspectos indicados: en segundo término, la mujer ha de ser mayor de 16 años y menor de 23. Agravándose el hecho punible, cuando interviene engaño, o la mujer fuera menor de los 16 años citados; en tercer lugar, la anuencia o consentimiento de la menor, al que la Ley penal no concede eficacia a los fines de exonerar de responsabilidad al autor, porque la considera incapaz de consentir a los fines del apartamiento del hogar que le sirve de protección y tutela. No es preciso, según el Código penal, el acceso carnal, aunque subyace la finalidad del proteger a la mujer de tales accesos, más fácilmente realizables a medida que se la separa de su esfera de defensa moral. Y ello en mérito a que el bien jurídico protegido es el buen orden y el prestigio familiar, ultrajados con la salida del hogar de la menor; en cuarto lugar, se precisa por parte del autor **voluntad delictiva**, esto es, conocimiento de la edad de la menor, y **voluntad de apartarla** de su esfera de protección personal. (SS. 10 mayo y 4 octubre 1974, 5 noviembre y 20 diciembre 1974 y 18 y 29 enero 1975 y 9 octubre 1975.)

«No prima, como en el artículo 440, la voluntad contraria de la raptada, ni la conjunción de miras deshonestas, sino que prevalece en el inciso primero, que es el aplicado en el fallo controvertido, la **separación de una mujer mayor de 16 años y menor de 23, caso de autos, de su hogar, ambiente y convivencia familiar, sin que el rapto sancionado exija ni requiera para su comisión ni el engaño ni la seducción, ni se excluya el acuerdo entre el raptor y la raptada, que es también el supuesto contemplado, pues la «anuencia» es una forma de acuerdo o convenio para separarse del hogar y de tal forma que el engaño sólo acarrea, de coexistir, una agravación específica y cualificada. Sin que tampoco eluda la delictuosidad del hecho enjuiciado la contribución económica de la raptada a los gastos de la ausencia consiguiente al desplazamiento de residencia, pues esto es una manifestación más de la anuencia voluntad de la raptada tendente a evitar**

las inmediatas consecuencias del embarazo al ser conocido en su ambiente familiar, pero la cooperación del acusado a esta sustracción de la menor de su domicilio deja en pie la responsabilidad contraída.» (S. 16 diciembre 1975.)

Subsisten los elementos del rapto, puesto que hubo un primer abandono voluntario de la casa, por parte de la ofendida desde el día 3 de agosto hasta el 6 del próximo mes, que al no especificar cual sea, debe entenderse que septiembre, pero, aunque durara sólo tres días, al 6 de agosto, era suficiente para estimar que hubo apartamiento del hogar familiar exigido y su segundo abandono hacia el día 26, que duró, según la resolución recurrida, quince días, con lo que la figura delictiva del artículo 441, quedó consumada, aunque sin el engaño. (S. 9 octubre 1975.)

§ 25. Artículo 443, **Presupuestos procesales en delitos de violación, abusos deshonestos, estupro o rapto.**

Según el tenor del artículo 443 del Código penal, para proceder en los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro o rapto, bastará la denuncia de la persona agraviada, cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador al hecho por este orden. Al puntualizar la Sala 2.^a sobre las diversas cuestiones que el precepto plantea, ha sostenido la doctrina judicial que en síntesis puede resumirse en los siguientes puntos:

1.º En las denuncias formuladas por personas no comprendidas rigurosamente en la enumeración del Código y abierto el procedimiento, quedan convalidadas si, al tener conocimiento en las actuaciones de la denuncia, la persona a quien correspondiese la acción, o se adhiere a la misma o no se opone a ello o la ratifica explícitamente al personarse como parte en el procedimiento. [S. 25 junio 1960, 28 enero 1965.]

2.º Si el sumario se abrió a virtud de otra denuncia, de donde se derivan algunos de los delitos comprendidos en el artículo 443 y la investigación sumarial, se extiende a éstos, queda convalidado el requisito de procedibilidad, cuando las personas a quienes están reservado el ejercicio de la denuncia, la ejercitan a través de las declaraciones prestadas en tales sumarios. (S. 29 mayo 1968.)

3.º Si el sumario se abrió en virtud de denuncia de la persona legítima por el artículo 443 por hechos en que la víctima es menor de edad y, en el curso de las actuaciones, ésta deviene a la mayor edad, no será precisa la ratificación de aquélla por el mayor de edad, con tal que no se oponga el procedimiento o conceda al perdón, en los delitos en que éste sea medio de extinción de la responsabilidad criminal. [S. 9 octubre 1975.] S. 18 noviembre 1975.

El requisito de procedibilidad que establece el artículo 443 del Código penal, relacionado con la obligación de denunciar prescrita en los artículos 259 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal integra un verdadero derecho-deber para el agraviado por el delito o personas que subsidiaria y escalonadamente menciona aquél precepto sustantivo, las que, una vez agitada la acción, no excluyen la intervención del Ministerio Fiscal a

diferencia de los delitos estrictamente privados. Lo que ya está indicando que aquella particular legitimación *ad processum*, además de estar fundada en clásicas razones de orden familiar tendentes a evitar un mal mayor por la publicidad del proceso, no obstante las cautelas que para amortiguar el «*streptus fori*» establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *tiende hoy día a basarse en prevalentes razones tuitivas cuando las víctimas del delito son personas menores de edad, razones que si están manifiestas en la regulación del perdón desde la reforma penal de 1944 y aún agudizadas tras la reforma de la Ley de 20 de diciembre de 1952, deben estar igualmente latentes en el equivalente momento de la persecución. Lo que explica la tesis jurisprudencial mantenida al respecto sobre convalidación tácita de la denuncia por persona legitimada cuando aquélla fue hecha por quien no era titular de la acción; de tal manera que el posterior conocimiento del legitimado sin oponerse a la prosecución del proceso subsana el defecto inicial, tanto más si se hace el ofrecimiento de acciones al padre o madre de la víctima y no desisten de su derecho aunque luego no lo ejerciten por medio de acusación.* (SS. 4 diciembre 1955, 1 diciembre 1958, 25 junio 1960, 19 diciembre 1960, 19 noviembre 1962 y 7 junio 1968, entre otras.)

Según los autos, la víctima de los tres delitos perseguidos —de 22 años al ocurrir su óbito— *carecía de padre por haber premuerto a la madre, a la que se ofreció el procedimiento por dos veces —de acuerdo con el progreso de la investigación sumarial en el descubrimiento escalonado de los delitos imputados—, ofrecimiento que se reiteró al único hermano de la interfecta y que se hizo cargo como depositario de los efectos sustraídos y recuperados propiedad de la occisa, por imposibilidad física de hacerlo la madre; todo lo cual está indicando que tales personas inmediatamente legitimadas, conforme a la dicción del artículo 443, tuvieron conocimiento de la causa y de los delitos en ella perseguidos y aún prestaron declaración relacionada con el esclarecimiento de los mismos; de modo que, aún sin comparecer ejercitando la acción, evidentemente no se opusieron a su ejercicio por el Ministerio Fiscal, convalidando en tanto el vicio inicial del proceso por lo que al delito de violación se refiere el que por otra parte, al estar tan íntimamente unido al público de homicidio, tampoco podía ser fácilmente separado en cuanto a su persecución; razones todas las expuestas que llevan a desestimar el primer motivo del recurso.* (S. 2 octubre 1975.)

Para proceder en los delitos de *estupro* y *rapto* basta la denuncia de la parte agraviada, cónyuge o ascendientes. Si el sumario se inició con la denuncia y aun querrela del padre de la ofendida (en delito de *estupro*), se llenó cumplidamente el requisito de procedibilidad exigido por el artículo 433 del Código penal. De modo que el procedimiento, una vez cumplido ese requisito y cumplida la mayoría de edad por la víctima, no exigía la continuación de la acción por ésta, que tácitamente la mantiene, bastando para su continuación legal que ésta no perdonara expresa o tácitamente (S. 9 octubre 1975.)

§ 26. Artículo 444, **Dote a la ofendida y reconocimiento de prole.**

El raptó implica por su trascendencia y por sí solo la obligación ineludible de dotar a la raptada, no puede por el contrario producir, en esta vía penal, en el caso que se contempla la obligación de reconocer la prole y de mantenerla, por la obvia y poderosa razón de que la prole debe reconocerse y mantenerse cuando es consecuencia del raptó seguido de consiguiente acceso carnal productor del embarazo, pero tal deber sancionadora e imperativamente impuesto no adviene exigible cuando el embarazo es anterior al raptó, no con su motivo y ocasión y penalmente atípico por cuanto la Sala de instancia negó cometido el estupro también acusado. En este sólo sentido debe ser casada y anulada la sentencia disentida, al solo efecto de dejar sin efecto en la segunda, la obligación que en este caso no es secuencia de condena penal, de reconocer al hijo y de mantenerlo. (S. 16 diciembre 1975.)

§ 27. Artículo 449, **Adulterio.**

La incriminación del adulterio —«ad alterium thorum vel uterum accessio»— es cuestión muy polémica y controvertida, tanto en la doctrina como en la legislación. Pero véase S. 29 diciembre 1975.

El fundamento de su punición está principalmente en la ofensa al hogar y dignidad del marido, en la falta a la fe jurada, esto es, en el quebrantamiento del deber de fidelidad que acompaña a cualquier clase o forma de matrimonio, en la posibilidad de introducir, clandestina y subrepticamente, en el dicho matrimonio, como fruto ilegítimo, prole concebida fuera de él y, finalmente, en el ataque que supone a la moral colectiva y a la propia sociedad, a la que, siendo el matrimonio como «principium urbis et quasi seminarium rei publicae» base de la familia y ésta célula primaria del Estado, no le es indiferente todo aquello que contribuye al debilitamiento de los lazos familiares y a su final dispersión con las nocivas consecuencias inherentes en orden a la educación y formación de los hijos comunes. (S. 24 junio 1975.)

El delito de adulterio, tipificado en el artículo 449 del Código penal, como delito de resultado, exige, para su generación, que la mujer casada, mientras esté vigente su matrimonio, yazca con varón que no sea su esposo, conociendo el co-reo su estado. Protegiéndose en tal infracción criminal, la intimidad carnal contra el uso extramatrimonial, que destruye el deber de fidelidad conyugal, contraído al concertarse el matrimonio por los cónyuges, y que ofende o lesiona la fe jurada, y el derecho del marido a la exclusividad corporal de su consorte en el orden sexual. (S. 25 junio 1975.)

Los elementos esenciales para la existencia del delito de adulterio son:

a) Que los procesados, por lo menos en una ocasión, hayan mantenido relaciones carnales íntimas cohabitando y realizando plenamente el acto sexual.

b) Que al procesado le conste la condición de casada de la coprocesada (S. 19 noviembre 1975.)

La Sala 2.^a del T. S. sigue reconociendo que la figura delictiva del artículo 449 hunde sus raíces en el Medievo, ya que: «según se deduce de la definición latina «ad alterium thorum vel uterum accessio» o de la medieval «alieni thori violatio sive coitus cum aliena uxore factus» o de la misma definición del artículo 449 del Código penal..., el legislador, al sancionar el delito de adulterio no pune sino la forma más aguda de infidelidad conyugal».

Por lo cual, ni los amores románticos o espirituales sostenidos por la mujer casada con varón que no es su marido, ni los actos eróticos, más o menos periféricos, de leve invasión anatómica recíproca, ni, según el criterio dominante, los actos sexuales no integrantes de coito, constituyen dicho delito». Para su consumación, es precisa «la llamada «coniunctio membrorum», esto es, la introducción del pene en la vagina de la mujer, aunque no sea seguida de eyaculación («inmissio seminis»); o aunque se trate de un «coitus interruptus» o se realice con la adición de métodos neomalthusianos» (S. 29 diciembre 1975.)

El necesario trato o unión carnal ilegítimo entre la mujer casada y el varón que recibe sus favores sexuales, y que no es su esposo, pueden proclamarlo los Tribunales penales, de manera directa, en su real existencia, precisando el yacimiento, la vida marital, la relación íntima, u otro término que lo signifique, porque sea el producto de su íntima convicción psicológica, obtenida al trasluz de las demostraciones o pruebas practicadas, que no tiene más límite, que su personal conciencia, sin necesidad de precisar las justificaciones en que asientan su creencia, que incluso puede ser debida a presunciones, que no necesitan exponer; pero también suelen adoptar, cuando son más escrupulosos, un sistema descriptivo de situaciones externas, o de medios indirectos conocidos, que, al margen de las demostraciones directas, tan difíciles de obtener en materia íntima, reservada y oculta, y de la sorpresa «in actu», revelen, un trato continuado, relaciones furtivas, fuga de los amantes, vida en común íntima, entrevistas en lugares solitarios, citas, cartas o medios análogos; de cuya individualidad o conjunto de externas actividades conocidas, por su condición de «facta concludentia» deriven los juzgadores de manera racional, adecuada, idónea y lógica, según normas de experiencia práctica y común, la presencia de un comportamiento de vida sexual en común de la pareja, llegando de esta manera, desde lo conocido, a determinar lo oculto celosamente, y no a medio de meras equívocas conjeturas, o simples indicios, o de suposiciones hipotéticas (S. 25 junio 1975.)

El Código penal español tipifica el adulterio de la mujer —al que equivale en tono menor el amancebamiento del marido— en el artículo 449 como «yacimiento de mujer casada con varón que no sea su marido, sabiendo éste que es casada». La persecución y castigo de dicho delito requiere inexcusablemente una condición objetiva de perseguibilidad: la querrela del marido agraviado, deducida contra ambos culpables, si uno y otro vivieren; y en segundo lugar, dos condiciones o elementos subjetivos de la tipicidad: que el marido nunca hubiere consentido el adulterio o lo hubiese perdonado a cualquiera de ellos. (S. 24 junio 1975.)

Al ser el adulterio un **delito de resultado y no de tendencia**, su consumación no llega sino cuando se produce el **yacimiento**, a tenor del artículo 449. El **yacimiento** es, por tanto, elemento constitutivo del tipo penal, que viene a condensar la acción de la figura delictiva definida en el párrafo 2.º de dicho artículo. Debe por tanto aparecer consignado de **forma inequívoca o deducirse sin incertidumbre** del preceptivo «factum» probatorio.

El verbo significador del **ayuntamiento carnal** puede ser designado con vocablos, palabras o frases que en lenguaje corriente tengan y presenten equivalente alcance y entendimiento, tales como «acceso carnal», «vida marital», «cohabitación», «intimidad sexual», etc...

Si no se hace constar que los procesados, pese a realizar actos reveladores de una **infidelidad moral o de una peligrosa y sospechosa proclividad hacia el acto carnal**, realizaron este ayuntamiento, falta el elemento esencial del delito en cuestión y procede absolverlos del delito imputado. (SS. 10 diciembre 1945, 18 junio 1956, 20 marzo 1963, 11 noviembre 1968, 20 febrero 1970 y 7 octubre 1975.) Pues «**las relaciones amorosas, entrevistas ocultas y clandestinas y protestas de amor epistolares, aunque reprobables por su amoralidad e ilicitud, no integran el tipo delictivo criminalizado en el precepto indicado.**» (S. 7 octubre 1975.) Se acepta como prueba del coito **materia seminal** contenida en pañuelos «Kleenex», por S. 27 junio 1975.

La fraseología «**mantener relaciones carnales**» o «**hacer vida marital**» alude, sin duda, al requisito del **yacimiento**, ya que la última significa «**vivir como marido y mujer sin serlo** y, por tanto, practicando entre sí la cópula carnal con la periodicidad que su apetito sexual les dictara...» (S. 29 diciembre 1975.)

Tras haber cumplido condena por adulterio, con el beneficio de la remisión condicional de la pena, los procesados son, de nuevo, condenados por idéntico delito a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor cada uno, con las accesorias. A tal efecto:

El T. S. considera que el argumento de que el varón desconocía el estado de casada de la mujer con la que tuvo acceso carnal, es una argumentación totalmente insostenible, por cuanto en la sentencia de 11 de febrero de 1970 ya fue condenado por el delito de adulterio, con la otra recurrente; por cuanto que aparece probado que era amigo del querellante y por ello comenzó a relacionarse con los esposos; por cuanto que en el anterior proceso tras de su condena, notificación y demás trámites de ejecución se le aplicaron los beneficios de la condena condicional y este entendimiento personal del proceso con él acredita suficientemente que **conocía sobradamente el estado de casada de la mujer, pese a lo cual y a su condena volvió a vivir maritalmente con ella, cometiendo el delito, mientras no se disuelva el vínculo matrimonial de la misma.** (S. 23 octubre 1975.)

Delito de naturaleza privada.

El adulterio es un **delito privado perseguible sólo mediante querrela del marido ofendido, sin que en el correspondiente proceso intervenga para nada el Ministerio Fiscal.** Por tanto, en un sistema procesal como el español,

inspirado en el sistema acusatorio formal, **no puede avanzar la sustanciación del mismo sin una acusación privada que lo haya impulsado.** El requisito de procedibilidad o perseguibilidad en este delito estriba, por tanto, en que el proceso se inicie mediante querrela del marido agraviado y que éste ejercite la acción privada durante todo el transcurso del proceso. (S. 29 diciembre 1975.)

§ 28. Artículo 450, **Consentimiento expreso o tácito en adulterio y amancebamiento.**

El consentimiento del cónyuge agraviado puede ser **expreso y tácito o agraviado.**

El **expreso** se da en los casos en que el marido ha incitado a la mujer a que fuera infiel, la ha inducido de manera inequívoca y hasta la ha constringido a ello o ha facilitado medios, ocasión o varón para consumir la infidelidad.

El **tácito o presunto** se deduce de la indiferencia o pasividad de que ha hecho gala el marido ante el conocimiento de lo sucedido o de actos concluyentes del mismo.

En el plano de la **praxis**, el T. S. ha entendido con sentido el adulterio de la mujer, cuando el marido propone a un amigo que lleve a su mujer a una casa de compromiso, cuando se hallaban separados más de doce años sin que el marido se cuidara de su mujer en ningún aspecto, cuando el marido «para zanjar el asunto» propone levantar acta notarial para plasmar en ella acuerdos concernientes, entre otros puntos, a la infidelidad de la esposa, cuando conociendo el adulterio, sigue conviviendo normalmente con su mujer, se exhibe en público con ella, acompañándola en paseos, teatros u otros lugares semejantes y, finalmente, cuando observando una pasividad incomprensible, deja transcurrir largos años sin presentar la querrela. (Sentencias 6 abril 1895, 27 febrero 1926, 11 mayo y 10 noviembre 1948, 24 junio 1953, 26 febrero 1965, 8 marzo 1968 y 26 octubre 1969.)

Por el contrario, la **separación de hecho por sí sola**, fundada o motivada en desavenencias matrimoniales, sin que consten estipulaciones o acuerdos que conciernan de algún modo el deber recíproco de fidelidad, si bien lleva consigo la cesación de la vida común de los cónyuges, no empece el cumplimiento riguroso de los restantes deberes que los consortes tienen entre sí y respecto a sus hijos comunes (deberes entre los que se encuentra el de fidelidad, que no puede quebrantarse sin incurrir en responsabilidad criminal y en causa legítima de separación o divorcio no vincular); de ahí que **no implique consentimiento tácito del adulterio.** Consentimiento que tampoco cabe deducir de la supuesta tardanza en la presentación de la querrela por parte del marido (presentada en el mismo año en que se produjo la iniciación del trato carnal). (S. 24 junio 1975.)

§ 29. Artículo 452, **Amancebamiento.**

El amancebamiento exige que la manceba conozca el estado de casado del varón. A pesar de convivir con el varón «de more uxorio», si no consta demostrado en autos, que ella no conocía su estado de casado, **no puede**

presumirse tal circunstancia en contra del reo. Por lo que el hecho no es delictivo, procediendo casar y anular la sentencia, absolviendo a la inculpada, al faltar ese «elemento psíquico indispensable para construir la culpabilidad» en tal delito. (S. 21 noviembre 1975.)

Notoriedad y publicidad.

El elemento de la notoriedad, legalmente exigido como «condición objetiva de la punibilidad» para la integración del tipo penal, se da: «...cuando las relaciones carnales sostenidas por los concubinos, de mera habitual, estable y continuada, trascienden y vienen a ser conocidas por un número indeterminado de personas». Lo que sucede, al ser conocidas las relaciones de los procesados por «personas amigas y compañeros de trabajo de la esposa, así como por todas aquellas de alguna forma relacionadas con los cónyuges, adquiriendo mayor difusión la anómala situación al dar a luz la procesada un hijo». Con lo que aparece claramente descrita la existencia de tal notoriedad.

Esta no debe sin embargo confundirse con la circunstancia de publicidad, Pues, «si bien la publicidad puede hacer más notorio un hecho, no es necesaria para su punibilidad ya que no se requiere que su conocimiento llegue a todos o gran parte de la población, sino que es suficiente... alcance a un número indeterminado, aunque sea más reducido, de personas, sobre todo si, como en este caso, son amigos de la esposa legítima, ya que la ofensa debe reputarse mayor al quedar ésta injuriada y viciada frente a las personas que constituyen sus relaciones sociales». (S. 21 noviembre 1975.)

§ 30. Artículo 499, Allanamiento de morada. Tipo agravado.

Es doctrina de la Sala 2.ª, en torno a la aplicación del tipo agravado—más bien subtipo— del artículo 499, número 2.º, del Código penal, que la expresión «violencia» abarca tanto a las personas como contra las cosas como forma de ejecución de hechos. [S. 8 mayo 1973.] A estos fines, ya la S. 14 enero 1974 recalca con minucioso estudio, tras exponer las distintas orientaciones doctrinales sobre el problema, que abarcaba a la violencia sobre las cosas, subrayando que era la «vis in re» como rotura, rompimiento, derribo o fractura de las defensas de la intimidad familiar de la morada, sin que se extienda a los casos de habilidad para penetrar en la morada como el escalamiento. Por tanto, la violencia en las cosas, sobre las cosas y forzando las cosas está comprendida en semejante figura agravada. En tal sentido, la fuerza sobre puertas de moradas, como desprender el bastidor de una puerta, violentar las puertas, derribar las puertas a que hacen referencias las sentencias citadas, integran la violencia sancionada en este precepto. [SS. 29 septiembre 1967, 8 mayo 1969, 30 noviembre 1970.] Y así se ha entendido de manera definitiva en sucesivas sentencias, de la que son exponentes las citadas de 8 marzo 1973, 14 enero 1974, continuada en la de 29 enero y 20 junio 1975, de forma que pueden considerarse como orientación general y ya estable de la doctrina jurisprudencial. (S. 20 junio 1975.)

§ 31. Artículo 519, **Alzamiento de bienes.**

El delito de alzamiento de bienes previsto y penado en el artículos 519 del Código penal, es infracción criminal de **tendencia y mero riesgo**, que se configura por un **elemento subjetivo o intencional**, constitutivo de su **dolo específico** y encarnado en el **propósito del deudor de burlar, perjudicar o defraudar a sus acreedores reales, legítimos y actuales**; en concurrencia con otro **elemento externo y dinámico**, notorializado por la **ocultación, desaparición o enajenación de los bienes propios que el servicio de aquel desig-nio lleva a efecto el deudor**, haciendo por tal medio ineficaces las acciones que contra él pudieren ejercitarse para el cobro de lo adeudado, cuando el pago es exigible y la situación de insolvencia, total o parcial, real o simu-lada, se produce; quebrantando el ejercicio de las consecuentes pretensiones procesales ejecutivas de las obligaciones contraídas mediante su forzoso cumplimiento judicial. Dicho alzamiento es un **tipo delictivo abierto**, que comprende cualquier actividad propulsora de índole personal o real, que conduzca a la consecuencia final de impedir la efectividad o realización de los créditos ajenos pendientes, por sustraerse los bienes al destino cau-telar que les afectaba, **sin precisar para su correcta estimación que se haya producido un daño o perjuicio económico concreto, bastando la situa-ción de riesgo y peligro dolosamente creada que dificulte o enerve la validez y poder normal de las acciones reconocidas por el ordenamiento jurídico para su ejercicio y efectividad en el ámbito jurisdiccional establecido.** (S. 8 noviembre 1975.)

§ 32. Artículos 548 y 549:2.º, **Incendio.**

«En los artículos 548 y 549, número 2, del Código penal, el legislador tipifica conductas incendiarias próximamente emparentadas y que, según las SS. del Tribunal de 27 abril 1892, 11 diciembre 1902, 26 mayo 1917, 21 marzo 1930, 6 noviembre 1962 y 20 octubre 1969, tienen el **doble carácter** de atentar contra la propiedad y contra las personas, mientras que la doctrina les asigna una **duplicidad de objetos jurídicos**, esto es, la **seguridad general** y el **patrimonio privado**. Distinguiéndose la figura del artículo 548 de la del número 2 del artículo 549 en que la primera contempla una hipótesis de incendio con **riesgo personal probable**, mientras que la segunda se refiere a un incendio con **riesgo personal posible**, habiendo agregado las sentencias ya citadas de 1 y 24 febrero 1972, que en el artículo 548 el agente tiene la **seguridad** de que el fuego puede alcanzar a seres humanos y en el artículo 549 carece de ese conocimiento respecto a si en el edificio o casa habitada hay o no seres humanos en el momento del siniestro, pero en uno y otro caso, es indispensable que el agente se represente la posibilidad de que el fuego afecte a personas, con un **riesgo concreto o abstracto.**» (S. 18 diciembre 1975.)

VIADER VIVES, A.: «Historia del Castigo», Ed. Antalbe, Barcelona, 1974, 458 págs.

Se divide la obra en dos libros, el primero dedicado al castigo en las diversas épocas, países y legislaciones, arranca desde los primeros pueblos hasta prácticamente los momentos actuales. El segundo se ocupa del tema en la legislación penal española.

Del libro primero cabe destacar cómo en el antiguo Oriente el castigo tenía un fundamento sacro-religioso y de ahí que las medidas punitivas se recogieran en los libros sagrados, con la excepción del Código de Hammurabi. En China, la "muerte lenta" se extendía hasta los parientes en tercer grado y se declaraba infame a los parientes hasta la novena generación. Se aplicaba a traidores, reos de incesto y parricidas. Consistía en clavar multitud de cuchillos a la víctima que estaba inmovilizada en un potro. También se aplicó la siega de cabezas, muerte en aceite hirviendo, aserrar a la víctima en dos partes simétricas, decapitación, descuartizamiento, cepo-ataúd. Todo esto además de los suplicios como las marcas, el collar de madera, etc.

En Egipto, al parricida se le quemaba a fuego lento, lo mismo que a quien mataba a un niño, con la excepción de los padres. A las prostitutas y adúlteras se les condenaba a la hoguera, también al violador, que previamente era mutilado. En el año 1700 a J. C. el emperador Sabakón abolió la pena capital, sustituyéndola por los trabajos forzados.

En el sistema penal palestino tuvo gran influencia lo religioso. Los blasfemos condenados por segunda vez se les aplicaba la muerte por estrangulamiento; los que adoraban a otros dioses podían ser convertidos en esclavos o decapitados. La corrupción sexual se condenaba con la hoguera. También se aplicaron las penas de lapidación, crucifixión, talión, suspensión y azotes.

En Grecia, durante los tiempos de la monarquía el sistema penal se basaba en las represalias de la familia del ofendido contra la del ofensor, aunque cabía la compensación. La falta de legislación se solucionó con el Código de Dracón, donde se condenaba a la pena de muerte por cualquier delito, incluso para el hurto miserable. Con Solón se suavizó el sistema, aunque todavía fueron muy severas las penas. Se castigaba con la pena de muerte el sacrilegio, la profanación de misterios, el adulterio, el atentado contra la vida de los particulares o contra el gobierno. Había una atenuación para el homicidio involuntario —se castigaba con un año de destierro e indemnización a los familiares—; se conoció la legítima defensa de la vida, honor y libertad. Al cadáver del suicida se le cortaba la mano derecha, si no moría se le cortaba la mano y se le daba muerto deshonroso, salvo que se le perdonara la vida si el intento fue por motivos muy justificados.

El adúltero era condenado a la pena capital, salvo que acordase con el marido agraviado compensación. El deudor que no pagaba pasaba a ser es-

clavo del acreedor. El robo, que en la época draconiana se condenaba con la pena de muerte, con Solón se mitigaron las penas, aunque la máxima pena se mantenía en algunos casos, lo que sucedía si el valor de lo robado excedía de cincuenta dracmas. Las penas más frecuentes fueron la lapidación, crucifixión, así como diversas formas de tortura marcas y prisión.

En la Roma republicana se condenó con la pena de muerte la traición; las reuniones nocturnas, por considerarse como sediciosas; el cohecho del juez que recibía dinero por dictar sentencia favorable; también el homicidio se condenó con la pena capital, aunque el culposo prácticamente quedaba impune; al ladrón nocturno se le podía matar impunemente. Pese a existir el sistema talionar se redujo mucho, para dar una mayor extensión a las compensaciones económicas.

Durante la época imperial no variaron mucho las cosas hasta la llegada de Constantino; aunque hay que destacar las persecuciones que sufrieron los cristianos. Mejoró la situación de los esclavos, que ninguna defensa tenían antes frente a la justicia; se prohibió ahorcarlos, que murieran de hambre, quemarles, etc. Hay una notable humanización en las penas y su forma de ejecución.

La muerte se ejecutaba mediante precipitación desde una torre de gran altura, crucifixión, aplastamiento, por las fieras, sumersión en el agua, descuartizamiento, muerte en el Toro de Falaris, parrilla, hoguera, despedazamiento, asaetamiento, aceite hirviendo.

Se caracterizan los pueblos bárbaros por una deficiente organización de la justicia penal. Existió la venganza pública y privada, la arbitrariedad en los que administraban justicia y una situación de privilegio para las clases privilegiadas. Ante la falta de un sistema organizado de acusación y defensa, se recurrió con mucha frecuencia al sistema religiosos de las ordalías como el agua hirviendo, prueba del fuego, del agua fría, de la suerte, de la cruz, alimentos consagrados, prueba de la balanza y combate judicial. La pena de muerte se llevaba a efecto mediante el ahorcamiento, inmersión en pantanos, empalamiento, despedazando a la víctima o aplastamiento. Hubo también diversas formas de tortura para los presuntos culpables.

A partir del siglo VIII comienza una nueva etapa en Europa, que se extiende hasta el XIII. Junto con los cambios políticos se aprecian también modificaciones en el campo penal, ya que el derecho va sustituyendo a las antiguas costumbres de los bárbaros. El derecho de venganza "faida" inicia su desaparición en el siglo IX. Se mantuvieron las instituciones denominadas "paces", de marcado carácter religioso. Cabe recordar el efecto de la inmunidad de los templos, palacios reales, la de quienes se enrolaban en los ejércitos, etc.

Fueron fundamentales la aparición de dos instituciones el "Wegeld" y el "fredo", con lo que se cambia el sistema de la venganza privada por el de las compensaciones. La primera se trataba de la cantidad que los jueces obligaban a pagar al autor y que recibía la víctima, la segunda era algo así como las actuales costas de un juicio. Estas instituciones, junto con las formas de paz señaladas y las ordalías, fueron aceptadas por casi todos los pueblos medievales. Sin embargo, se mantuvo la tortura con toda su fiereza, así como diversas formas de ejecutar la pena de muerte.

Durante el feudalismo se establecieron una serie de tribunales que no fueron imparciales, ya que los jueces eran nombrados por los señores y obedecían las órdenes de éstos. Las arbitrariedades eran notorias y se llegaba incluso a condenar a muerte por cualquier infracción, aún las más leves. La horca fue uno de los métodos más frecuentes de ejecución, mientras que la picota se reservó para castigos corporales. La tortura se siguió aplicando por diversos procedimientos.

Durante la época medieval la mayor severidad de las penas se dio en los Estados alemanes, a lo que contribuyó la gran arbitrariedad de los jueces. Además de los horrendos sistemas de tormento se ahorcaba, decapitaba, descuartizaba, también se aplicaba el empalamiento y otros métodos no menos crueles.

Entre los siglos xv *al* xviii tuvieron gran influencia las persecuciones religiosas. La Inquisición condenó a la hoguera a infinidad de herejes, sin tener en cuenta para nada la edad o el sexo. Sigue la desproporción entre el delito y la pena, así como la arbitrariedad de los jueces.

En el Islam se mantuvo la pena de muerte y otros severos castigos, aunque había una clasificación y no tenían carácter cruel o sádico, cosa que ocurría en Europa. Se aplicó el empalamiento, crucifixión, lapidación y diversas formas de tortura. Fue la legislación penal musulmana menos cruel que la europea.

De la legislación penal en Inglaterra durante los siglos xviii y xix cabe destacar también la dureza de las penas, lo que se justifica que 160 delitos estaban condenados con la pena de muerte. Sin embargo, la indulgencia también fue grande, quizá para paliar la severidad de las leyes. Los castigos más frecuentes fueron la pena de muerte, deportación, flagelación y cárcel.

Termina el libro primero con el sistema penal de la última época del antiguo régimen, la codificación en los países europeos. Se considera también la legislación penal hasta la Segunda guerra mundial, el derecho anglosajón y el asiático.

El libro segundo se inicia con una exposición sobre el Fuero Juzgo, con el que se consigue la fusión entre las leyes godas y romanas. Dedicó cuatro de sus doce libros a la legislación penal. Hay una suavización del sistema anterior, aunque todavía se mantiene cierta dureza. El talión, que se permitía en las lesiones, se llevaba a cabo en presencia de un juez, que procuraba sustituirlo por una multa.

Durante los siglos v *al* xi se aplicaron los siguientes castigos: tormento, muerte, decalvación, infamia, esclavitud, azotes, destierro, mutilación, deposición, reclusión y penas pecuniarias. Se aplicó el derecho de gracia por parte de los monarcas.

En los fueros municipales hay notable divergencia. En los atentados contra la vida, por ejemplo, mientras que unos castigaban el homicidio con la pena de muerte, en otros fueros se aceptaba la compensación. Algo similar ocurría con los demás delitos; el robo era castigado en el fuero de Cuenca con la precipitación del culpable, mientras que en el de Lara se condenaba con el pago de la cantidad sustraída, incrementada entre el triplo y décuplo.

Se ocupa también el autor de la legislación en la época del rey Sabio, del Fuero Viejo y el Ordenamiento de Alcalá, hasta las grandes recopilaciones, así como de la inquisición española.

En el capítulo dedicado a *los castigos en las Leyes de Indias*, sale el profesor Viader en defensa de nuestro sistema, frente a todas las críticas de que ha sido objeto, para demostrar que no fue más rígida la justicia penal en los territorios de América que en la Península, siendo en muchas ocasiones más benigna que la que se venía aplicando en Europa.

En relación con los delitos que se castigaban en América, unos se regían por el derecho de Castilla, mientras que había conductas que quedaban impunes por no estar recogidas en el derecho castellano. La hechicería y brujería, que se mantienen hasta bien entrado el siglo XVIII, se consideraron como crímenes atroces. El Tribunal de la Inquisición, que comenzó a funcionar en el año 1569, actuó con más benevolencia que en la metrópoli. El adulterio y la bigamia no se castigan hasta el siglo XVII, en atención a que los indios practicaban la poligamia. Cabe destacar el delito de embriaguez, debido al abuso en el consumo de los vinos de Castilla, la pena en prisión o azotes.

Entre las penas y castigos más frecuentes cabe destacar que la pena de muerte se ejecutaba en muy pocos casos, conmutándose por la de trabajos forzados, galeras u otras similares. El procedimiento era la horca, decapitación, garrote y arcabuceo. Solía aplicarse garrote a los delincuentes blancos y ahorcamiento a indios y negros.

En cuanto a las penas corporales graves, pronto se llegó a su conmutación, como sucedió con la mutilación de la lengua, nariz o las orejas. Otra de las mutilaciones fue la amputación de la mano, con la que se condenaba el homicidio, falsificación de documentos y ladrones multirreincidentes. Las mutilaciones desaparecieron pronto de las colonias españolas, sobre todo, gracias a las conmutaciones. También se aplicaron los azotes y la exposición en la picota pública.

Termina la obra con un capítulo dedicado a la evolución penal española desde el siglo XVIII, así como un breve comentario sobre nuestro sistema penal histórico. Considera el autor que la legislación penal española y los castigos que se han venido aplicando fueron de los más suaves de Europa (1).

La obra está ilustrada con multitud de grabados, lo que permite una mejor visión del tema y mayor amenidad en la lectura, que resulta accesible a cualquier clase de público, cosa que no ocurre con todos los trabajos científicos.

El autor es totalmente imparcial, limitándose a exponer la realidad de los acontecimientos históricos, cosa que no siempre ha ocurrido con otros que de una u otra forma han tocado este tema.

La obra no sólo tiene valor criminológico, sino también jurídico, incluso las consideraciones políticas y sociales que se recogen justifican a veces el arranque de la justicia penal. Se demuestra una vez más que el Derecho penal y la Criminología no son materias divorciadas, sino que se complementan

(1) Sobre la menor rigidez del tormento en España en el antiguo régimen, véase nuestro trabajo *Notas sobre Criminalística*, en Revista de "Estudios Penitenciarios", julio-septiembre, 1971.

manteniendo su independencia. El trabajo tiene notable interés para el estudio de la parte histórica del Derecho penal, en especial del delito y la pena.

A pesar de la gran extensión de la obra, se trata de un amplio esquema que será desarrollado, por lo que esperamos que el profesor Viader nos brinde lo antes posible el trabajo completo.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

V CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE

(Ginebra, 1-12 septiembre de 1975)

Este Congreso debía celebrarse en Toronto (Canadá), en las fechas indicadas, aunque en el último momento se cambió la sede del mismo. Como líneas generales pueden señalarse, entre las más importantes, las siguientes:

a) No puede decirse que se haya desarrollado el Congreso dentro del marco de un alto nivel científico, sino más bien todo lo contrario. Sin embargo, se han planteado una serie de problemas reales del mundo del delito y del delincuente.

b) Destaca su carácter práctico frente a la teoría, pese a que algunas de las conclusiones resultan hoy imposibles de llevar a la práctica.

c) Destaca la dureza con que algunos representantes gubernamentales han tratado el mundo del delito en sus países. Esto es interesante, ya que se presentó una panorámica de la criminalidad verdaderamente real. No obstante, no faltaron delegaciones que trataron minimizar sus problemas nacionales; en esta línea se encontraban los países menos liberales.

d) Parece que los problemas de mayor gravedad se encuentran en la administración de justicia, en las dificultades de perseguir a los poderosos, la corrupción y el delito económico.

e) Se plantea por primera vez en estos Congresos el tema de la tortura, que fue condenada por unanimidad, sin que hubiera un voto en contra o abstención ni aún por los policías, personal de prisiones y otros funcionarios gubernamentales.

f) Si bien la problemática de la delincuencia se expuso con bastante precisión, las medidas a adoptar para combatirla resultan en la mayoría de los casos imprecisas y de eficacia dudosa.

g) La literatura del Congreso estuvo prácticamente dominada por la anglosajona —puede decirse que por la norteamericana—, teniendo mucho menos valor la aportación europea, mientras que del resto del mundo fue casi nula la aportación.

Se organizó el Congreso en cinco secciones, donde se trató de lo siguiente:

I. El tema de la sección primera se desarrolló bajo el epígrafe *Cambios en las formas y dimensiones de la delincuencia transnacional y nacional.*—Se

resaltó aquí como la criminalidad resulta ya un problema grave en muchos países, no encontrándose solución. Los sistemas tradicionales de prevención, la legislación penal, la administración de justicia y sistemas correccionales resultan incapaces de resolver la crisis.

Se resaltó la importancia que tiene el delito económico, cuyas consecuencias son mucho más graves que la delincuencia tradicional de delitos violentos y contra la propiedad. Combatir esa forma de criminalidad no resulta fácil, ya que hay personas implicadas que incluso tienen influencias políticas. La situación se agrava cuando entra en juego la corrupción, destacándose la intervención de funcionarios y políticos a través de una retribución ilegal, a cambio de concesión de contratos de obras públicas. Otros problemas que preocupan son el delito organizado, el poder de las compañías multinacionales, contrabando y tráfico de divisas.

No se considera acertada la política de represión que se sigue en algunos países en relación con los estupefacientes, llegándose incluso a penar la tenencia y aún el uso. Se considera más útil en muchos casos un control social y de fiscalización que la imposición de una pena. Se recomienda la descriminalización del consumo de drogas menos peligrosas como la *cannabis sativa*. En el terreno preventivo se estima necesario más control del cultivo, elaboración, tráfico y venta, así como una mayor colaboración internacional de los organismos encargados de combatir esta forma de delincuencia.

Dentro del tema de la violencia interpersonal se pone de relieve el incremento de las formas violentas de delitos tales como homicidios, lesiones y robos. Esta violencia se lleva a cabo en muchas ocasiones por grupos organizados, que no pocas veces tienen carácter ideológico. Más que en la industrialización y el urbanismo, parece que el origen de la violencia hay que buscarlo en la problemática general que presenta la sociedad actual, siendo muchos los factores que se combinan para desencadenarla. Hay una subcultura de la violencia que está representada por un esquema de valores y normas muy diferentes de la cultura dominante. La violencia se ha incrementado tanto en el plano nacional como en el internacional.

La delincuencia relacionada con el tráfico motorizado es cada vez mayor, con un notable incremento de muertos, lesionados, e incapacitados. Durante el año 1973, veintisiete países europeos dieron un total de 1.653.000 accidentes, de los que resultaron 93.000 muertos y 2.222.000 lesionados. Como factores más importantes de los accidentes de tránsito se señalan: Conducir a velocidad excesiva, infracciones a las reglas de tráfico, conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas o estupefacientes, mal estado de la calzada, deficiente señalización y vehículos defectuosos.

En relación con la problemática de los movimientos migratorios y criminalidad, en especial con la explotación de los emigrantes, se considera más importante establecer medidas preventivas que la represión penal. Hay que orientar a todo el que piensa emigrar, exigir contratos de trabajo y evitar la emigración clandestina.

Se aprecia un notable incremento de la delincuencia femenina a escala mundial, sobre todo en el terreno juvenil. El factor más importante de ese aumento hay que buscarlo en una emancipación cada vez más temprana de la mujer, así como su mayor participación en el mundo laboral.

Aunque es difícil pronosticar el futuro de la criminalidad se considera que los delitos que más van a incrementarse serán los cometidos contra la propiedad. También se espera una mayor violencia.

II. El tema de la sección segunda era: *Legislación penal, procedimientos judiciales y otras reformas de control social en la prevención del delito*.—El sistema de justicia penal parece que tiene poco efecto en la prevención del delito, en especial por no saber adecuarse a las necesidades de la sociedad actual. Por otra parte, el sistema de justicia penal se viene desprestigiando cada vez más ante el público en general, pues están perdiendo confianza en el mismo. Se resaltó las dificultades que lleva consigo el pretender aplicar el sistema penal de un país a otro, como ha sucedido con algunos que lo implantaron en sus colonias de diversas partes de Asia y Africa. Puede servir el derecho de la metrópoli en el robo, homicidio, etc., pero no en todos los casos, por lo que a veces el derecho de aquélla resulta inhumano. Problema universal es el retraso en la administración de justicia. La corrupción es otro de los graves problemas que obstaculiza el buen funcionamiento de justicia.

La justicia penal se extiende sólo a la delincuencia conocida. Sin embargo, el número de delitos desconocidos es muy grande. También son frecuentes los actos socialmente nocivos que quedan impunes gracias al poder político o al económico, que a veces se alían. El orden establecido lleva en ocasiones desigualdades e injusticias de carácter político, cultural y social, cuyos fundamentos hay que buscarlos en las estructuras económicas. Se llega a la conclusión de que los sistemas judiciales y penitenciarios pueden fomentar carreras criminales. Ante toda la problemática que se plantea en relación con el tema de la justicia penal, se considera necesario hacer un replanteamiento de la política criminal en su conjunto "bajo el signo de la racionalización, la planificación y la democratización".

Se puso de relieve la falta de coordinación entre todos los que participan en la administración de justicia, jueces y fiscales, personal subordinado, policía y funcionarios de prisiones. También se consideró que los estudios criminológicos no resultan de mucha utilidad en el campo de la justicia penal, en principio por dedicarse demasiado tiempo al estudio clínico del autor individual; por otra parte, son muchos los criminólogos y penalistas que se limitan a trabajar sobre lo ya existente, sin ocuparse de la verdadera problemática del mundo del delito. Además, se ha superado la creencia de que el delincuente es un enfermo, y que su conducta obedece a un desajuste de personalidad.

Respecto a las reformas del Derecho penal, se puso de manifiesto que los Códigos, Leyes e instituciones en que se fundamenta ese derecho son muy antiguas en algunos países, mientras que en otros les fueron impuestas en la época colonial. Tanto lo uno como lo otro supone una inadaptación de los sistemas penales a las necesidades actuales de la sociedad. También se aprecian lagunas en los sistemas penales, en cuanto no recogen conductas nuevas que suponen un riesgo para la colectividad y que tienen su origen en la actividad industrial, comercial o financiera. Es necesario una modificación del Derecho penal, a fin de ponerlo en consonancia con los adelantos de la Criminología y la evolución social. Esto supondría la despenalización y la elimi-

nación de ciertas infracciones a la vez que se crean otras. También habrá que tenerse en cuenta en la nueva redacción de los Códigos; éstos deben ser entendidos por todos y no solamente por los juristas.

En relación con las conductas que pueden ser objeto de destipificación y despenalización se recogen los delitos sin víctimas (embriaguez pública, vagancia, prostitución, conductas sexuales desviadas entre adultos, infracciones sobre estupefacientes, eutanasia, etc), que suponen la mitad de las infracciones de las que se ocupa la policía. En los países escandinavos se ha instado a la despenalización de los delitos de tránsito, injurias, calumnia, el hurto en tiendas, la ratería y el no pago de alimentos a menores. En otros países las infracciones de tránsito se han pasado a tribunales u órganos administrativos.

En cuanto a la tipificación de nuevas figuras delictivas se recomienda la delincuencia económica y fiscal, las nuevas formas de violencia nacional y transnacional, contaminación del medio ambiente, la corrupción y las colusiones político-financieras.

También se trató la posibilidad del *desprocesamiento*, por el que se pretende excluir del procedimiento ordinario las infracciones de pequeña importancia, ya que muchas veces los efectos negativos del procedimiento ordinario resultan excesivos. Hay que buscar un sistema social más directo, más breve, menos costoso y que no cree estigma en los delinquentes. Por otra parte, la detención preventiva solamente debe realizarse cuando realmente sea necesaria, y observando las garantías legales establecidas.

III. El tema de la sección tercera fue: *Las nuevas funciones de la policía y otros organismos de aplicación de la ley, con especial referencia a las cambiantes expectativas y a niveles mínimos de ejecución.*—En esta sección, donde había representantes de las policías de los diversos países, hubo unanimidad sobre las siguientes peticiones: mayor moralidad en algunos de los funcionarios, condenar la totura, no inmiscuir a la policía en cuestiones políticas y crear un código internacional de ética profesional.

La policía debe proteger por igual a todos los sectores de la sociedad, e incluso en algunos casos inclinarse a favor de las clases menos privilegiadas. Aunque la policía debe seguir respondiendo ante el poder legislativo, muchas policías prefieren tener la posibilidad de actuar con discrecionalidad, aunque ese poder sea limitado. La oposición a esa libertad de acción se da en muchos países, y se argumenta que supone un riesgo conceder autonomía, ya que se pueden cometer excesos.

Se pide personal inteligente, educados, imparciales y honestos. Sin embargo, no resulta nada fácil conseguir esto en aquellos países donde hay otras formas de vida más rentables y con trabajos más cómodos. Es frecuente que los mejores policías se marchen a otras profesiones del sector público y privado donde consiguen remuneraciones mayores. Por otra parte, cuando el prestigio de la policía se deteriora, los elementos más sensibles que temen por su reputación también la abandonan.

Aunque en algunos países la policía se encuentra encuadrada en sindicatos, hay una notable tendencia a evitar la sindicalización, pues supone un riesgo grave que puedan ir a la huelga, con lo que aumentaría la criminalidad, quedando indefensa la sociedad.

No siempre son buenas las relaciones entre la policía y el público. Sin embargo, es necesario que se mejoren las mismas, pues sin el apoyo de la sociedad la policía no puede cumplir eficazmente sus funciones de prevención y lucha contra la criminalidad.

Se trató el problema de la corrupción de la policía, aspecto que se extiende en todos los países a otros funcionarios. No obstante, la policía debe observar una integridad superior a la del ciudadano medio. La corrupción no se extiende a todos los policías, sino a un grupo de ellos, que a veces resulta suficiente como para desprestigiar al resto. Otras veces ante la corrupción de la sociedad en general, incluso de los superiores, la policía no es mucho lo que puede hacer, pudiendo ese ejemplo influir en su mal comportamiento.

IV. La sección cuarta se desarrolló bajo el epígrafe: *El tratamiento del delincuente bajo custodia o en la comunidad, con especial referencia a la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.*—Pese a que se viene mejorando las condiciones de los sistemas penitenciarios, se pone en tela de juicio la eficacia del tratamiento en atención al notable número de reincidentes que vuelven a la prisión.

Para evitar los estigmas de la prisión se buscan otros procedimientos como la descriminalización y despenalización, libertad vigilada, libertad condicional, y sobre todo una mayor participación de la comunidad. Sin embargo, todavía no se puede prescindir de las prisiones, donde por lo menos han de quedar los delincuentes peligrosos.

Se insistió en que deben reforzarse los derechos de los presos, mientras que los preventivos han de quedar separados de aquéllos y con menor número de privaciones. Se pide la prohibición de toda clase de experimentos que puedan poner en peligro la salud de los reclusos. En cuanto a si se puede modificar el comportamiento y las actitudes de los delincuentes, las opiniones están divididas. Unos sostienen que los intereses de la sociedad están por encima de los del recluso, y de ahí que el sistema correccional deba cambiar su comportamiento y actitudes. Otros, por el contrario, mantienen que toda persona tiene derecho a su propia autodeterminación, por lo que se oponen a todo intento de modificar la personalidad del recluso.

Los problemas de mayor envergadura con que tropiezan todos los sistemas penitenciarios es la falta del suficiente personal especializado, edificios y presupuestos económicos. También resulta difícil conseguir buenos funcionarios de prisiones, por lo ingrato de la función y dureza de la profesión. Hay que buscar alicientes para atraerse a personal capacitado y evitar la fuga de los mejores hacia otros puestos de la sociedad más cómodos y mejor remunerados. Es un hecho cierto que el desarrollo económico de los países no encuentra un reflejo proporcional en las prisiones.

En los últimos años vienen incrementándose los conflictos en las prisiones, especialmente en motines y huelgas de hambre. Esta conflictividad, como protesta, parece que irá en aumento en los próximos años.

En relación con las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, más de la mitad de los países no las observan, por lo menor de forma aceptable. Incluso los sesenta y dos países que parecen observarlas presentan problemas en algunas de ellas: unos tienen dificultades en la separación de los reclusos por categorías, debido al hacinamiento que hay en las prisiones, por

falta de establecimientos; en otros, y por la misma razón, no pueden establecer el aislamiento nocturno; en algunos falta personal sanitario o especialistas para el tratamiento; en diversos países no puede darse trabajo a todos los reclusos, etc.

V. *Consecuencias económicas y sociales del delito: nuevos estímulos para la investigación y planificación.*—En la sección quinta se consideraron los costos del delito, que algunos países reflejan cifras alarmantes. En Estados Unidos el costo del delito en el año 1974 fue de 88.600 millones de dólares, lo que supone una media de 420 dólares por persona y año. En Japón costó el delito en el año 1971, 2.335 millones de dólares. La evasión tributaria anual en Italia se calcula en unos 5.000 millones de dólares. La salida de este dinero, generalmente a bancos suizos, obliga al Estado italiano a buscar ayuda financiera en bancos extranjeros.

La fuga de capitales, manipulación de divisas, contrabando, fijación de precios de transferencia y la evasión tributaria, puede resultar mucho más perjudicial que las formas tradicionales de criminalidad. También pueden ser nefastas a largo plazo las consecuencias de la corrupción. Todos estos factores no sólo afectan a la economía de un país, sino que pueden llevar a poner en peligro la seguridad del Estado.

Los mayores gastos en la lucha contra el delito son los que supone el mantenimiento de la policía, personal de justicia y prisiones. Cualquier elevación de los gastos policiales ante el aumento del delito puede ser ineficaz si no se incrementan también los gastos de otros subsectores del sistema de justicia penal.

Las consecuencias sociales del delito, además de las económicas, pueden ser importantes. Además de las muertes y lesiones, el delito puede llevar a crear una situación de miedo e inseguridad entre la población o algunos sectores de la misma, lo que supone una restricción a la libertad. A veces se teme frecuentar determinadas zonas de las grandes urbes, sobre todo por la noche. El temor suele basarse en una apreciación subjetiva, siendo el riesgo real muy inferior al estimado. El aumento de la seguridad, poner dos o tres cerraduras en las puertas, por ejemplo, lleva consigo un incremento del temor, no sólo individual, sino también colectivo. El propio temor al delito a veces se viene utilizando con fines políticos, unas veces para conseguir votos en determinadas elecciones, y otras para la promulgación de leyes cuya dureza no hace más que agravar el problema.

Hay que dar más importancia a la víctima de la que viene concediéndole. Normalmente la administración de justicia sólo se ha ocupado de la persecución de los autores, su condena y rehabilitación.

Los costos del delito no se distribuyen de forma equitativa entre la población. Generalmente son los más débiles económicamente quienes han de soportar una mayor carga, pues los delitos de explotación los sufren quienes tienen menos posibilidad de soportarlos, pensemos en los préstamos usurarios, estafas de pisos, etc. En situación parecida se encuentran los ancianos y quienes poseen una deficiente educación.

El delito desconocido demuestra que la delincuencia no es un fenómeno de las clases más modestas, pues los delitos cometidos por las grandes organizaciones comerciales, así como los de tipo intelectual —que son buena parte

de la criminalidad oculta— son cometidos por las clases media y alta. Parece que los sistemas judiciales hacen diferencias en cuanto al tratamiento de los poderosos y débiles. Muchos procesados no pueden pagar la fianza que se fija para quedar en libertad, así como tampoco asesorarse de un buen letrado, cosas que pueden conseguir los ricos. Las personas que se encuentran en prisión preventiva tienen más riesgo de ser condenadas que aquellas que consiguieron la libertad provisional. La población reclusa de la mayor parte de los países del mundo se integra casi en su totalidad por personas de pocos recursos. Al observar la gran masa de ciudadanos que la justicia no es igual para todos, pierde su confianza en la misma.

Se establecen una serie de consideraciones y directrices para conseguir una evaluación de las consecuencias económicas y sociales del delito, redistribuir los costos del delito, así como para planificar la prevención en este terreno. Se pide por todo ello una mejora de las estructuras sociales, así como una mayor justicia para toda la comunidad en general. La solución no resulta nada fácil de poder llevar a la práctica.

VI. otros temas de interés tratados en el Congreso fueron:

A) *Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido ni preso.*—Este documento que fue preparado por la Secretaría General, tenía como finalidad ayudar al Congreso en los temas tratados en las secciones tercera y cuarta. El Proyecto, que consta de cuarenta y un artículos, se basa en la Declaración de los Derechos Humanos, y recoge: Toda persona acusada de un delito hay que estimar que es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; sólo debe detenerse en casos extremos; toda detención se hará mediante mandamiento judicial o funcionario autorizado para ello, solamente podrá eximirse de ese requisito en los casos de delito *in fraganti*, o cuando la demora en la detención suponga un riesgo; sólo podrá hacerse uso de la fuerza en casos extremos; todo detenido será informado al tiempo de la detención de las razones de ésta; el detenido debe ponerse a disposición de la autoridad judicial en el plazo de veinticuatro horas; debe darse al sospechoso la oportunidad de ser oído, y debe ser informado de sus derechos de ser asistido de un letrado, comunicar su situación a familiares u otras personas, no se le puede obligar a declarar, etc.

B) *Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en relación con la detención y encarcelamiento.*—Este tema también fue preparado por la Secretaría General y tiene relación con el punto tratado anteriormente. Además de insistir en algunos de los principios vistos en el Proyecto tratado en el apartado A), cabe destacar: Protección contra métodos de interrogatorio indebido; nadie será objeto de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; medidas disciplinarias a los reclusos; derechos de éstos, supervisión de las prisiones y quejas de los internos; procedimientos para poner fin a la reclusión ilegal; exclusión de las confesiones obtenidas por procedimientos ilegales, etc.

D) *Aspectos sanitarios de los maltratos evitables infligidos a presos y detenidos.*—Se preparó este documento por la Organización Mundial de la Salud. No se llega a un acuerdo para definir lo que deba entenderse por "tortura", "crueles", "inhumanos" y "degradantes". Sin embargo, la Asociación Médica Mundial define la tortura como "la imposición por una o más personas, que

actúan por su cuenta o por orden de cualquier autoridad, en forma deliberada, sistemática y cruel, de sufrimientos físicos o mentales con objeto de forzar a otra persona a proporcionar información o a hacer una confesión o con cualquier otro objeto”.

Los malos tratos son condenables, pero existen otros más leves que pueden ser objeto de discusión, como sucede con los delincuentes con desórdenes mentales, menores y quienes consumen sustancias que crean farmacodependencia. Para éstos resulta más eficaz una medida terapéutica que el ingreso en prisión.

En la alimentación forzosa por huelgas de hambre las opiniones se dividen. Mientras algunos estiman que debe dejarse morir de inanición al recluso que lo desee, la opinión más numerosa se inclina por evitar la muerte. Sin embargo, la Asociación Médica Mundial condena toda alimentación artificial a los reclusos conscientes que se niegan a tomar alimentos.

En relación a los castigos que se pueden imponer a los reclusos como consecuencia de infracciones disciplinarias se admiten la suspensión de visitas, correspondencia, ver la televisión, participar en actividades deportivas y ocuparse a trabajos útiles. No se considera como amenaza contra la salud mental. También se admite la restricción en los alimentos y el aislamiento solitario, aunque en ambos casos se precisa el control médico. Se prohíbe toda clase de métodos de coerción, así como la aplicación de procedimientos químicos, de psicocirugía, electroconvulsión, interrogatorios intensivos y experimentos biomédicos, siempre que supongan un riesgo para la salud de los reclusos, y aunque medie consentimiento de los mismos.

D) El tema de la *protección de todos los detenidos contra la tortura y los tratos inhumanos* que se trató en las secciones tercera y cuarta, llevó a formular una declaración que debe servir de orientación a todos los Estados y demás entidades que ejerzan un poder efectivo. Consta de doce artículos. Dispone el primero: “A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionadamente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”.

Por su parte el artículo segundo establece que “todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

El texto de la Declaración, que fue aprobado por unanimidad, no es definitivo y va a ser estudiado por una comisión de expertos a fin de darle su redacción final, para su ulterior aprobación por las Naciones Unidas.

SANTIAGO MIR PUIG: «La reincidencia en el Código Penal». Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona 1974 (I. vol. XXVI 562 págs.)

Al presentar esta muy documentada y bien lograda obra, podemos subrayar que en no pocos aspectos es modelo de buena monografía. Su tema fue sin duda, sugerido por la observación que en algún lugar apunta el autor: “El ingente número de sentencias del Tribunal Supremo recaídas en relación con los preceptos objeto de este estudio —arts. 10,14, 10,15, 61,6 y 516,3— que contrasta con la escasa atención de la ciencia penal española hacia los mismos” (pág. 18).

Tras una introducción sobre la noción, significación general de la reincidencia y objeto, método y sistemática de la investigación, en la parte primera del libro se hace una buena exégesis de los preceptos definidores de la circunstancia agravante genérica de reiteración, de definidores de la circunstancia agravante genérica de reincidencia y de la multirreincidencia. Son más de cuatrocientas páginas de estudio exhaustivo de tan importantes cuestiones, poniendo a contribución no sólo la jurisprudencia y doctrina científica, sino el derecho comparado, con cuidadosas citas, incluso de la doctrina extranjera, cuando trata problemas que plantea la regulación española o para su contraste, en la normativa de tan importante institución, “criterio central para medir el éxito o el fracaso de un sistema penitenciario”, según ZUCKER y tantos criminalistas, así como las conclusiones de sus congresos y asambleas internacionales.

Toda la segunda parte está consagrada al “fundamento de la regulación jurídica”.

El profesor Córdoba Roda, en el prólogo de esta obra del joven profesor de Barcelona, bien dice que “la exposición de la primera parte ha obligado al examen de la gran variedad de cuestiones que la interpretación de los preceptos legales plantea. En buena parte de las mismas se ha visto obligado el autor a tomar posición frente a problemas nucleares del Derecho penal, no sólo en su aspecto material, sino, incluso, en algunas ocasiones, en el Procesal. De esta suerte muchas de las páginas de la obra encierran un interés que trasciende el de la temática, de por sí ya importante, de la reincidencia”.

Creemos de interés para los lectores transcribir la conclusión a que llega MIR PUIG al final de su libro: Las consideraciones que anteceden hacen deseable la supresión de las circunstancias de agravación de pena en que la reincidencia se manifiesta en nuestro Derecho penal, y muy especialmente de los preceptos que atribuyen eficacia extraordinaria a la multirreincidencia. Debería bastar a las necesidades preventivas la asignación de medidas de seguridad que el artículo 4.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social efectúa... que tales medidas se gevarán a la práctica..., no como verdaderas penas de hecho... No debe olvidarse, en cuanto a esto último, que el origen de la introducción de esta clase de tratamiento —las medidas de seguridad— junto a la pena, se encuentra en el objetivo de liberar a ésta de contenidos preventivos incompatibles con los límites políticos de su cometido.”

Confiemos que algún día tan solvente doctrina científica, apoyada, entre otros, en autores del fuste de FERRI, PUGLIA y FLORIÁN, sea tenida en cuenta por el legislador español (y por cuantos le siguieron) al emprender la redacción de un nuevo Código Penal.

PASCUAL MENEU MONLEÓN
Abogado del I. Colegio de Madrid.

NOTICARIO

II COLOQUIO CRIMINOLÓGICO EN EL CONSEJO DE EUROPA

En el Consejo de Europa (Estrasburgo) se reunió del 25 al 27 de noviembre de 1975 el II Coloquio Criminológico, que estudió los medios de obtener mejor información sobre la criminalidad.

Al tratar de las estadísticas criminales oficiales, los participantes comprobaron las imperfecciones que presentan, debidas principalmente a que no tienen en cuenta las cifras "negras" (infracciones no denunciadas) ni las llamadas "de exceso" (actos denunciados como infracciones cuando en realidad no lo son).

El coloquio se ocupó de la forma de perfeccionar las estadísticas y uso de computadores, recomendando que las estadísticas criminales se completen con datos del estudio de las víctimas y se publiquen anualmente en una edición más simple, y otra completa cada breve período de años.

Recomendó además el II Coloquio Criminológico una eficaz colaboración entre los investigadores y la Administración, para definir una mejor clasificación de delitos y delincuentes, para completar las estadísticas criminales oficiales y mejorar sus estudios comparativos a nivel internacional.

EL TRABAJO PENITENCIARIO EN EL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, tras su reunión de noviembre de 1975, hizo pública su resolución (75) 25, recomendando a los 18 Estados miembros del Consejo de Europa ciertas medidas sobre la función del trabajo en los establecimientos penitenciarios.

La División de Criminología del Consejo de Europa hizo un amplio estudio del tema, que fue como la exposición de motivos de esta resolución y tiene 43 páginas de extensión.

El Comité de Ministros invita a los gobiernos miembros de la organización:

- 1) A conceder un estatuto bien definido y determinada prioridad al trabajo penitenciario.
- 2) Librar los fondos necesarios para realizar los programas de trabajo según las necesidades de las instituciones.
- 3) Utilizar plenamente sistemas de gestión, técnicas y métodos de producción adecuados y modernos.
- 4) Adaptar las condiciones de trabajo, sus modalidades y su remuneración, en la medida de lo posible, a las normas del exterior.
- 5) Al reclutar y formar el personal, tener en cuenta la importancia del trabajo y sus implicaciones para la gestión a todos los niveles.
- 6) Coordinar los sistemas de reparto de la mano de obra con otros aspectos de la gestión de regímenes penitenciarios.

IX CONGRESO INTERNACIONAL DE DEFENSA SOCIAL

La Sociedad Internacional de Defensa Social anuncia su noveno congreso, a celebrar en Caracas del 3 al 7 de agosto de 1976, cuya organización estará a cargo de un Comité que preside el profesor José Rafael Mendoza Troconis, siendo su secretario científico el profesor Francisco Canestri.

Es notorio que Venezuela dedicó singular atención a los estudios de Defensa Social. El pasado año, por ejemplo, celebró las Primeras Jornadas de Defensa Social de América Latina (cuyas actas acaban de publicarse) y en 1952 celebró la Asamblea Interamericana de Defensa Social, invitando a una delegación europea de diez miembros, a la que tuvimos el honor de pertenecer.

El tema general de este noveno congreso internacional será "Marginalidad Social y Justicia", estudiando en cuatro secciones: 1) Aspectos sociológicos y de sociología del Derecho (ponentes: R. Koenig, Ali Lasser, S. Versele). 2) Aspectos biocriminológicos (ponentes: P. Lejins, L. Recasens Siches). 3) Aspectos jurídicos (ponentes: H. C. Fragoso, A. Baratta). 4) Remedios a los procesos de marginalización (ponentes S. García Ramírez, A. Podgorecki).

La síntesis de los trabajos estará a cargo de M. Jean Chazal, magistrado del Tribunal de Casación de Francia. Las ponencias deberán ser enviadas antes del 1.º de febrero de 1976 al secretariado de la Sociedad en Milán (Piazza Castello, 3, 20121 Milano-Italia, en español, francés o inglés, para que puedan servir de base a las ponencias generales.

PASCUAL MENEU MONLEÓN

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

CONFERENCIA EN LA FUNDACION UNIVERSITARIA ESPAÑOLA

La condesa de Campo Alange publicó en 1973 un libro titulado: *Concepción Arenal (1820-1898). Estudio biográfico documental*. Del cual dio cuenta en esta Revista el profesor universitario don Manuel Gurdíel Soria en el fascículo segundo del año 1973. Posteriormente, la condesa ha pronunciado una conferencia en la Fundación Universitaria Española, sobre el tema "Concepción Arenal en el origen de unos cambios sociales" (Madrid, 1975). Conforme a la costumbre de dicha Fundación, el contenido de la conferencia ha sido impreso y remitido a quienes asistimos a la misma. El folleto se inicia con la presentación de la conferenciante por el catedrático de la Universidad de Madrid, don Pedro Sáinz y Rodríguez, quien explicó los motivos por los cuales, para conmemorar universalmente el año dedicado a la mujer, se había encargado la conferencia a la condesa, por recordar los elogios que de ella había hecho Eugenio D'Ors, por su vocación a los estudios literarios y sociológicos; habiéndose designado en suma uno de los profesionales más serios en estas materias que tenemos en España.

Concepción Arenal fue muy alabada en vida por sus estudios y propuestas en materia penitenciaria, tanto por los penalistas extranjeros como por los españoles; pero sus estudios y actividades fueron mucho más amplios, dedicados

a la protección de muchas gentes; no sólo a los delincuentes, sino a toda clase de pobres y abandonados. Para comprender la importancia de esta dedicación debe recordarse la tremenda miseria y abandono de aquellos tiempos del siglo XIX, a lo que contribuyeron varios factores: las invasiones francesas, las guerras civiles, la desamortización, que impedía la acostumbrada sopa de los conventos, y la ausencia en España de todo desarrollo industrial. Concepción Arenal denunció casas de expósitos, donde solamente sobrevivían un diez por ciento de los niños en ellas alojados. Doña Concepción Arenal, en compañía de sus piadosas amigas, como la condesa de Mina (esposa que había sido del famoso guerrillero español Espoz y Mina), entre otras iniciativas creó una Revista llamada "La voz de la caridad", que servía para denunciar miserias y aportar remedios. Y, en unión de su pariente, el violinista Montesinos, trajeron a España la Conferencia de San Vicente de Paúl, que todavía existe.

Finalmente, el título de la conferencia y el opúsculo que reseñamos, al nombrar "el origen de unos cambios sociales" alude a que doña Concepción al realizar su obra, siendo mujer como muchas de sus colaboradoras, abrió al sexo femenino actividades de gentes de ambos sexos. No solamente les abrió el campo de la beneficencia que siempre más o menos habían ocupado las mujeres, sino otros nuevos, antes monopolizados por los hombres. No sólo vio Concepción Arenal premiadas publicaciones suyas, como los libros "Beneficencia, Filantropía y Caridad" y "El Derecho de Gentes", que alguno de sus biógrafos cree ser la publicación más notable de las que salieron de su pluma, sino que escribía en el diario "Iberia", los artículos de fondo, antes confiados a su marido, y es opinión corriente que ya durante la enfermedad de éste era la esposa quien escribía los que firmaba el enfermo.

JOSÉ ANTÓN

EL GRUPO NACIONAL ESPAÑOL DE LA ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PENAL ORGANIZARA EN OTOÑO DE 1976 UN COLOQUIO REGIONAL EN MADRID

Uno de los temas inscritos en el orden del día de las III Jornadas Españolas de Profesores de Derecho Penal, que tuvieron lugar en Santiago de Compostela a fines de mayo de este año, fue, como informamos en otro lugar de este fascículo, el de las relaciones de los penalistas españoles con la AIDP, a desarrollar por quien suscribe esta nota.

Tres fueron los puntos tratados: 1) Conveniencia de aumentar el número de miembros: reducidos en 1973 a seis, excedían en mayo de 1975 de 30 y se esperaba que, durante 1976, la cifra se duplicase; 2) intervención científica en los congresos de la AIDP, y 3) organización, por parte del Grupo Nacional Español, de un Coloquio Regional.

En lo que a la segunda cuestión se refiere se informó ampliamente de los temas que iban a ser objeto de estudio en el próximo Congreso de la AIDP, a celebrar en Alemania o en Egipto—lo que se determinará, si no antes, muy posiblemente en mayo de 1976, con motivo de la reunión en París del Consejo

de la AIDP—, y de los precongresos previstos; se subrayó el interés de que los penalistas españoles colaborasen en ellos por medio de trabajos científicos, a publicar—como hacen otros países—con anterioridad al congreso de que se trate.

Respecto al tercer punto se participó que el Consejo de Dirección de la AIDP, reunido en Bellagio en abril de 1975, había exteriorizado grandes deseos de que se celebrase en breve en España un Coloquio Regional, el cual serviría para mostrar el alto desarrollo alcanzado por la ciencia penal hispánica y el doble interés de la Asociación por el Grupo Nacional Español, en franco crecimiento, y de éste por las actividades de aquélla. La propuesta se aprobó por unanimidad, discutiéndose tan sólo acerca de la oportunidad o no de que el Coloquio se hiciera coincidir con las IV Jornadas. Al final se decidió que las Jornadas se celebrarían en Sevilla, en mayo, como de costumbre, y el Coloquio en Madrid, en el siguiente otoño de 1975, teniendo las Jornadas sevillanas el carácter de precoloquio, es decir, que tendrían como objeto de estudio el mismo del Coloquio: la protección de los derechos humanos en el Código o leyes penales especiales, en formulación concreta a determinar. La dirección de la AIDP ha hecho suyo, naturalmente, el acuerdo del Grupo Español, sugiriendo el título que puede considerarse definitivo—“La política criminal en la evolución del Derecho penal”.

Las Facultades de Derecho de las Universidades Complutense y Autónoma, de Madrid, patrocinarán el Coloquio. Se considerarán sus invitados el Presidente, el Secretario General y 10 miembros extranjeros de la AIDP. Como es usual, podrán asistir los miembros de la AIDP que lo deseen, siempre, respecto a los extranjeros, que su número no sea—por obvias razones de organización—muy elevado. Una de las dos Facultades madrileñas citadas se ha comprometido a editar—para dar cabida a todas las colaboraciones—un número de la “Revue Internationale de Droit Pénal”, que, por vez primera, aparecerá en castellano, con resúmenes de cada estudio en francés o inglés. Y se espera que las gestiones en trámite ante la otra facultad de Derecho de Madrid lleven al logro de conseguir una Secretaría para facilitar las tareas del Coloquio y la traducción simultánea—al menos en francés o inglés—de las intervenciones de los asistentes y de la exposición de las comunicaciones o ponencias. Las noticias, pues, respecto al Coloquio Regional de la AIDP que, organizado por el Grupo Nacional Español, se celebrará el próximo otoño, no pueden ser más positivas. En un fascículo próximo del ANUARIO DE DERECHO PENAL se complementará esta primera información. No es menester subrayar en qué medida el éxito del Coloquio depende de la contribución científica de los penalistas españoles al estudio de cualquiera de los temas que tienen cabida dentro del actual y amplio: “La política criminal en la evolución del Derecho penal”.

Marino BARBERO SANTOS

III JORNADAS UNIVERSITARIAS DE DERECHO PENAL

Durante los días 28, 29 y 30 de mayo de este año se han celebrado en Santiago de Compostela, bajo el patrocinio de la Universidad, las III Jorna-

das de Profesores de Derecho Penal, que congregaron en la bella ciudad gallega a la generalidad de los Catedráticos y Agregados de la disciplina: Barbero Santos (Universidad Complutense de Madrid), Beristain Ipiña (Facultad de Derecho de San Sebastián, Universidad de Valladolid), Casabó (Universidad de Valencia), Cerezo Mir (Zaragoza), Cobo (Valencia), Córdoba (Barcelona), Gimbernat (Complutense de Madrid), Muñoz Conde y Navarrete (Sevilla), Oliva (Complutense de Madrid), Ortego (Pamplona), Rodríguez Devesa (Complutense de Madrid), Rodríguez Mourullo (Autónoma de Madrid), Sainz Cantero (Granada), Suárez Montes (Oviedo) y Torio (La Laguna).

La excelente organización fue obra del Departamento de Derecho Penal, Criminología y Ciencia Penitenciaria, que dirige el Catedrático, Dr. Fernández Albor, quien, junto con el Agregado, Dr. Landrove, prepararon un programa de trabajo, y otro "adicional", difícilmente superables. Al éxito científico, consecuencia del primero, y a la gratísima estancia, derivada del segundo, coadyuvaron asimismo los miembros del Departamento, profesores María Dolores Fernández Rodríguez, Luis González Guitián y José Manuel Lorenzo Salgado.

De acuerdo con el plan inicialmente proyectado, presentaban comunicaciones o ponencias los profesores Cerezo Mir ("Límites entre el Derecho penal y el administrativo"), Gimbernat Ordeig y Muñoz Conde ("El principio de culpabilidad"), Barbero Santos ("¿Cabe una sanción penal alternativa respecto a la privación de libertad?") y Beristain Ipiña ("La multa en relación con las sanciones privativas de libertad"). Los señores Barbero Santos y Gimbernat, sin embargo, renunciaron a exponer las suyas, con el fin de que dispusiesen de tiempo para hacerlo sus compañeros Ortego, Rodríguez Devesa y Torio, que disertaron, respectivamente, acerca de "Delitos cometidos por medio de la publicidad", "Consideraciones sobre la última reforma del Código penal" y "El error iuris. Perspectivas materiales y sistemáticas". Tanto los profesores en primero, como los en segundo lugar citados, defendieron sus ponencias o comunicaciones con suma brillantez; cualidad que distinguió asimismo las intervenciones de todos los participantes. El profesor Barbero Santos, de acuerdo con lo establecido en el programa, expuso en Pontevedra su comunicación "Las relaciones de los penalistas españoles con la AIDP". De su contenido, como de los importantes acuerdos adoptados respecto a ella, se informa en otro lugar de este fascículo.

La generalidad de las investigaciones presentadas—y se espera que, a partir de ahora, lo mismo ocurra en las Jornadas que en lo sucesivo se celebren—aparecerán en breve en un volumen. Se tendrá así fácil acceso a un rico material de trabajo que, en otro caso, se dispersa. Por unanimidad, los profesores reunidos aprobaron unas conclusiones, que no reproducimos por haber aparecido ya en su fascículo anterior del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, y aceptaron la invitación del profesor Navarrete Urieta de celebrar en mayo de 1976 las IV Jornadas en Sevilla.

Las Jornadas se inauguraron en la Sala de Juntas de la Facultad de Derecho por el Decano, Dr. Souto Paz, el día 28 a las diez de la mañana, y se clausuraron por el Rector, Dr. Sanz Pedrero, el viernes, 30, a las nueve de la noche, en San Jerónimo, hermosísimo palacio, fundación del arzobispo Alonso III Fonseca, que, unido al Colegio de Santiago Alfeo, también fundación

suya—inolvidable el patio plateresco de afiligranada crestería y el artesonado del Salón de Grados—, forman el singular conjunto de la sede del Rectorado. El profesor Sanz Pedrero ofreció, con este motivo, una recepción y pronunció frases muy cordiales, que agradeció en nombre de los congresistas el Dr. Oliva, y, seguidamente — en el incomparable Hospital Real, Hostal hoy de los Reyes Católicos—, una cena de despedida.

Entre la iniciación y el final de las Jornadas se habían sucedido largas horas de trabajo y un sinnúmero de agasajos, excursiones y visitas a los excepcionalmente bellos monumentos o rincones de la ciudad o de sus proximidades. El día 28 el Decano y Claustro de la Facultad de Derecho obsequiaron con un almuerzo y, por la noche, el Ayuntamiento, con una recepción. El Alcalde, señor Castro, pronunció unas afectuosas palabras de bienvenida, a las que respondió, en nombre de los reunidos, con no menor afecto, al profesor Ortego. La tarde de ese día, y la mañana del siguiente, se realizaron visitas a la catedral y sus alledaños, bajo la guía sin par del Dr. Precedo, Provicario de la archidiócesis compostelana, y del señor Vumar, Jefe de relaciones públicas del Ayuntamiento. La sensibilidad artística de los congresistas tuvo una vez más ocasión de “asombrarse” ante tanta maravilla del Pórtico de la Gloria (y de observar el equívoco sorriso de Daniel —el más extraño del románico—, que sólo encuentra su contrapunto, a nuestro juicio, siglos más tarde, en la sonrisa, no menos equívoca, de La Gioconda), la Capilla Mayor, las portadas o plazas de Las Platerías, La Quintana, La Azabachería... los sedentes relieves románicos de la Puerta Santa, la custodia de Arfe, los tapices de Goya, Rubens o Teniers, el vuelo “aguilar” del botafumeiro o —tenemos que cortar la relación—, en el subsuelo de la basílica, ante la riqueza arqueológica de las excavaciones realizadas. Sin olvidar la plateresca fachada o el retablo “superbarroco” (en pocas ocasiones el adjetivo será más propio) de Casas, Novoa y Romay de San Martín Pinario o los extraordinarios salones románicos, bajo y alto —con el “arco de palacio” y las deliciosas ménsulas— del Palacio de Gelmírez, el obispo “expulsado” por la burguesía y “repuesto” por la realeza, que algunos —siguiendo el consejo de los cicerones citados— tuvieron la feliz idea de contemplar por “libres”. El 29, terminada la visita a la catedral, se realizó una excursión a Pontevedra —seguida de almuerzo en el Parador de Turismo— y un vespertino paseo —los congresistas se dividieron— a La Toja o a Vigo. El día culminó con un espléndido cóctel que, el señor Fernández Albor y su gentil esposa, ofrecieron en su domicilio. Todavía hay que añadir que el viernes, 30, el Departamento de Derecho Penal obsequió con un almuerzo en un Colegio Mayor. Por fortuna, al menos así lo esperamos, el resultado científico del encuentro no desmereció de este magnífico enmarque y manifestaciones de carácter artístico y cultural.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXVIII

FASCICULO III

Septiembre - diciembre MCMLXXV

Sección Doctrinal

	<u>Páginas</u>
<i>La X Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica</i> , por José María Rodríguez Devesa.	293
<i>Animo de lucro y ánimo de hacerse pago</i> , por Miguel Bajo Fernández.	355
<i>La multa penal y la administración en relación con las sanciones privativas de libertad</i> , por Antonio Beristain	379
<i>Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848</i> , por Francisco Candil Jiménez	405

Sección Legislativa

<i>Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre Prevención del Terrorismo</i>	443
<i>Decreto 2.940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de S.M. don Juan Carlos de Borbón como Rey de España</i>	451
<i>Corrección de errores del Decreto 2.940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de S.M. don Juan Carlos de Borbón como Rey de España.</i>	454
<i>Orden de 28 de noviembre de 1975 por la que se hace extensiva a la jurisdicción de contrabando la aplicación del indulto concedido por Decreto 2.940/1975, de 25 de noviembre</i>	454
<i>Resolución de la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes por la que, con motivo de la proclamación de S.M. don Juan Carlos de Borbón como Rey de España, se dan por cumplidas las sanciones impuestas en vía deportiva por dicha Delegación Nacional, Federaciones y Clubs</i>	456
<i>Orden de 5 de diciembre de 1975 por la que se extienden los beneficios del Decreto 2.940/1975, de 25 de noviembre, al ámbito Académico</i>	457

<i>Decreto 3.357/1975, de 5 de diciembre, por el que se declaran revisadas de oficio y anuladas las sanciones administrativas acordadas de conformidad con lo establecido en la Ley de 10 de febrero de 1939, de responsabilidad política</i>	457
<i>Orden de 17 de diciembre de 1975 por la que se hace extensivo a las Entidades Locales la aplicación del indulto concedido por el Decreto 2.940/1975, de 25 de noviembre</i>	458
<i>Circular 4 de 1975 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, dando normas sobre aplicación del Decreto de indulto de 25 de noviembre de 1975</i>	459
<i>Circular 6 de 1975 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, dando normas específicas y complementarias a la circular 4/1975</i>	468

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1975, por Pedro-Luis Yáñez Román</i>	472
REVISTA DE LIBROS	513
NOTICIARIO	526

Sección Legislativa

<i>Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre Prevención del Terrorismo</i>	443
<i>Decreto 2.940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de S.M. don Juan Carlos de Borbón como Rey de España</i>	451
<i>Corrección de errores del Decreto 2.940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede indulto general con motivo de la proclamación de S.M. don Juan Carlos de Borbón como rey de España.</i>	454
<i>Orden de 28 de noviembre de 1975 por la que se hace extensiva a la jurisdicción de contrabando la aplicación del indulto concedido por Decreto 2.940/1975, de 25 de noviembre</i>	454
<i>Resolución de la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes por la que, con motivo de la proclamación de S.M. don Juan Carlos de Borbón como Rey de España, se dan por cumplidas las sanciones impuestas en vía deportiva por dicha Delegación Nacional, Federaciones y Clubs</i>	456
<i>Orden de 5 de diciembre de 1975 por la que se extienden los beneficios del Decreto 2.940/1975, de 25 de noviembre, al ámbito Académico</i>	457
<i>Decreto 3.357/1975, de 5 de diciembre, por el que se declaran revocadas de oficio y anuladas las sanciones administrativas acordadas de conformidad con lo establecido en la Ley de 10 de febrero de 1939, de responsabilidad política</i>	457
<i>Orden de 17 de diciembre de 1975 por la que se hace extensivo a las Entidades Locales la aplicación del indulto concedido por el Decreto 2.940/1975, de 25 de noviembre</i>	458
<i>Circular 4 de 1975 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, dando normas sobre aplicación del Decreto de indulto de 25 de noviembre de 1975</i>	459
<i>Circular 6 de 1975 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, dando normas específicas y complementarias a la circular 4/1975</i>	468

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1975, por Pedro-Luis Yáñez Román</i>	472
--	-----

Revista de Libros	513
--------------------------------	-----

Noticario	526
------------------------	-----

Suscripcion anual: España, 800,— pesetas
Extranjero, 950,— pesetas
Número suelto, España, 350,— pesetas
Extranjero, 450,— pesetas