

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXIX
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXVI

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (†)

Directores:
ANTONIO FERRER SAMA
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense
JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

Redactor-Jefe:
DIEGO MOSQUETE MARTIN
Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad Complutense

Secretario:
ALFONSO SERRANO GOMEZ
Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad a Distancia
Vicesecretario:
PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN
Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción:

JOSE ANTON ONECA Catedrático jubilado de Derecho penal	ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca
BERNARDO FR. CASTRO PEREZ Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo	JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO Teniente Fiscal del Tribunal Supremo
JOSE CEREZO MIR Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza	ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo
MANUEL COBO Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia	GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid
JUAN CORDOBA RODA Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona	RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo
FERNANDO DIAZ PALOS Magistrado del Tribunal Supremo	ANGEL TORÍO LOPEZ Catedrático de Derecho penal de la Universidad de La Laguna

INDICE

	Páginas
Sección Doctrinal	
<i>Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho penal alemán</i> , por el profesor-doctor Hans-Heinrich Jescheck	5
<i>"Versari in re illicita" y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio</i> , por Angel Torío López	17
<i>La reincidencia en el Código penal</i> , por Alfonso Serrano Gómez ...	45
<i>La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas</i> , por Antonio García-Pablos de Molina	88

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: Septiembre-diciembre 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 CIENTÍFICAS**

**ANUARIO
DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXIX
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMLXXXVI**

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

Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho penal alemán *

POR EL PROFESOR DOCTOR HANS-HEINRICH JESCHECK,

Director del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional,
Friburgo de Brisgovia.

I. *La formación del nuevo Código penal*

El 1 de enero de 1975 ha entrado en vigor en Alemania una nueva redacción del Código penal de 1871 (1). Con ella se ha cerrado un período de tres cuartos de siglos de historia alemana de reforma, después de muchos fracasos, gracias a un moderno trabajo de la mayor trascendencia, que incluso ha requerido aún veinte años de intensivo trabajo a la ciencia y a la legislación. Ya con el cambio de siglo se habían producido tendencias de reforma, porque el viejo derecho penal, que encarnaba el espíritu autoritario del Código penal francés de 1810 y la idea retribucionista de la Filosofía alemana del Idealismo, no podían ni atender a las exigencias de la incipiente época industrial, ni permanecer a la altura del auge que iban alcanzando la Ciencia del Derecho penal y la Criminología. Como en España, el antiguo Derecho iba adaptándose al progreso mediante leyes complementarias, pero la gran reforma del Derecho penal alemán, en toda su extensión, sólo ha tenido lugar en nuestros días. La Parte General ha sido completamente reformada, en orden y número de los parágrafos. También la Parte Especial exhibe un nuevo aspecto. Con todo, se han mantenido en esta última especialmente, la sucesión de materias anterior y la numeración de los artículos, para no hacer innecesariamente más difícil el trabajo de la Praxis con el nuevo Derecho. La reforma de la Parte Especial, que pudo ser continuada a través de la Ley de Introducción al Código Penal, no está concluida todavía, sino que continuará por etapas en el futuro.

(*) Traducción del alemán por M.^a Isabel García de la Torre (Zaragoza/Bonn).

(1) Las disposiciones sobre los establecimientos de terapéutica social (parágrafos 61, n.º 3, y 65) entrarán en vigor el 1 de enero de 1978, porque los estados federados no pueden crear antes las instalaciones necesarias, a pesar de los considerables trabajos preparatorios prácticos, y todavía falta un proyecto general común a los métodos de tratamiento aplicables en estos establecimientos.

Lo que todavía falta en el trabajo de reforma es, ante todo, lo relacionado con el *cumplimiento de la pena*, aunque tampoco esta última parte se hará esperar mucho. El Proyecto de una ley federal sobre el cumplimiento de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad restrictivas de libertad, se ha elaborado en 1972 sobre la base de un Anteproyecto de la Comisión de cumplimiento penal (1968-1971) y en el momento está en trámite de consulta en el Parlamento Federal, de modo que puede contarse con su entrada en vigor, según lo previsto, para el año 1976.

Hay que ubicar el trabajo legislativo alemán dentro del contexto del *Movimiento internacional de reforma*, que se inicia a fines de los años 50. La meta principal de este movimiento consiste en reformar el Derecho penal de modo que pueda satisfacer mejor los profundos cambios experimentados por las relaciones sociales en la época de la sociedad de masas y por la técnica; la reforma también debe tener presente que hoy la existencia humana está expuesta a mayores peligros que antes. El movimiento de reforma ha encontrado apoyo no solamente en los países de Europa occidental, sino que también ha hallado eco en el ámbito del Derecho anglosajón y americano, en el grupo de los países socialistas, y en Latinoamérica. En el ámbito de los países de habla alemana se encuentra en primer término el nuevo Código penal austríaco de 23 de enero de 1974, que ha sido elaborado en estrecho contacto con la ciencia jurídica y la legislación alemanas, y que ha entrado en vigor el mismo día que el nuevo texto alemán.

Puede decirse que el proceso y los resultados de la Reforma alemana han sido fundamentalmente determinados por *tres influencias*. En los años 1954-1959, elaboró la Gran Comisión de Derecho penal un Proyecto que, después de algunos cambios en el plano gubernamental, ha sido presentado en el Bundestag como *Proyecto de 1962*. El significado de este proyecto estriba, ante todo, en la regulación, elaboración con precisión, de los presupuestos de la punibilidad en la Parte General, y en la clara redacción de los tipos en la Parte Especial. En cambio, el sistema del Proyecto en relación a las consecuencias jurídicas ha sido convertido en el blanco de las críticas dirigidas desde las filas de los partidos del Movimiento de reforma, porque sólo en pequeña medida pudo abandonar el viejo concepto de un Derecho penal fundado en las penas privativas de libertad y concebido fundamentalmente como un derecho represivo. Este antagonismo, cada vez más agudo, ha conducido a un cambio profundo de los conceptos político-criminales, y de esta dirección vino la segunda gran influencia en el trabajo de reforma. En 1966 se publicó el *Proyecto Alternativo* de un Código penal, que representa el firme propósito, adoptado por iniciativa privada de 14 profesores de Derecho penal alemanes y suizos, de llevar las múltiples y variadas críticas a un denominador común y en forma de un elaborado proyecto de ley. El Proyecto Alternativo fue presentado al Bundestag por la fracción del Partido Liberal Demócrata en 1968,

y deliberado a continuación juntamente con el Proyecto de 1962. La preferencia por este segundo Proyecto reside, ante todo, en la armoniosa y consecuente concepción de las penas y medidas de seguridad, en el sentido de las exigencias de la moderna Política Criminal. Para hacer de ambos Proyectos uno solo, se necesitó de un tercer factor que no estuviera compuesto únicamente de opiniones científicas o conceptos político-criminales. *La Síntesis de los Proyectos*, en la que se impuso, dogmáticamente el Proyecto de 1962, y el Proyecto Alternativo en el sistema de sanciones, fue realizada por la Comisión Especial del Bundestag para la Reforma del Derecho Penal (1966-1969). El Departamento de Derecho penal del Ministerio de Justicia contribuyó de manera esencial al logro de este gran esfuerzo legislativo. Parlamento Federal y Ministerio se mostraron absolutamente abiertos a un desarrollo progresista, sin admitir exigencias radicales. De este modo se han mantenido los fundamentos morales del Derecho penal, que se basan en culpabilidad y responsabilidad como indudable realidad de nuestra conciencia social, y no se han entregado en su tratamiento, a un optimismo falto de crítica, que además, y desde hace mucho tiempo, tampoco es incontrovertido en América y Suecia.

El nuevo Derecho penal pudo no sólo ser creado, sino también aceptado por la Praxis y la colectividad sin grandes dificultades de comprensión, porque las ideas tradicionales del Derecho penal y criminalidad habían sufrido una esencial transformación desde el comienzo de los trabajos de reforma en 1952. Se ha producido un profundo *proceso de aprendizaje y de transformación de mentalidad* que ha movido y transformado ánimos más allá del mundo científico. El reconocimiento de que el Derecho penal es sólo un medio de control social junto a muchos otros, y que debería ser aplicado lo más moderadamente posible, porque su aplicación lleva consigo la imposición de penas, y por consiguiente, desventajas sociales, se ha impuesto sensiblemente. Al mismo tiempo ha aumentado, mediante ciertos ataques ideológicos a todas las instituciones represivas del Estado, el reconocimiento de que sólo un Derecho penal orientado al principio de culpabilidad posibilita la protección de la colectividad *en libertad*, porque sólo el Derecho así entendido considera al hombre como ciudadano responsable, apelando mediante mandato y sanción, a su razón y disciplina. También se advierte, en general, que es necesario que los principios del Estado de derecho pongan un límite al Derecho penal y que se supriman, en primer término, todos los delitos de opinión. Se ha generalizado el reconocimiento de que no todo lo que aparece como adecuado para el tratamiento de los infractores del Derecho, es también justo. Pausatinamente se comienza además a comprender que el humanitarismo, como fundamento de la Política Criminal no es sólo un asunto de idealismo de los pocos que se toman interés en este problema por compasión, sino una cuestión de responsabilidad común de la sociedad por la criminalidad. La preocupación por el infractor del De-

recho no es un favor, sino un cometido obligatorio del Estado social. Por último, se entiende la Administración de Justicia más profundamente que antes, no ya sólo como instancia para la realización de lo que es justo, sino como una tarea social que, por su forma y manera de actuar, debe proporcionar al culpable una ayuda para la vida. Con ello se ve la eficacia de la Administración de Justicia, no tanto en la prueba estadística de los resultados conseguidos en la resocialización de los delincuentes, como en el perfeccionamiento de la actividad represiva general del Estado, que puede ser compatible con la enérgica conciencia social de nuestro tiempo.

II. Principios de Política Criminal

La concepción político-criminal fundamental del nuevo Derecho penal consiste en la relación de la *compensación de la culpabilidad*, por un lado; con el fin de la influencia de la pena en la personalidad del autor, por otro. Con esta declaración general debe uno contentarse, pues de la ley no se puede inferir nada más concreto acerca de la relación, y especialmente de la jerarquía, que corresponden a estos dos fines de la pena, ni cómo se ha representado el legislador la relación, ante todo, entre el principio de culpabilidad y la cuantía de la pena. El precepto del párrafo 46, párrafo 1.º, primer inciso, "La culpabilidad del autor es el fundamento de la medición de la pena", sólo contiene un reconocimiento general del principio de culpabilidad. También en el segundo inciso, "Habrán de tenerse en cuenta los efectos de la pena previsible para la futura vida del autor en la sociedad", no se mencionan las limitaciones que la compensación de la culpabilidad debe admitir respecto de la prevención especial. Aún con más amplitud está concebida la base Octava del Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal publicado en 1972 por el Ministerio de Justicia español, que sólo determina que en la fijación de la pena, dentro del marco penal, se concederá especial importancia a la personalidad del delincuente. Sin embargo, no carece de valor la declaración del párrafo 46, párrafo 1., sobre la concepción fundamental político-criminal del nuevo Derecho, ya que pone en claro de una vez para siempre, que una pena que no se ajuste en tipo y magnitud a la culpabilidad del autor, ya porque fuera demasiado rigurosa o demasiado suave, no estaría de acuerdo con la ley. Se ha rechazado, además, en el párrafo 46, un verdadero sistema de medidas de seguridad tal como se predicaba por los fieles partidarios de una ilimitada aplicabilidad de la terapia social. Por otro lado se deduce claramente del párrafo 46, que el legislador exige que en cada acto de medición de la pena, se tome en consideración los efectos que la sanción pueda producir en la vida futura del condenado en la sociedad, y que de ningún modo se entenderá la punición como un mero acto de justicia compensadora.

Ninguna mención expresa ha encontrado en el nuevo Derecho

la prevención general. Esto es también válido para el citado Anteproyecto de Bases español, que, por cierto, hace pocas declaraciones acerca de las ideas fundamentales de Política Criminal y pone en primer plano las mejoras técnico-jurídicas del Derecho actual. Por prevención general se entiende la eficacia del Derecho a través de la influencia de la pena en la conciencia jurídica de la colectividad. Por ello habrá de concluirse que la eficacia del Derecho es un fin que el legislador supone tácitamente por el legislador, y, por tanto, una agravación de la pena que tuviera como único fin la intimidación general no está respaldada por el nuevo Derecho. Evidentemente, el legislador ha considerado suficiente para la presencia general, el efecto intimidatorio de la pena justa, acorde con la culpabilidad del autor.

La exigencia de una *descriminalización del Derecho penal* ha encontrado múltiple acogida en el nuevo Derecho. Por un lado el legislador ha suprimido de un plumazo todo el capítulo 29 sobre las faltas. Las más importantes han sido transformadas en infracciones al orden. Para este mismo fin de descriminalización del Derecho penal en el ámbito de las faltas están previstas dos nuevas disposiciones de Derecho procesal penal. Como excepción al deber de persecución, puede el fiscal, en el caso de delitos contra el patrimonio que no estén conminados con penas privativas de libertad por encima del mínimo (por ejemplo, no es caso de robo, castigado con una pena de privación de libertad de un año como mínimo, parágrafo 249), suspender el juicio sin acuerdo del Tribunal, cuando el daño producido y la culpabilidad del autor sean mínimos, y no exista interés público en la continuación del proceso (parágrafo 153, párrafo 1, 2.º inciso de la Ley Procesal Penal). Además, según el parágrafo 153a de la misma ley, se ha introducido el sobreseimiento condicional del proceso penal. Según esta disposición, puede el Fiscal, previo acuerdo del Tribunal y del inculpado, prescindir condicionalmente de la presentación de la acción pública en todos aquellos delitos sometidos a disposiciones de contribuciones e instrucciones (por ejemplo, el pago de una suma de dinero a una institución de utilidad pública). Una vía procesal para la descriminalización en materia de faltas es además, la introducción de la necesidad de la querrela en el hurto o apropiación de cosas de valor insignificante (parágrafo 248 a). Esta disposición es aplicable a todos aquellos delitos que atentan contra el patrimonio. El legislador considera claramente que por regla general tales casos no conducirían a una querrela, sino que encuentran en el campo del Derecho civil, e incluso extrajudicialmente, un arreglo convincente. En el núcleo del Derecho penal significa descriminalización la impunidad de la interrupción del embarazo en las doce primeras semanas después de la concepción (parágrafo 218 a) (2), y del considerable retroceso

(2) Por decisión del 25 de febrero de 1975, el Tribunal Federal de Garantías Constitucionales declaró la nulidad de esta disposición por violar el derecho fundamental a la vida (art. 2, párr. 2, 1.ª parte de la Ley Fundamental.)

de los límites de la punibilidad en el Derecho penal sexual (parágrafos 174 y sigs.).

Además el legislador alemán no ha llegado en la descriminalización —por lo menos en lo que respecta a distintos principios de nuestro Derecho constitucional— tan lejos como el español. Esto es aplicable especialmente al Derecho económico y aduanero, pero también al Derecho político de protección, en tanto en cuanto el Derecho alemán comprende tipos comparados. Si los hechos se contemplan como graves contravenciones de orden jurídico, y conminados por tanto con sanciones graves, no nos parece que ésta sea una adecuada descriminalización. Por lo general las penas pecuniarias pueden elevarse hasta 1.000 marcos como máximo (unas 24.000 ptas.), según la Ley de Contravenciones (en España hasta un millón de pesetas), si no se ha abonado el importe, en ningún caso procede el arresto sustitutorio, sino por regla general un arresto forzoso, que habrá de disponerse judicialmente, de no más, normalmente, de cuatro semanas de duración, contra aquél que no acredite su insolvencia. Además, el inculpaado tiene siempre la posibilidad de interponer una reclamación contra la notificación de multa y, mediante ello, motivar una decisión de la jurisdicción ordinaria sin necesidad de satisfacer primero la multa.

Otro de los principios fundamentales de nuestro Derecho penal es el de que todos los presupuestos de la punibilidad, así como tipo y magnitud de la pena, deben estar determinados por ley, el llamado *Principio de legalidad*. Encontramos el principio de legalidad a la cabeza del nuevo Código penal, en una disposición que textualmente, con la correspondiente garantía constitucional del artículo 103, 2.º párrafo del Ley Fundamental, determinan: “un hecho puede ser solamente penado cuando su punibilidad esté establecida antes de que el hecho fuera cometido”. En este principio reside también el fundamento del Anteproyecto español de la Base Primera, designándolo como “la tarjeta de presentación de un Código penal que contribuirá muy notablemente a insertarlo dentro de las exigencias del pensamiento democrático europeo occidental”. Mediante esta autolimitación del Estado se puede asegurar que las sanciones jurídico-penales de una acción ya existen en el momento de comisión del hecho y cualesquiera puede llegar a conocerlas y confiar en que una acción que no estaba expresamente declarada como punible cuando se cometió, tampoco puede ser más tarde castigada. De ello se deduce que el juez penal no está capacitado para suplir por propia iniciativa las lagunas de la ley mediante la aplicación de una disposición, que aunque no sea directamente aplicable, sí sea análoga. Una consecuencia del principio de legalidad es, además, la prohibición de la retroactividad. Esto es aplicable sólo en *beneficio* del autor.

Del principio de legalidad, por último, se deriva el precepto de certeza. La garantía de la existencia de un principio legal para punibilidad y pena no garantizaría una verdadera seguridad jurídica

si el legislador evitara una propia decisión mediante la vaga redacción de los tipos penales, y dejara al juzgador la determinación de lo que es o no es punible. La conversión en normas legales de algunas reglas hasta ahora sólo vigentes como Derecho judicial, efectuada con arreglo a la reforma, contribuye al precepto de certeza que garantiza la seguridad jurídica. Tal recepción la encontramos en el caso de los delitos impropios de omisión (parágrafo 13), en el del error de prohibición (parágrafo 17), en el estado de necesidad como causa de justificación (parágrafo 34) y en el error sobre el estado de necesidad como causa de inculpabilidad (parágrafo 35, segundo párrafo). Además, la restrictiva definición de la tentativa (parágrafo 22) y la nueva disposición sobre el desistimiento, cuando varios han tomado parte en un hecho (parágrafo 24, 2.º párrafo), aseguran mayor precisión de la ley. La más exacta redacción de muchos tipos en la Parte Especial, por ejemplo, en el Derecho penal sexual (parágrafos 174 y sigs.) persigue la misma meta.

III. *La estructura del Código penal*

1. Presupuestos de la punibilidad

Además del principio de legalidad, del que ya se ha hablado, es importante para el espíritu de un Código penal, ante todo, la delimitación del *ámbito de aplicación del Derecho penal* en el caso de acciones de influencia internacional (el lugar de comisión del hecho, por ejemplo, está en el extranjero; el autor es un extranjero o el bien jurídico lesionado es de competencia extranjera o corresponde a un extranjero). Por el paso del principio de personalidad al principio de territorialidad (art. 3.º) ha retornado el nuevo Derecho, fundamentalmente, a la limitación de la potestad punitiva alemana a los hechos cometidos en el propio territorio del Estado. Por consiguiente, para la punición de hechos cometidos en el extranjero se exige un punto de conexión que legitime el ejercicio del poder estatal, punto de conexión que existe verbigracia en la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos nacionales (art. 5) o internacionales (art. 6). Con ello el Derecho alemán se acerca al español, que tradicionalmente ha sostenido, con ciertas limitaciones, el principio de territorialidad.

En el Segundo Capítulo, sobre el "El hecho", están contenidos los presupuestos fundamentales de carácter general de la punibilidad. Este capítulo se inicia con la ya mencionada disposición sobre los delitos de omisión (art. 13), que determina que, según el Código penal, será también responsable como autor quien, lesionando un deber jurídico, no evita el resultado descrito en el tipo, y que este deber ha de ser un deber jurídico (no meramente moral) del cual se deduce el mandamiento de actuar. Las dos *disposiciones sobre el error* tienen también gran significado práctico; la primera de ellas (parágrafo 16) regula el error sobre los elementos del tipo legal,

del mismo modo que se hacía anteriormente, es decir, el error sobre el tipo excluye el dolo. Por el contrario, la segunda disposición (parágrafo 17), acepta la moderna jurisprudencia sobre el error de prohibición y niega la culpabilidad en caso de error inevitable sobre la antijuricidad, mientras que si el error era evitable, la pena sólo se atenúa. En las reglas sobre la *imputabilidad* (parágrafos 19-21) se reconocen las desviaciones mentales (casos extremos de psicopatía, neurosis y anomalías de los instintos) como causas de exclusión o de disminución de la culpabilidad. Existe *tentativa* de delito (parágrafos 22 a 24) cuando el autor "se prepara directamente" a la realización del tipo. La causa para la punibilidad del delito no consumado reside en que la voluntad contraria al Derecho del autor se ha realizado en una acción previa a la conclusión y con ello se ha manifestado como seria amenaza del orden jurídico. La tentativa de un crimen es siempre punible; la de un delito sólo cuando la ley así expresamente lo determine. Si en el caso de tentativa imposible ha estado en juego una crasa falta de discernimiento, se puede prescindir, según el nuevo Derecho, de la pena. El Anteproyecto de Bases español, prevé, por el contrario, en la Base Segunda, 6. 4, impunidad para la tentativa imposible, pero se aplica una medida de seguridad. El desistimiento voluntario de la tentativa queda, como hasta ahora; impune.

Las disposiciones sobre *autoría y participación* (parágrafos 25 a 31) están introducidas mediante un precepto en el que se diferencia por vez primera en la ley misma, entre autoría (autor único), autoría mediata y coautoría. Como formas de participación, el nuevo Derecho conoce, como hasta ahora, el determinar a otro a la comisión de un hecho punible (inducción), y el auxilio para la comisión de un hecho punible (complicidad). En ambos casos se pone de manifiesto que el hecho principal ha de haber sido cometido dolosamente. Al igual que en el anterior Derecho, el límite de la punibilidad se ha adelantado en los casos de tentativa de participación de modo que, por ejemplo, la tentativa de inducción a un crimen es punible cuando ni siquiera el inductor ha conseguido producir en el presunto autor la decisión de cometer el crimen.

El nuevo Derecho ha acogido también en la ley la causa de justificación que comprendía anteriormente el llamado "*estado de necesidad supralegal*", aunque la regulación de los numerosos presupuestos, dependientes, en parte unos de otros, en parte también del caso concreto, era especialmente ardua. Decisivo no es sólo el valor abstracto de los bienes jurídicos implicados, sino también la concreta situación de intereses, en la que se otorga una significación especial a la ponderación del grado que amenaza los bienes interesados. Pero incluso en el caso de una clara diferencia de valor entre los intereses en juego, la justificación del ataque en el estado de necesidad se hace depender del examen posterior de si el hecho representa "un medio adecuado", es decir, de si el hecho, según la reconocida representación de valores de la comunidad jurídica, apa-

rece como solución generalmente admisible y adecuada al caso en conflicto.

2. Penas y medidas de seguridad

El centro de gravedad de la reforma del Derecho penal alemán no está, sin embargo, en los presupuestos de la punibilidad, sino en las penas y medidas. La tendencia general del nuevo Derecho se puede designar mediante la expresión: penas, tan pocas como necesarias; ayudas, tantas como posibles.

Espina dorsal del sistema de penas seguirá siendo también en el futuro la *pena privativa de libertad*, puesto que es la única clase de pena adecuada para la criminalidad grave y media, así como para la reincidencia (parágrafo 48), y como pena subsidiaria de privación de libertad se impone incluso cuando no se ha cobrado la pena pecuniaria. Sin embargo, hasta el límite de un mes, la pena de privación de libertad está completamente suprimida (parágrafo 38, párrafo 2.º), y la de un mes hasta seis meses se sustituye normalmente por una pena pecuniaria, y únicamente se aplica como "ultima ratio" (parágrafo 47). El Anteproyecto de Bases español no persigue los mismos objetivos; antes bien, al contrario, en la Base Séptima, 5, se prevé expresamente, como tipo de pena más extraordinario la de "arresto menor", con una duración de un mes como máximo. El futuro dirá si las penas cortas, de las que sólo prescinde el Derecho alemán, en tanto que el español las mantiene, pueden ser adecuadas aún en determinados casos aislados. Hay que añadir, que el cumplimiento de las penas privativas de libertad queda sensiblemente disminuido mediante un notable incremento de la condena condicional (parágrafos 56 a 58). El cuadro de la medición de la pena en la práctica es, pues, el siguiente: cerca del 85 por 100 de todos los delitos cometidos por adultos, que llegan a conocimiento de los Tribunales, son acreedores de la pena de multa, y un porcentaje de menos del 5 por 100 de ellas se convierten en arresto sustitutorio. Las estadísticas muestran que en más de la mitad de los casos de penas privativas de libertad, el cumplimiento se asemeja a la libertad condicional, si bien cerca de la mitad de estas penas, por revocación de la suspensión de la pena, han de ser en último término, ejecutadas. En todo caso, las actuales sanciones en no más del 10 por 100 de todos los casos juzgados, consisten en penas privativas de libertad que, efectivamente, llevan al condenado tras los muros de la prisión. Por esta causa, la población de los establecimientos penitenciarios han disminuido, lo que favorece de modo extraordinario el trabajo de reeducación durante el cumplimiento de la pena.

La más importante innovación en el ámbito de las penas privativas de libertad (prescindiendo de las penas para los jóvenes y del arresto penal para soldados), es que sólo hay una *pena unitaria* (parágrafo 38), en cuyo cumplimiento se hacen diferencias atendiendo únicamente a su duración y a la personalidad del condenado. El

Anteproyecto de Bases, por el contrario, pretende limitar el número de las penas privativas de libertad en contraposición al sistema vigente, pero mantiene nada menos que cuatro clases (reclusión, prisión, arresto y arresto menor). La pena de reclusión, con sus perniciosos efectos para la futura vida del condenado en sociedad, ha sido abolida, pero se mantiene en el nuevo Derecho, a pesar de las acerbos críticas la pena de prisión perpetua, que no conoce el Derecho español, aunque prácticamente se acerca a la pena de prisión perpetua el límite de treinta años, como pena máxima a imponer según el Derecho vigente y que se mantiene en el Anteproyecto de Bases. La formalidad y el rigor del Derecho penal contra las formas más graves de aparición de la criminalidad, que amenazan la paz jurídica y la seguridad pública en esta época de escalada de actos delictivos de carácter violento, debería ser clara y directamente comprensible para la colectividad.

Teniendo en cuenta el significado eminentemente práctico de la *pena de multa*, su reforma representa otro punto esencial del nuevo Derecho. Con la introducción del sistema escandinavo de los días-multa (parágrafo 40), en lugar del antiguo sistema del importe total, pretende el legislador configurar la pena de multa de manera más justa. Dentro del procedimiento de medición de la pena se pueden distinguir claramente dos momentos: El número de los días-multa se mide de acuerdo a la culpabilidad y a la finalidad preventiva (parágrafo 46, párrafo 1.º), y la cuantía de los días-multa, por el contrario, según la capacidad económica del acusado, partiendo el juez de los ingresos netos que perciba el autor o que pudiera percibir en un supuesto aprovechamiento de su capacidad laboral. El importe mínimo de la pena de multa alcanza en Derecho alemán a la cantidad de 10 marcos (alrededor de 240 ptas.), es decir, cinco días-multa de 2 marcos cada uno; según el Anteproyecto, 500 pesetas. Mientras que en España se quiere fijar el límite máximo para la generalidad de los casos en 500.000 pesetas, en la Base Séptima, 6, en Derecho alemán, se permite fijar el día-multa hasta en 10.000 marcos (unas 240.000 ptas.) en el caso de autores con gran capacidad económica con lo cual, en un caso de trescientos sesenta días-multa, supone una multa de 3.600.000 marcos (86 millones de pesetas). De esta forma, es posible llegar a este círculo de personas con la pena de multa. El legislador se promete mucho del sistema de los días-multa, contra el que, sin embargo, se han formulado críticas también en Escandinavia. Pero no sólo en la pena privativa de libertad, sino también en la pena de multa puede perdonarse al autor. En el caso de penas pecuniarias de hasta 180 días-multa, la *amonestación con reserva de pena* ofrece una nueva posibilidad de ello en nuestro Derecho. En las Actas se anota una determinada pena pecuniaria, cuya imposición, sin embargo, queda reservada para el caso de que el condenado no saliera airoso de la prueba durante el período de suspensión fijado por el Tribunal, entre uno y tres años. En el caso de que el plazo transcurra favorablemente, sólo

se mantiene firme la amonestación, y el condenado no tiene antecedentes penales, al contrario de lo que sucedería si la pena fuera ejecutada.

La pena, medida según la culpabilidad del hecho, permite asumir la función preventiva del Derecho penal, pero sólo con alcance limitado. Por motivos de seguridad de la colectividad, puede ser necesaria una privación de libertad más larga de lo que se merecía de acuerdo a la medida de la culpabilidad, y por motivos de reforma del condenado, otra influencia distinta de la que se ejerce en el ordinario cumplimiento de la pena. Atendiendo a estas razones, el nuevo Derecho ha adoptado el *sistema de doble vía o dualista*, de penas y medidas de seguridad (parágrafo 61), al igual que se prevé en el Anteproyecto de Bases.

El sistema existente ha sido notablemente mejorado, de modo que también las medidas de seguridad pueden considerarse punto esencial de la reforma.

Medidas de seguridad privativas de libertad (parágrafo 61, números 1 a 4) están constituidas por el internamiento en un hospital psiquiátrico, en un establecimiento de deshabitación o de terapéutica social y el internamiento en la custodia de seguridad. Esta última es aplicable, según los estrictos requisitos establecidos por el nuevo Derecho, sólo a criminales verdaderamente peligrosos. La casa de trabajo ha sido suprimida en atención al principio de proporcionalidad (parágrafo 62) porque la privación indeterminada de libertad supone una sanción demasiado dura para pequeños delincuentes. El centro de gravedad de las medidas de seguridad residirá, después del 1 de enero de 1978 en el establecimiento de terapéutica social, que está previsto para reincidentes peligrosos con trastornos graves de la personalidad, para delincuentes sexuales igualmente peligrosos, para delincuentes de tendencia menores de 27 años y para aquellos casos de incapacidad total o capacidad de culpabilidad disminuida, ya internados en hospitales psiquiátricos. Para disipar los reparos contra las medidas de seguridad privativas de libertad, cuyo cumplimiento es igual al de las penas privativas de libertad, el nuevo Derecho ha previsto en el parágrafo 67, fundamentalmente, la compensación en la sucesión temporal, de penas privativas de libertad y medidas de seguridad privativas igualmente de libertad; cuando hayan de ejecutarse ambas, se dará prioridad al cumplimiento de la medida, computándose el tiempo de ésta sobre el cumplimiento de la pena. Conjuntamente se crea la posibilidad de suspensión del resto de la pena cuando se hayan cumplido dos tercios del período total. También existe en el nuevo Derecho la suspensión condicional del cumplimiento de medidas de seguridad (parágrafos 67 b y c).

Medidas de seguridad sin privación de libertad (parágrafos 61, números 5 a 7) son la vigilancia de la conducta, de nueva creación, la privación del permiso de conducir y la inhabilitación. La vigilancia de la conducta (parágrafo 68 y siguientes), que ha substituido a la antigua vigilancia de la policía, y que no sólo debe tener ca-

rácter de garantía como ésta, sino que también aúna la protección de la comunidad con la ayuda social fijada, es, precisamente debido a esta doble naturaleza, problemática, pero difícilmente se puede prescindir de ella para el grupo de los delincuentes peligrosos y especialmente peligrosos. Su éxito o fracaso dependerá de la cooperación de los organismos supervisores de libertad vigilada creados en los Juzgados de Primera Instancia con encargados de libertad vigilada especialmente seleccionados y preparados, que deberán intervenir en la vigilancia de la conducta.

En suma, la reforma del Derecho penal alemán representa, tal como están en la nueva redacción del Código penal, un hito en su historia más significativo que todos los anteriores pasos legislativos. La parte dogmática del nuevo Derecho se limita, esencialmente, a codificar sólo los más importantes logros de la jurisprudencia y la doctrina, pero aún así, han alcanzado éstos tal grado de perfección teórica, que incluso el texto legal, aunque algunas cuestiones necesitadas de regulación quedan sin resolver, aventaja a cualquiera de las anteriores reformas penales. En Política Criminal el nuevo Derecho, con el paso de las penas privativas de libertad a las penas pecuniarias como clase de pena a imponer más frecuentemente, supone el comienzo de una nueva época, tan importante como en su día lo fue el paso de las penas contra la vida y aflictivas a las privativas de libertad. El establecimiento de terapéutica social abre el camino para la aceptación de los más modernos métodos terapéuticos en el tratamiento de los delincuentes, y ganará influencia en la configuración de la ejecución general de la pena. El nuevo Código penal no crea ninguna nueva Justicia criminal, pero hay aspectos en los cuales la Praxis, dentro de los límites del Estado de Derecho y sobre la base del principio de culpabilidad, puede realizar la protección del Derecho y de la sociedad en forma enérgica y humana.

«Versari in re illicita» y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio

Por ANGEL TORIO LOPEZ
Catedrático de Derecho penal
La Laguna (Tenerife)

I. En la jurisprudencia y doctrina científica recientes, se ha pretendido por diversos caminos corregir o limitar el peso del *versari in re illicita* en el sistema penal, que según el pensamiento prevalente desde la vigencia del código de 1870 hasta época próxima no sólo impedía la absolución por el resultado sobrevenido sin dolo ni culpa cuando dimanaba de un comportamiento originario "ilícito", sino que excluía también la posibilidad de apreciar un delito culposo, por reclamar esta clase de infracciones un "acto lícito inicial" (1). En dicha situación, era, pues, obligado estimar un delito doloso, en el que ulteriormente se hacían incidir los módulos correctivos de la denominada preterintencionalidad.

Para lograr una aproximación del derecho positivo al principio "no hay pena sin culpabilidad" Rodríguez Mourullo (2) y Cerezo Mir (3) han propuesto equiparar el caso fortuito con arranque lícito, regulado expresamente en el número octavo del artículo 8.º del Código penal, y el caso fortuito con arranque ilícito en cuanto a los efectos excluyentes de la responsabilidad. Para el primer autor, es esto posible si se tiene presente que en el caso fortuito con arranque ilícito se halla ausente, por falta de previsibilidad del resultado, la culpabilidad del autor, que según su criterio, se identifica con la voluntariedad que, como elemento general de todo delito, reclama el artículo 1.º del Código. Según Cerezo Mir, el caso fortuito con

(1) CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, p. gen., 17 ed., (Revisada y puesta al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, C.) T. I. pág. 463, donde se informa sobre el problema.

(2) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en CÓRDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, T. I., 1972 págs. 451 y ss.

(3) V. CEREZO MIR, J., *El versari in re illicita en el Código penal español*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1962, págs. 53 y ss., el mismo, *El versari in re illicita y el párrafo tercero del art. 340 bis a) del Código penal español*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1970, págs. 287 y ss.; COBO DEL ROSAL, M., *Praeter intentionem y principio de culpabilidad*, en Anuario, 1965, págs. 454 y ss.

arranque ilícito constituye una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad, susceptible de fundamentación mediante *analogía in bonam partem*, pues si bien es cierto que el legislador de 1848 consagró en el número 8 del artículo 8.º el principio del *versari*, al mismo tiempo reconoció en numerosos preceptos del Código el principio de culpabilidad, que al informar con carácter general el ordenamiento jurídico penal, conduciría a dicha conclusión.

Contra estas opiniones ha opuesto Gimbernat Ordeig que constituyen interpretaciones *contra legem*. Efectivamente, es difícil admitir que si el legislador ha reclamado en la noción legal del caso la licitud inicial del comportamiento como presupuesto expreso de la exención de responsabilidad, pueda prescindirse ulteriormente de tal exigencia mediante la invocación de principios jurídicos materiales o postulados ético jurídicos que el derecho positivo no ha pretendido reconocer en toda su extensión (4).

En sentido diverso de las anteriores concepciones, se orienta, por el contrario, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. En ella se observa también el propósito de corregir, en lo que resulte posible, la pervivencia del *versari in re illicita* en el sistema de la culpabilidad inmanente en el Código, pero sin llegar formalmente en ningún caso, sin embargo, a sacrificar ni desconocer la situación positiva vigente, principalmente reflejada, en lo que al *versari* se refiere, en la fundamental disposición del caso fortuito. Por el contrario, las frecuentes declaraciones que registra la jurisprudencia de los últimos años cuidan de destacar la vigencia del requisito de la licitud inicial dentro de la eximente octava del artículo 8.º, lo que equivale a reconocer que cuando está presente un comportamiento originario ilícito no es procedente la absolucón (5).

(4) V. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, págs. 203 y ss.

(5) V. Sentencia de 30-3-1973 (Col. Leg. núm. 513), en la que se afirma:

1.º) CONSIDERANDO: que como viene afirmando esta Sala en su más reciente doctrina (sentencias de 15 de noviembre de 1969, 22 de febrero y 6 de noviembre de 1972, entre otras), el instituto de la "preterintencionalidad" entraña siempre un fenómeno de "progresión delictiva", en el que, no obstante, ser de mayor gravedad el mal causado por el propuesto por el culpable, ambos están en la misma línea ofensiva del bien jurídico atacado (vida e integridad física como más características), pues si se da una absoluta disparidad de bienes afectados por uno y otro lado, entonces se produce una total "desviación" o desvinculación en que la preterintencionalidad es suplantada por un concurso de delitos (sentencia de 17-12-1964, que afirmó la existencia de un delito doloso de atentado en concurrencia con un delito culposo de homicidio), por lo que partiendo de esta idea inicial y genérica es preciso distinguir dos especies o ramas en que se bifurca la "preterintencionalidad": una homogénea o de menor grado, amparada por la atenuante cuarta del artículo 9.º del Código penal, en que los dos delitos, el propuesto y el ejecutado, encarnan en un mismo tipo delictivo, aunque su resultado ofrezca un "quantum" de mayor o menor gravedad (delitos de lesiones graves descritos en el artículo 420 en escala descendente de resultados, como ejemplo típico) y una preterintención "heterogénea" o de mayor grado en que las dos infracciones, siempre situadas en la misma línea de ataque, de acuerdo con el común requisito antes exigido, están incardinadas en distintos tipos ("Ad exemplum", lesiones, homicidio) noción esta última que cabe amparar en el párrafo tercero del art. 1.º, en

De la jurisprudencia más reciente no puede deducirse, sin embargo, que los difíciles problemas interpretativos que plantea la pervivencia del *versari in re illicita* hayan encontrado una solución que pueda estimarse definitiva. No se está aquí, evidentemente, ante un cuadro normativo que quepa interpretar con seguridad y sin vacilaciones, sino ante anomalías del principio de culpabilidad, cuya dimensión y significado permanece por ahora abierta a la investigación teórica.

Si se pretende caracterizar el sistema de la culpabilidad que patrocinada la jurisprudencia, cabe efectuarlo de la siguiente forma. En primer lugar, la materia está dominada por la exigencia del dolo o, alternativamente, de la culpa. Y en segundo lugar, no es posible en ese sistema la absolución cuando el resultado típico es consecuencia de un comportamiento típico, antijurídico y doloso (=ilícito) precedente.

El destino positivo del *versari* ha de desenvolverse, por tanto, entre estos extremos. Hasta hace escasos años, dominaba en la práctica el pensamiento de que mediante un "acto ilícito inicial", tópico necesitado todavía de clarificación, no sólo era imposible absolver, sino que estaba cerrada también la condena por delito culposo, pues

relación con el 50 del Código penal, pese a los escrúpulos manifestados por un sector de la doctrina, pues cualquiera que fuere el origen histórico del controvertido párrafo, es lo cierto que a partir del Código penal de 1870 se le dio tal amplitud de redacción que ya no sólo sirve para cobijar casos de error "in persona" y aún de "aberratio ictus", sino para englobar también los referidos supuestos de preterintencionalidad heterogénea.

2.º) CONSIDERANDO: *que distinguidas las dos especies de preterintención, la doctrina de esta Sala ha mostrado también los elementos estructurales de la misma que no son otros que, desde el "lado objetivo", una "relación causal" entre la inicial conducta del agente y el resultado, pues dicho se está que de no darse esta conexión objetiva mínima entre el hecho-base y el hecho-consecuencia no puede hablarse ni de preterintención ni siquiera de delito calificado por el resultado, subsistiendo tan sólo el delito propuesto por el culpable; y, desde el "lado subjetivo", una "intención o dolo" que cubra aquella preliminar actuación del sujeto agente, pero que, sin embargo, no se extiende al resultado más grave de muerte que dicha consecuencia última desborda, a modo de "plus effectum", lo realmente querido por el causante; o, lo que es lo mismo, que el dolo del culpable sólo se extiende al delito-base, pero no al delito-consecuencia, que le será imputable al título de culpa o de caso fortuito, por lo que si se obtiene la convicción de que la intención estuvo ausente en "todo" el decurso del hecho, no habrá preterintencionalidad de ninguna especie, restando tan sólo la posibilidad de un delito culposo si se dan los elementos —psicológicos y normativos— en que encarna la culpa, y sin que sea óbice la ilicitud del acto originario que si bien exigida en la noción legal del "casus" por el número 8 del art. 8.º del Código penal, para nada se menciona en las fórmulas legales de la imprudencia punible, con lo que se evita el escollo de acentuar la arcaica doctrina del "versari in re illicita", cuya observancia sólo debe acatarse cuando tenga expresa imperatividad legal.*

En la decisión se aprecia el peso del criterio de QUINTANO RIPOLLÉS, A. V., *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, T. I., vol 1, (Infracciones contra la persona en su realidad física, 2.ª ed., puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, E. 1972, págs. 116 y ss. coincidente con la ed. 1 de 1962); MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal*, p. espec. 1976, V. I., págs. 12 y ss.

en esta clase de comportamientos era necesario un "arranque ilícito". Procedía entonces condenar por delito doloso, con el mecanismo corrector o mitigador, en sí mismo discutido, de la preterintencionalidad.

En sentido diverso se pronuncia hoy la reciente jurisprudencia. En ella la preterintencionalidad, homogénea o heterogénea, supone la presencia de un acto doloso originario, dirigido a la lesión de un bien jurídico, que progresivamente produce resultados homogéneos (p. ej., lesiones) o heterogéneos (p. ej., homicidio en vez de lesiones) más graves que los pretendidos por el autor.

De la preterintencionalidad separa ahora la jurisprudencia las hipótesis denominadas de desviación. En ellas falta, según advierten diversas sentencias, la intención durante "todo" el decurso del hecho, perviviendo la posibilidad de apreciar un delito culposo si se dan los elementos de éste —psicológicos y normativos—, aunque preexista una acción originaria "ilícita", pues la licitud inicial reclamada en el caso fortuito, para nada se menciona en las fórmulas legales de la imprudencia "con lo que se evita el escollo de acentuar la arcaica doctrina del *versari in re ilícita*, cuya observancia sólo debe acatarse cuando tenga expresa imperatividad legal" (6). Como germen y modelo de la nueva construcción suele invocarse la sentencia de 17 de diciembre de 1964, en que el autor causa la muerte de un agente de la Autoridad mediante un empujón no dirigido a menoscabar su integridad física, sino a impedir ser detenido y esposado. El Tribunal Supremo entiende que falta aquí la base de la preterintencionalidad y que al discurrir "las tipicidades respectivas... por cauces diversos" es posible apreciar delito culposo (7).

El sistema actual de la jurisprudencia implica, por tanto, una

(6) V. nota anterior. El criterio está reiterado en diversas sentencias del T. S. La más reciente de 7-4-1975 (rep. Aranzadi núm. 1558), informa sobre la jurisprudencia precedente:

CONSIDERANDO: que de acuerdo con la más reciente doctrina de esta Sala, para que se de la preterintencionalidad, ya sea homogénea o de menor grado (amparada por la circunstancia atenuante cuarta del art. 9.º del Código penal), ya sea heterogénea o de grado mayor (cubierta por el párrafo 3.º del art. 1.º en relación con el 50 de Código penal), es menester en todo caso, un hecho inicial o base, de carácter doloso, en conexión causal con un hecho-resultado o consecuencia atribuible a mera culpa o al fortuito, de suerte que exista una especie de progresión delictiva entre el delito propuesto y el cometido, desbordando este último a modo de plus effectum el mal realmente querido por el culpable; por lo que si se obtiene la convicción de que el dolo estuvo ausente en todo el decurso de la acción, no habrá preterintencionalidad de ninguna clase, restando tan sólo la posibilidad de un delito culposo si se dan los elementos —psicológicos y normativos— en que encarna la culpa y sin que sea óbice la ilicitud del acto originario que, si bien es exigida en la noción legal del casus por el núm. 8 del art. 8.º del Código penal, para nada se menciona en las fórmulas legales de la imprudencia punible, con lo que se evita el escollo de acentuar la arcaica doctrina del *versari in re ilícita*, cuya observancia sólo debe acatarse cuando tenga expresa imperatividad legal.— SS. 15-11-1969 (R. 5431), 15-10-1971 (R. 3806), 22-2-1972 y 6-11-1972 (R. 745 y 4775), 30-3-1973 (R. 1464), 26-4 y 21-5-1974 (R. 1951 y 2381).

(7) V. Colección legislativa, T. LV. núm. 1.891.

rectificación del tradicionalmente dominante. Es más complejo, por otra parte, de lo que a primera vista pudiera parecer. Supuesto que reconoce la necesidad del dolo o de la culpa como presupuestos generales alternativos de la pena, concede la existencia de una excepción a este sistema en las hipótesis de preterintencionalidad, en las que no resulta preciso que el resultado típico sobrevenido sea querido por el autor, pese a lo cual se procede a imputarlo. Surge así, por tanto, una anomalía del principio de culpabilidad en el ámbito del dolo, pues la preterintencionalidad implica la atribución del resultado "como si" hubiese sido causado dolosamente, aunque haciendo intervenir determinados mecanismos correctores (regla 4.^a del art. 9.º y art. 50), según se trate de preterintencionalidad homogénea o heterogénea.

Por el contrario, la nueva orientación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no parece reconocer excepción o irregularidad ninguna del funcionamiento del principio de culpabilidad en el ámbito de la culpa. En hipótesis en que el resultado surge como efecto de un comportamiento "ilícito", la imputación tiene lugar si es previsible —como da a entender la sentencia citada de 17 de diciembre de 1964—, o como establece la de 7 de abril de 1975, en la que se cifra formalmente la evolución precedente, "si se dan los elementos psicológico y normativo en que encarna la culpa y sin que sea óbice la ilicitud del acto originario",

¿Está presente aquí un razonamiento jurídicamente coherente? De las premisas establecidas por la Sala Segunda se deduce que el acto ilícito originario *impide absolver*, al no mediar la totalidad de requisitos propios de la definición del caso fortuito. Paralelamente, se advierte, sin embargo, que la simple presencia de la ilicitud inicial *impide condenar*, pues para ello son necesarios los elementos propios —psicológico y normativo— de los delitos imprudentes. La situación jurisprudencial no posee plena coherencia. Por una parte atribuye al acto ilícito originario virtualidad para fundamentar la pena criminal con base en la disposición del caso fortuito; por otra, le niega esa virtualidad al someter tales hipótesis al régimen ordinario —previsibilidad y evitabilidad del resultado típico— del delito culposo. Según ésto, la nueva orientación considera jurídicamente accidental o inesencial en el ámbito de la culpa que el resultado sea efecto de un comportamiento ilícito originario, mientras que estima esencial esta situación en el ámbito del caso fortuito. El autor que con arranque ilícito, en el grupo de hipótesis caracterizadas como "desviación", causa sin dolo ni culpa el resultado típico, debe ser absuelto según la doctrina del delito culposo elaborada en los últimos años por la jurisprudencia. Simultáneamente no puede ser absuelto por impedirlo la fórmula del caso fortuito del artículo 8.º, eximente octava, del Código penal.

La conclusión que cabe deducir de la actual orientación de la Sala Segunda es que el concepto de desviación sustrae del ámbito de la preterintencionalidad hipótesis que precedentemente se compren-

dían en él, pero que simultáneamente no logra superar de forma definitiva los difíciles problemas que el régimen de la culpabilidad suscita en el Derecho positivo español. Es necesario proseguir, por tanto, la investigación de este régimen hasta lograr el equilibrio de los valores en juego, es decir, entre seguridad jurídica, por ser la construcción reflejo del derecho positivo, y justicia material, mediante el reconocimiento más amplio posible del principio “no hay pena sin culpabilidad”.

II. En la investigación que sigue se llega a conclusiones que sólo en parte coinciden con la nueva orientación de la jurisprudencia. El comportamiento ilícito originario no tiene por qué conducir en todo caso, como la doctrina precedente declaraba, al ámbito de la preterintencionalidad. En coincidencia con la Sala Segunda, se sostiene que las hipótesis que ahora se denominan de “desviación” son subsumibles en el artículo 565 del Código. En lo que difiere el punto de vista aquí mantenido del patrocinado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de que para que dicha subsunción pueda tener lugar es necesario que medien los elementos —psicológicos y normativo, o la previsibilidad y evitabilidad del resultado— propios del delito culposo, es en que, a nuestro juicio, la causación del resultado en estos supuestos ha de ser incluida, aunque sobrevenga sin dolo ni culpa, en el artículo 565, es decir, aunque tenga carácter fortuito.

Según el criterio aquí propuesto el sistema de la culpabilidad propio del Código penal parte del principio general de la exigencia del dolo o alternativamente de la culpa como presupuestos de la pena. Pero este sistema presenta ulteriormente sendas perversiones o desviaciones. En el ámbito del dolo, aparece la irregularidad de la preterintención. En el de los delitos imprudentes, la anomalía del incompleto “caso fortuito impropio” del artículo 64 del Código penal, en el que han de subsumirse los supuestos, no reconducibles al área de la preterintencionalidad, en que el resultado típico sobrevenido por “desviación”, efecto de un comportamiento ilícito originario, surge incluso más allá del personal poder de previsión del sujeto. Si imaginamos un ejemplo correlativo al de la sentencia citada de 17 de diciembre de 1964, en el que el autor, sin embargo, no hubiera previsto personalmente— lo que en definitiva dependería de su capacidad individual— que la acción impulsiva podría causar la muerte del agente de la Autoridad, las premisas establecidas por la Sala Segunda conducirían directamente a la absolución. Pese a la existencia del arranque ilícito, es decir, de una acción típica en el sentido del delito de atentado, la falta de los elementos propios del delito culposo, “psicológicos” y “normativos” (Sentencia citada de 7 de abril de 1975), haría imposible la aplicación del artículo 565.

La solución que se propone en este estudio es diferente. En tal hipótesis sería imposible la absolución, porque lo impide —como reconoce la propia Sala Segunda— la fórmula del caso fortuito, que reclama la licitud originaria para la exención de responsabilidad. En

dicho ejemplo es procedente, a nuestro juicio, la condena por delito culposo, "como si" estuviesen presentes los elementos propios de la culpa, en atención a lo dispuesto en el artículo 64, en relación con el artículo 565 del Código penal.

Esta solución no ha sido admitida generalmente en la doctrina penal española, donde —salvo error— sólo Ferrer Sama ha propuesto, en el comentario al artículo 64 del Código, un camino paralelo (8).

En lo que sigue se considera, en sentido histórico dogmático, previamente al estudio interpretativo concreto del derecho positivo, el curso del problema. El sistema de la culpabilidad, propio del Código, está mediatizado por la doctrina de la culpabilidad del período del Derecho común. No se trata ahora, sin embargo, de reconstruir históricamente este sistema, sino de revisar tal problema concreto sobre la base de materiales conscientemente limitados. La solución aludida guarda relación con la evolución de *versari in re illicita*, evolución dispersa en numerosas fuentes que, sin embargo, encontró una síntesis fundamental en aportaciones de Kollmann y otros escritores no tenidas directamente en cuenta por los tratadistas españoles del *versari* (9). En la contemplación histórico dogmática de los precedentes inspiradores de lo que denominamos caso fortuito impropio, reactualizando una nomenclatura utilizada por Carrara (10), se halla, a nuestro juicio, el camino adecuado para superar las contradicciones aparentes de un sistema que, aunque sea criticable desde la perspectiva del principio "no hay pena sin culpabilidad", posee una lógica interna coherente. En él aparece, al lado de la forma básica de la culpabilidad o dolo, el dolo indirecto en la doble dirección de la preterintencionalidad homogénea (regla 4.^a del art. 9.^o) y heterogénea (art. 50). Y al lado de la segunda forma de culpabilidad, o culpa, el incompleto caso fortuito impropio reconocido en el artículo 64, en relación con la regla octava del artículo 8.^o y el artículo 565. Junto a cada forma de culpabilidad, aparecen formas espúreas o irregulares de imputación. Y frente al criterio jurisprudencial de que la condena por culpa implica siempre la presencia de sus elementos oportunos, psicológicos y normativos, es posible delatar en el derecho positivo la existencia de una culpa "presunta" o "indirecta", en que el elemento fundamentador de la responsabilidad no es la previsibilidad y evitabilidad del resultado, sino la vinculación de éste con una acción ilícita (típica, antijurídica y dolosa) precedente.

(8) V. FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, T. II. Murcia 1947, págs. 267 y ss.

(9) Para los datos histórico que se exponen a continuación, se tiene en cuenta fundamentalmente KOLLMANN, H., *Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus iuris canonici*, en ZSTW, 35 (1914), págs. 46 y ss.; el mismo, *Die Schuldaufassung der Carolina*, en ZStW, 34 (1913), págs. 605 y ss. BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. IV, reimpression en 1965 de la ed. de 1919.

(10) V. CARRARA, F., *Sul caso fortuito*, en *Opuscoli di Diritto criminale*, Lucca, 1870, V. III, págs. 7 y ss.; el mismo, *Programma del Corso di Diritto criminale*, P. gen., V. I., 11.^a ed., págs. 243 y ss.

III. En las investigaciones españolas sobre el *versari in re illicita* se ha producido un fenómeno correlativo al denunciado por Kollmann en relación con la literatura penal alemana. La repercusión del principio en la esfera del dolo ha sido analizada con profundidad, mientras que su posible incidencia en la esfera de la culpa ha pasado inadvertida. La antigua jurisprudencia rehusaba toda conexión entre *versari* y delito culposo al exigir en éste la licitud del acto originario. En la conocida monografía del P. Pereda sobre la incidencia del principio canónico en el Código penal, es éste el argumento tenido en cuenta para negar su proyección en los delitos imprudentes (11). Una de las más importantes aportaciones sobre estos problemas es la de Rodríguez Muñoz. En ella se examinan las relaciones del *versari* con la preterintencionalidad y el error, pero no la posibilidad de que estas relaciones se den también en el sistema de la culpa (12). En la reciente literatura no es diversa la situación. Rodríguez Devesa trata, por ejemplo, de reducir la aplicabilidad de la disposición del caso fortuito a los delitos de resultado, con exclusión de los de omisión pura —pues el precepto exige la ejecución de un acto, es decir, un comportamiento activo— y los de simple actividad —por la necesidad de que se produzca un mal o resultado natural—. Pero entiende que la presencia del arranque ilícito no obliga, sin más, a subsumir el comportamiento, por lo dispuesto en el artículo 64, en las fórmulas de los delitos imprudentes, es decir, en el artículo 565. Por el contrario, “la única conclusión correcta que autoriza el desgraciado tenor del artículo 64 —dice— es la de que se observará lo dispuesto en el artículo 564, cuando el hecho, si mediara malicia, constituiría delito y concurra imprudencia temeraria o imprudencia simple o negligencia con infracción de reglamentos (13). Este criterio no difiere del que la jurisprudencia sustancialmente patrocina en las hipótesis de “desviación” —sin mencionar el art. 64 del código—, e implica que el *versari* no despliega papel alguno en la fundamentación de la responsabilidad por culpa, responsabilidad que se rige por sus propias reglas, es decir, por la presencia de temeridad, negligencia, etc.

Tal desconexión entre *versari in re illicita* y delitos imprudentes discrepa, sin embargo, de la evolución histórico dogmática, canónica y penal. Históricamente, la doctrina del *versari in re illicita* aparece, según es conocido, como intento de sustraer determinadas hipótesis de irregularidad, singularmente a causa de homicidio, a los elementales módulos de la responsabilidad simplemente objetiva.

(11) PEREDA, J., El “*versari in re illicita*” en la doctrina y en el Código penal (solución suareciana), 1948, págs. 190 y ss.; el mismo, *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, en Anuario, 1959, págs. 213 y ss.; el mismo, *Covarrubias penalista*, 1959, págs. 13 y ss.

(12) V. notas al *Tratado* de MEZGER, II, 2.ª ed. 1957, págs. 39 y ss.

(13) V. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte Gen., 4.ª ed. 1974, págs. 542 y ss.; sobre el problema del *versari* debe recordarse siempre el importante estudio de HUERTA FERRER, A., *La relación de causalidad en la teoría del delito*, 1948, especialmente págs. 247 y ss. y 316 y ss.

Como pone de relieve Kollmann, a quien fundamentalmente seguimos en lo sucesivo, frente a la responsabilidad por el hecho —*Der Tat tötet der Mann*— la exigencia de que el resultado sea consecuencia de un acto contrario a Derecho o ilícito constituye una evidente restricción. En la evolución histórico dogmática del problema se parte, en principio, de textos conciliares en que se establece que el homicidio cometido *non voluntate sed casu* engendra responsabilidad. Sin embargo, hacia finales de los siglos IV y V comienza ya a distinguirse, por el contrario, entre homicidios casuales culpables e inculpables, definiéndose éstos no porque el autor se comporte cuidadosa o prudentemente, sino por la naturaleza de la acción realizada por el sujeto. En algunos textos agustinianos se niega que cualquier homicidio pueda ser objeto de imputación, viéndose una excepción en aquello que se realiza por razón del bien y lícitamente cuando más allá de la voluntad (*praeter ... voluntatem*) sobrevenga algún mal. En el sentido de este principio, escribe San Agustín a Macedonio, que “no se es reo de todo lo que es causa de la muerte de otro”. Cuando una conducta justificada moralmente produce la muerte de alguien, el autor obra sin culpabilidad. En el supuesto de que el hijo se dé muerte por temor a la corrección paterna, carece el padre de responsabilidad si había de imponerlo no *nocendi*, sino *corrigendi studio*.

La doctrina posterior al Decreto fue coincidente con el pensamiento agustiniano, siempre que el acto *propter bonum ac licitum* no violase el cuidado necesario. Diversos autores confirman este pensamiento en el caso de quien conduce caballos, bajo cuyos cascos cae repentinamente una mujer, surgiendo un aborto como consecuencia. La mujer y el guardador de los animales son enjuiciados por este *homicidium*. El Papa investiga si el hombre podía conducirlos, pues de llevar caballos robados, según la interpretación propuesta por Kollmann, sería culpable. El prohibido comportamiento habrá “causado” entonces la muerte, mientras que la mujer, no participante en la acción ilícita, estará exenta de responsabilidad.

La literatura canónica del siglo IX prestó, según Kollmann, atención particular al *homicidium casuale*. Mientras que en la hipótesis precedente se trata de establecer limitaciones objetivas a la responsabilidad, de acuerdo con la licitud o ilicitud de la acción, un sentido subjetivo aparece en el caso célebre de los leñadores que talan un árbol, que en la caída produce la muerte de un hombre. El fallo de Nicolás I ofrece un punto de vista nuevo cuando declara que, al no actuar con voluntad homicida, los leñadores sólo son culpables si por alguna culpa o negligencia ignoraron que la víctima se aproximaba. Esta es, a juicio de Kollmann, la referencia más remota dentro del Derecho canónico, en que el juicio sobre la irregularidad se hace depender de momentos subjetivos, es decir, del descuido o desatención del autor, resultando, sin embargo, dudoso, si se está ante una sustitución o sólo ante un complemento del criterio objetivo precedente. La probabilidad de la simple integración parece hallarse, según

dicho autor, en que el Papa parte de que los leñadores cumplen una acción permitida, reclamándose además, como presupuesto adicional negativo conducente a la irresponsabilidad, que el autor no haya procedido con negligencia, criterio que iba a patrocinar la ciencia canónica posterior.

En lo que concierne a la evolución ulterior del problema, destacamos, de la mano de Kollmann, algunos pasos fundamentales. En primer término, el criterio de Bernardo de Pavía, en quien los autores han solido ver el fundador de la doctrina del *versari*, porque su *Summa Decretalium* (1191-1198) fue posteriormente dada a conocer por medio de la imprenta, mientras que otros textos manuscritos permanecieron, por el contrario, desconocidos. El autor presenta sus investigaciones sobre el *homicidium casuale* en relación con algunos precedentes. El homicidio corporal presenta cuatro modalidades, a saber, justificado, necesario, voluntario y casual. Respecto a éste ha de tenerse en cuenta si el sujeto realizaba una acción lícita y si empleó la diligencia debida. En esta hipótesis no se le imputa a él la muerte, sino que se estima debida al caso, al *fatum* o la fortuna, mientras que si el sujeto no se dedicaba a una acción permitida o no aportó la debida diligencia, es responsable de homicidio.

Momento fundamental en la evolución es también la *Summa* de San Raimundo de Peñafort, en la que Kollmann ve un "resumen gráfico" de la investigación histórica del período precedente. Al igual que Bernardo de Pavía distingue, en primer término, un *homicidium spirituale*, como pecado, en el sentido de San Mateo, capítulo 5, 22, y un *homicidium corporale*, en el que aprecia cuatro modalidades: el homicidio en ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, el necesario, el voluntario y el casual. Este surge, por ejemplo, si se lanza una piedra sobre un ave u otro animal, que alcanza imprevistamente a un transeúnte, quien fallece; o cuando talándose un árbol es aplastada una persona, o en otros casos semejantes. En tales hipótesis procede distinguir según el autor realizase una acción permitida o prohibida. Si se ejecutaba un acto ilícito, como por ejemplo, arrojar la piedra hacia un punto por el que acostumbra a pasar gente, la imputación está fundamentada. Por el contrario, carece de fundamento si el sujeto ejecuta una acción verdaderamente lícita, como si el maestro por motivos educativos corrige al discípulo, o el propietario del árbol procede por necesidad a talarlo, etc. Entonces, si el autor empleó la diligencia a su alcance, el resultado sobrevenido no se le imputa, pero si efectuando un acto lícito, no aportó la diligencia debida, es pertinente la imputación.

Las consecuencias penales de la conducta son idénticas, según esto, cuando el homicidio es consecuencia de un acto ilícito y cuando realizando un acto permitido no se empleó la diligencia debida. En orden a la penalidad ambos comportamientos se equiparan. La irregularidad contraída impide la promoción del autor o da lugar a la irregularidad de quien previamente ha sido promovido. En el caso contrario de que el sujeto realizase un acto verdaderamente lícito

y aportase además la diligencia necesaria, se halla autorizado que no se le haga responder del caso fortuito, debiéndosele mantener *de iure* en las órdenes conferidas y promoverle a las superiores. San Raimundo advierte que las penas son en estos casos independientes de las de la penitencia y las legales, cuyo estudio afirma no ser de su competencia.

Presenta, pues, la doctrina canónica cuando alcanza un nivel histórico que la distancia de la primitiva responsabilidad objetiva, datos que evidencian un tratamiento paralelo entre *versari in re illicita* y comportamiento culposo dentro del *homicidium casuale*. Kollmann ha estudiado el Decreto y las Decretales desde esta perspectiva, y destacado el peso del *versari* en el ámbito de la culpa (14), hecho reflejado también en la investigación histórica del P. Pereda (15). Es claro que lo expuesto trata sólo de hacer patente esta conexión, remitiéndose para los detalles a ambas investigaciones sobre la evolución histórica canónica.

IV. En lo concerniente a la posterior evolución del *versari*, suele unilateralmente destacar la literatura penal contemporánea su proyección en la doctrina del dolo. Ordinariamente, se advierte que el principio experimenta una transformación decisiva en la doctrina de Covarrubias sobre la *voluntad indirecta*, doctrina asumida por Carpzovio en su concepción del *dolus indirectus*. Liszt-Schmidt advierten que la teoría del *dolus indirectus* del derecho común tiene su origen en el *versari in re illicita*. Cuando el autor se halla en *versari in re illicita* el resultado previsible, no perseguido intencionalmente por él, se le imputa por entenderse presuntivamente que de hecho ha sido previsto; de este principio, dicen, investigado particularizadamente por los prácticos italianos, procede el *dolus indirectus* del derecho común, para cuya construcción Carpzovio y Bohemero se apoyaron en el español Covarrubias, estimando que en él se contiene un consentimiento condicional en el resultado previsto con anterioridad (16). Hippel indica, a su vez, que para la ciencia penal italiana de los siglos XII a XV solamente el dolo se estima punible, pero que en conexión con una regla del derecho canónico, el *versari in re illicita* es equiparado al actuar doloso, resultando así fundamentada la doctrina ulterior del *dolus indirectus* (17). En esta dirección las investigaciones de Löffler sobre la repercusión del *versari* en el *dolus indirectus* han permitido suponer que en él se había producido una verdadera transformación del principio canónico medieval,

(14) V. KOLLMANN, H., *Die Lehre vom versari in re illicita...*, cit, de quien se toman los datos precedentes.

(15) V. *El versari in re illicita*, cit., págs. 22 y ss.

(16) V. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25 Auf., 1927, págs. 222.

(17) HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, I, *Allgemeine Grundlagen*, 1925, págs. 96.

estándose ante una nueva categoría jurídica que habría absorbido plenamente su contenido (18).

Las investigaciones de Kollmann sobre la culpabilidad en la *Carolina* tratan de mostrar la falta de fundamento de tal suposición. Para este autor, el sistema de la culpabilidad culposa se halla también en este cuerpo legal bajo el influjo del *versari*. Junto a la forma ordinaria de culpabilidad, es decir, del dolo, conoce la *Carolina* una responsabilidad extraordinaria, en la que se equiparan comportamiento imprudente y determinadas hipótesis de *versari in re illicita* (19). El criterio no puede ser analizado aquí. Contra él se ha alzado en la literatura penal alemana principalmente Binding, negando que en la C. C. C. existan puntos de apoyo para afirmar la recepción del *versari in re illicita* (20).

Prescindiendo de esta cuestión polémica, las conexiones entre *versari* y responsabilidad por culpa son evidentes en la ciencia penal del período del Derecho común. En los sistemas de Carpzovio y de Bohemero, presenta la culpabilidad, al lado del dolo o de la culpa, sendas irregularidades o desviaciones. En el dolo directo, la del *dolus indirectus*. En la culpa, en cuanto forma extraordinaria de culpabilidad, emergen también modalidades de culpa presunta, que sin necesidad de otros requisitos, llevan a imputar el resultado acaecido, efecto de un acto ilícito precedente. La construcción es en ambos autores paralela; las diferencias apreciables se observan en las indicaciones que siguen.

El verdadero delito implica incondicionalmente, según Carpzovio, *animus y voluntas (sine dolo enim et malo animo non videtur proprie possi dici discrimen)*. Pero en contradicción con esto, según Binding, a quien seguimos en esta parte de la exposición, se afirma también que los delitos culposos no pueden permanecer impunes, aunque no sujetos a la pena ordinaria. Previo este punto de partida, Carpzovio determina la responsabilidad por el hecho doloso no a partir del concepto mismo del dolo, sino de conformidad con la doctrina del *versari*, en el sentido de que quien efectúa algo ilícito es responsable de lo que se sigue más allá de la intención y la voluntad, si el resultado podía ser previsto fácilmente, aunque con la restricción de que no sobrevenga *per accidens*, sino *per se*, pues la situación sería insoportable sin esta teoría y numerosos homicidios permanecerían impunes. De conformidad con ello, si alguien *animo delinquendi*, actúa con la intención de lesionar, pero sin *animus occidendi*, produciéndose previsiblemente, sin embargo, una consecuencia letal, está presente un *homicidium dolosum*, procediendo la pena ordinaria. *In delictis puniendis*, es suficiente un *dolum in genere*. Binding critica

(18) V. LÖFFLER, J., *Die Schuldformen des Strafrechts*, Bd. 1, págs. 166 y ss., a quien manifiesta seguir KOLLMANN; SCHAFFSTEIN, F., *La ciencia europea del Derecho penal en la época del Humanismo* (trad. de RODRÍGUEZ DEVE-SA, J. M.^a), 1957, págs. 151 y ss. y 171 y ss.

(19) V. KOLLMANN, H., *Die Schuldformen der Carolina*, loc. cit., págs. 626 y ss.

(20) V. BINDING, K., *Die Normen*, cit., págs. 139 (nota 3) y ss.

esta terminología, advirtiendo que Carpzovio habla también de *voluntas indirecta* en contraposición a la *voluntas directa*, en el sentido de Covarrubias (21).

La teoría del dolo indirecto, cabe añadir, asume en Carpzovio matiz fundamentalmente objetivo. Dolosamente actúa, "el que percuta con espada o instrumento cortante semejante, con los que comúnmente se causan golpes y heridas de los que se sigue necesariamente la muerte". En Bohemero, por el contrario, presenta acento subjetivo. El que quiere el antecedente, quiere también el consiguiente, no sólo lo que es de forma absoluta necesario, sino ciertamente también lo que comunmente y con facilidad puede y suele derivarse de esto (22). La voluntad antijurídica originaria conducirá, pues, en estas hipótesis al ámbito del dolo. La mediación de la malicia —como posteriormente reconocerá bajo el peso posible de esta tradición la legislación penal española— es entonces incompatible con la apreciación de un delito culposo. Aparece, pues, aquí una primera desviación del principio de culpabilidad, consistente en atribuir a la esfera del dolo tanto lo *directa* como lo *indirectamente* querido por el sujeto (aunque no lo de ningún modo querido por él).

Pero la virtualidad del *versari* no se proyecta unilateralmente, como ha sido dicho, en el *dolus indirectus*. El principio puede engendrar también responsabilidad extraordinaria si el autor, realizando algo permitido, causa sin mediación de la voluntad en el sentido expuesto el resultado lesivo. Se trata de hipótesis en que el resultado procede de una acción prohibida, aunque careciendo el sujeto de intención de perjudicar. El *homicidium casuale* impune es para Carpzovio el cometido por quien: 1) Realiza algo lícito, es decir no prohibido (*operam dat rei licitae et non prohibitae*). 2) Hace esto en tiempo y lugar debidos, con aportación de toda la diligencia (*id quod facit debito loco ac tempore, et omnem diligentiam adhibet*). La falta de cualquiera de estos requisitos impide que el homicidio se estime fortuito. Y entonces es rezeptivo, por el contrario, valorar la muerte como culposamente producida (*Horum alterum quando deficit, homicidium non pro casuali, sed culposo haberi debet*) (23).

Bohemero enseña también que el *versari* excluye la calificación del hecho como fortuito. El *versari in re illicita* determina la responsabilidad extraordinaria. Para que el homicidio se considere accidental, se requiere que el autor cumpla un acto lícito (*reus in re licita versetur*), que lo realice en lugar y tiempo permitidos y de manera en todo caso lícita (24).

(21) V. BINDING, *Die Normen*, cit., págs. 158 y ss.; HUERTA FERRER, A., cit., págs. 254 y ss.

(22) Los textos correspondientes en KOLLMANN, H., *Die Schuldauffassung der Carolina*, cit., págs. 605-606.

(23) Según KOLLMANN, H., *Die Schuldauffassung der Carolina*, cit., pág. 628 (en nota).

(24) Según KOLLMANN, H., *Die Schuldauffassung der Carolina*, cit., págs. 628 (en nota); BINDING, K., *Die Normen*, cit., págs 178, critica la concepción de BOHEMERO (*Meditationes in CCC, art. 146*) de que la culpa es

Están presentes aquí afinidades y posibles convergencias entre la ciencia penal del Derecho común y la evolución histórico canónica precedente. Inexistente la *voluntas indirecta*, si el autor se encuentra en una *versari in re illicita*, aparece la forma extraordinaria de imputación, como si estuviese presente culpa o imprudencia. En ambos supuestos, está excluída la posibilidad de absolución.

V. Hasta la publicación del célebre estudio sobre el caso fortuito, participó también Carrara del criterio, procedente de los criminalistas italianos antiguos, de que el *casus* debía ser objeto de imputación, a título de culpa, si el autor, que infringió fortuitamente el Derecho, “versaba en cosa ilícita” (25). El estudio destaca que existe un *concepto propio* del caso, en el que la ausencia del dolo y la culpa, funda que el autor no merezca un reproche o censura, ni aún de simple ligereza. Y un *concepto impropio*, según el cual, pese a sobrevenir accidentalmente, el resultado es imputable por poderse reconducir a un acto ilícito precedente. Para Carrara los que dictaron este principio, justamente combatido en su generalidad por los juristas alemanes, tomaron el concepto del caso fortuito en sentido concreto e impropio, suponiendo que el agente, que fue su causa, podía prever y evitar el resultado”. La determinación de la culpa por el *versari*, propia de dicha noción, es regla falsa o inútil, que Carrara confiesa haber aceptado como moneda corriente por suponer que en dichas circunstancias el autor pudo efectivamente prever la producción del resultado (26). Frente, pues, a la tradición que, *a sensu contrario*, expresa ya el principio proclamado por Farinacio “*qui licitum actum gerit de delicto inde sequitur non tenetur*” (27), la posición de Carrara, en las ediciones últimas del *Programa*, es que cuando se hace responder al sujeto de algo que no pudo prever ni evitar, se concibe el caso en sentido particular e impropio, no de manera general y auténtica, siendo una *injusticia* y una *equivocación* imputar a una persona el resultado acaecido imprevisible e inevitable, por la circunstancia de *versar* en algo ilícito (28).

Por último, se prescinde aquí de examinar con más detalle los motivos históricos por los que el Código penal presenta desde 1848 un sistema doble de desviaciones o anomalías en las formas de cul-

cualquier hecho ilícito del que sin dolo surge una lesión ,cometiendo homicidio culposo todo aquel que sin ánimo de matar “versa” en cosa ilícita, en lugar ilícito, en tiempo ilícito o, finalmente, en forma ilícita (*Homicidium ergo culposum toties committitur, quoties quis sine animo occidendi versatur in re illicita, aut illicito loco, aut illicito tempore, aut denique illicito modo*), por entender que en vez de determinar el fundamento proporciona síntomas o indicios que tanto pueden referirse a la culpa como al *casus*.

(25) V. nota 10; DÍAZ PALOS, F., *Culpabilidad jurídico penal*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, T. VI, 1954, especialmente págs. 138 y 147 y ss

(26) V. *Sul caso fortuito*, cit., págs. 7 y ss.

(27) V. *Praxis et Theorica criminalis, L. I., cons. I, 1.*

(28) V. *loc. cit.*, 16 y ss.

pabilidad, constituido por la preterintencionalidad y la estructura del caso fortuito impropio de los artículos 8, regla 8.^a, 64 y 565. Para ello sería precisa una investigación de la doctrina general de la culpabilidad dominante antes de la codificación. En tal sentido sólo cabe suponer que los redactores del Código de 1848, educados en los estudios académicos precedentes a la formalización del proceso codificador, experimentaron el influjo de la doctrina de la culpabilidad del Derecho común, así como del Derecho histórico, reflejada en las Partidas. En este cuerpo legal, la regla XXI, Título XXXIV, Partida VII, establece que *quien da razón por que venga daño a otro el mismo se entiende que lo faze*. La Glosa de Gregorio López advierte que por "*quien da razón*" ha de entenderse "*quien da ocasión*". En la edición de 1848, publicado ya el Código penal del mismo año, Gómez de la Serna al comentar la Ley IV, título VIII, Partida VII, relativa a la muerte fortuita (*como aquel que mata a otro por ocasión, no merece haber pena por ello*) la relaciona con la disposición sobre el *casus* del Código, es decir, con el número 8 del artículo 8.^o y con su artículo 71, que coincide esencialmente con el 64 actual. Hay aquí afinidades lingüísticas entre tales textos legales e interpretaciones indicativas de una conexión posible entre ellos, cuya verificación haría preciso un estudio crítico separado.

VI. El contenido del artículo 64 debe ponerse, pues, en relación con la doctrina del caso fortuito impropio, es decir, con la evolución histórico dogmática del *versari* y su proyección en los delitos culposos. El grupo normativo del artículo 64, artículo 8, 8.^o, y 565 presenta estructuralmente, según esto, una hipótesis de culpa presunta.

No ha sido este, sin embargo, el criterio de la doctrina española. Desde Pacheco (29) y Groizard (30) se declara que el artículo 64 actual es aplicable si falta la debida diligencia, o lo que es igual, si se ha obrado de forma culposa. Esta equivalencia —se dice— hace natural que la disposición remita a las fórmulas de los delitos imprudentes. El elemento ausente en el caso fortuito "incompleto" es la "debida diligencia" aludida en el artículo 8.^o, número 8, del Código. Y este tratamiento del problema constituye hoy la doctrina dominante (31).

(29) V. *El Código penal concordado y comentado*, T. I., 5.^a ed., 1881, págs. 402, afirma que "si ha faltado en efecto, alguna parte de la *debida diligencia*, es natural que se haya caído en imprudencia temeraria".

(30) V. *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, T. II, pág. 384 dice que "el artículo pudo muy bien no escribirse, sin que por eso resulte ningún vacío en nuestra legislación penal, porque lo que dice, implícito está en el núm. 8 del art. 8.^o y en el art. 581". Del art. 8, 8.^o, "lógicamente se deduce que... no habiéndose ejecutado el acto lícito con la debida diligencia, la exención es improcedente, y el mal causado constituye objeto de (la) penalidad..., que... reserva el art. 581 (en el que se sancionaba la imprudencia)".

(31) V. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Loc. cit.*, págs. 286 y ss.; el penetrante estudio de DEL ROSAL, J., *Del caso fortuito incompleto*, en *Comentarios a:*

Pero esta interpretación incurre en un círculo vicioso, además de privar el artículo 64 de toda función normativa. Si el caso fortuito incompleto del artículo 64 está presente sólo si falta la “debida diligencia”, las hipótesis subsumibles en él se regulan inmediatamente por las normas o fórmulas de la culpa. Es directamente aplicable entonces el artículo 565 y, por tanto, para nada hay que examinar la aplicabilidad del artículo 8.º, 8.ª, y del artículo 64. La doctrina dominante propone implícitamente a la práctica jurídica el siguiente procedimiento aplicativo. En primer lugar, verificar la inexistencia de la debida diligencia, determinante *ipso facto* de la aplicación de las fórmulas del delito culposo. Y después, comprobar que en este supuesto no es aplicable, precisamente por falta de la debida diligencia, el artículo 8, regla 8.ª, sino el artículo 64. Por último, retornar al punto de partida, es decir confirmar la aplicación del artículo 565 en virtud de la doctrina que el artículo 64 contiene. La naturaleza tautológica del razonamiento es evidente. Lo que ese razonamiento dice es que la ausencia de la diligencia debida fundamenta un delito culposo, conclusión *a posteriori* por el sistema del impropio caso fortuito.

La interpretación prevalente priva, pues, al artículo 64 de función normativa. Y esto es jurídicamente inaceptable, pues toda interpretación que afirma que la norma interpretada carece de función ha de rehusarse en principio. La función del artículo 64 debe pues, investigarse por otro camino.

En sentido técnico, la disposición del *casus* del número 8 del artículo 8, no se comporta del mismo modo que el resto de las “eximentes”. Estas suponen la provisional fundamentación de un elemento del delito, pero simultáneamente su exclusión definitiva por la mediación del motivo de exención de que se trate. En el ámbito de la antijuricidad típica, la mediación de una causa de justificación neutraliza el indicio originado por la realización de los elementos del tipo. El sistema de la regla-excepción pone de relieve que mediante las causas de justificación reconocidas por el Derecho positivo, se pretende sustraer al juicio provisional de la antijuricidad, engendrado por la realización típica, el comportamiento correspondiente.

Una relación lógica paralela parece presente también en las demás eximentes del artículo 8. En la fuerza irresistible, el movimiento corporal se enjuicia definitivamente como “no acción” por la regla 9.ª del artículo 8.º En el ámbito de la imputabilidad, la atribución idealista, apriorista o generalizadora de la capacidad de culpabilidad por el sistema presenta como excepciones la enajenación, la menor edad o la sordomudez en los números 1, 2 y 3 del artículo 8.º En el miedo insuperable (art. 8.º, 10) la presencia de los elementos positivos del delito —acción, injusto típico, imputabilidad, dolo o culpa—, suscep-

la doctrina penal del Tribunal Supremo, 1961, pág. 9, apunta a cuestiones esenciales en sentido diverso del dominante.

tible de ordinario para la fundamentación de la culpabilidad, aparece finalmente neutralizada por la mediación de un motivo de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto.

Sin embargo, la relación dialéctica, implícita en el derecho positivo, entre fundamentación (provisional) y exclusión (definitiva) del correspondiente elemento del delito, es decir, entre los denominados aspectos "positivos" y "negativos" del delito, no está presente en el caso fortuito del código. En él se aprecia un fenómeno diverso. En la regulación legal, no se trata, por ejemplo, como sucede en el artículo 45 del Código penal italiano de que, inexistentes el dolo y la culpa, dicha disposición establezca tautológicamente que "no es punible quien ha cometido el hecho por caso fortuito...", ni de que fundamentada "provisionalmente" la culpabilidad jurídica, la regla 8.^a del artículo 8.^o venga ulterior o "definitivamente" a neutralizarla, sino de una cuestión totalmente diversa.

La disposición del caso fortuito no impide la "consolidación" de una culpabilidad posiblemente apreciable como fundamento de la pena, lo que no sería posible al estar ausentes el dolo y la culpa. Cumple, por el contrario, una función fundadora, *ex nihilo*, de la pena, es decir, extiende la pena criminal a comportamientos que, por falta de la correspondiente forma de culpabilidad, no resultarían punibles. En definitiva, la regla octava del artículo 8 del Código penal, en relación con el artículo 64, determina la punibilidad en hipótesis de *versari* no incluíbles tampoco en el esquema de la preterintencionalidad —por falta de voluntad delictiva "directa" e "indirecta", o sea, de dolo "directo" o "indirecto", por mantener la terminología de los autores citados—, es decir, en que procedería la absolución por la producción del resultado típico de no estar presentes dichas disposiciones.

La regla del artículo 8.^o, 8.^a, en relación con los artículos 64 y 565 Código penal, no equivale, en consecuencia, al *caso fortuito proprio* de las legislaciones y la dogmática, en que al faltar el dolo y la culpa no es posible dirigir al autor ningún reproche o censura, ni aún de simple negligencia (32), con la consiguiente falta de culpabilidad, sino el *caso fortuito impropio* de los prácticos italianos, de la ciencia penal de la época del Derecho común, o de Carrara con anterioridad a la publicación de la monografía sobre el *casus*, desvalorizado por él posteriormente como equivocación e injusticia al posibilitar la imputación de resultados imprevisibles, en desconexión con la esfera espiritual del autor, o lo que es igual, en que está ausente la actitud personal defectuosa en que jurídicamente se basa el juicio valorativo negativo de la culpabilidad (33).

La conclusión de que el número 8 del artículo 8.^o del Código no

(32) Como dice ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale*, p. gen., 6.^a ed., actualizada por CONTI, L., 1969, pág. 299.

(33) Sobre las construcciones del *casus* en la doctrina V. SANTORO, A., *Il caso fortuito nel diritto penale*, 2.^a ed., 1956, págs. 15 y ss.

contiene materialmente una causa de exención, sino una *causa de fundamentación de la responsabilidad* es paralela al reconocimiento del peso efectivo del *versari* en el sistema. Este no incide sólo en el conjunto normativo “dolo-preterintencionalidad”, sino en la estructura del caso fortuito impropio. En el sentido del derecho positivo, el comportamiento ilícito originario —no reconducible al área de la preterintencionalidad— engendra sin necesidad de requisitos subjetivos ulteriores, con las restricciones objetivas que se precisarán, una responsabilidad por culpa según el artículo 64, en relación con el 565. En las hipótesis jurisprudenciales externamente caracterizadas como de “desviación” no son, pues, precisos los elementos “psicológicos” y “normativos” del delito culposo para la imputación del resultado producido. El sistema aprecia entonces una “culpa presunta”, que paralelamente a la terminología histórica de la esfera del *dolus* podría designarse como “culpa indirecta”.

Esta solución lleva a apreciar concurso de leyes si el resultado dimanante del acto antijurídico originario era personalmente previsible, o fue previsto en la situación concreta, por el autor. Entonces se produce la situación característica del concurso aparente de disposiciones penales. El conflicto se plantea entre la norma del artículo 565 y la norma del artículo 64 del Código penal. Dada la conexión del resultado con una acción típica, antijurídica y dolosa (ilícita) precedente resulta aplicable el artículo 64. Objeto del reproche es entonces el desvalor del acto ilícito originario, determinante de la aparición del resultado. Pero en virtud de la previsibilidad personal del acontecimiento son, en principio, aplicables también las fórmulas de la culpa. El desvalor apreciable radica entonces en la reprochabilidad de la actitud personal individual del autor respecto al resultado sobrevenido, es decir, en su existente culpabilidad culposa.

La solución precedente se consigue entonces mediante el principio de alternatividad reconocido por el artículo 68, en el que se declara aplicable la disposición que aplique mayor pena al delito o falta cometido.

En el apartado siguiente de este estudio (ap. VII), ante la ambigüedad de la remisión al artículo 565 que efectúa el artículo 64 —es equívoco, como advierte Rodríguez Devesa, si se refiere a su párrafo primero o segundo—, se propone entender que esta remisión exige formar una pena única —coincidente con el sentido del artículo 79— cuyo marco alcanza desde el límite mínimo de la pena de la imprudencia antirreglamentaria hasta el máximo de la pena establecida para la imprudencia temeraria, es decir, desde arresto mayor en el grado mínimo a prisión menor en el grado máximo, solución conforme con el tenor literal del artículo 64 Código penal.

De conformidad con ello, el concurso aparente de leyes deberá ser resuelto, en sentido provisional e indicativo, de la siguiente forma:

a) Concurso del artículo 64 y el párrafo primero del artículo primero del artículo 565 (causación del resultado mediante acto de-

lictivo inicial dándose temeridad del autor). Es aplicable el artículo 565, párrafo primero, pues el límite mínimo de prisión menor es más elevado que el de la pena indicada.

b) Concurso del artículo 64 y el párrafo segundo del artículo 565 (causación del resultado mediante acto delictivo inicial dándose simultáneamente simple imprudencia o negligencia e infracción reglamentaria). Es aplicable la pena única mencionada, pues su límite máximo es más elevado que el de la pena de arresto mayor.

c) Concurso entre el artículo 64 y el número 3.º del artículo 586 (causación del resultado con simple imprudencia o negligencia, sin infracción de reglamentos, mediante acto delictivo inicial). Es aplicable la pena única indicada por ser más grave que la establecida por el artículo 586, 3.º, para la ejecución del delito en las condiciones que establece.

El *versari in re illicita*, en consecuencia, no sólo impide la absolución por el resultado inculpable, sino que contamina el tratamiento del concurso de leyes cuando ese resultado es previsible personalmente para el autor.

VII. De lo expuesto se desprende solamente el marco más general en que han de desenvolverse posteriormente determinados problemas particulares. La interpretación histórica revela la existencia en el sistema de una norma cuyo contenido correlativo, materialmente antagónico, al de la eximente octava del artículo 8.º, es que *no está exento de responsabilidad el que con ocasión de ejecutar un acto ilícito causa un mal por mero accidente sin culpa ni intención de causarlo*. La ejecución de un delito doloso —lo que supone una verdadera imposibilidad de que medie la diligencia debida mencionada en la definición del caso fortuito— da lugar a responsabilidad aunque el resultado sobrevenga sin dolo ni culpa del autor. La responsabilidad se determina entonces por el artículo 64, que remite a lo dispuesto en el artículo 565.

Pero al igual que toda norma jurídica, la disposición del artículo 64 está sujeta a interpretación. La exigencia de la interpretación se polariza, con relación a ella, en dos direcciones. Por un lado, la exégesis se proyecta sobre el *praeceptum legis*, puesto que no es suficiente una conexión cualquiera entre el acto ilícito precedente y el resultado producido, sino una conexión jurídicamente relevante o que esté comprendida en el fin de la norma.

Por otra parte, según advierte Rodríguez Devesa, aunque en sentido diverso del que después se expone, el artículo 64 no puede ser aplicado literalmente, adoleciendo de imprecisión, no deduciéndose de él si se ha de aplicar la disposición sobre la imprudencia temeraria (párrafo 1.º) o sobre la simple imprudencia antirreglamentaria (párrafo 2.º) del artículo 565 (34). Las necesidades interpretativas que suscita el artículo 64 afectan a la totalidad de la norma que contiene, es decir, no sólo al *praeceptum legis* —para precisar qué restricciones

(34) V. *Derecho penal*, cit., pág. 542.

comporta y qué hipótesis son subsumibles en él—, sino a la *sanctio legis*, es decir, a las consecuencias que determina su violación.

En lo que concierne a este extremo se ha de tener en cuenta que la actual regulación del artículo 565, en el sentido de distinguir entre imprudencia temeraria y simple imprudencia o negligencia antirreglamentaria, como modalidades de la culpa desde la perspectiva de la gravedad, era desconocida en el Código de 1848, del que procede sin variación sustancial el artículo 64. El Código penal de 1848 no conocía *grados* de comportamiento culposo, sino modalidades alternativas de la culpa valorativamente indiferentes, amenazadas con idéntica pena criminal. En consecuencia, la aplicación del artículo 71 (64 actual) no presentaba la ambigüedad delatada por Rodríguez Devesa. La aparición del resultado como efecto del acto ilícito originario (típico, antijurídico y doloso) era inequívocamente sancionada por la norma sobre la culpa, que conectaba una pena unitaria a la producción imprudente del delito.

Esta situación se modifica por el Código penal de 1870. En él se reforma el sistema de la culpa en el sentido fundamental que hoy pervive de distinguir un grado más grave, la imprudencia temeraria, y uno menos grave, la simple imprudencia o negligencia antirreglamentaria, pero sin adoptar la precaución de acomodar el artículo 85 (64 actual) a la nueva regulación. Esta transformación del sistema de la culpa, inadvertida de ordinario en la doctrina, es la que da lugar al equívoco actualmente persistente (35).

Para solucionarlo, no proporciona punto de apoyo alguno el principio *in dubio pro reo*, pues no se está en el campo propio de esta regla, es decir, en el ámbito de valoración de la prueba, sino en el de la interpretación de la norma, o lo que es igual, ante cuestiones de exactitud jurídica, no de benevolencia o de rigor. En consecuencia, no cabe decidir la ambigüedad de la remisión del artículo 64 en el sentido, por ejemplo, de proponer se aplique siempre el párrafo segundo del artículo 565, en el que se prevé como pena base la de arresto mayor, más favorable que la de prisión menor amenazada en el párrafo primero.

No es posible tampoco atender al desvalor del acto ilícito originario, es decir, a sus propiedades negativas, para graduar la penalidad en las hipótesis del artículo 64. En tal caso se trataría de atender a la mayor o menor gravedad objetiva de la acción para imponer al sujeto alternativamente la pena del párrafo primero o segundo del artículo 565 por la causación del resultado. En un atentado determinante de la producción de la muerte del agente de la autoridad sin dolo ni culpa, es decir, en situación objetiva o externamente se-

(35) V. C. P. de 1848, *Tit. XV, De la imprudencia temeraria.*— art. 469. “El que por *imprudencia temeraria* ejecutare un hecho, que si mediare malicia, constituiría un delito grave, será castigado con la prisión corresponsal; y con el arresto mayor de uno a tres meses, si constituyera un delito menos grave.— Estas mismas penas se impondrán respectivamente al que con infracción de los reglamentos cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia.”

mejante a la de la sentencia de 17 de diciembre de 1964 (36), habría que tomar entonces en cuenta la naturaleza de la acción impulsiva, es decir, el desvalor objetivo-general inmanente en ella para optar por una u otra penalidad. Pero esta solución ha de rechazarse. Este desvalor se capta ya en la medición de la pena propia del atentado, con lo que de tenerse de nuevo en cuenta en el ámbito del artículo 565 se lesiona el principio *ne bis in idem*, incurriéndose en las objeciones dirigidas contra la doble valoración de los elementos de los tipos en la medida de la pena (37).

Los inconvenientes que presentan estas posibles soluciones no se dan en la que, finalmente, se propone. La comprobación histórica de la conexión entre *versari* e incompleto caso fortuito ha mostrado que el sentido de esta conexión es equiparar la causación culposa del resultado a las hipótesis en que este es efecto de un acto ilícito originario, como formas de la denominada responsabilidad extraordinaria. La consideración histórica de la norma indica, por otra parte, que la solución ha de respetar la equiparación que el Código de 1848 contenía.

Esta equiparación se consigue ateniéndose al tenor literal del artículo 64. Su declaración de que, a falta de la totalidad de los elementos de la definición del caso fortuito "se observará lo dispuesto en el artículo 565" puede entenderse entonces en el sentido de que la pena imponible se extenderá desde el límite mínimo de la establecida en el párrafo segundo, al límite máximo de la prevista en el párrafo primero, es decir, de un mes y un día a seis años de privación de libertad (límite mínimo del arresto mayor y máximo de la prisión menor). La solución, además de superar la ambigüedad delatada por Rodríguez Devesa y mantenerse dentro de la interpretación literal amplía el límite mínimo de la sanción imponible, lo que hace menos sensible el sacrificio del principio de culpabilidad que la situación comporta. En esta dirección, puede todavía sugerirse que en la pena así determinada incide el límite contenido en la regla del párrafo cuarto del artículo 565, sobre la necesidad de imponer pena inferior a la prevista para el delito cometido dolosamente.

VIII. La determinación del marco penal o *sanctio legis* del artículo 64 deja sin resolver las cuestiones interpretativas particulares que su contenido normativo o preceptivo plantea. En especial, queda aún abierta la cuestión de las propiedades que ha de reunir la acción ilícita originaria para que esté justificada objetivamente la imputación del resultado. Pues, en principio, no basta para esto la presencia de cualquier acción en el sentido de la teoría de la equivalencia de las

(36) Vid. nota 7.

(37) V. BRUNS, H. H., *Strafzumessungsrecht*, Allg. T., 1967, págs. 335 y ss., advierte que la inobservancia del principio de la doble valoración constituye uno de los errores jurídico materiales más antiguos y frecuentes en la medición judicial de la pena.

condiciones, sino que es necesaria una conexión particular. Como advertía Hippel, tras los pasos de Löffler, en el *versari* el resultado tenía que ser consecuencia calculable, es decir, probable o típica del acto delictivo originario.

En lo que se refiere a las propiedades de esta conexión, puede indicarse lo siguiente:

a) La aplicación del artículo 64 no depende solamente de que entre el acto delictivo inicial y el menoscabo del bien jurídico, o resultado típico, medie una relación de simple sucesión.

Esto sucede, por ejemplo, si el autor del hurto, con posterioridad a la consumación, causa la muerte de un agente de la autoridad, en el episodio sucesivo de la detención. Entonces no sobreviene el resultado "con ocasión de ejecutar" (art. 8.º, regla 8.ª, en relación con el artículo 64), sino "con ocasión de haber sido ejecutado" previamente el delito.

b) Está también excluida la imputación del resultado si se produce con ocasión de actos anteriores a los ejecutivos, es decir, con ocasión de la realización de actos preparatorios por el sujeto. Un ejemplo puede ser el de quien en los actos previos al engaño típico de la estafa se hace sospechoso, surgiendo entonces el incidente que determina la muerte de la víctima.

La interpretación literal del requisito, implícito en el artículo 64 "*con ocasión de ejecutar un acto ilícito*", sustrae del ámbito de la norma los supuestos mencionados.

De la interpretación de esta fórmula, se desprende que el concepto "con ocasión de ejecutar" alude al contexto actual de un comportamiento delictivo, es decir, a la ejecución *in actu* de una conducta criminal, que favorece la aparición de la acción causal del resultado. En este sentido, cabe insistir, como hemos puesto de relieve en otro estudio, que la *ocasión* no es la *causa* ni la *condición* (38), sino el contexto o circunstancia favorable para que la causa actúe. Dentro del artículo 64, la ejecución actual del delito (ocasión) ha de favorecer, por tanto, la aparición de la acción determinante del resultado típico.

IX. Finalmente, en el art. 64 la acción originaria ha de poseer una auténtica proclividad o tendencia a producir resultados como el sobrevenido. No basta, pues, la presencia de un enlace en el sentido de la teoría de la equivalencia. Especialmente en un terreno donde la corrección de los efectos de esta teoría en el ámbito de la culpabilidad no puede tener lugar precisamente por la incidencia del *versari*, son imprescindibles, en el propio ámbito del tipo, correcciones limitativas de la responsabilidad penal. En la literatura penal española, principalmente por el influjo desplegado por la traducción del *Tra-tado* de Mezger por Rodríguez Muñoz, ha encontrado aceptación la teoría de la relevancia o adecuación típica, para la cual sólo procede la imputación del resultado cuando su conexión con la acción es

(38) V. TORIO, A., *Motivo y ocasión en el robo con homicidio*, en Anuario, 1970, págs. 619 y ss.

jurídicamente relevante, de acuerdo con una correcta interpretación del tipo. En los delitos cualificados por el resultado, en los que el *versari in re illicita* constituye la verdadera razón de su existencia, no es siquiera bastante fundamento de la responsabilidad una conexión causal adecuada de especie corriente, sino que es necesario, como dice Mezger, una conexión causal "de la que pueda decirse que posee una propia tendencia a favorecer la producción de resultados de aquella índole más grave" (39).

De conformidad con este criterio, la acción ilícita inicial ha de poseer, para que el artículo 64 sea aplicable, una verdadera proclividad, es decir, una tendencia objetiva específica en orden a determinar resultados como el que venga en consideración. Es esta tendencia la que hace inteligible el sistema del impropio caso fortuito como una hipótesis de presunción de culpa, por hallarse el resultado en concordancia con lo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*).

Cuanto queda expuesto no agota los problemas que el contenido normativo del artículo 64 plantea. Por el contrario, indica solamente su sentido general, insinuando los criterios a que ha de acomodarse su interpretación. La conexión de esta interpretación con la teoría de la adecuación típica tiende un puente, en el tratamiento del problema, con las investigaciones actuales sobre la imputación objetiva. Según advierte Rudolphi, con la afirmación de que entre un comportamiento determinado y el resultado típico sobrevenido existe una conexión causal no se resuelve aún el problema de si este resultado puede imputarse objetivamente al autor: es preciso además —como pone de relieve en su núcleo esencial la teoría de la relevancia— que el acontecimiento mismo satisfaga las exigencias del particular tipo penal, es decir, que esté presente la infracción de la norma prohibitiva o preceptiva que se halla en la base del tipo. En tal sentido, según Rudolphi, sólo es objetivamente imputable el resultado injusto causado por una conducta humana cuando esta conducta crea un peligro jurídicamente desaprobado de que se produzca el resultado y este peligro se ha concretado realmente en el acontecimiento concreto determinante de ese resultado (40).

La interpretación sugerida del artículo 64 obligará a ver en un trabajo especial sus conexiones con la moderna doctrina de la imputación objetiva. La posibilidad de la imputación ha de reducirse, como ha propuesto Roxin, a las hipótesis en que la acción conducente a la producción del resultado permanece dentro de la finalidad de protección de la norma que venga particularmente en consideración (41). Para la imputación del homicidio será así preciso que la muerte sea consecuencia de un acto ilícito inicial que posea las propiedades de los que la norma del homicidio pretende efectivamente prohibir. Es

(39) V. MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, I, 1935, págs. 223 y ss.

(40) V. RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, Allg. Teil, 1975, págs. 21 y ss.

(41) V. ROXIN, C., *Zum Schutzzweck der Norm bei fährlässigen Delikten*, en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, 1973, págs. 241 y ss.

dudoso entonces que la norma del homicidio esté ya dirigida a impedir, por ejemplo, el empujón de una persona a otra (como genéricamente parece entender la sentencia de 17 de diciembre de 1964, antes mencionada, con el argumento polémico de ser previsible que pueda sobrevenir la muerte del agente de la autoridad del fuerte empujón dado por el autor durante el forcejeo para impedir ser detenido). Para la imputación sin vacilaciones de la muerte es preciso que el acto ilícito inicial sea portador del peligro de que el resultado se produzca y que posea las propiedades de los comportamientos que la norma sitúa, precisamente, bajo la prohibición de matar (42).

X. El estudio precedente plantea la necesidad de una sucesiva investigación. Núcleo fundamental de él es poner de manifiesto las relaciones históricas internas, específicas, entre el principio *versanti in re illicita imputantur omniae quae sequuntur ex delicto* y los delitos culposos, reflejadas en la estructura del impropio caso fortuito del artículo 64 del Código penal. Esta conclusión respeta el derecho positivo vigente, aun cuando se halle en pugna con el postulado —no reconocido plenamente por el Derecho positivo— “no hay pena sin culpabilidad”.

En cualquier caso, no es impertinente indicar que el enjuiciamiento del *versari in re illicita* por la doctrina penal española no deja de adolecer de alguna superficialidad. No sólo se descalifica el principio sin verificar su significado histórico dogmático, ni su repercusión efectiva en el derecho positivo, así como las restricciones permisibles en su aplicación, sino que tampoco suelen tenerse en cuenta algunas opiniones recientes de la doctrina extranjera que ven en el *versari* un contenido más polémico que el que algunas opiniones pretenden presentar. Según Baumann, el pensamiento del *versari in re illicita* halla expresión en orientaciones recientes favorables a un “concepto general de culpabilidad”, en que al lado del dolo y de la culpa, estarían también comprendidas las consecuencias típicas de un comportamiento peligroso o arriesgado (*riskantes Verhalten*), concepto que, ciertamente, la doctrina suele rechazar, así como la consideración en la medida de la pena, en sentido agravatorio, de los efectos inculpablemente producidos mediante un comportamiento culpable precedente (43).

Para Hardwig, sin embargo, que ha examinado algunos aspectos del *versari* en su proyección posible sobre el derecho penal contemporáneo, en los delitos de responsabilidad por el resultado, en los que desde la ley 4-8-1956 se requirió por el Código penal alemán la mediación de culpa respecto a la particular consecuencia agravatoria, el aumento de penalidad que suponen no puede explicarse atendiendo

(42) V. RUDOLPHI, *loc. cit.*, pág. 62: la imputación objetiva supone, en primer término “que el autor haya creado un riesgo para el bien jurídico protegido, precisamente con infracción de la norma de conducta jurídico-penal dirigida a la protección de ese bien jurídico”.

(43) V. BAUMANN, J., *Strafrecht*, Allg. Teil, 7.^a Auf., 1975, pág. 412.

únicamente al principio de culpabilidad. Es preciso, por el contrario, tener en cuenta la relación de ese grupo de delitos, incluso tras la reforma mencionada, con el *versari in re illicita*, en el que radica a su juicio un núcleo de verdad determinante de su supervivencia a lo largo del tiempo.

También el delito de lesiones responde a este principio, pues si el autor crea dolosamente una situación de peligro, determina en el adversario la correspondiente contrareacción agresiva, a partir de la cual nadie puede personalmente prever como se desenvolverá el acontecimiento. Acción y reacción aparecen en una situación ascendente, en la que no pueden preverse personalmente las consecuencias, de modo que la responsabilidad por el efecto más grave no radica en su producción culposa por el autor, sino en haber sido provocada maliciosamente una situación general, en que, con independencia de la previsibilidad concreta, se ha llegado a graves resultados. El núcleo de la relación de culpabilidad radica así en la conexión entre la conducta maliciosa (*böswillig*) lesiva, adicionalmente peligrosa, con el resultado producido: quien se sitúa consciente y voluntariamente en situación antijurídica, mediante una forma de comportamiento que comporta la posibilidad de un resultado grave, ha de ver más severamente enjuiciada su conducta, cuando el resultado sobreviene, que si sólo lo hubiera producido culposamente. El tipo de los delitos de responsabilidad por el resultado tiene así la significación siguiente: "yo, Legislador, considero punible la correspondiente acción antijurídica no sólo porque cause el resultado pretendido, sino porque en tal modo de comportamiento pueden producirse conjuntamente consecuencias más graves que las queridas por el autor" (44).

La doctrina del *versari in re illicita* está también presente, a juicio de Schweikert, en la decisión del Gran Senado del Tribunal Supremo Federal Alemán de 8-4-1957 sobre la imputación agravatoria, en la medida judicial de la pena, de consecuencias del hecho no previsibles personalmente para el autor. En ella, el Gran Senado se separó de la concepción de la culpabilidad generalmente admitida, conforme a la cual los resultados particulares de la acción sólo pueden tenerse en cuenta para agravar la pena si se han producido de forma dolosa o culposa. La decisión declara compatible con el principio de culpabilidad "la imputación agravatoria de los efectos dañosos extratípicos dimanantes de una situación general de peligro producida culpablemente, aunque no fuesen previsibles para el sujeto en su manifestación concreta, es decir, en la especie y dirección de la lesión causada por él al afectado, pues el autor ha establecido culpablemente la posibilidad de que tales efectos se pudieran producir. El que culpablemente origina una situación cargada de peligro, o en cierto modo, abre la puerta por la que pueden penetrar diversas e indeterminadas desgracias, puede ser hecho responsable del resultado que efectivamente sobrevenga".

(44) V. HARDWIG, W., *Betrachtungen zum Erfolgsqualifizierten Delikt*, en: Golttdammer's Archiv für Strafrecht, 1965, pág. 99.

Está presente aquí, como Schweikert sugiere, una expresión particular, en el terreno de la medición de la pena, del *versari in relicita*, puesto que solamente la situación de peligro, no sus consecuencias, precisan surgir, en el sentido usual, de forma culpable. Pero, a su juicio, el Tribunal iría demasiado lejos si la decisión pretendiera sugerir la imputación de cualquier consecuencia que guardase relación con una situación culpablemente producida. El injusto penalmente reprochable, en un derecho penal de culpabilidad, no puede sólo consistir en la lesión del bien jurídico. Por el contrario, pertenece siempre a él una forma de comportamiento relevante a la que se refiere la lesión del bien jurídico, una forma o especie de comisión que pueda ser objeto de reproche, lo que equivale a decir que es insuficiente el resultado sobrevenido por azar o en conexión inadecuada con la conducta del autor. El dolo y la culpa, a juicio de dicho autor, no son, sin embargo, las únicas formas de conducta jurídico penalmente relevante en este sentido. Junto a ellas se encuentra una tercera modalidad, el comportamiento peligroso o arriesgado. Y cualquiera de estas tres formas puede ser utilizada por el legislador para la formación de los tipos (45).

La situación del derecho positivo español no difiere sustancialmente del criterio que evocan tales posiciones. No sólo el resultado doloso culposo, o preterintencional, sino las consecuencias típicas, objetivamente calculables, del acto culpable precedente son imputables también en el sentido del artículo 64 del Código. Es precisamente este sentido el que lleva a responder, por ejemplo, el autor culpable del artículo 340 bis c) del Código penal, aunque el resultado desgraciado no fuese, en la situación concreta, previsible personalmente para él. A la vista de ello, se comprenderá que el artículo 64, hoy en estado práctico de desuso, posee mayor importancia y alcance del que suele atribuírsele.

El balance que precede tiene carácter dogmático. Es expresión, solamente del derecho positivo vigente. Asunto diverso es la valoración de sus discordancias con el principio de culpabilidad, cuya corrección es competencia del legislador.

En consecuencia, tratándose tan sólo de proporcionar una explicación menos ininteligible que las usuales del artículo 64, sería poco procedente, como para situación correlativa advertía Hardwig, acudir al *topos* del moderno derecho penal de culpabilidad para descalificar las opiniones discrepantes con el estigma del anacronismo (46).

(45) V. SCHWEIKERT, H., *Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1958 (70), págs. 396 y ss. y 410 y 77. Este punto de vista es menos sostenible tras la reforma de la parte general del C. p. alemán y el peso que atribuye al principio de culpabilidad. El art. 46 (2), en la medición de la pena, exige que el Juez pondere "las consecuencias culpables del hecho".

(46) V. HARDWIG, W., *Der Volbrauschatbestand*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1964, pág. 141.

Unicamente del análisis de las verdaderas bases histórico dogmáticas del sistema de la culpabilidad del Código pueden surgir posiciones claras para proceder a su reforma. El impropio caso fortuito de la eximente octava del artículo 8.º no es elemento independiente de ese sistema, sino miembro de una estructura histórico dogmática que fue tenuta presente por los redactores del Código penal de 1848.

La reincidencia en el Código penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ
Profesor Adjunto de Derecho penal

I

La recaída en el delito es un problema que viene preocupando no sólo a los penalistas —en cuanto pretenden justificar la agravante en base a diversos criterios—, sino a los criminólogos —con referencia a la motivación—, a los penitenciaristas —por los problemas de tratamiento que plantea—, a la propia administración de justicia —en cuanto al notable incremento de la reincidencia—, a los políticos —por el problema social que les crea— y, finalmente, a la sociedad en general, por el mayor temor que se le tiene al sujeto que una y otra vez incide en su conducta criminal.

De este tema se han ocupado recientemente de forma especial, Rodríguez Mourullo (1), hay dos monografías de Mir Puig (2) y Martínez Zamora (3), así como un estudio criminológico de Landín Carrasco (4) (5). Esto sin contar con el comentario de otros autores en sus manuales o referencias en otros trabajos.

El tema vuelve a tener interés por la modificación de que ha sido objeto el número 15 del art. 10, así como la regla 6.^a del artículo 61 del Código penal, por Ley de 28-11-1974, que cambia el rumbo de una jurisprudencia que desde el año 1972 parece que iba por el camino de resolver algunos de los problemas que planteaba la multirreincidencia.

Aunque el tema central de la reincidencia se recoge en dos supuestos del artículo 10, en la reiteración (núm. 14) y reincidencia (núm. 15), y su relación con las reglas 2.^a y 6.^a del artículo 61, hay diversos artículos del Código en que se aborda el tema. Nos vamos a ocupar no solamente de la reiteración y reincidencia como agravante genérica

(1) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: en CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, págs. 724 y ss.

(2) MIR PUIG, S.: *La reincidencia en el Código penal*, Barcelona, 1974.

(3) MARTÍNEZ ZAMORA, A.: *La reincidencia*, Murcia, 1971.

(4) LANDÍN CARRASCO, A.: *Estudio criminológico sobre la multirreincidencia*, Madrid, 1975.

(5) MAJADAS, P.: *Estudio sobre la reincidencia en España*, Ministerio de Justicia, Gabinete de Estudios para la Prevención del Delito, Madrid, 1974, sin publicar. También RUIZ VADILLO, E.: *La doble reincidencia según la doctrina jurisprudencial*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», 1964, núm. 164.

del art. 10, que es el tema al que han dedicado especial interés los autores, sino también el contenido del resto de los artículos que de una u otra forma agravan la repetición de conductas delictivas en base a la reincidencia. Es un error que se viene cometiendo en algunos de nuestros comentaristas, al olvidarse del resto de los artículos del Código penal. No puede pedirse, por ejemplo, la derogación de los números 14 y 15 del artículo 10 del Código, olvidando, o por lo menos sin hacer una declaración expresa, del resto de los artículos de dicho cuerpo legal donde de forma especial se recoge una agravación para la reincidencia, o incluso resultan privilegiadas ciertas situaciones de recaída en el delito. Este problema de no tener en cuenta todo el contenido del Código, e incluso de leyes penales especiales, se observa a veces en las reformas de aquél (6).

Además de los supuestos de reiteración y reincidencia del artículo 10, se encuentra la reincidencia de forma especial en los siguientes artículos del Código:

— Segunda reincidencia para los delitos de hurto (art. 516, 3.º), estafa (530, p. primero) y apropiación indebida (art. 535).

— Se tiene en cuenta las sentencias extranjeras a efectos de aplicar la agravante número 15 del artículo 10, en los delitos de falsificación de moneda metálica y billetes de Estado y Banco (art. 289), en materia de estupefacientes (art. 344, p. último) y en los delitos relativos a la prostitución (art. 452 bis f).

— En los juegos ilícitos, para los banqueros y dueños de las casas de juego de suerte, envite o azar, y jugadores que concurrieren a las mismas (art. 349).

— El eclesiástico que, requerido por el Tribunal competente, rehusare remitirle los autos para la decisión de un recurso de fuerza interpuesto (art. 381).

— Convierte en delito el hurto o la estafa inferior a 5.000 pesetas (que sería falta), si el culpable hubiera sido condenado anteriormente por el delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación (arts. 515-4.º y 528-4.º).

— La falta de hurto, estafa o apropiación indebida se convierte en delito, si el autor estuvo condenado anteriormente dos veces en juicio de faltas por estafa, hurto o apropiación indebida (arts. 515-4.º, 528-4.º y 587-1.º y 3.º).

— Defraudaciones del artículo 533.

— Infracciones del Derecho de autor y la propiedad industrial (art. 534).

— Defraudaciones del fluido eléctrico (art. 537).

— Privación definitiva del permiso de conducir (arts. 340 bis a, 2.º y 565 p. sexto).

— En el libro III ya se apuntó cómo se eleva a la categoría de delito algunas faltas (art. 587, 1.º y 3.º).

(6) SERRANO GÓMEZ, A.: *Reformas penales en 1974*, en «Boletín Inf. Ministerio Justicia», núm. 1.039, de 25-10-1975, pág. 5.

— Determinados casos de intrusismo o falta de inscripción profesional en Colegio, Corporación o Asociación oficial (art. 572).

— Pastoreo abusivo (art. 593, p. segundo).

— Quema de rastrojos (art. 596, p. segundo).

Se tiene también en cuenta la reincidencia:

— Para no conceder la condena condicional (art. 93, 1.º).

— Pérdida del tiempo pasado en libertad condicional (art. 99, p. segundo).

— Interrumpe la prescripción de delitos (art. 116, p. segundo).

— En materia de rehabilitación (art. 118, p. último).

Se desprende de lo anterior que la reincidencia afecta de forma específica en diversos artículos del Código penal. Por otra parte, el tema que nos ocupa tiene también interés en otra serie de supuestos (7), que son:

— El uso de nombre y título supuestos (art. 322, p. segundo).

— Quebrantamiento de condena (arts. 344 y 345).

— En determinados supuestos donde la habitualidad supone una agravación de la pena. Sucede esto:

— En las exacciones ilegales (art. 402).

— Aborto (art. 415, p. segundo).

— Usura (art. 542) (aquí fundamenta la pena) (8).

— Encubrimiento con ánimo de lucro y receptación (art. 546 bis).

Dispone el número 14 del artículo 10 del Código penal, que es circunstancia agravante, *ser reiterante*.

Hay reiteración cuando al delinquir el culpable hubiere sido castigado por delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor.

En el número 15 de dicho artículo se establece después de la reforma de 28-11-1974: *Ser reincidente*.

Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por algún delito de los comprendidos en el mismo título de este Código.

Existe doble reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado, en una o en varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo título de este Código.

Recoge el Código penal dos formas de reincidencia (9): la genérica de *reiteración* y la específica de *reincidencia*. Hay en las dos elementos comunes, aunque también algunas diferencias, por lo que vamos a realizar el estudio conjunto de ambas, sin perjuicio de exponer en su momento las peculiaridades de cada una de ellas.

(7) Este tema es objeto de otro trabajo en preparación.

(8) También se recoge la habitualidad en los arts. 9, 2.º, 17, 3.º y 502.

(9) RODRÍGUEZ DEVESA emplea la palabra *recidiva* para comprender la reiteración y reincidencia, en *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, 1974, pág. 633.

«CASTIGADO» Y «EJECUTORIAMENTE CONDENADO»

El primer problema que surge es determinar el alcance de estas dos expresiones, la primera se recoge para la reiteración y la segunda para la reincidencia. En cuanto a ésta no hay dificultad alguna, ya que ha de entenderse por sentencia firme, «cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación» (art. 141, p. quinto de la L.E.Crim.). En esta interpretación coinciden la doctrina y jurisprudencia.

La situación no es tan clara para el término «castigado», ya que se dan las siguientes interpretaciones:

1. La mayoría de los autores, junto con la doctrina del Tribunal Supremo, equiparan los términos «*castigado*» y «*condenado*» (10).

2. Para Mir Puig, el significado de vocablo *castigado* hay que ir a buscarlo al Diccionario de la Lengua, en donde se le da el contenido de ejecutar un castigo. Admite que no es necesario que se cumpla totalmente la pena, siendo suficiente con la ejecución parcial o simplemente con que haya comenzado a cumplirse (11).

3. Antón Oneca estima que castigado «equivale a haber sufrido la condena», ya que este es el significado del verbo castigar desde el siglo XVIII (12).

Nosotros nos inclinamos por la primera de las acepciones, o sea equiparar castigado a condenado. Se pueden dar varias razones: a) Aunque el legislador emplea términos distintos, tal vez quiso decir lo mismo, y simplemente lo hacía para no repetir la misma palabra (13).

b) El Diccionario de la Academia de la Lengua define *castigar* —como ejecutar un castigo—, pero no define *castigado*; también define *castigo* (de castigar) como «pena que se impone al que ha cometido un delito o falta». Si consideramos que castigado es aquel a quien se le ha impuesto un castigo (resulta que no equivale a haber cumplido una pena (14). Por otra parte, no todos los conceptos del Diccionario pueden ser aplicados al Derecho penal, ni se puede recurrir a él cuando falte una definición, ya que el Derecho ha de tener sus conceptos

(10) FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, I, Murcia, 1946, página 426; LUZÓN DOMINGO, M.: *Derecho penal del Tribunal Supremo*, I, Barcelona, 1964, pág. 426; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, 1974, pág. 635, nota; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, cit., I, pág. 729.

(11) MIR PUIG, ob. cit., págs. 29 y ss.

(12) ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, Parte general, Madrid, 1949, página 383; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, 1963, página 458.

(13) Escribe ANTÓN ONECA: «El empleo en el primer caso de término diferente parece indicar la adopción también de concepto distinto, lo cual se justifica por ser diferente también la importancia de las dos circunstancias», ob. cit., página 383.

(14) Escribe RODRÍGUEZ DEVESA: «No me parece bastante el uso de las palabras distintas, castigado y condenado, para fundar una diferencia tan grande, tanto más cuanto que castigado no es sólo predicable de quien ha sufrido y cumplido efectivamente un castigo, sino de aquel a quien se le ha impuesto un castigo», ob. cit., pág. 635, nota.

proprios —aunque en algún caso coincidan con los del Diccionario—. Se define en aquél, por ejemplo, el *dolo* como «fraude», «engaño», «simulación», y la *culpa* como «falta más o menos grave cometida a sabiendas voluntariamente». c) En el significado vulgar *castigado* equivale a imponer una sanción o haberla cumplido, lo que tampoco nos resuelve nada. d) Es el penalista quien ha de dar significado al término *castigado*, no siendo suficiente con recurrir al Diccionario.

Si se equipara castigo a haber cumplido el mismo, o sea, la pena impuesta, resulta que no se tendrá en cuenta el delito anterior, y por tanto no podrá ser reiterante, por no haber cumplido totalmente la pena: quien se beneficia de un indulto general o particular, ya que no han cumplido el castigo; tampoco quien se fuga de la prisión, donde cumple condena, y comete nuevos delitos; lo mismo se puede decir de quien delinque en la prisión durante el tiempo en que cumple condena; algo similar sucede con todo aquel que se beneficia de la condena condicional, si comete un delito antes de que aquélla quede extinguida. Estas situaciones complicarían la posibilidad de aplicar correctamente la agravante. Para resolver estos problemas algún autor ha estimado que es suficiente con el cumplimiento parcial del castigo; se trata del mismo autor que se fundamenta en el Diccionario para determinar que castigado equivale al cumplimiento del castigo, de lo que parece resultar una contradicción, ya que de seguir al Diccionario para definir el castigo habrá que mantener que el cumplimiento de la pena es completo, pues así lo dispone aquél (15).

El legislador ha resuelto el problema en el propio Código penal. Así, el artículo 178 dispone: «El funcionario que, arrogándose atribuciones judiciales, impusiere algún castigo equivalente a pena personal o pecuniaria grave...» En principio parece que no queda resuelto si castigo equivale a que la pena impuesta sea cumplida o no. Se resuelve en los artículos siguientes, donde se trata de si la pena personal arbitrariamente impuesta se hubiera ejecutado en todo o en parte (art. 179), y lo mismo con la pena pecuniaria (art. 180). Sin embargo, la ejecución total o en parte no tiene más valor que la agravación de la pena, ya que para la perfección del delito no es necesario tal ejecución, sino la simple imposición del castigo. Que quien impone el castigo no sea autoridad judicial, y, por tanto, no puede imponer penas, no desvirtúa el valor que el legislador da al término castigo, pues en todo caso equivale a imponer una privación, que impuesta por un juez sería pena. Además, el número 14 del artículo 10 del Código hace referencia a los castigos impuestos por la jurisdicción correspondiente. Por otra parte, en el párrafo segundo del artículo 182 se establece: «Serán castigados con la pena de...», lo que equivale a imponer, no a ejecutar.

La situación queda mucho más clara en el Título VII del Libro II que se ocupa «de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». De los cincuenta y tres artículos de que consta, en

(15) MIR PUIG, ob. cit., págs. 27 y ss.

veinte de ellos se emplea el término *castigado* como equivalente a *condenado* (16).

Que *castigo* equivale a pena impuesta se deduce del párrafo segundo del artículo 366 al disponer que «las penas señaladas en los tres artículos anteriores son aplicables...», en dos de estos artículos (364 y 365) se emplea el término castigo para la imposición de la pena.

Por todo lo anterior, queda claro que el legislador cuando ha querido emplear el término *castigado* en el Código penal lo hacía como equivalente a *condenado*.

Hay otros artículos del Código donde *castigado* tiene el mismo significado de *condenado*, como ocurre en el 515, 516, 516 bis, 518, 519, etc.

Cabe señalar, con carácter general, el artículo 77, donde se establece que «cuando las mujeres incurrieren en delitos que este Código castiga con las penas de presidio mayor o presidio menor, se les impondrán, respectivamente, las de prisión mayor o prisión menor».

Vemos cómo de forma general llama castigo a todas las penas de presidio y prisión.

Finalmente, el artículo 80 establece: «No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme», luego sentencia firme (castigo) y ejecución (cumplimiento) no son la misma cosa. Por otra parte, conforme a los arts. 81 y ss., el cumplimiento de la pena pasa a la administración penitenciaria, con lo que hay todavía un mayor distanciamiento entre castigo y cumplimiento.

También en el libro III del Código penal se emplea el término castigar como sinónimo de imposición de una pena, no de cumplimiento. De los treinta y nueve artículos de que consta este libro, en treinta de ellos se hace referencia a castigar (17).

Por último, cabe recoger las sentencias de 25-1-1962, 6-3-1962 y 27-3-1962, en las que se dispone que no es necesario en la reiteración haber cumplido la pena impuesta por el delito anterior, siendo suficiente que haya sentencia firme. Por otra parte, mantienen que la palabra «castigar» que utiliza el Código, equivale a «sancionar» y «condenar».

No parece que la intención del legislador haya sido otra que la de equiparar *castigado* y *condenado*, ya que las diferencias entre reiteración y reincidencia son pequeñas. Es más, parece que ese desprecio al cumplimiento de la pena, que justificaría —según algunos— la aplicación de la agravante de reiteración, tendría más justificación en la reincidencia, donde cabe la posibilidad, a partir de la doble reincidencia, de imponer la pena superior en uno o dos grados, conforme a la regla 6.^a del artículo 61. Aunque en la mayoría de los supuestos la doble reincidencia supone haber cumplido alguna condena, puedē-

(16) Véanse los arts. 357, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 374, 378, 379, 381, 382, 383, 384, 385, 390, 391, 396, 398 y 402. En el art. 359 se hace referencia a la persecución y castigo de los delincuentes.

(17) No hacen referencia a castigar los arts. 566, 575, 590, 593, 599, 601, 602, 603 y 604.

ocurrir que no se haya cumplido ninguna. Sobre esto volveremos después.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, parece que lo más correcto, y menos embarazoso, es equiparar los términos castigado y condenado, en el sentido de que en ambos casos ha de tratarse de la imposición de una sentencia firme.

Las cosas podrían complicarse mucho más —para los supuestos de dar a castigado el sentido de pena cumplida total o parcialmente— desde el terreno de las prisiones. Ya hemos visto los problemas que plantea el cumplimiento completo de la pena. Podría justificarse para la reiteración, que la agravación de la pena por un nuevo delito obedece a haber desoído el delincuente no sólo la ley, sino incluso el paso por una prisión (olvidemos la condena condicional, fugas, delitos en prisiones, indultos). Si es misión de las prisiones, a través de los sistemas de terapia, devolver a los delincuentes a la sociedad en condiciones de hacer vida honrada, parece que en buena parte tienen tales sistemas de tratamiento la culpa de la recaída. Esto no es exacto, pues el problema de la delincuencia es de estructura social más que de tratamiento penitenciario. También es cierto que todavía no se han encontrado sistemas de terapia totalmente eficaces (18), aunque todos estos sistemas pierden parte de su eficacia al regresar el sujeto al mismo ambiente que les llevó a la comisión del primer delito (19).

Por todo lo expuesto, parece que quien pasó por una institución penitenciaria tiene más posibilidades de volver al delito que quien cumplió la pena en libertad, aunque el efecto criminógeno de las prisiones es menor de lo que muchos autores consideran. Es cierto que se organizan grupos y bandas criminales, pero de no hacerlo allí lo harían en la calle, una vez que quedan en libertad. Por otra parte, no debe olvidarse que los que no ingresan en prisión —por aplicación de condena condicional— suelen ser los que ofrecen menos riesgo de reincidir.

En suma, los sistemas de internamiento pueden en algún caso fomentar la recaída en el delito, aunque es mucho más importante el efecto de la sociedad, por el vacío y falta de apoyo hacia el liberado. Pese a todo, resultaría mucho más grave dejar a determinados delincuentes en libertad, ya que supondría un notable aumento de la criminalidad. Pese a que hay algunos sistemas de tratamiento en libertad —que son insuficientes—, y se habla de la crisis de la pena privativa de libertad, todavía hoy no hay posibilidad de poder prescindir de la prisión cerrada (20).

(18) Véase *V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, Ginebra, septiembre, 1975, A/CONF. 56/6.

(19) SERRANO GÓMEZ, A.: *Notas sobre criminalística*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», julio-septiembre, 1971.

(20) No se puede hablar sin más de crisis de los sistemas penitenciarios, del régimen cerrado, de falta de sistemas de terapia eficaces, ya que la prisión cerrada ha de existir, por lo menos para los sujetos de mayor peligrosidad (V. Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, cit., A/CONF. 56/6, pág. 24); en cuanto a nuevas técnicas de tratamiento es muy poco lo que

En vista de todo lo anterior, no parece que tenga ninguna justificación haber cumplido el castigo completo o en parte.

CAUSAS DE EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Pueden tener efecto tanto para la reiteración como para la reincidencia. De las recogidas en el artículo 112 pueden plantear dificultades, según la concepción que se tenga del término *castigado*, las siguientes: 3.º, amnistía; 4.º, indulto; 5.º, perdón del ofendido; 6.º, prescripción del delito, y 7.º, prescripción de la pena. Pasamos a examinar cada una de ellas.

a) *Amnistía*.—Hay que considerar que extingue de tal forma el delito y todos sus efectos, que no es posible poder tener en cuenta el anterior delito para efectos de reiteración o reincidencia. Además, la desaparición incluso del delito de los registros penales haría difícil poder encontrar antecedentes para fundamentar la agravante.

b) *Indulto*.—En principio, no afecta para nada a la reiteración o reincidencia; no importando que sean generales o particulares, totales o parciales. Sin embargo, puede tener importancia el indulto parcial consistente en la conmutación de la pena o penas impuestas, por otras menos graves (21). Esta pena menos grave es la que habrá de tenerse en cuenta para la reiteración (no importará en la reincidencia).

La sentencia de 12-12-1911 dispone que la reincidencia debe estimarse aunque la pena hubiera sido remitida por un indulto general.

Tradicionalmente se han venido excluyendo de los indultos generales a reincidentes y reiterantes (22). Se incluyen por primera vez, aunque no con el beneficio general, en el indulto de 24-6-63 (23), y no se excluyen en el siguiente y los sucesivos (24).

se ha hecho, siendo incluso de aplicación parcial los nuevos sistemas ensayados en algunos países. Hay que señalar que a escala mundial hay un notable confusio-nismo en materia de tratamiento.

(21) Art. 4.º de Ley de 18-6-1870 sobre ejercicio de gracia e indulto.

(22) Se excluyen de los indultos, conforme al número 3.º, art. 2.º Ley de 1870: «Los reincidentes en el mismo o en otro cualquiera delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúan, sin embargo, al caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia».

En el artículo 3.º se establece: «Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados comprendidos en los Capítulos I y II, Título II, Libro II y Capítulos I, II y III, Título III del mismo Libro del Código penal últimamente reformado».

Se vienen excluyendo a reincidentes y reiterantes en los siguientes indultos: 17-7-47, art. 3.º, 1.º; 9-12-49, art. 4.º, 1.º; 1-5-52, art. 5.º, 1.º; 2-7-54, art. 4.º, 1.º; 31-8-58, art. 3.º, 1.º y 11-10-61, art. 4.º, 2.º.

(23) Se les concede indulto de una cuarta parte de penas o correctivos de privación de libertad a reincidentes y reiterantes, salvo a los conmutados de la pena capital (art. 2.º).

(24) Siguen el sistema general, sin ningún trato desfavorable, en los demás indultos: 1-4-64, 22-7-65, 23-9-71 y 25-11-75.

c) *Perdón del ofendido*.—Aquí predominan los intereses de la víctima, que son los que deciden ese perdón. No debe ser obstáculo para la apreciación de reiteración o reincidencia, siempre que se haya impuesto sentencia firme. Tiene importancia si se paraliza la acción penal, no llegándose a pronunciar sentencia, pues al no existir ésta no se tendrá en cuenta el delito para determinar la agravación por reiteración o reincidencia.

d) *Prescripción del delito*.—Mientras no haya sentencia firme no importa el tiempo transcurrido desde que se cometió el delito, y si está prescrito o no. En tales condiciones el delito no cuenta para la reiteración o reincidencia, pues lo importante es la sentencia firme.

En la modificación del Código penal de 1870, por Real decreto-ley de 14 de noviembre de 1925, se introduce un inciso último en el número 17 del artículo 10, que recoge la reiteración, y disponía: «Tampoco serán estimados, a los efectos de la apreciación de esta circunstancia, los delitos cometidos anteriormente, cuando desde su ejecución haya pasado el tiempo necesario para la prescripción de los mismos». En relación con la reincidencia —núm. 18, art. 10— se introduce un párrafo segundo, que establecía: «Los efectos de la reincidencia, como circunstancia agravante, cesarán cuando haya pasado el tiempo necesario para la prescripción del delito que sirva para apreciarlo». Estos supuestos no pasan a los Códigos posteriores (25).

e) *Prescripción de la pena*.—No establece la ley la posibilidad de que una vez prescrita la pena impuesta, por sentencia firme, quepa eludir la agravante de reiteración o reincidencia. Por ello, el valor de la sentencia anterior sigue vigente a esos efectos, aunque penalmente haya prescrito.

El Tribunal Supremo se ha venido pronunciando en contra de la prescripción de la reiteración o reincidencia. Ya la sentencia de 6-4-1910 establecía que las circunstancias 17 y 18 (hoy 14 y 15 del artículo 10) deben ser estimadas cuando concurren en los procesados, sea cualquiera el tiempo que medie entre las condenas.

Pese a todo, convendría establecer un período para la prescripción de las condenas, que podría ser el mismo que existe para las penas, a los efectos de tenerlas en consideración o no para la apreciación de reiteración o reincidencia. Hay que tener en cuenta que con el paso del tiempo no sólo cambian las condiciones sociales, sino incluso las personales de los sujetos.

A través de los indultos se ha establecido, para algún caso, que los antecedentes no se tendrán en cuenta para la reiteración o reincidencia (26), o no se podrán estimar por no imponerse la pena a de-

(25) En el art. 67, 3.^a del Código de 1928, se establece para la reiteración y reincidencia que «las tomarán o no en consideración los Tribunales según las personales de infractor, la naturaleza de las infracciones y el tiempo transcurrido entre su ejecución o bien el tiempo que el delincuente perseveró en el delito, si éste fuere continuo»; véase art. 71 del Código Penal Tipo para Latinoamérica.

(26) Indulto general de 1-4-64 establece en su art. 1.º: «Se eliminan del Registro Central de Penados y Rebeldes los antecedentes penales derivados de las condenas correspondientes a los delitos comprendidos en el indulto general de

terminados delitos que al momento de promulgarse el indulto no se ha dictado sentencia (27).

En relación con la condena condicional tampoco hay dificultad alguna. Una vez que la sentencia sea firme se tendrá en cuenta para la reiteración o reincidencia. No importa que haya cumplimiento o no. En contra de quienes piden la ejecución total o parcial para que tenga eficacia a efectos de reiteración o reincidencia, no tiene la condena condicional ningún valor, ya que el sujeto queda en libertad, a veces sin control de ninguna clase, y no recibe ningún tratamiento tendente a reformarle. No obstante, la mayor parte de ellos no precisan de tratamiento.

TRIBUNALES COMPETENTES PARA DICTAR SENTENCIAS

Se pretende ahora ver qué tribunales de justicia pueden imponer un *castigo* a efectos de la reiteración, o una *condena* para poder determinar la reincidencia. La situación no es la misma, ya que en la primera se hace referencia a «delito a que la ley señale igual o mayor pena...», mientras que en la reincidencia se trata de «algún delito de los comprendidos en el mismo título de este Código». La situación resulta más complicada en el primer caso que en el segundo. Para ambos supuestos serán válidas las sentencias dictadas por los Tribunales ordinarios. El problema se plantea para los Tribunales militares y otros especiales. No cabe duda que las sentencias de esos tribunales han de tenerse en cuenta para la reiteración, siempre que se

9-10-1945, y se remiten las penas accesorias comunes que por los expresados delitos estuvieren pendientes de cumplimiento. Quedan excluidos de la gracia a que se contrae el párrafo anterior, los que con posterioridad a la aplicación del Decreto mencionado hubiesen incurrido en reiteración o reincidencia de índole dolosa».

Y el art. 2.º: «Los antecedentes penales de los beneficiados por el artículo anterior, se reputarán como inexistentes en lo sucesivo y sin que, por tanto, puedan hacerse constar en las certificaciones que expida el Registro Central de Penados y Rebeldes, ni producir efecto alguno en caso de reincidencia, reiteración, condena condicional u otro de análoga naturaleza».

Este indulto era de carácter político y se extendía a las penas por delitos de rebelión militar cometidas hasta el 1-4-1939, excepto los casos de crueldad, violaciones, latrocinios y otros hechos.

(27) Establece el art. 3.º del indulto de 23-9-71: «En los casos en que las penas pedidas en trámite de calificación por el Ministerio Fiscal y demás partes acusadas 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 sin más trámite, dictará el auto de sobreseimiento prevenido en el número tercero del artículo seiscientos treinta y siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...».

En el mismo sentido el art. 5.º del indulto de 25-11-75, aunque ahora es preciso la conformidad del procesado. En éste afecta a las penas y correctivos de privación de libertad y privación del permiso de conducción hasta tres años y de las pecuniarias, cualquiera que sea su cuantía. En el indulto de 1971 sólo se extendía a las penas y correctivos de privación de libertad hasta seis meses, y las pecuniarias cualquiera que fuera su cuantía.

trate de delitos y puedan imponer penas (28). Sin embargo, y desde el punto de vista de *lege ferenda*, convendría tener en cuenta solamente aquellas sentencias que por su naturaleza tuvieran alguna relación con los delitos recogidos en el Código penal, eliminando todas las que tuvieran carácter administrativo o disciplinario y no puramente penal, aunque se les imponga a *los autores* un castigo. También el Tribunal Supremo se inclina por la validez de las sentencias dictadas por Tribunales militares y algunos especiales (Ss. 26-3-1958, 20-12-1963 y 22-4-1971).

La situación es más restringida para la reincidencia, en donde se habla de delitos comprendidos en el mismo título del Código penal. En este caso, las resoluciones de la jurisdicción militar solamente deben tener valor cuando sus sentencias se efectúen conforme al contenido del Código penal común (29). A este respecto escribe Quintano: «tratándose de reincidencia específica será preciso que los militares las hubieren impuesto con arreglo al Código penal común y refiriéndose a delito de igual título» (30).

SENTENCIAS DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

La mayoría de la doctrina se opone a la validez de las sentencias extranjeras, tanto para la reiteración como para la reincidencia (31), generalmente en base a las diferencias de preceptos penales entre los países, así como a los criterios de valoración de los tribunales. No obstante, se pronuncian a favor de las sentencias extranjeras Ferrer Sama (32), Mir Puig (33) y Martínez Zamora (34). Por otra parte, cuando el legislador ha querido que tengan valor tales sentencias así lo ha hecho constar en el propio Código, como sucede en la falsificación de moneda metálica y billetes de Estado y banco (art. 289), en materia de estupefacientes (art. 344) y en los delitos relativos a la prostitución (art. 352 bis, f). Salvo en estos supuestos, no deben tenerse en cuenta las sentencias de Tribunales extranjeros.

DELITOS COMPRENDIDOS EN EL MISMO TITULO DEL CODIGO

No ha acertado el legislador a hacer una distinción clara entre los números 14 y 15 del artículo 10. Ha de entenderse que cuando los

(28) ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 384; MIR PUIG, ob. cit., pág. 65 ss; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 732.

(29) FERRER SAMA, ob. cit., I, pág. 418; MIR PUIG, ob. cit., pág. 316; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 738.

(30) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, cit., I, pág. 459.

(31) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, página 242; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 638, nota; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 739.

(32) FERRER SAMA, ob. cit., I, pág. 417.

(33) MIR PUIG, ob. cit., pág. 322.

(34) MARTÍNEZ ZAMORA, ob. cit., págs. 82-83.

delitos estén comprendidos en el mismo título del Código estaremos ante un supuesto de reincidencia, y cuando pertenezcan a títulos distintos ante un caso de reiteración, siempre que «el culpable hubiere sido castigado por delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor». Pese a que parece que sería más correcto hablar de delitos de la misma especie, como hacían los Código de 1848 y 1850, lo cierto es que no todos los delitos recogidos dentro del mismo título son de idéntica naturaleza, mientras que sí la tienen otros recogidos en distintos títulos. Sucede esto, por ejemplo, con la malversación del Título VII y ciertos delitos contra la propiedad del XIII, mientras que son de diferente naturaleza, entre otros, los delitos contra la seguridad del tráfico y la violación de sepulturas del Título V, también del Libro II (35). Si se ha querido hacer la distinción en base a consideraciones criminológicas tampoco se ha conseguido, ya que puede el sujeto cometer delitos homogéneos de distintos títulos y viceversa. Tampoco es más peligroso quien repite siempre el mismo delito u otro similar, que quien lo hace de forma indiscriminada.

Tanto la reiteración como la reincidencia ha de ir referida a delitos, no a faltas, pues así se deduce del artículo 10 (14 y 15). En el sentido de que no es posible la reincidencia o reiteración en las faltas se pronuncian la doctrina (36) y la jurisprudencia (37).

DELITOS DOLOSOS Y CULPOSOS

En cuanto a la relación de delitos dolosos y culposos, sobre el tema cabe señalar: a) Respecto de la reiteración no hay ningún inconveniente para que pueda ser estimada, pues conforme al artículo primero del Código penal también las infracciones culposas pueden ser constitutivas de delitos, único requisito exigido en el número 14 del artículo 10, además de la gravedad de la pena. No importa tampoco que la relación se dé entre delitos dolosos y culposos, sentido en que se pronuncia afirmativamente el Tribunal Supremo (38).

(35) Establece la sentencia de 13-3-1970. «mientras la genérica sigue el irracional criterio del encuadre en un mismo título de la parte especial, sistema coincidentemente erróneo por cuanto a veces se agrupan asistemáticamente en el mismo título entidades delictivas que no guardan relación de conexión ni de semejanza».

(36) ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 383; FERRER SAMA, ob. cit., I, pág. 426; MARTÍNEZ ZAMORA, ob. cit., pág. 97; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 637; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 730. Sobre toda la problemática del término «delinquir», véase MIR PUIG, ob. cit., páginas 140 y siguientes y 343 y siguientes.

(37) Ss. 2-7-1966 y 23-1-1969.

(38) Establece la Sentencia de 26-6-1970: «Pese a las razones doctrinales contrarias en el Derecho positivo patrio, la reiteración es aplicable en los delitos culposos en conjunción con los dolosos (S. 26-6-64), porque implica homogeneidad de incriminación y sólo exige esta agravante personal que conste como el culpable al delinquir hubiese sido castigado por delito que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor», también Ss. 9-5-70 y 12-6-70).

b) En cuanto a la reincidencia, todo depende de la concepción que se tenga del artículo 565 (Tít. XIV, Lib. II). Si se considera que tipifica un *crimen culpae*, es decir, que todos los delitos culposos se recogen en el mismo Título (el XIV), no cabe posibilidad de estimar la reincidencia entre un delito doloso y uno culposo, ya que estarían en distinto título (39). Sin embargo, parece más correcta la solución de entender que en el artículo 565 se regula solamente, y de forma genérica, la culpa, pero que cada delito culposo está referido de forma objetiva al doloso en cada caso concreto (40).

Hay que tener en cuenta el párrafo tercero del artículo 565, donde se establece que en la aplicación de las penas los Tribunales procederán a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61. Aunque hay obligación de estimar tanto la reincidencia como la reincidencia por parte de los Tribunales, no lo están en cuanto a la aplicación de la pena agravada que determina el artículo 61. Es una fórmula para no aumentar la pena en los supuestos que se estime oportuno.

No cabe duda que no es lo mismo tener antecedentes por un delito culposo que doloso, pensemos en quien comete un homicidio doloso y ya tenía antecedentes por otro culposo. Ante la Ley la solución es la misma, no importa que el homicidio anterior sea doloso o culposo; se impondrá la pena de reclusión menor en su grado máximo. Lo mismo sucede para quien tiene antecedentes por delito doloso y después comete otro por imprudencia. Desde el punto de vista de la justicia material se llegaría a soluciones injustas. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho positivo la solución es correcta. Resultaría más justo excluir la agravación cuando entre en juego un delito culposo que sea el determinante de la misma (41), (42), sin perjuicio de que los delitos culposos puedan agravarse cuando existan antecedentes por otro u otros delitos de esta naturaleza.

DELITO Y PENA ANTECEDENTES

En cuanto a comparar las penas de los delitos ya sentenciados, y el que se juzga, a efectos de reincidencia, no siempre resulta fácil, ya que han de entrar en juego las escalas de los artículos 27, 70 (regla

(39) Escribe QUINTANO RIPOLLÉS: «Las condenas anteriores por delito doloso no pueden ser computadas como reincidencia por ulteriores culposos, ni viceversa, dado que la imprudencia se integra en un Título especial del Libro II, el XIV. Tratándose, empero, de delitos anteriores que fueron calificados conforme al Tít. XIV, la reincidencia debe ser estimada para quien nuevamente delinquirá en ellos», *Curso...*, I, cit., pág. 461; véase ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 384.

(40) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 740.

(41) MIR PUIG escribe: «No cabe estimar la reincidencia cuando alguno de los delitos en juego sea culposo, con independencia de si los demás son dolosos o culposos», ob. cit., pág. 378; QUINTANO RIPOLLÉS, vid., supra nota 39.

(42) En el *Código Penal Tipo para Latinoamérica* se excluyen de los efectos de la reincidencia «la condena anterior por delito doloso cuando el nuevo fuere culposo, o viceversa» (art. 70, 4.º).

primera) y 73 (43). Escribe Antón: «La comparación entre las penas de los delitos anteriores y la correspondiente al que se juzga, para determinar si son más o menos graves, no siempre es fácil. Habrá de tenerse en cuenta las especies penales según están ordenadas por su gravedad en el artículo 27; la cantidad de la pena señalada a los delitos comprendidos, y en casos de penalidad compuesta, si bien debe prestarse preferente atención a la pena principal, pueden admitirse compensaciones» (44). La pena que se debe tener en cuenta es la genérica, no la que se impone en cada caso concreto, aunque en la práctica ésta es la que se tiene en cuenta, ya que son los datos que figuran en los antecedentes de que pueden disponer los Tribunales (45).

Cuando la ley señale diversas penas al mismo delito, para que el Tribunal se decida por una de ellas, como pueden ser la de arresto mayor o multa, debe decidirse por la más grave (46).

El Tribunal Supremo considera más grave la pena de presidio que la de prisión, por lo que dispone la Sentencia de 29 de diciembre de 1964 que la pena de prisión menor no puede dar contenido a la agravante de reiteración del número 14 del artículo 10, cuando el delito nuevamente cometido tiene señalada pena de presidio menor. Sin embargo, no ocurrirá esto, dando lugar a la estimación de la agravante, cuando se trate de mujeres, pues conforme al artículo 77 a éstas no se les imponen penas de presidio, ya que se les conmuta por las de prisión. Ante esta situación desfavorable, junto con no existir diferencia en la ejecución de las penas de presidio o prisión, no tiene razón de existir dicho artículo en el Código penal, por lo que debía ser derogado.

Para que pueda aplicarse la agravante de reiteración es necesario que conste la pena impuesta, así como la fecha, no pudiendo apreciarse faltando cualquiera de estos requisitos (Ss. 27-6-1961, 23-1-1962, 19-2-1965 y 13-3-1965). Para la reincidencia es suficiente con que se conozca la fecha de la sentencia firme, no siendo necesario la cuantía de la pena (S. 4-2-1961).

DELITO CONTINUADO Y DELITO PERMANENTE

a) En relación a la posibilidad de que pueda tenerse en cuenta el *delito continuado* para la apreciación de reiteración o reincidencia, la problemática se plantea cuando parte de los hechos se cometen antes de recaer sentencia firme sobre el delito o delitos anteriores. En los demás supuestos no hay dificultad, si todos se cometieron antes no es posible aplicar aquellas agravantes, si se cometieron después de la sentencia firme, sí se aplicarán.

Para el supuesto conflictivo cabe buscar dos soluciones: 1) Estimar la agravante por el delito continuado sin que importe que parte

(43) Sobre esta problemática, véase MIR PUIG, ob. cit., págs. 192 y ss.

(44) ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 384.

(45) ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 384.

(46) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 734.

de los hechos se hayan cometido antes de recaer sentencia firme y parte después, y 2) la agravación solamente podrá recaer sobre los hechos posteriores a la sentencia firme. Esta segunda solución no parece posible (47) si tenemos en cuenta que los actos aislados constituyen por sí delitos, aunque se enjuicien todos conjuntamente, fraccionarlos daría lugar a dos delitos continuados, lo que no es posible; por otra parte, no resulta nada fácil determinar en muchos casos los actos realizados antes o después de recaer sentencia firme, máxime si tenemos en cuenta que la jurisprudencia viene exigiendo para el delito continuado —junto a la homogeneidad de actos y propósitos, identidad de la persona activa y pasiva implicadas y unidad del bien jurídico lesionado—, que cada una de las acciones realizadas sea imposible separarlas (SS. 10-2-1960, 28-6-1960, 30-10-1963, 16-10-1968 y 22-10-1970).

Debe aplicarse la agravante de reiteración, reincidencia o doble reincidencia si el sujeto que ya había cometido algunos actos con anterioridad a que la sentencia del delito o delitos anteriores fuera firme, ejecuta otros con posterioridad. El delito es uno, lo mismo que la condena, no siendo divisibles. Por otra parte, el sujeto siguió delinquiendo con posterioridad a la sentencia firme. Finalmente, hay que señalar que desde el punto de vista procesal no se individualizan los hechos en el delito continuado (48).

b) En cuanto al *delito permanente* la solución es similar a la dada para el delito continuado. Aunque el delito se realice con anterioridad a que se pronuncie sentencia firme por el delito o delitos anteriores, hay que apreciar reiteración, reincidencia o doble reincidencia, en atención a que continúa la conducta delictiva del sujeto, ya que prolonga voluntariamente la situación. No importa que la prolongación suponga una agravación (detenciones ilegales). Podría plantearse la solución, lo mismo que se hacía en el delito continuado, para el caso de las detenciones ilegales (arts. 480 y 481), por ejemplo, de que la agravante recayera sobre la pena que correspondería por el tiempo que se prolongara la detención después de haberse pronunciado la sentencia firme del delito anterior. No debe aceptarse esta solución, ya que el sujeto sigue manteniendo la situación antijurídica que creó (49).

MODIFICACIONES DE LA LEGISLACION PENAL

El problema que se plantea es el de si las modificaciones del Código penal surten efecto cuando conductas que eran delito dejan de serlo o pasan a faltas. Estima Rodríguez Mourullo que «cuando la

(47) Escribe MARTÍNEZ ZAMORA: «Respecto al delito continuado no hay problema alguno, pues interrumpiendo la condena irrevocable la unidad de diseño criminal, los actos delictivos verificados después de dicha condena no deben entenderse en continuación con los anteriores, siendo posible relativamente a ellos la reincidencia», ob. cit., pág. 96.

(48) Véase CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, cit., II, págs., 323 y ss.

(49) En el mismo sentido MÍR PUIG, para la reiteración, en ob. cit., pág. 185.

modificación legislativa supuso un cambio en el criterio valorativo, de modo que, conforme a la actual valoración, el hecho ya sentenciado no merece la calificación de delito, el antecedente no debe computarse» (50). Hay que aplicar la modificación para evitar la agravante, siempre que beneficie al reo (51). No se pronuncia la doctrina en los casos en que la reforma perjudique al reo (52), aunque deben rechazarse estos supuestos.

Ofrece interés las modificaciones de cuantías que convierten en faltas conductas que en épocas pasadas eran delito. Parece que por aplicación del artículo 24 del Código penal, y puesto que tales modificaciones favorecen al reo, no debían tenerse en cuenta a efectos de reiteración o reincidencia, ya que sería una forma de eludir la agravante. La doctrina suele mostrarse contraria, pues la reforma pretende adecuar la realidad económica del pasado, como consecuencia de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda (53).

Para resolver la problemática planteada en las reformas del Código penal de 8-4-1967 (que eleva el límite entre delito y falta a 2.500 pesetas), en el último párrafo del artículo 5 de la Ley de reforma, así como en el párrafo segundo de la disposición transitoria de la Ley de 28-11-1974, que reforma el Código penal (elevando aquel límite entre delito y falta a 5.000 pesetas), se establece: «las sentencias ya ejecutadas no se rectificarán a efectos de antecedentes penales, por razón de las variaciones de cuantías que para la calificación de ciertos delitos se establecen en esta Ley». Por su parte, la regla 3.^a del artículo 5.^o de la Ley de 8 de abril de 1967 dispone: «Los Tribunales y Juzgados procederán de oficio a rectificar las sentencias no ejecutadas total o parcialmente que se hubieren dictado conforme a las disposiciones del régimen penal anterior, en cuanto resulten más perjudiciales que las que se establecen en esta Ley, por aplicación taxativa de sus preceptos y no por razón del arbitrio judicial. En caso de tratarse de penas de distinta naturaleza, será oído el reo...» (54).

(50) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 730.

(51) CASABÓ RUIZ, J. R.: *Comentarios al Código penal*, cit., II, pág. 56.

(52) Véase MIR PUIG, ob. cit., págs. 266 y ss. y 395 y ss.

(53) MARTÍNEZ ZAMORA, ob. cit., págs. 88-89; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 309; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 730

(54) Véase disposición transitoria de la Ley 30-3-1954, e inciso primero de la también disposición transitoria de la Ley de 28-11-1974, en relación con las causas y recursos en tramitación sobre la posibilidad de que los hechos pueden ser considerados como falta, con arreglo a los preceptos reformados del Código penal.

Véase también Decreto 2.765/1967, de 2 de noviembre, por el que se dictan normas de desarrollo y complemento del artículo quinto de la Ley 3/1967, de 8 de abril.

Dispone la Circular núm. 6/1974 de la Fiscalía del T. S., de 27 de diciembre, entre otras cosas: «La concurrencia del nuevo concepto legal de reincidencia múltiple con la elevación de las cuantías en los delitos contra la propiedad pueden llevar a plantear problemas interpretativos en la aplicación de la Ley al pretender la revisión procedente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que lo que realmente se revisa no es la sentencia, sino la pena efectivamente impuesta. Por todo,

COMPATIBILIDAD DE REITERACION Y REINCIDENCIA

La agravante de reiteración es compatible con la de reincidencia simple, así como con la de doble reincidencia. Las que no resultan compatibles son reincidencia y doble reincidencia, ya que la pena no podrá ser en ningún caso superior en dos grados, sea cualquiera el número de reincidencias que se den, quedarán comprendidas en la doble reincidencia. En un mismo sujeto se podrá apreciar reincidencia simple y reiteración, o doble reincidencia y reiteración, siempre que se den los presupuestos de los números 14 y 15 del artículo 10, tanto cuando en la sentencia se condena por dos delitos, agravándose uno por reiteración y otro por reincidencia (o doble reincidencia (S. 16-1-1974), como cuando se condena por un solo delito, siempre que haya habido otra u otras condenas anteriores por delito comprendido en el mismo título del Código penal (reincidencia o doble reincidencia), y el sujeto hubiera sido castigado por delito a que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a que señale pena menor (reiteración) (Ss. 17-3-1967, 7-11-1967, 12-2-1968, 27-2-1968 y 16-12-1970).

LA DOBLE REINCIDENCIA

Tras la reforma del Código penal, por Ley de 28-11-74, se recoge esta figura en el número 15 del artículo 10 (55), que antes rezaba así: «Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código». Como a la hora de aplicar la regla 6.^a del artículo 61 —también reformada— la jurisprudencia no estaba de acuerdo, habiendo disparidad de criterios en relación a la multirreincidencia, el legislador decidió reformar el número 15 del artículo 10.

Pasamos a hacer un resumen de la doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la reforma.

A. La doctrina era prácticamente unánime en estimar que para que se pudiera apreciar la reincidencia era necesario dos sentencias distintas —con una o más condenas en cada una de ellas—; para la segunda reincidencia sería necesario por lo menos tres sentencias, la segunda determina la reincidencia —como hemos visto— y la tercera sentencia la segunda reincidencia (56). No es suficiente con que haya varias condenas en una misma sentencia, sino que se precisa sentencias distintas y, además, que entre ellas hubiera existido un período de

siempre que los hechos hayan sido calificados conforme a la Ley anterior, en función de una escala cuantitativa, serán revisables si resultan afectados por los nuevos límites de la Ley actual cualesquiera sean las circunstancias concurrentes».

(55) Se establece ahora en el párrafo segundo del núm. 15, art. 10: «Existe doble reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado, en una o en varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo título de este Código».

(56) ANTÓN ONECA, ob. cit., págs. 386 y 562; RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit., pág. 635; RODRÍGUEZ MGURULLO, *Comentarios*, cit., II, págs. 278-279.

tiempo necesario para que el sujeto pudiera volver a delinquir, pues se precisa sentencia firme antes de cometer el nuevo delito que determine la reincidencia o multirreincidencia. Además, para que se dé la reincidencia es preciso que se haya declarado tal situación; no es correcto aplicar la multirreincidencia, a partir de la tercera sentencia, sin haber declarado previamente la reincidencia. En el terreno penal las situaciones se crean cuando han sido previamente declaradas en sentencia firme, no se es asesino por el mero hecho de matar a una persona concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 406 del Código penal, sino que así ha de declararlo el tribunal competente, y lo mismo cabe decir de la reincidencia.

B. No hay unanimidad en la jurisprudencia al ocuparse del tema de la doble reincidencia o multirreincidencia (situación que se crea al concurrir más de una reincidencia). El Tribunal Supremo venía aplicando la agravante de multirreincidencia de forma indiscriminada: a) Tanto en cuanto las sentencias se habían pronunciado en distinta fecha, como si lo fueron en el mismo día, ya que a veces se han tenido en cuenta las dictadas en la misma fecha para computarlas a efectos de multirreincidencia (Ss. 3-6-1954, 28-10-1968 y 24-9-1970); b) en otros supuestos, se estima necesario para poder apreciar la reincidencia conocer la fecha de las sentencias anteriores, y cuando se cometa el nuevo delito, el anterior, que se ha de tomar en cuenta para la reincidencia, tiene que estar ejecutoriamente condenado (S. 26-9-1963); c) otras veces se consideraba suficiente con que las condenas anteriores estuvieran impuestas en la misma sentencia (Ss. 23-10-1953, 3-6-1954, 12-11-1959, 15-6-1966, 29-10-1970, 25-1-1972 y 5-5-1972); d) lo importante es la pluralidad de condenas, no de sentencias (Ss. 22-1-1880, 25-11-1949, 8-7-1952, 29-1-1962, 25-6-1970, 24-9-1970 y 29-10-1970).

La denominación de doble reincidencia, que se introduce en el párrafo segundo del número 15 del artículo 10 del Código penal, en la reforma de noviembre de 1974, venía siendo ya utilizada por el Tribunal Supremo para determinar la multirreincidencia (Ss. 10-4-1945, 18-3-1950 y 15-6-1966), estimando que «opera la multirreincidencia a partir de la segunda reincidencia» (S. 28-1-1970).

A partir de la Sentencia de 25 de enero de 1972 (también las de 22 de febrero y 13 de abril) —aunque ya había antecedentes, como las Sentencias de 12-12-1959, 29-10-1970 y 28-6-1971— la jurisprudencia va a cambiar de criterio casi de forma unánime, inclinándose por la orientación de la doctrina. Se exigen desde ese momento dos sentencias anteriores, una primera sin agravación, en la segunda hay que apreciar la reincidencia (Ss. 22-2-972, 28-11-1972, 25-1-1973, 2-7-1973, 10-11-1973 y 11-12-1974), y una tercera donde se pueda estimar la multirreincidencia. En todo caso, cuando se cometa el delito en que se aprecie la reincidencia es necesario que el anterior esté ejecutoriamente condenado, y lo mismo entre el segundo y el tercero, que determinará la multirreincidencia.

No se tardó mucho tiempo en que hubiera una reacción en contra de esta nueva corriente jurisprudencial. La Fiscalía del Tribunal Su-

premo, en la Memoria de 1973, se ocupa del «tratamiento jurisprudencial de la multirreincidencia» (57). Se dice en la misma que de siempre la jurisprudencia del Tribunal Supremo había interpretado los preceptos del Código penal correspondiente «en el sentido de que era indiferente que las condenas anteriores se hubieran acordado en varias o en única sentencia, para considerar multirreincidente al que vuelve a incidir nuevamente en delito comprendido en el mismo Título del Código» (58). Considera, por otra parte, que uno de los temas de mayor importancia planteados durante el año 1972 a los Tribunales de lo penal, en las Fiscalías y en la Sala segunda del Tribunal Supremo, ha sido el cambio radical en cuanto a la interpretación del concepto jurídico de multirreincidencia. Aquella interpretación venía siendo la mantenida por la jurisprudencia desde hace un siglo, para lo que se citan sentencias tan antiguas como las de 26-5-1879 (59) y 26-4-1888, pasando por otras posteriores, hasta diversas actuales como la de 16-10-1971, todas en esa dirección tradicional.

Se desprende de esta Memoria, que no resulta nada fácil para el Tribunal Supremo cambiar de criterio, después de haber mantenido otra postura durante casi cien años. Se recoge la sentencia de 21 de febrero de 1970, para justificar una vez más la postura tradicional, en la que se dice «que si en la misma sentencia se condena por dos delitos y a dos penas, es evidente que las condenas son dos y no una por más que sean impuestas por un mismo decreto judicial, aparte de que la noción de la reincidencia recogida en el número 15 del artículo 10 del Código penal alude bien claramente a precedentes condenas por otro u otros delitos, sin hacer otra discriminación..., razones que han llevado, sin duda, a la jurisprudencia a sentar el criterio de que es indiferente que las distintas condenas hayan sido impuestas en una o en sucesivas sentencias» (60).

Se insiste en que la tradicional dirección de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el concepto jurídico de multirreincidencia «ha quedado virtualmente derogado, considerándose errónea, a partir de la sentencia de 25 de enero de 1972, que sólo puede declararse segunda vez reincidente a quien lo fue por primera vez, en anterior sentencia, o lo que es lo mismo, que para que haya doble reincidencia es preciso que se hayan dictado por lo menos dos sentencias condenatorias anteriores al hecho que se enjuicia, de modo que en el segundo de tales fallos se haya apreciado la primera o simple reincidencia» (61).

(57) «Memoria de la F. T. S. 1973», págs. 215 y ss.

(58) «Memoria F. T. S.», cit., pág. 216.

(59) En esta sentencia se declaraba que «la circunstancia de que en una misma sentencia hayan sido penados los tres hurtos anteriores al que ahora ha sido juzgado, no es razón para que no sea tenido como reincidente dos o más veces y serle aplicable el artículo 533, 3.º, puesto que la ley no exige que en distintas sentencias sean penados, sino sólo que ejecutoriamente hubiera sido penado por delitos comprendidos en el mismo Título del Código penal». «Memoria F. T. S.», cit., pág. 216.

(60) «Memoria F. T. S.», cit., pág. 218.

(61) «Memoria F. T. S.», cit., pág. 220.

Se aprecia cómo la Fiscalía del T. S. no comparte el criterio de la nueva corriente jurisprudencial, que consideraba en contra del tradicional prestigio de las resoluciones del Alto Tribunal de Justicia (62).

Una prueba más de que la Fiscalía del T. S. se inclina por la interpretación tradicional es que en la misma se incluyen el informe de los Fiscales de Baleares y Madrid, partidarios de la corriente tradicional. Insiste el primero en que hasta la ya tantas veces citada sentencia de 25 de enero de 1972 la jurisprudencia había interpretado siempre la multirreincidencia «en el sentido de que era indiferente para su apreciación que el reo hubiere sido juzgado en uno o varios procesos y penado en una o en distintas sentencias» (63).

Fundamenta el Fiscal de Baleares su postura en dos puntos:

1. «Condenar, en sentido jurídico, significa pronunciar sentencia imponiendo la pena correspondiente y como la pena está siempre en relación con el delito, cuando en la misma sentencia se sancionan varias conductas criminales hay tantas condenas como delitos son penados... el precepto (núm. 15, art. 10) exige, a los efectos de la apreciación de la circunstancia, que las condenas se dicten en la misma o distinta sentencia, ni puede dársele más alcance que el de que la sentencia o sentencias en donde se contengan los pronunciamientos condenatorios uno o múltiples —es indiferente— sean firmes» (64).

Para fortalecer su postura se apoya en la sentencia de 5 de mayo de 1972 —posterior a la que inicia la polémica—, donde se considera como fundamento de la multirreincidencia el elemento subjetivo de la recaída en el mismo o similar delito, en base a lo cual el Fiscal de Baleares considera que lo importante no es la sentencia anterior, sino el delito o delitos cometidos previamente.

Sin embargo, y pese a sus argumentos, sigue sin resolverse la exigencia de la doctrina y la nueva corriente jurisprudencial de una segunda sentencia donde se aprecia la reincidencia, que es fundamental para en sentencia posterior apreciar la multirreincidencia.

2. Como segundo argumento se ocupa del artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (65). Llega a la conclusión de que los delitos conexos dan lugar a una sola sentencia, por lo que de no haber antecedentes, no podrá aplicarse la regla 6.^a del artículo 61 del Código penal, lo que sí ocurriría si los delitos cometidos por el reo no eran conexos, por ser penados en sentencias separadas. Esto así es, y siempre que al cometer el segundo delito hubiera ya sentencia firme del primero,

(62) «Esta doctrina del Tribunal Supremo interpretando el concepto legal de la multirreincidencia, fue siempre seguido por el Ministerio Fiscal en su actuación y la mantuvo, incluso recurriendo contra las sentencias judiciales que la desconocían o impugnando los promovidos por quienes mantenían opinión distinta, en base a que por lo reiterada, y provenir del más al Tribunal de Justicia, goza de prestigio de doctrina penal legal, aunque carezca de efectos vinculantes». «Memoria F. T. S.», cit., pág. 218.

(63) «Memoria F. T. S.», cit., pág. 222.

(64) «Memoria F. T. S.», cit. pág. 223.

(65) Dispone el art. 300 de la L. E. Crim.: «Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso».

ocurriendo lo mismo entre el segundo y tercero o posteriores para la multirreincidencia (66).

Que los delitos conexos no pudieran determinar la aplicación de la agravante, no es motivo suficiente como para pretender justificar que la doctrina y corriente jurisprudencial moderna estaban equivocadas. Por otra parte, lleva razón el Fiscal al estimar que en la aplicación de la multirreincidencia tenía mucho valor el criterio más o menos liberal que se haga por los Tribunales de la norma de conexión número 5.º del artículo 17 de la L.E.Crim. Pero tampoco este razonamiento varía la situación planteada.

Por su parte, el Fiscal de Madrid, también dentro de la línea tradicional, recoge el contenido de la sentencia de 17 de diciembre de 1971, en base a la cual mantiene su postura. Basa sus argumentos en que la nueva corriente jurisprudencial beneficia a los delincuentes más peligrosos, que son los habituales y profesionales, así como también al azar de la rapidez de la justicia, pues si el proceso se dilata y se retrasa mucho en dictarse la sentencia condenatoria, se beneficia el sujeto que delinque una o más veces durante el período de tiempo que media entre el primer delito y la sentencia firme. Todo esto supone una manifiesta injusticia, que va en contra de los fines que precisamente persigue la justicia en cuanto «requieren un trato igual para los iguales y proporcional para los desiguales». Considera que sólo el sistema tradicional evita esas desigualdades, cosa que no es posible en la sentencia de 25 de enero de 1972, precisamente por aferrarse a una interpretación gramatical (67).

Lo que la ley tiene en cuenta, dice, con la agravación de la pena, es la mayor peligrosidad que representa el delincuente con la repetición de actos delictivos; esto es lo importante, y no que haya sido sentenciado en una o varias ocasiones, siendo esto algo que olvida la nueva corriente jurisprudencial.

Por otra parte, considera que por la mera interpretación gramatical se puede llegar a soluciones distintas de las que se pretenden seguir. Estima que una segunda sentencia condenatoria «declara tantas reincidencias cuantos sean los delitos cometidos anteriormente... y, si por un excesivo apego a la letra de la ley de quien ha incidido varias veces en el mismo delito, se dice que ha reincidido una sola vez, se habrá creado una discrepancia entre la realidad y la declaración legal, que ni tiene justificación, ni resulta convincente» (68). Por todo ello, considera correcta la postura tradicional de la jurisprudencia.

Tampoco estos argumentos rompen con la postura clara de la doctrina y moderna jurisprudencia.

Puede observarse cómo la Memoria de la F. T. S. olvida por com-

(66) «Memoria F. T. S.», cit., pág. 224.

(67) Esa sentencia «se aferra a una interpretación meramente gramatical de los textos legales, cuando afirma que no puede ser declarado por segunda vez reincidente, quien no lo ha sido antes en una ocasión precedente», «Memoria F. T. S.», cit., pág. 231.

(68) «Memoria F. T. S.», cit., pág. 233.

pleto la postura de la doctrina en el tema de la reincidencia, de la que no se ocupa.

Con la reforma del número 15 del artículo 10 del Código penal, toda la polémica que se ha venido suscitando en relación con la reincidencia simple y la multirreincidencia han quedado resueltos, si bien de forma distinta al criterio mantenido por la doctrina y la jurisprudencia más moderna. Ha prevalecido el criterio tradicional del Tribunal Supremo.

Se hace ahora una separación, en distintos párrafos, de la reincidencia simple y la doble reincidencia. El párrafo primero, correspondiente a la simple reincidencia, queda casi igual que el derogado —en el que se recogía también la multirreincidencia—, con la única modificación de sustituir *otro u otros delitos*, por *algún delito*.

El legislador ha preferido sustituir el término *otro*, con referencia al delito comprendido dentro del mismo Título del Código, por el vocablo *algún*. No cabe duda que el adjetivo *otro* hace referencia a algo, distinto de aquello que sirva de referencia, aunque sea una cosa igual, lo que podía llevar a la duda de que para darse la reincidencia el segundo delito tenía que ser diferente al primero, no pudiendo serlo por el mismo. No fue esta la idea del legislador, ni tampoco dicho término planteó problemas de interpretación. Así, por ejemplo, en la sentencia de 10 de octubre de 1970 se hace referencia al mismo o semejante delito.

No obstante, el adjetivo *algún* puede plantear la duda de si se refiere a uno o más delitos de los comprendidos en el mismo título del Código. Recurriendo al Diccionario resulta que dicho adjetivo es apócope de *alguno*, y este adjetivo se aplica a «personas o cosa indeterminada», «ni poco ni mucho, bastante». Aunque esto podría sacarnos dudas, es preferible renunciar al Diccionario y acudir al propio Código:

a) Del párrafo segundo del número 15 del artículo 10, se desprende que el término *algún* hay que entenderlo como equivalente a *uno*, es decir a un delito. De equipararlo a dos o más sería confundirlo con la doble reincidencia, y no es ese el propósito del legislador.

b) Del propio examen del Código se desprende que en el mismo se emplea con mucha frecuencia los términos *alguno* y *alguna*, muy pocas veces *algún* y prácticamente nunca *algunos*. Cuando utiliza *alguno* o *alguna*, suelen referirse a un delito —uno— (69), una pena (70), a una persona (71), una circunstancia del delito (72), una lesión (73), un acto (74), o con otros fines, aunque referido siempre a uno (75). Cuando el legislador pretende hacer referencia a dos o más utiliza los

(69) Arts. 124, 156, 166, 217, 303, 363, 403, 529-5.º del C. penal.

(70) Art. 362, 1.º.

(71) Arts. 139, 1.º, 2.º y 4.º, 247, 260-1.º, 325.

(72) Arts. 255, 406, 420-4.º, 504, 505, 506.

(73) Art. 421.

(74) Art. 302.

(75) Arts. 198, 231, 262, 507, 544, 557.

términos *algunos* (76), *actos* (77). También cuando emplea el Código penal el adjetivo *algún*, es para referirse a uno y no a más (78).

Para poner en consonancia la reforma del número 15 del artículo 10 con la regla 6.^a del artículo 61, también se modifica ésta por la indicada ley de 28-11-1974. En realidad no sufre modificación, ya que casi se mantienen las mismas palabras sustituyendo las anteriores *a partir de la segunda reincidencia*, por las actuales de *doble reincidencia*, aunque cambiando de lugar. Lo único nuevo es la frase *en su segundo párrafo*, para determinar dónde se encuentra recogida la doble reincidencia dentro del artículo 10 (núm. 15). Esta regla reza ahora así:

Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la señalada por la Ley en su grado máximo, salvo el caso de que concurra la agravante de doble reincidencia, decimoquinta del artículo 10 en su segundo párrafo, en el que se aplicará la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que aquéllos estimen conveniente (79).

Queda ahora, como antes, la simple reincidencia como agravante genérica —aunque ocupando el párrafo primero del número 15 del artículo 10—, no pudiéndose imponer mayor pena que la que corresponda al delito cometido, en su grado máximo. Tiene el mismo trato que la reiteración.

Para la doble reincidencia, es obligatorio elevar la pena en grado de la que corresponda al delito cometido, mientras que es potestativo del Tribunal elevarla en un grado más, lo que se hace solamente en raras ocasiones.

Nos encontramos ante una reforma penal que perjudica al reo, pues la legislación anterior le era más favorable, según se deduce de la interpretación dada al texto derogado por la doctrina y moderna jurisprudencia. Por ello la reforma no puede tener efecto retroactivo. Por otra parte, el retraso en la administración de justicia puede llevar igualmente a situaciones desfavorables para el reo, pues aunque los hechos cometidos con anterioridad a la reforma deben regirse por la ley anterior, cabe el peligro de que la jurisprudencia, en atención a la reforma y el criterio de interpretación tradicional —anterior a 1972—, que coinciden, se incline por la línea anterior, olvidando la posición de la doctrina, así la sentencia de 1 de julio de 1975 aclara «cumpliéndose naturalmente, el requisito, también exigido por la reciente interpretación jurisprudencial anterior a la reforma penal de 28 de noviembre de 1974, de que conste judicialmente declarada la primera reincidencia», de lo que se deduce que la ley va a ser interpretada ahora de otra forma en cuanto a la declaración de la primera reincidencia.

(76) Art. 173, 5.º.

(77) Arts. 208, 211.

(78) Arts. 172-2.º, 178, 218-3.º.

(79) Establecía la regla 6.^a del art. 61, antes de la reforma: «Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la señalada por la Ley en su grado máximo, salvo el caso de que concurra la agravante decimoquinta del artículo 10, en el que se aplicará la pena superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia en la extensión que aquéllos estimen conveniente».

OTROS PRECEPTOS DEL CODIGO DONDE SE RECOGE LA REINCIDENCIA

1. *Segunda reincidencia.*—Frente a la doble reincidencia genérica del párrafo segundo del número 15, artículo 10; que permite elevar la pena hasta dos grados, conforme a la regla 6.^a del artículo 61, existe en el Código una serie de supuestos en los que la segunda reincidencia sólo lleva consigo elevar la pena en grado, sin poder pasar de ahí. Se da esta forma de reincidencia específica según lo dispuesto para el hurto en el artículo 516, 3.^o (80); ciertas estafas, conforme al artículo 530 (81), y apropiación indebida (82). Con ello resulta que salen beneficiadas situaciones que como dice Rodríguez Devesa han llevado a incrementar «uno de los más notorios defectos de la ley a partir de la reforma de 1944, a saber, que allí donde tradicionalmente se pensaba que la segunda reincidencia requería un trato más severo es objeto de una mayor benevolencia, ya que no se puede aumentar la pena uno o dos grados como sucede para los restantes delitos por aplicación de la regla sexta (art. 61), sino solamente un grado» (83) (84).

El concepto de reincidencia hay que tomarlo del artículo 10. Sin embargo, en el artículo 530 se concreta a que las condenas anteriores fueran por el mismo o semejante delito, con lo que es más amplia que la del artículo 516, 3.^o, que se reduce a los hurtos, y más restringida que la genérica del artículo 10, que se extiende a los delitos comprendidos en el mismo título del Código.

No importa el número de reincidencias que se den después de la segunda, ya que la pena no podrá sobrepasar la superior en grado. No podrá aplicarse la regla 6.^a del artículo 61, a fin de elevar la pena en dos grados.

La reforma del número 15 del artículo 10 no ha de afectar para nada a los supuestos anteriores. Debe seguir aplicándose el criterio de la doctrina y jurisprudencia posterior a enero de 1972, en el sentido de que es necesario dos sentencias anteriores, para que en la tercera se declare la segunda reincidencia. Además, en la segunda se debe declarar la primera reincidencia. En todo caso será preciso que medie el tiempo necesario entre ellas, de forma que cuando delinca el sujeto por segunda vez, exista sentencia firme sobre el delito anterior, y lo mismo entre el

(80) Establece el núm. 3.^o del artículo 516 que el hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado «si el culpable fuere dos veces reincidente».

(81) Por su parte el párrafo primero del art. 530 dispone que «los delitos expresados en los números anteriores serán castigados con la pena respectivamente superior en grado si los culpables fueren dos veces reincidentes en el mismo o semejante especie de delito».

(82) El art. 535 dice que «serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528 y, en su caso, con las del 530...».

(83) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Consideraciones sobre la última reforma del Código penal*, en «ANUARIO DE DERECHO PENAL», 1975, fasc. I, pág. 79.

(84) Véanse arts. 443 y 428-2.^o del Código de 1848; arts. 438, 3.^o y 454 del Código de 1850; arts. 533, 3.^o y 549 del Código de 1870 y arts. 508, 2.^o y 524 del Código penal de 1932.

tercero y el segundo. La agravación se da desde la segunda reincidencia.

Sin embargo, la Fiscalía del Tribunal Supremo, para paliar el privilegio que supone la segunda reincidencia de estos delitos, y posiblemente por no haberlo tenido en cuenta el legislador en la reforma de 1974, dispone en la circular número 6 de este año, de 27 diciembre —a fin de conseguir un mejor criterio de interpretación: «Las dudas que se han suscitado respecto a la llamada segunda reincidencia obligan a fijar su contenido de acuerdo con la clásica doctrina jurisprudencial— aun cuando en su literalidad la Ley no mencione otros supuestos de multirreincidencia específica (arts. 516, 3.º y 530), deben resultar aplicables, en lo que proceda las declaraciones generales de los artículos 10, 15.ª y 61, 6.ª».

Pese a todo, queda claro que no debe ser este el criterio que se siga para la aplicación de la segunda reincidencia de los artículos 516, 3.º y 530, sino el que se apuntó anteriormente, que es el correcto.

2. Hay tres supuestos en los que se tiene en cuenta las condenas de Tribunales extranjeros a efectos de aplicación de la agravante que nos ocupa. Son en los artículos 289, 344 y 452 bis f). El primero y último tienen el mismo contenido, a saber: «La condena de un Tribunal extranjero, impuesta por delito comprendido en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Tribunales españoles a los efectos de aplicación del número 15 del artículo 10 de este Código». El artículo 289 hace referencia a los delitos de falsificación de moneda metálica y billetes del Estado y Banco, recogidos en el capítulo II, Título III, Libro II, mientras que el artículo 452 bis f) comprende a los delitos relativos a la prostitución, capítulo VII, Título IX del Libro II.

Vemos cómo en los dos se hace referencia a la condena de un Tribunal extranjero impuesta por delito comprendido en el capítulo correspondiente de nuestro Código penal, cuando esos Tribunales no pueden imponer condenas conforme a nuestro Código. No cabe duda que el legislador ha querido referirse a delitos de similar naturaleza, de ahí que resulte mejor la redacción del último párrafo del artículo 344, que con referencia a los delitos relativos a estupefacientes, dispone: «Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en este artículo, producirán ante los españoles los mismos efectos que las de éstos, en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este Código».

En este último artículo se hace referencia a delitos de *igual entidad*. Además, mientras que en el artículo 344 se establece sólo para los españoles los efectos de las sentencias extranjeras, en los otros dos nada se estipula, por lo que podrá aplicarse la reincidencia y doble reincidencia también a los extranjeros condenados fuera de España, cuando delincan en nuestro país.

De lo anterior se desprende la falta de coordinación que existe en el Código incluso para situaciones que el legislador ha querido resultar idénticas.

3. *Falta de unidad en el Código sobre la reincidencia en materia de penalidad.*—Se recoge seguidamente la disparidad de criterios que se

siguen en el Código en relación a la pena que se impone como consecuencia de la agravación por reincidencia, en los supuestos especiales en que no se aplican las reglas 2.^a y 6.^a del artículo 61, que son las de aplicación para los supuestos del número 15 del artículo 10.

a) *Supuestos privilegiados*.—En relación con la agravante genérica, resultan privilegiados los siguientes:

1. Los delitos de hurto (art. 516-3.^o), estafa (art. 530) y apropiación indebida (art. 535), en cuanto que la pena que se puede imponer a partir de la segunda reincidencia solamente es la superior en grado.

2. La reincidencia de los jugadores que concurrieran a las casas de juego de suerte, envite o azar. La pena es de arresto mayor y multa de 10.000 a 20.000 pesetas; para la reincidencia se mantiene la pena privativa de libertad, mientras que se eleva la de multa a 50.000 pesetas, que es superior al grado máximo de ésta. Hubiera sido más grave poner la pena en su grado máximo (conforme a la regla 2.^a, artículo 61, de seguir el régimen general).

b) *Supuestos agravados*.—En el resto de los artículos la reincidencia supone una mayor agravación, con respecto a la que hubiera correspondido de estimarse la reincidencia simple del párrafo primero del número 15 del artículo 10.

1. Faltas de hurto, estafa y apropiación indebida, que se convierten en delito (arts. 515-4.^o y 528-4.^o). También sucede lo mismo en algunos casos de pastoreo abusivo (art. 593). Hay ahora una pena mayor, incluso pasa a ser pena grave, que antes, para el mismo delito, era leve, conforme a las escalas del artículo 27. Por otra parte, están todas las desventajas de un delito en comparación con las faltas (85).

2. Se impone el grado superior de la pena, y no la pena en su grado máximo, como ocurre con los delitos en general, por aplicación de la regla 2.^a del artículo 61. Sucede esto en los supuestos de reincidencia del eclesiástico que requerido por Tribunal competente, rehusare los autos pedidos para la decisión de un recurso de fuerza interpuesto (art. 381).

3. Hay un supuesto en que se eleva la pena privativa de libertad en un grado, y se duplica el máximo de la pena de multa. Sucede esto con los banqueros y dueños de casas juego, envite o azar (art. 349, p. primero). La pena para el primer delito es arresto mayor y multa de 10.000 a 50.000 pesetas, mientras que para el reincidente es prisión menor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas.

4. Se mantiene la pena de multa en la reincidencia, pero además se impone una pena privativa de libertad. Sucede esto:

a) En las defraudaciones del artículo 533, que se mantiene la pena de multa para los casos de reincidencia, pero se impone, además, arresto mayor.

b) Lo mismo sucede para determinados supuestos de defraudaciones del fluido eléctrico del artículo 537, que se castiga con multa de

(85) Aquí no podía aplicarse la agravante, ya que no cabe la reincidencia entre faltas o entre delitos y faltas. En este sentido la sentencia de 29-3-1965.

10.000 a 100.000 pesetas, mientras que se mantiene la misma multa para la reincidencia y se impone, además, arresto mayor.

Queda claro que en estos dos supuestos hubiera sido preferible la agravante genérica, que llevaría solamente la pena pecuniaria en su grado máximo.

c) En determinados casos de intrusismo constitutivo de falta la pena es de 500 a 5.000 pesetas. La reincidencia se castiga con la misma pena, más arresto menor (art. 572).

d) La infracción de los reglamentos sobre quema de rastrojos u otros productos forestales, constitutivo de falta, se castiga con multa de 250 a 2.500 pesetas. Al reincidente se le impone dicha multa, más arresto menor (art. 596).

5. Hay un supuesto en que se eleva la pena privativa de libertad en grado, mientras que desaparece la pena de multa. Sucede esto en las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial del artículo 534. El primer delito se castiga con arresto mayor y multa de 10.000 a 200.000 pesetas; la reincidencia solamente con prisión menor. También aquí estimamos que la elevación de pena en grado será más grave, en la mayor parte de los casos, que la imposición de aquellas dos penas en grado máximo.

FUNDAMENTO DE LA AGRAVACION DE LA PENA EN LA REINCIDENCIA (*)

Se han buscado diversos fundamentos a tal agravación, basados en la alarma social; insuficiencia de la pena anterior (86); mayor peligrosidad (87); mayor capacidad criminal (88); mayor probabilidad de delinquir en el futuro (89); mayor culpabilidad (90), o mayor culpabilidad en base a la situación en que se encuentra el sujeto por su forma de vida (91), etc.

En nuestra doctrina más moderna, también las opiniones están divididas. Rodríguez Mourullo considera que hay un aumento de la pena, mientras que la culpabilidad no varía. Se quiebra con ello el principio de la culpabilidad (92).

Para Ferrer, el fundamento hay que buscarlo en una mayor peligrosidad (93).

(*) Véase MARTÍNEZ ZAMORA, *ob. cit.*, págs. 29 y ss.; MIR PUIG, *ob. cit.*, págs. 427 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios, cit.*, I, págs. 726 y ss.

(86) CARRARA, *Programma, Parte general*, parágrafo 737.

(87) FERRI, E., *Principios de Derecho criminal*, pág. 638.

(88) RANIERI, S., *Manuale di Diritto penale*, Padova, 1968, pág. 500.

(89) ANTOLISEI, F., *Manual de Derecho penal*, trad. de DEL ROSAL Y TORÍO, 1960, pág. 482.

(90) MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, II, trad. CÓRDOBA RODA, Barcelona, 1962, pág. 546.

(91) BETTIOL, G., *Diritto penale*, Padova, 1976, págs. 366 y ss.

(92) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios, cit.*, I, pág. 741.

(93) FERRER SAMA, *Comentarios, cit.*, I, pág. 411.

Basa la agravación en la culpabilidad Rodríguez Devesa quien dice: que «la ley eleva su nivel de exigencia de una conducta distinta frente al que ha sido anteriormente condenado» (94).

Mir Puig considera que se trata de una causa de agravación del injusto (95).

Tampoco hay uniformidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la Memoria de la Fiscalía del T.S. de 1973 encontramos diversos criterios en los que se basa la reincidencia, son éstos: Insuficiencia de la pena anterior, personalidad del agente, peligrosidad (96); al criticarse la moderna corriente jurisprudencial se dice: Este cambio trascendental en la interpretación y reconocimiento eficaz de la reincidencia doble o múltiple, produce una especial preocupación sumada a la que todo cambio jurisprudencial inicialmente crea, por cuanto significa, en muchos casos, una doctrina sumamente apetecible y ventajosa para aquellos delincuentes, *especialmente peligrosos*, que hacen del delito un *hábito* o un *modo de vida*. La Defensa Social contra los delincuentes *habituales* o profesionales, ha de ser más estricta y su sanción mayor y más grave que la de los delincuentes ocasionales, que sólo una vez han infringido la Ley contraviniendo las normas del ordenamiento jurídico punitivo» (97).

En otro lugar de la Memoria se dice: «Parece incuestionable que lo pretendido en nuestro ordenamiento penal, al estatuir una mayor sanción a partir de la segunda reincidencia, es apreciar adecuadamente el *mayor peligro* que representa el delincuente que repite sus actos delictivos, dentro de una determinada gama de las figuras típicas penales» (98).

Hay sentencias donde se destaca la *culpabilidad*. Así, la de 24 de septiembre de 1970 dice que lo que interesa a la técnica penal es «la mayor *culpabilidad* ampliamente determinada por el quehacer reiterante... máxime si el autor conocía el doble reproche de su dúplice quehacer delictual anterior al volver a delinquir, pues abarca en su doloso comportamientos precedentes y la penalidad doblemente impuesta». Por su parte, la de 9 de junio del mismo año recoge: «este rigor en la medición de la pena aceptado en reiteradas sentencias de esta Sala, sigue la dirección de la mayor *culpabilidad* que al autor de varios delitos, sean o no castigados en una misma resolución, corresponde por la persistencia, la *peligrosidad* y la dureza ante el correctivo».

Mayor peligrosidad se recoge en otras, como la ya citada de 9-6-1970 y las de 10-6-1960 y 29-10-1970.

Mayor culpabilidad y *peligrosidad* se recoge en las sentencias de 24-9-1970 y 22-10-1970.

Mayor perversidad, en la sentencia de 10-11-1970.

Insuficiencia de la pena anterior se destaca en las sentencias de 20-10-1964, 11-3-1967 y 17-1-1974).

(94) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 634.

(95) MIR PUIG, *ob. cit.*, pág. 533.

(96) Memoria F. T. S. cit., pág. 222.

(97) Memoria F.T.S., cit., pág. 229.

(98) Memoria F.T.S. cit., pág. 232.

Habitualidad. Establece la sentencia de 22 de abril de 1967 que obligan a «imponer una pena determinada, que es el supuesto previsto en la precitada regla 6.^a, que sanciona la forma agravada, la *habitualidad* y repetición consiguiente de una determinada forma de delitos.»

Profesionalidad o habitualidad (S. 4-12-69). «Si bien puede corresponder la agravación a la más pronunciada profesionalidad que por *razones de política criminal* debe atenderse con más grave castigo».

Hábito criminoso (S. 11-12-69). «Lo que viene a suponer y ella es la prevalente razón teleológica del aumento de la pena que los apoderamientos reiterados a través del tiempo implican la repetición de un mismo tipo de infracciones penales y son expresivos de un *hábito criminoso* que la Ley ordena castigar con mayor rigor».

Consideración criminológica, social, peligrosidad, hábito criminógeno y no recuperabilidad social (S. 28-9-70). «No es la misma, sino distintas condenas precedentes las que sirven para fundamentar una y otra función punitiva, lo que está igualmente de acuerdo con la consideración criminológica o meramente social que ve un plus de peligrosidad en el multireincidente frente al que se inicia en el azaroso camino de la iteración delictiva en el que por no haber llegado todavía al *hábito criminógeno*, el sujeto, aún puede considerarse recuperable para la convivencia social».

Vemos cómo se combinan en la jurisprudencia todos los argumentos posibles e imaginables, penales, sociales, criminológicos, de tratamiento, etc. Algo similar ocurría en la Memoria de la F.T.S.

Pasamos a examinar el Código penal para ver si encontramos alguna solución al problema. Si repasamos este texto legal veremos cómo la gravedad de las penas no siempre están en función de la culpabilidad, sino del peligro que el delincuente puede representar para la sociedad. Hay determinados supuestos en que la pena se modifica en función de la personalidad del autor, de sus condiciones personales, su peligrosidad, antecedentes y aún la situación económica.

A. *Agravaciones:*

1. En los delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor, «los Tribunales, apreciando las circunstancias del hecho y del culpable... su condición social y situación económica, podrán imponer, además de las penas señaladas, las de multa de 10.000 a 1.000.000 de pesetas e inhabilitación absoluta o especial» (art. 148 bis, p. primero).

Se aprecia claramente la agravación de la pena en base a determinadas circunstancias.

2. En las propagandas ilegales, «los Tribunales, apreciando las *circunstancias* del delincuente y especialmente su situación económica, podrán elevar la multa hasta cuatro millones de pesetas.

También podrán, en atención a las condiciones personales del culpable, imponer la pena de inhabilitación absoluta o especial» (art. 253).

Vemos cómo se agrava la pena en atención a las circunstancias del delincuente, su situación económica y condiciones personales.

3. En los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad, y propiedad, los Tribunales, «atendiendo a la gravedad de los hechos y al *peligro que el delincuente represente*, podrán acordar, en sus sentencias, la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso» (art. 67).

En realidad se trata de una medida preventiva o de seguridad, en atención a que pueda haber represalias contra el mismo autor, o se provoquen nuevos delitos.

4. También se tiene en cuenta las circunstancias del autor en algunos supuestos de sedición (art. 223).

B. *Atenuaciones:*

1. También en los delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor los Tribunales en atención a «las mencionadas *circunstancias* del hecho y del *culpable*» podrán rebajar las penas establecidas en un grado (artículo 148 bis, p. segundo).

Recordemos que esas circunstancias del culpable, conforme al párrafo primero de dicho artículo, eran su condición social y situación económica.

2. En los atentados recogidos en los artículos 233 y 234, los Tribunales, «atendiendo a la menor gravedad y circunstancias del hecho y al móvil y *condiciones del culpable*, podrán rebajarse las penas en uno o dos grados» (art. 235).

3. En los capítulos I, III, IV y V del Tít. III, Libro II (de las falsedades) también podrán los Tribunales «teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, la naturaleza del documento, las *condiciones del culpable* y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada» (art. 318).

4. En el artículo 511 se establece que «teniendo en cuenta la alarma producida, el estado de alteración del orden público que pudiese existir cuando el hecho se realizare, los *antecedentes* de los delincuentes y las demás circunstancias que hubieren podido influir en el propósito criminal, podrá aplicar las penas superiores en grado» en los delitos de robo.

C. *Atenuar o agravar:*

1. Establece el artículo 546 bis e) que los Tribunales en los delitos de encubrimiento con ánimo de lucro y receptación «graduarán las penas... atendiendo a la *personalidad* del delincuente y circunstancias del hecho...».

2. Por su parte, la regla 4.^a del artículo 61 dispone: «Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la *personalidad del delincuente*, impondrán la pena en el grado que estimen conveniente». Puede observarse la gran extensión de la regla 4.^a del artículo 61, lo que da una gran discrecionalidad a los jueces.

De los artículos recogidos anteriormente se desprende la importancia que el legislador concede a las condiciones personales del culpable, lo que sin duda ha debido influir para las agravantes de reiteración y reincidencia. Se supone que, en todo caso, el sujeto que vuelve a delinquir tiene unas condiciones personales desfavorables, tanto ante los ojos de la sociedad como ante el Derecho penal.

De todas las posturas señaladas, la agravación de la pena hay que fundamentarla en una mayor culpabilidad del sujeto, sin perjuicio de que éste pueda representar una mayor peligrosidad.

Ya vimos cómo hay una serie de autores que de una u otra forma se inclinan por situar la agravación de la reincidencia en el plano de la culpabilidad. Otro grupo, también de forma más o menos precisa, lo fundamentan en el riesgo que supone el sujeto reincidente, por lo menos con cara al futuro, es decir, su peligrosidad.

En nuestro derecho, siguiendo la opinión de la moderna doctrina, así como de la jurisprudencia que vimos arranca en el año 1972, no puede buscarse el fundamento de la reincidencia en la peligrosidad. La razón está en que la reincidencia prácticamente sería automática, sin necesidad de que existiera condena firme anterior, pues la peligrosidad responde a esa tendencia que se aprecia en el delincuente de repetir conductas criminales (99).

Sin embargo, la jurisprudencia tradicional no se aparta mucho de basar la agravación de la pena en la reincidencia, en base a la peligrosidad, ya que:

a) En principio, porque en muchas ocasiones no se ha exigido la declaración de reincidente para estimar la multirreincidencia, siendo suficiente con que el sujeto estuviera condenado anteriormente por dos delitos en una misma sentencia. Esta es la fórmula que parece va a seguirse con la actual doble reincidencia. Por otra parte, ya se vio que en algunas sentencias se hace referencia a la peligrosidad.

b) Por otra parte, ya se apuntó cómo en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo se dice: «Parece incuestionable que lo pretendido en nuestro ordenamiento penal, al estatuir una mayor sanción a partir de la segunda reincidencia, es apreciar adecuadamente el *mayor peligro* que representa el delincuente que repite sus actos delictivos, dentro de una determinada gama de las figuras típicas penales» (100).

Aunque el peligro de repetición de delitos no equivale a peligrosidad del sujeto, el Tribunal Supremo así parece entenderlo en la citada Memoria.

EFFECTOS DE LA REINCIDENCIA

Hasta el Código penal de 1928, la reincidencia no tenía mayor pena que cualquier otra agravante, que era la correspondiente al delito

(99) Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 634.

(100) Memoria de la F.T.S. cit., pág. 232.

cometido en su grado máximo (101). En el Código de 1928, donde por primera vez se recoge la multirreincidencia (102), podía elevarse la pena en grado para los delinquentes habituales (103). No hay alusión a la multirreincidencia en el Código de 1932, donde en la regla 6.^a del artículo 67 se establece: «Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la ley en su grado máximo, salvo en el caso de que concurra la agravante decimocuarta del artículo diez (reincidencia), en que será posible aplicar la pena inmediatamente superior, en el grado que estimen conveniente». No obstante la elevación de la pena en grado es potestativa del Tribunal.

— Desde el Código de 1944, a partir de la segunda reincidencia, se puede elevar la pena en uno o dos grados (regla 6.^a, art. 61). La elevación en grado es obligatoria para el tribunal y potestativa en el segundo. Esta es la situación que se mantiene en los momentos actuales para la doble reincidencia (104).

— Se les puede excluir de los indultos, conforme al número 2.^o del artículo 3.^o de la Ley de 18-6-1870, tanto a reincidentes como a reiterantes. Así se ha venido haciendo, como ya se vio, hasta el indulto general de 26-4-1963 (105).

— Tanto a reincidentes como a reiterantes se les cierra la posibilidad de aplicación de la condena condicional, ya que el primero de los requisitos exigidos para suspender la condena es que «el reo haya delinquirido por primera vez» (art. 93, 1.^a).

— «La reincidencia o reiteración en el delito llevará aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional» (art. 99, p. último).

— El plazo de prescripción de la pena se interrumpe cuando el reo vuelve a cometer otro delito, por lo que afecta tanto a la reiteración como a la reincidencia (art. 116, p. segundo).

— También para los dos supuestos «quedará sin efecto la cance-

(101) Véase art. 74, 6.^a Códigos de 1848 y 1850; art. 82, 6.^a del Código de 1870.

(102) En el Código de 1822, al autor de dos o más hurtos se le podía elevar la pena en una cuarta parte (art. 751); en el Código de 1848 se castigaba el hurto con la pena inmediata superior en grado si fuere habitual (art. 428, 2.^o), lo mismo para determinadas defraudaciones (incluida la actual apropiación indebida) (art. 443); en el Código de 1850 se impone la pena superior en grado para la reincidencia en el delito de hurto u otro semejante (art. 439, 3.^o), y lo mismo para las estafas (art. 454), incluyéndose la actual apropiación indebida, recogida entre las estafas (art. 452, 1.^o); en el Código de 1870 se eleva la pena en grado para el hurto cuando el autor «fuere dos o más veces reincidente» (art. 533, 3.^o), lo mismo para las determinadas estafas —incluida la actual apropiación indebida— «si los culpables fueren dos o más veces reincidentes en el mismo o semejante especie de delito» (art. 549), en el mismo sentido arts. 508, 2.^o y 524 del Código de 1932. La apropiación indebida pasa a ser independiente en el Código de 1944.

(103) Véanse arts. 70, 156 y 157 del Código de 1928.

(104) Hay excepciones para determinados supuestos, a partir de la segunda reincidencia, en que la pena solamente se eleva en grado. Véanse arts. 516, 3.^o y 530, p. primero.

(105) Vid. supra nota 22.

lación otorgada y recobrará plena eficacia la inscripción cancelada si el rehabilitado cometiera, con posterioridad, nuevo delito» (art. 118, p. último).

II

CONSIDERACIONES CRIMINOLOGICAS (*)

Hay una realidad evidente en la reincidencia, como es la importancia cuantitativa. De una población reclusa de 8.134 penados, el día 31-12-1974, eran reincidentes 3.017 (37,09 %) y multirreincidentes 1.608 (19,77 %). Las mujeres eran 73 (20,92 %) y 12 (3,44 %) respectivamente. El total era de 4.625 varones y 85 mujeres, entre reiterantes, reincidentes y multirreincidentes, que representan el 55,52 por 100 del total de penados (106).

Tanto las estadísticas penitenciarias como las judiciales no hacen distinción entre reiterantes y reincidentes. Las judiciales tampoco separan los multirreincidentes, sino que engloban las tres categorías (107).

El número total de reiterantes, reincidentes y multirreincidentes era de 3.217 el 31-12-1965, mientras que en las mismas fechas de 1974 era de 4.710, lo que supone un incremento del 46,41 por 100 (108).

Se aprecia también un menor índice de recaída en el delito en la mujer en relación con los varones, siendo los porcentajes mucho menores para la multirreincidencia, donde solamente se dan doce casos para el año 1974, de una población penada de 349.

Lo anterior parece demostrar que estamos ante un fracaso, no del Derecho penal, sino de la pena.

Rodríguez Mourullo, que, como ya se vio, se pronuncia en favor de la supresión del Código tanto de la reiteración como de la reincidencia, considera aceptable «la provisión de un adecuado tratamiento preventivo —medida de corrección y de seguridad— ajustado no a las actuales nociones formalistas, sino a realidades criminológicas» (109).

Por su parte, Quintano escribía que las sentencias anteriores «no debían valer como elementos formales de cómputo, como ahora acon-

(*) En muchas ocasiones los trabajos de derecho penal han de constar de tres partes, una dogmática, seguida de la criminológica, para terminar con una última de Política criminal donde se propongan una serie de consideraciones de *lege ferenda*. La reincidencia es uno de esos temas que requieren un estudio desde los tres puntos de vista indicados. El estudio criminológico resulta necesario para un mejor conocimiento del fundamento de la agravación de la pena, a fin de aclarar diversos problemas que se suscitan en relación a la culpabilidad, peligrosidad y tratamiento. Por la importancia del tema, y para evitar una excesiva extensión del presente trabajo, será objeto de un estudio separado.

(106) *Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitencias*, 1974, página 20.

(107) I. N. E.: E. J. E., 1969, pág. 84.

(108) Memoria D. G. I. Penitenciarias, cit., pág. 20.

(109) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, cit., I, pág. 744.

tece, sino meramente como datos sintomáticos de una conducta, a valorar entre otros de tipo experimental, a los fines, no de una simple agravación en las penas, sino a los de un tratamiento especial correctivo o asegurativo» (110).

Estos autores, con buen criterio, desvían el problema al terreno criminológico, ya que el tratamiento penitenciario o de medidas se basa en conocimientos criminológicos. La idea es buena, pero no debemos olvidar la notable deficiencia que tenemos de investigación criminológica, no sólo en España, sino a nivel mundial. Ello supone remitir el asunto a un lugar donde no puede resolverse, o poco es lo que se puede hacer, por lo menos entre nosotros, por el escaso apoyo que recibe la criminología.

Parece que estamos ante una situación con pocas posibilidades de solución. La agravación de la pena parece que no hace más que complicar las cosas, pues si no consiguió evitar la recaída es porque fue ineficaz, por lo que resulta absurdo volver por el mismo camino. Podríamos ir más lejos y culpar a los organismos encargados de la prevención del delito, que normalmente no existen en ningún país, o son insuficientes (111).

Quizá el problema de la reincidencia, a escala mundial, en no pocas ocasiones hay que plantearlo mucho antes de que el sujeto ingrese en prisión, o de que intervengan los Tribunales para imponer una pena. Habría que retrotraerse al momento de elaborar las leyes, no solamente las penales, sino otras, como pueden ser las de tipo social, político o administrativo. Hay que buscar el porqué de la repetición de delitos, que en buena parte de los casos obedece a problemas familiares, sociales, laborales, de escolaridad, etc.; en definitiva, problemas de mundo circundante e injusticias sociales, sin olvidar la falta de ayuda al que está en peligro de volver al delito, o que una vez cumplida su condena quedó en libertad. Culpar a la organización penitenciaria de la reincidencia es querer eludir otros problemas de mayor profundidad.

III

CONSIDERACIONES DE POLITICA CRIMINAL

Pese a que el Código distingue entre *reiteración* y *reincidencia*, no tiene apenas valor mantener esa diferencia, ya que:

- a) En nuestro ordenamiento, como se apuntó, el sujeto puede cometer delitos de análoga naturaleza y aplicársele la reiteración, por encontrarse los delitos en distinto título del Código penal.
- b) A sensu contrario, puede apreciarse reincidencia por delitos de

(110) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, cit., I, pág. 461.

(111) En España se creó la *Comisión Nacional para la Prevención del Delito* —con un Gabinete de Estudios—, por Decreto de 15-3-1973, pero que hasta ahora no se le ha dado el impulso que requiere.

distinta naturaleza, al estar comprendidos en el mismo título del Código.

c) Desde el punto de vista criminológico no es menos peligroso el sujeto que comete delitos homogéneos, que aquél que está dispuesto a realizar cualquier tipo de infracciones. Este suele ser más peligroso.

Por otra parte, la ventaja que tiene el que comete siempre el mismo tipo de delitos (ladrón, estafador, etc.), es que los realiza con mayor perfección, dejando menos pruebas que le puedan delatar ante la justicia. Sin embargo, una vez detenido sus antecedentes le perjudican notablemente, ya que se conoce su forma de actuar. Sin embargo, el que comete cualquier clase de delitos, difícilmente se puede conseguir antecedentes sobre su forma de actuar, aunque su perfección en la ejecución sea más deficiente.

Consideraciones de *lege ferenda* que se proponen:

1. En atención a que, como ya se apuntó, la agravación de la sanción en la reincidencia —y reiteración— hay que basarla en la mayor culpabilidad del sujeto —sin perjuicio de que también suponga una mayor peligrosidad—, conviene mantener la agravante genérica. Sin embargo, hay que hacer las siguientes observaciones:

a) Resulta excesiva la agravación en los supuestos de doble reincidencia, ya que necesariamente hay que elevar la pena en grado, pudiendo elevarse en dos de forma potestativa (regla 6.^a, art. 61). Por tres robos de poco más de 5.000 pesetas se puede imponer la misma pena que para un homicidio, lo que resulta excesivo.

b) En esta línea de cosas, donde un delito más eleva la pena en uno o dos grados, por qué no poner mayor pena para el cuarto, el quinto, etc. Tal vez la diferencia importante debía ser entre el primero y segundo, pero no desde el tercero.

c) De los apartados anteriores se deduce que no parece admisible que para que se aprecie la agravante de reiteración a veces sea necesario haber sido castigado previamente por dos delitos, lo que sucede cuando esos delitos anteriores tienen menor pena que el que se juzga en tercer lugar y determina la agravante.

d) Por otra parte, el trato es muy distinto entre reiteración y reincidencia. Se pueden cometer por lo menos trece delitos dolosos, procurando que cada uno se encuentre tipificado en uno de los trece primeros títulos del Libro II del Código penal, y la pena del último no podrá ser más que la que corresponda en su grado máximo, ya que la repetición de reiteraciones no eleva la pena más de ese límite, conforme al inciso primero de la regla 6.^a del artículo 61. La doble reincidencia ya vimos que eleva la pena en un grado y puede elevarse en otro más, conforme a la regla anterior. Todo esto cuando se vio como delitos de similar naturaleza se encuentran en distinto título, y viceversa. Por otra parte, ya se apuntó que no resulta más peligroso quien repite delitos similares que aquel que comete las más diversas infracciones.

c) Como lo que interesa es el fundamento de la agravación, que vimos se encontraba en el plano de la culpabilidad, tampoco hay razón.

para mantener una mayor culpabilidad en la reincidencia que en la reiteración.

En vista de todo lo anterior se propone la refundición de ambas agravantes —reiteración y reincidencia— en una sola, bajo la denominación de la segunda, que podría quedar poco más o menos así:

«Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado, en sentencia firme, por otro u otros delitos comprendidos en este Código».

Debe terminarse con la polémica de los antecedentes por condenas de otros tribunales, sea cual fuere el tipo de resolución adoptada. Es de esperar se llegue a que ninguna jurisdicción especial imponga sanciones que deberían corresponder al Derecho penal. Sin embargo, por ahora la situación puede plantear problemas con algunas leyes especiales, así como con la jurisdicción militar. También debía estudiarse la posibilidad de que no se computaran los delitos culposos, o que solamente jugaran entre ellos. Por supuesto que no deben tenerse en cuenta las condenas de tribunales extranjeros.

Sin embargo, se plantean una serie de problemas debidos al retraso en la administración de justicia —tengamos en cuenta, además, la imposición de recursos. Si se tardan dos años en que la sentencia sea firme, resulta que los delitos cometidos en ese período de tiempo no pueden ser objeto de agravación, por no haber todavía sobre el primero sentencia firme, salvo que haya otros antecedentes. Tal vez para evitar esto podría ser suficiente con que hubiera procesamiento, del que se dedujera sentencia firme. Esto, no obstante, obligaría a esperar la resolución del primer delito para poder apreciar o no la agravación del segundo. Para evitar otra serie de problemas que surgirían, es mejor dejar las cosas como están, en espera de que algún día la administración de justicia funcione sin un retraso notable (112).

2. Aunque lo ideal sería la desaparición de las faltas del Código penal (113), mientras esto no ocurra debía establecerse una agravación por reincidencia en las faltas, por lo menos para los supuestos de mayor gravedad. La compatibilidad entre delitos y faltas prácticamente ya se da, a tenor de lo dispuesto en los artículos 515, 4.º y 528, 4.º, aunque debía buscarse otra fórmula que permitiera extenderse también a otros supuestos.

Mientras esto no ocurra, no tiene objeto la agravación por reincidencia que se establece en el artículo 572, para ciertos supuestos de intrusismo, así como la del artículo 596, para la quema de productos forestales y rastrojos.

3. La situación de privilegio que ostenta el hurto (art. 516, 3.º), ciertas estafas (art. 530) y apropiación indebidas (art. 535), no tiene

(112) Este problema de la administración de justicia es universal, véase del V Congreso de Prevención del Delito..., cit., A/CONF. 56/4.

(113) Véase CEREZO MIR, J., *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*, en «ANUARIO DE DERECHO PENAL», 1975, fasc. II, págs. 169-170.

razón de ser, máxime si tenemos en cuenta que lo que pretendía el legislador en un principio era todo lo contrario (114).

Por otra parte, mientras que el número 3.º del artículo 516 no ofrece dudas, ya que para apreciar la segunda reincidencia todos los delitos y condenas han de ser por hurto (no obstante, se apreció cuando los antecedentes eran por robo, S. 14-5-1965; hurto y robo, S. 25-5-1963, y hurto y estafa, S. 6-2-1970, aunque en estos supuestos se debió aplicar la agravante genérica, y la pena conforme a la regla 6.ª del artículo 61), la situación es más confusa en el artículo 530. En éste, por una parte, se hace referencia a los «delitos expresados en los números anteriores» (hay que entender los del art. 529), y por otra, a que los culpables fueren dos veces reincidentes en «el mismo o semejante especie de delito». Resulta:

a) Que la segunda reincidencia del artículo 530 no se aplica, en principio, a todas las estafas, sino solamente a las recogidas en el artículo 529, con lo que se restringe el privilegio.

b) Por otra parte, se extiende la posibilidad de aplicación, bajo la fórmula «o semejante especie de delito». Parece ser que el resto de las estafas deben considerarse semejantes, sobre todo si tenemos en cuenta la gran extensión del número primero del artículo 529. No cabe duda que la semejanza será mayor que la del hurto o apropiación indebida —y aun del robo y receptación—, que se computan como antecedentes para estimar la segunda reincidencia del artículo 530, y no la genérica de doble reincidencia del número 15 del artículo 10.

Se aprecia la agravación del artículo 530, en relación a un delito de estafa cometido, cuando los antecedentes eran por robo y hurto (S. 13-10-1970); robo y estafa (S. 20-3-1956); hurto y estafa (S. 30-3-1968); estafa y apropiación indebida (S. 2-11-1963); receptación (S. 5-4-1965).

Se aprecia la agravación del artículo 530, cuando es de apropiación indebida el delito cometido, siendo los antecedentes por robo y hurto (S. 28-9-1970); hurto y apropiación indebida (S. 1-3-1968); estafa y apropiación indebida (S. 8-6-1963); hurto y estafa (S. 6-3-1968) y hurto, estafa y apropiación indebida (S. 26-3-1963).

Por su parte, la sentencia de 21-10-1965 considera que por el mismo o semejante delito hay que comprender el robo, hurto y estafa.

La disparidad de criterios en la jurisprudencia lleva a estimar la segunda reincidencia en muchos casos en que habría que aplicar la doble reincidencia, elevando la pena en uno o dos grados, conforme a la regla 6.ª del artículo 61.

Resulta que no existe prácticamente diferencia, en atención a los delitos del título XIII del libro II del Código penal, para la apreciación de la segunda reincidencia, conforme al artículo 530, donde se recoge la fórmula «el mismo o semejante especie de delito», que lo dispuesto en la sentencia de 10-11-1970 en donde se dice que la multi-reincidencia a que se refiere la regla 6.ª del artículo 61 del Código

(114) Vid. supra nota 102.

penal se aplica a los que han repetido por lo menos dos veces el mismo o semejante tipo delictual.

Ante la improcedencia del privilegio, así como toda la problemática que hemos visto se plantea en relación a su apreciación, convendría la supresión del número 3.º del artículo 516, así como la derogación del artículo 530.

4. La repetición de faltas no debe nunca transformarse en delito, como sucede con el hurto, estafa y apropiación indebida (arts. 515, 4.º y 528, 4.º) (115). Mientras existan en el Código, y por no haber una agravación por reincidencia o reiteración, cabe la posibilidad de aplicar una medida de seguridad (116).

En relación con las faltas hay que hacer las siguientes observaciones:

a) Por qué no ha convertido el legislador en delito la repetición de otras faltas, como pueden ser las de lesiones, que son de mayor gravedad que las cometidas contra la propiedad.

b) Hay que resolver el problema de las cuantías en los delitos contra la propiedad, cuyo fundamento debe ser la culpabilidad (117). No debe pasarse de falta a delito simplemente porque se consiga una peseta más de botín, cuando normalmente la idea del delincuente es conseguir lo máximo posible. Pero estos son problemas ajenos al tema que nos ocupa, aunque debe hacerse la revisión correspondiente para la derogación del número 4.º del artículo 515 y el mismo número del artículo 528, así como también el párrafo segundo del artículo 593 y hacer las correcciones necesarias en el artículo 587.

6. Sin perjuicio de la conveniencia de que se mantenga o derogue el Título VII del Libro II del Código penal, que recoge los juegos ilícitos, lo que sí debe desaparecer es la agravación establecida para la reincidencia, tanto para los banqueros y dueños de las casas de juego de suerte, envite o azar, como para los jugadores que concurrieren a ellas (art. 349).

7. Lo mismo cabe decir del párrafo segundo del artículo 381.

8. Tampoco hay razón para mantener la agravante específica de reincidencia en las infracciones del derecho de autor y propiedad industrial (art. 534), defraudaciones del artículo 533 o del fluido eléctrico (art. 537), por lo que deben desaparecer del Código.

9. En atención a los problemas que plantea la legislación de otros países, sistemas de administración de justicia, y dificultades en conseguir antecedentes, convendría no tener en cuenta las condenas de los Tribunales extranjeros a efectos de apreciar la agravante de reincidencia por delitos cometidos en España. Por tal motivo todavía tiene menos justificación que se mantenga de forma especial para delitos de falsificación de moneda metálica y billetes del Estado y Banco

(115) Véase art. 593, p. segundo, en donde la infracción cometida después de dos condenas por pastoreo abusivo, se castiga como delito de hurto comprendido en el número 4.º del art. 515.

(116) Véase art. 2.º, 15 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

(117) Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte especial, cit., pág. 326.

(art. 289), estupefacientes (art. 344 p. último) y delitos relativos a la prostitución (art. 452 bis f) y no para otros también de gran trascendencia internacional, como puede ser el terrorismo. Por todo ello, deben ser derogados los preceptos anteriores.

Con la eliminación de todos los supuestos de reincidencia especial del Código, todos los delitos se regirán por la agravante genérica de reincidencia —fundándose reiteración y reincidencia y desapareciendo la doble reincidencia— y las faltas también por una disposición genérica.

Otras consideraciones de *lege ferenda*:

Hay algunos artículos del Código que tienen cierta relación con la repetición de conductas delictivas, que son:

1. No se concede la condena condicional a quienes con anterioridad hubieran cometido otro delito (art. 93-1.^o). Aunque esta situación no siempre equivale a reiteración o reincidencia, no cabe duda que tanto una como la otra impiden la concesión de tal beneficio. Hay casos en que se debe conceder, aunque haya antecedentes por otro delito, sobre todo cuando entra en juego un delito culposo. Por otra parte, el Tribunal puede concederla o no en base a una serie de presupuestos, que se pueden valorar en cada caso (art. 93) (118).

2. Pérdida de tiempo en libertad condicional. Debe mantenerse tal pérdida debido a la recaída en el delito, ya que uno de los requisitos para su concesión es que ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad (art. 98, 4.^a y 99 p. segundo del Código penal y art. 53 del Reglamento de los Servicios de Prisiones). Sin embargo, convendría derogar el párrafo segundo del artículo 99, a fin de no utilizar en el Código los términos reiteración y reincidencia fuera del artículo 10, que por otra parte, como ya se apuntó, solamente quedaría la reincidencia. Por ello, al párrafo primero del artículo 99 se le agregaría un último inciso —que incluso podría ser un párrafo segundo— en el que se recogiera «la comisión de un nuevo delito llevará consigo la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional».

3. En su momento se pidió la conveniencia de la prescripción para la reincidencia, por lo que sería necesario derogar el último inciso del párrafo cuarto del artículo 118, donde se dice: «excepto cuando lo soliciten los Jueces y Tribunales, en causa criminal para apreciar la reiteración o reincidencia». La cancelación de antecedentes no debe tener efectos posteriores por la comisión de nuevos delitos (119).

4. Dispone el párrafo último del artículo 118 que «sin necesidad de declaración especial, quedará sin efecto la cancelación otorgada y recobrará plena eficacia la inscripción cancelada si el rehabilitado cometiera, con posterioridad, nuevo delito». Aunque la comisión de un nuevo delito no supone necesariamente reiteración o reincidencia, no cabe duda que cualquiera de ellas surte esos efectos.

Convendría la derogación de este párrafo del artículo 118 del

(118) Véase DEL TORO MARZAL, A.; en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO, CASABÓ, *Comentarios al Código penal*, cit., II, pág. 512.

(119) Véase DEL TORO MARZAL, *Comentarios*, cit., II, pág. 719.

Código penal, ya que con la cancelación deben quedar olvidados los antecedentes a todos los efectos (120).

También en el artículo 4.º de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social se hace referencia a la repetición de conductas, aunque no se precise la reiteración o reincidencia. Dispone este artículo que «también podrán ser sometidos a los preceptos de esta Ley los condenados por delitos en quienes, por las demás circunstancias que concurren en ellos, sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social». Prescindiendo de otras consideraciones (121), parece que la Ley sigue un poco la línea mantenida por la jurisprudencia en algunas sentencias, en cuanto considera la posibilidad de que a partir del segundo delito aparezcan sujetos que pueden ofrecer peligrosidad (Ss. 10-6-1960, 9-6-1970 y 22-10-1970).

Mir Puig estima, tras pedir la supresión de reiteración y reincidencia, que «debería bastar a las necesidades preventivas la organización de medidas de seguridad que el artículo 4.º de la LPRS efectúa para los casos de habitualidad demostrativa de peligrosidad» (122). Esto resultaría insuficiente, ya que en muchos casos es más corta la medida que la pena que correspondería al autor de un delito con la agravante de reincidencia, por lo que al autor le convendría simular una situación de peligrosidad. Tampoco cabría pena y después medida (123) (124). La solución puede estar en el sistema de ejecución, que se verá seguidamente en las conclusiones. En todo caso estariamos ante medidas posdelictuales, por lo que ese artículo no tiene razón de estar en la LPRS, a lo sumo debía recogerse en el Código penal (125).

IV

CONCLUSIONES

Como resumen del presente trabajo cabe recoger las directrices generales que se han propuesto desde el punto de vista de *lege ferenda*, y que son: a) Unificación de reiteración y reincidencia en una sola

(120) Véase DEL TORO MARZAL, *Comentarios*, cit., II, págs. 720 y ss.

(121) SERRANO GÓMEZ, A., *La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en «ANUARIO DE DERECHO PENAL», 1974, fasc. II; *Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», 1974.

(122) MIR PUIG, *ob. cit.*, págs. 546-547.

(123) SERRANO GÓMEZ, *op. cit.*

(124) En el *Código Penal Tipo para Latinoamérica* se establece en el art. 72: «Cuando la pluralidad o la reiteración de los hechos realizados demostraren la habitualidad o profesionalidad criminal del imputado, se le agravará la pena aumentando en la mitad el mínimo y el máximo respectivos. En lugar de esta agravación el Tribunal podrá optar por la aplicación de una medida de seguridad de internación o de vigilancia, que será cumplida después de la pena impuesta».

(125) SERRANO GÓMEZ, *op. cit.*

agravante, bajo la denominación de reincidencia, siendo la pena igual que para las demás agravantes, la que corresponda al delito en su grado máximo; b) debe, por tanto, derogarse la doble reincidencia, ante la gravedad que supone elevar la pena en uno o dos grados, por lo que también debe eliminarse el inciso último de la regla 6.^a del artículo 61, donde se recoge esa agravación; c) derogación de todos los supuestos del Código penal donde se agrava de forma especial la reincidencia, ya que todos los delitos deben regirse por la agravante genérica; d) no se deben tener en cuenta las condenas de tribunales extranjeros; e) hay que establecer un plazo para la prescripción de los antecedentes que puedan computarse para la aplicación de la reincidencia; f) convendría llegar a una situación en que solamente se computaran los antecedentes por las condenas impuestas por delitos del Código penal; g) a efectos de la agravante no debían computarse los delitos culposos, que podían jugar entre ellos; h) mientras se mantengan las faltas en el Código, debe haber una agravante genérica por reincidencia, no teniendo razón que solamente se mantenga esta situación para algunos supuestos.

Sin olvidar el principio de culpabilidad, y en atención a que la peligrosidad se da con más frecuencia en los sujetos que vuelven a caer en el delito que en los primarios, y en relación a la imposición de la pena y su ejecución, la solución podría ser:

En principio se impondría la pena en su grado máximo. Habrá una diferencia en el tratamiento, según que el sujeto se considere peligroso o no. Se trata, en definitiva, de sustituir pena por medida (126).

El sujeto reincidente peligroso, en principio, no tendrá derecho a redención de penas por el trabajo, ni libertad condicional, así como tampoco a los indultos generales. De esta forma se dispone de un período de tiempo mayor para el tratamiento, que podría reducirse cuando hubiera dejado de ser peligroso (computándosele el tiempo en prisión y de trabajo, para redención de penas y libertad condicional así como los beneficios de los indultos). Sería una especie de división del proceso en dos fases, una primera para determinar la culpabilidad, con fijación de la pena, y una segunda donde se establecería el tratamiento. Estaríamos, en definitiva, ante la individualización de la pena.

El sistema es sencillo, podría aplicarse a otros delincuentes no reincidentes, pero se tropieza con las dificultades criminológicas ante el diagnóstico y tratamiento.

(126) En la *Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código penal*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, diciembre, 1972, se prevé la posibilidad de sustituir pena por medida, Base 7.^a, 10.

La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas⁽¹⁾

ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA
Profesor Adjunto interino de Derecho penal

I. INTRODUCCION

La problemática concursal es siempre compleja, pero en los delitos de asociaciones ilícitas previstos en los artículos 172 y siguientes de nuestro Código reviste especial dificultad, fundamentalmente desde la reforma de 1944. En efecto, los Códigos de 1870 y 1932 (2) sólo conocieron, como asociaciones ilícitas, las contrarias a la “moral pública” y las que tuvieran “por objeto cometer algún delito” de los tipificados en el propio Código. La ilicitud de una asociación, por tanto, era ilicitud de su “objeto” y los únicos criterios que permitían fundamentarla (la Ley Penal y los postulados de la moral pública) exigían se constase, judicialmente y caso a caso, la contradicción entre el programa y fines de aquélla y el ordenamiento penal. Por el contrario, la reforma de 1944 ni se atiene exclusivamente al “objeto” social, ni acude sólo a la moral pública y a la Ley Penal para determinar la ilicitud de una asociación. Por ello, aunque conserva los pilares básicos del sistema tradicional —los hoy números 1.º y 2.º del art. 172— puede afirmarse que la complica y desvirtúa (3), al incorporar un prolijo y heterogéneo catálogo de figuras delictivas, inspiradas en otros criterios de política criminal y de muy distinta estructura técnica y “ratio legis”. Porque los nuevos preceptos, que proceden de la

(1) Este trabajo responde, esencialmente, al contenido del Capítulo VII de mi tesis doctoral (*La asociación para delinquir*, págs. 453 a 520), presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y que obtuvo la calificación de “sobresaliente cum laude”. Al director de la tesis, doctor don José María Rodríguez Devesa, y a los profesores doctor don Antonio Ferrer Sama (presidente), doctor don Marino Barbero Santos, doctor don Enrique Gimbernat Ordeig y doctor don Horacio Oliva García, que integraban el Tribunal, quiero expresarles mi agradecimiento por sus observaciones, críticas y sugerencias que he tenido en cuenta antes de redactar estas páginas.

(2) Arts. 198 y ss., y 185 y ss., respectivamente.

(3) A dicha “complicación” se refiere RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte Especial, 1975 (6.ª ed.), pág. 653.

Ley de Seguridad del Estado (4), persiguen, ante todo, reforzar penalmente las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho de asociación; interesa el control riguroso de éste y evitar todo posible resquebrajamiento que conduzca a la impunidad, pretensión a la que se sacrifica cualquier otra exigencia, incluidas las de técnica legislativa. Prueba de ello son los catálogos de ilicitudes, previstos en los artículos 172 y 173, a veces reiterativos y superfluos. Por otra parte, el "objeto" de la asociación es ahora uno más de los factores que determinan su ilicitud, ya que ésta puede derivar también de la mera "prohibición" del grupo o partido, de su constitución o funcionamiento irregular, de su inclusión en los catálogos de asociaciones "declaradas fuera de la Ley" etc., etc., todo ello sin necesidad de que el objeto de la asociación concreta fuese constitutivo de delito o contrario a la moral pública, según constatación judicial. Nuestro Código adolece, por tanto, de una evidente falta de armonía interna, porque responde a dos sistemas que en sus premisas filosóficas, técnicas y de política criminal parecen irreconciliables. La difícil coexistencia de ambos, así como las finalidades y técnica legislativa de la reforma de 1944, hacen muy compleja la problemática que examino. A esto se une un explicable vacío doctrinal; pues sin duda la indiscutible conexión de nuestro Código con las soluciones políticas que le sirven de base han restado interés al tema (5). Por lo general, se señalan los efectos inherentes a la técnica del catálogo de los artículos 172 y 173 (interferencias, reiteraciones, yuxtaposiciones, etcétera), pero no se aborda con detenimiento el examen particularizado de la problemática concursal (6). Lo mismo sucede con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que es comprensible porque el argumento de la "pena justificada" (7) y el formalismo y limitaciones propias del cauce de la casación constituyen un marco demasiado rígido para la filigranesca temática del concurso (8): la correcta subsunción de los hechos en una u otra figura de delito parece tener un interés secundario si es obvia la ilicitud de la asociación concreta. En este sentido —y aunque

(4) Excepto, por ejemplo, los núms. 3.º y 4.º del art. 172. Aquí reside el problema que plantean algunos artículos, como el núm. 2.º del art. 174, que, al ser trasplantados literalmente, perdieron el sentido que tenían en la L. S. E.; o el de otros, como el 513, a los que sucede lo mismo, precisamente por la razón contraria: por ignorar el legislador los presupuestos lógicos y legales que les justificaba en aquella ley, pero no en el Código de 1944. El trasplante al que me refiero explica también la extraña conexión entre los arts. 172 y 173.

(5) En este sentido, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, III, Murcia (1948), pág. 120; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, II Madrid (1946), pág. 59.

(6) Ferrer Sama apunta, por ejemplo, cómo la reforma de 1944 ha motivado la automática superación de algunas de las figuras delictivas que la precedieron —y que no obstante se conservan en el Código—: el núm. 1.º del art. 172 (*Comentarios*, cit., III, págs. 116 y 117).

(7) Vid. sentencia de 4 de octubre de 1968, Aranzadi, núm. 4001.

(8) Entre los fallos más recientes que plantean con absoluto rigor el problema concursal, cabe citar el de 29 de octubre de 1973 (Ar., núm. 3997): M. Ponente, Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos.

no sea fiel exponente de la doctrina jurisprudencial— es muy significativa la sentencia del 9 de diciembre de 1968, en la cual se llega a afirmar que el catálogo de ilicitudes del artículo 173 no es “exhaustivo”, sino “meramente ilustrativo”, reputándose ilícita la asociación del caso a tenor de los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 172 “o cualquiera de los cinco apartados del artículo 173” (9). El ingrediente político de la reforma de 1944 no pasa inadvertido al Tribunal Supremo (10), alguno de cuyos fallos invocan expresamente el mismo como criterio interpretativo (11), para excluir —por ejemplo— la aplicación del número 4.º del artículo 172. Y pesa, lógicamente, en la evolución y vicisitudes de una jurisprudencia flexible y progresiva, como lo demuestra la distinta calificación que con el tiempo merece a nuestros tribunales un mismo grupo o entidad ilegal (12). Pero los reparos que puedan oponerse a aquélla son consecuencia, ante todo, de una defectuosa, casuística y reiterativa fórmula legal, imputable sólo al legislador (13).

Anunciada una reforma de los artículos 172 y siguientes del Código, me parece oportuno llamar la atención sobre esta materia que es tal vez de las más necesitadas de una revisión profunda. Y no dudo que contaría con fácil consenso. Mi propósito es trazar y fundamentar, en lo posible, una delimitación de los tipos penales des-

(9) Aranzadi, núm. 5259. En esta línea cabe citar, especialmente, las sentencias de 23 de enero de 1967 (Ar., núm. 143) y la de 4 de octubre de 1968 (Ar., núm. 4001).

(10) El C. P. “no hace sino trasladar a su peculiar antijuricidad la ilicitud previamente declarada en la normativa general”, afirma la sentencia de 15 de febrero de 1971 (Ar., núm. 623).

(11) La sentencia de 25 de octubre de 1969 (Ar., núm. 5179) no aplica el núm. 4.º del art. 172 a una asociación, dado el marcado “cariz político” de la misma.

(12) Me refiero a las Comisiones Obreras. La sentencia de 16 de febrero de 1967 (Ar., núm. 719) las declara ilícitas al amparo del núm. 4.º del art. 174, incurriendo en responsabilidad sólo sus directivos. La posterior de 15 de octubre de 1968 mantiene igual doctrina, pero aplica el núm. 3.º del art. 172, reputándolas asociaciones “prohibidas” (incurren en responsabilidad, por tanto, también sus meros individuos). Dos fallos, de 17 de octubre de 1968 (Ar., núm. 4316) y de 9 de diciembre del mismo año (Ar., núm. 5259) estima correctamente aplicado a tales Comisiones Obreras el núm. 4.º del art. 172, no sin advertir que, “con mayor rigor, podrían haberse tipificado bajo el núm. 3.º de los arts. 172 ó 173”, como asociaciones “prohibidas”. La doctrina jurisprudencial más reciente las considera “filiales del Partido Comunista”, a todos los efectos. Una documentada exposición de dicha doctrina puede hallarse en la sentencia de 10 de noviembre de 1972 (Ar., núm. 4804).

(13) Entre estas imprecisiones, cito: el reputar “prohibidas” determinadas asociaciones, simplemente porque fueron declaradas ilícitas por vía jurisprudencial al amparo del núm. 3.º del art. 173 (vid. sentencia de 17 de octubre de 1968, Ar., núm. 4316); estimar “prohibidas” determinadas asociaciones a las que se aplica, sin embargo, el núm. 4.º del art. 172, es decir, asociaciones irregulares (sentencia de 15 de octubre de 1968, Ar., núm. 4286); invocación o aplicación a una misma asociación de una pluralidad —innecesaria— de figuras delictivas (vid. sentencia ya citada de 23 de enero de 1967 o la de 9 de diciembre de 1968); creación de discutibles relaciones de especialidad entre unas y otras figuras de delito (sentencia de 16 de enero de 1960, Ar., núm. 26 y 22 de diciembre de 1970, Ar., núm. 5546).

critos en los artículos 172 (núms. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º), 173 (núms. 1.º a 5.º, ambos inclusive) y 174 (párrafos terceros y cuarto del núm. 1.º), objetivo no sólo viable, sino necesario y que constituye el presupuesto de este trabajo. Pretendo, en segundo lugar, demostrar que algunas de las figuras delictivas incorporadas con la reforma de 1944 son superfluas y deben suprimirse, sin menoscabo incluso para las metas que entonces se trazó el legislador. Prescindiendo de las modificaciones que una nueva óptica política imponga a la fórmula legal vigente, creo que, en todo caso, ésta ha de retornar a sus perfiles originarios, a los del Código penal de 1870, lo que potenciará necesariamente un precepto casi enigmático convertido hoy en letra muerta: el número 2.º del artículo 172.

Examino, para ello, los principales supuestos de concurso de leyes a que dan lugar los artículos antes relacionados, que plantean el problema de las fronteras de los respectivos tipos. También, las principales hipótesis de concurso de delitos, para el caso de la efectiva realización del programa criminal de la asociación ilícita por el miembro de la misma. Aunque sólo desde la temática del concurso, me referiré a los problemas que suscitan, entre sí, la asociación criminal, la conspiración para delinquir y la asociación para cometer el delito de robo, haciendo lo propio con los delitos de asociaciones ilícitas, reuniones no pacíficas y propagandas ilegales que, en la práctica, suelen aparecer íntimamente unidos.

II. CONCURSO DE LEYES

A) *Fundamentación.* — Un eventual concurso de tipos penales puede ser sólo aparente, porque uno de ellos desplace o excluya a los otros. Esto sucede, a mi juicio, en los delitos de asociaciones ilícitas tanto en lo que se refiere a las diversas causas fundamentadoras de la ilicitud, como a las formas punibles de participación en la empresa criminal. Respecto a las primeras no cabe duda que las causas de ilicitud previstas en los artículos 172, 173 y 174 son conceptualmente distintas. Sin embargo, el legislador las equipara: cualquiera de ellas determina la ilicitud de la asociación y las penas en que incurrén los miembros y directivos de ésta son, respectivamente, las mismas, sea cual fuere el fundamento de su ilicitud (14). Podría hablarse, entonces, del carácter “alternativo” de los tipos aludidos, entendiendo por “alternatividad” (15) aquella técnica legislativa en virtud de la cual

(14) A excepción de las asociaciones previstas en el núm. 4.º del art. 172, cuyos meros individuos no incurrén en responsabilidad alguna, y aquellas otras a las que se refiere el párrafo tercero del art. 174, 1.º, por ser éste un tipo cualificado.

(15) Se trata, pues, de una alternatividad, pero “al revés”, de tipos o “leyes penales mixtas alternativas”, ya que se equiparan a efectos de pena comportamientos heterogéneos o que, en principio, revisten distinta gravedad. Lo que no tiene nada que ver con la relación de alternatividad, fundamentadora del concurso de leyes, que consiste en castigar con penas distintas

se equiparan, a todos los efectos, comportamientos heterogéneos o de distinta entidad que devienen fungibles: es indiferente cuál de ellos concurra, porque las consecuencias juridicopenaes son las mismas. Esta técnica, muy acorde con los objetivos del legislador de 1944 (16), descarta la posibilidad de un hipotético concurso de delitos, en el caso de que coincidieran en una misma asociación una pluralidad de causas que por sí solas hubieran podido fundamentar la ilicitud de la misma: éstas se excluyen, no se acumulan; solución que parece obligada desde el momento en que el Código establece las mismas penas y, por tanto, equipara en gravedad fines asociativos heterogéneos (17). Es claro que el legislador ha querido ofrecer un muestrario de ilicitudes, un catálogo de prohibiciones de muy distinta naturaleza; pero lo es también que ha equiparado todas ellas, por lo que no serían justificadas ulteriores discriminaciones (18). El problema se plantea en otros términos, sin embargo, a propósito de las asociaciones del número 4.º del artículo 172 y del párrafo tercero del artículo 174, 1.º, que tienen asignada una penalidad específica: pero tampoco aquí cabe el concurso de delitos, si bien no podrá invocarse el criterio de la "alternatividad", sino el de "especialidad" o "subsidiariedad" para resolver el concurso de "leyes".

Las formas de participación en la asociación ilícita, por el carácter exhaustivo y no comunicable con que se configuran, fundamentan también el concurso de leyes, en el caso de una hipotética concurrencia de varias de ellas. Parece que no se puede responder, por ejemplo, como "fundador" y "presidente" de una misma asociación; ni como "mero individuo" y "favorecedor" al propio tiempo. También aquí los respectivos títulos de participación ("fundador", "director", "presidente", "favorecedor") se excluyen entre sí (19). Creo que esto

hechos fundamentalmente idénticos. Vid., RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español*, Parte General, 4.^a ed. (1974), págs. 160, 161 y 353.

(16) El legislador de 1944 parte de la necesaria y automática comunicación de las limitaciones "administrativas" al ejercicio del derecho de asociación y las correlativas sanciones "penales". Sólo le preocupa pueda quedar algún resquicio que conduzca a la impunidad o a la falta de un control debidamente reforzado con la sanción penal. De ahí el derroche de fantasía y el casuismo de los catálogos —auténticos muestrarios— de los arts. 172 y 173, con las consiguientes repeticiones, yuxtaposiciones y superposiciones de normas.

(17) Un planteamiento semejante, para el ordenamiento italiano, en BOSCARELLI, M., *Associazione per delinquere*, Enciclopedia del diritto, III, (1958), pág. 870.

(18) Compárense, por ejemplo, los núms. 2.º y 4.º del art. 172; o los núms. 1.º y 2.º del art. 173.

(19) El problema más complejo lo presenta el favorecimiento al que se refiere el núm. 2.º del art. 174, cuyo origen se encuentra en la Ley de Seguridad del Estado, de la que se transcribió defectuosamente (se limita ahora a ciertas asociaciones ilícitas, pero no a todas ni a las más peligrosas). Este precepto se concibió, sin duda, con carácter subsidiario, para incriminar la conducta de apoyo económico cualificado a organizaciones ilegales por quienes no eran miembros de las mismas. Pero al haberse señalado penas tan severas (más aún que las de los directivos de la asociación) y hecho extensible a "cualquier clase" de cooperación a la asociación, ha quedado desvirtuado. Que personas ajenas a la asociación, que realizan comportamientos "accesorios", reciban

es así incluso en casos en los que cabría delimitar comportamientos sucesivos, subsumibles en tipos también distintos: actividad “fundacional” seguida, por ejemplo, del ejercicio de funciones “directivas”, “dirección” efectiva de la asociación, precedida de un período de simple “militancia” —o, a la inversa—, etc. Esta tesis parece evidente cuando el Código establece las mismas penas para unas y otras formas de participación: es el caso de los “fundadores, directores y presidentes”, a quienes equipara el artículo 174, 1.º. Pero incluso cuando esto no es así (penas del mero individuo respecto a los directivos o favorecedores), la solución no debe ser otra: se ha de castigar el comportamiento previsto en el Código con una pena más grave, sin que importe la eventual concurrencia, simultánea o sucesiva, de otros igual o menos graves, respecto a la misma asociación. El principio de inherencia, el de consunción o el de impunidad de los actos preparatorios o posteriores resolverán, en cada caso, el concurso de leyes.

B) *Hipótesis de concurso de leyes y solución a las mismas.*—Las diversas causas de ilicitud de los artículos 172 y 173 se excluyen entre sí, al igual que los posibles títulos de participación en las asociaciones ilícitas (artículos 174, 1.º; 174, 2.º, y 175, 4.º), pero con esto no se prejuzga ni resuelve cuál es el tipo que prevalece. Para fundamentar el criterio, que, en cada caso, decide el concurso de leyes es necesario un examen particularizado de los respectivos tipos. Distingo tres grupos de casos, según la naturaleza y procedencia histórica de las normas en conflicto:

a) *Los números 1.º y 2.º del artículo 172 con relación a las figuras delictivas incorporadas con la reforma de 1944.*—Estas hipótesis concursales son las de más difícil solución, porque los preceptos citados, según dije, son el exponente de sistemas y concepciones irreconciliables. Se trata, además, de magnitudes en cierto sentido heterogéneas: los números 1.º y 2.º del artículo 172 se refieren a la delincuencia asociada, a la criminalidad común, mientras que los tipos incorporados con la reforma de 1944 van dirigidos, inequívocamente, a manifestaciones asociativas de carácter político. Todo ello hace muy problemática una solución técnicamente satisfactoria y, al propio tiempo, verosímil con arreglo a la “mens legislatoris”. Para simplificar este análisis tomo como único punto de referencia, de las primeras asociaciones, las previstas en el número 2.º del art. 172 (20):

1) *Número 2.º y número 4.º del artículo 172.*—Parto de la distinta “ratio legis” y estructura de cada tipo. El número 2.º hace referencia al “objeto” de la asociación: es su contradicción con la ley

penas, en su caso, más severas que los propios dirigentes de ésta, creo es cuestionable. Como lo es, también, que —por principio— el hecho de la afiliación, o el de ostentar cargos de presidente, director o fundador, excluya la aplicación del art. 174, 1.º, ya que este último impone penas más graves (art. 68) y no parece que la ley persiga fomentar la afiliación a asociaciones ilegales.

(20) En algunos casos parece que el legislador no reparó en que los números 1.º y 2.º del art. 172 hacían innecesarias algunas de las figuras que introdujo en 1944, por ejemplo: art. 173, núm. 2.º; en otros, los nuevos tipos cubren supuestos no subsumibles en los antes citados, vg.: art. 173, núm. 4.º

penal la que determina la ilicitud de aquélla. El número 4.º, sin embargo, contempla sólo la “constitución” o “establecimiento” —no el objeto— de la entidad, de modo que su ilicitud viene dada por la mera inobservancia de determinados requisitos y trámites exigidos en normas no penales. Cabe, pues, imaginar cuatro supuestos que resuelvo así. *Primer supuesto*: asociación, constituida irregularmente, que tiene por objeto cometer algún delito (hipótesis normal, porque esta clase de asociaciones lo lógico es que no pretendan siquiera una apariencia de legalidad formal). Procede entonces aplicar el número 2.º del artículo 172, careciendo de relevancia la natural clandestinidad de la asociación: prevalece el desvalor de la ilicitud material sobre el de la ilicitud formal, en todo caso a tenor de lo dispuesto en el artículo 68 del Código penal. *Segundo supuesto*: asociación de fines ilícitos, que adquiere personalidad jurídica (forma civil o mercantil), ocultando su objeto real. Sólo cabe aplicar el número 2.º del artículo 172, porque el objeto social es delictivo, aunque haya adquirido fraudulentamente una apariencia de legalidad. Decide el “objeto”, no la “forma” que éste revista. Lo contrario, a mi juicio, es un prejuicio formalista que prima el fraude y desvirtúa la misión del propio ordenamiento jurídico, ya que las normas civiles o mercantiles no pueden ser una patente de corso que amparen a quienes se cobijan en ellas para delinquir impunemente. El Código reputa ilícitas “las” asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito, es decir, todas las que persigan tales fines, sea cual fuere la forma que adopten. Contra algún sector de nuestra doctrina (21), que excluye de la disciplina de las asociaciones ilícitas a aquéllas que se “constituyeron” legalmente, considero que tal restricción carece de apoyo legal. *Tercer supuesto*: asociación de fines lícitos, clandestina o irregular. Debe aplicarse el número 4.º del artículo 172. Evidentemente, podrá objetarse que la reacción penal —en cuanto a su alcance— es entonces desmedida; que se borran los límites del ilícito penal y el administrativo; e, incluso, que en tal caso no sería acorde con una sana política criminal criminalizar unos comportamientos de participación en asociaciones prescindiendo de la licitud o ilicitud del objeto de las mismas. Sin embargo, creo que no es otra la “ratio legis”. Lo corrobora, a mi juicio, un dato histórico: en los Códigos, mucho más técnicos, de 1870 y 1932, la constitución irregular de una asociación no determinaba su ilicitud, sino unas responsabilidades penales para los promotores. Pero la reforma de 1944 cambió inequívocamente de criterio, al incluir este supuesto en el propio artículo 172, junto con las demás asociaciones ilícitas, y equipararlo a éstas. Dicho cambio no es un giro estilístico (tampoco ahora responden los “meros individuos” de estas asociaciones), sino que es perfectamente coherente con las directrices de la mencionada reforma, ya que conduce a reforzar con la pena las restricciones al ejercicio del derecho de asociación y asegura el control del mismo. Otro argumento, lógico,

(21) La tesis restrictiva se mantiene por FERRER SAMA, *Comentarios*, cit., III, pág. 118; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, cit., II, pág. 63.

conduce a la misma tesis: contando el legislador de 1944 con el número 2.º del artículo 172, que fundamenta la ilicitud de las asociaciones de objeto delictivo, sólo puede corresponder a este posterior número 4.º una finalidad supletoria y subsidiaria respecto al anterior, para comprender las asociaciones no subsumibles en el número 2.º. Si el número 4.º exigiera la ilicitud del objeto de la asociación, no hubiera sido necesaria su incorporación al Código, porque tales asociaciones son ya ilícitas al amparo del número 2.º del artículo 172. Entiendo, por tanto, que las críticas y restricciones que se suelen oponer a esta solución tienen sólo sentido “de lege ferenda” (22). *Cuarto supuesto*: asociación irregularmente constituida, que tiene por objeto alguna de las finalidades mencionadas en el párrafo tres del artículo 174, 1.º Prevalece, entonces, este tipo cualificado, ley especial respecto al número 2.º del artículo 172, pudiéndose reproducir, “mutatis mutandis” la argumentación expuesta a propósito del supuesto primero. La consecuencia es que incurrirán en responsabilidad también los meros individuos de estas asociaciones.

El Tribunal Supremo ha abordado en diversos fallos el problema de la naturaleza e interpretación del número 4.º del artículo 172 (23), afirmando expresamente que se trata de “una disposición en blanco” que se remite a la normativa legal sobre constitución y funcionamiento de las asociaciones (24); que “criminaliza” un ilícito puramente administrativo (25), y que no exige la ilicitud de los fines de la asociación, porque el número 4.º no entra en el problema de “fondo” del objeto social, sino en el meramente “formal” de la constitución de la entidad con arreglo a la Ley de Asociaciones (26). Su delimitación respecto al número 2.º no me consta se haya planteado, si bien en más de una ocasión y especialmente cuando las asociaciones examinadas contaban con gran número de miembros, ha aplicado el número 4.º del artículo 172, a pesar de que la ilicitud de los fines perseguidos hubiera autorizado una calificación más rigurosa (27).

2) *Números 2.º y 3.º del artículo 172.*—La estructura y “ratio legis” de ambos tipos difiere, también, pues el número 3.º fundamenta la ilicitud de la asociación en el mero hecho de haber sido “prohibida”, con independencia de que su objeto sea o no constitutivo de

(22) Para Rodríguez Devesa, el supuesto a que se refiere el art. 172, número 4.º, es “el más general y tácitamente subsidiario de todos los demás”. El autor propone un importante criterio restrictivo: los requisitos y trámites que aquél menciona son los establecidos por la Ley y no por normas de inferior rango jerárquico (ob. cit., pág. 658).

(23) Fundamentalmente: sentencias de 11 de marzo de 1964 (Ar., número 1412), 16 de febrero de 1967 (Ar., núm. 719), 15 de octubre de 1968 (Ar., núm. 4286), 17 de octubre de 1968 (Ar., núm. 4316), 9 de diciembre de 1968 (Ar., núm. 5066), 25 de octubre de 1969 (Ar., núm. 5179), 26 de mayo de 1972 (Ar., núm. 2759), 29 de octubre de 1973 (Ar. núm. 3997), etc.

(24) Así, sentencia de 26 de mayo de 1972, cit.

(25) Sentencia de 14 de octubre de 1969 (Ar., núm. 5066).

(26) Sentencia de 17 de octubre de 1968 (Ar., núm. 4316) y 20 de diciembre de 1974.

(27) Vid. sentencias de 23 de enero de 1967, cit., y de 25 de octubre de 1969, cit.

delito. Es obvio que no toda asociación criminal se halla prohibida por la autoridad competente (28), ni toda asociación prohibida ha de tener por objeto cometer algún delito. El problema se presenta cuando, aparentemente, una asociación es ilícita por ambos conceptos. ¿En favor de qué precepto —y por qué— se resuelve el concurso de leyes? Cabe mantener que el número 2.º del artículo 172 es tácitamente subsidiario respecto al número 3.º, esto es: que contempla no todas las asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito, sino sólo aquéllas que, siendo éste su fin, no fueren ya de las prohibidas por la autoridad, a tenor del número 3.º del propio artículo 172. Pero puede esgrimirse la tesis opuesta: el número 3.º cumple una función subsidiaria con relación al número 2.º, en el sentido de que sólo pueden reputarse ilícitas —en cuanto prohibidas— al amparo de dicho número 3.º las asociaciones que no lo fueran ya por razón de su objeto. La tradicional inaplicación del número 2.º del artículo 172 parece corroborar la primera tesis: la flexibilidad y amplitud del número 3.º habría determinado —podría decirse— que el número 2.º, precepto más exigente, pero meramente subsidiario, no se estime por los tribunales. Sin embargo, me inclino por el segundo punto de vista, porque el número 3.º no es más que un añadido de la reforma de 1944. Lo lógico es que el legislador acudiera al mismo para hacer extensible la ilicitud a asociaciones que no hubieran podido declararse ilícitas al amparo de los números 1.º y 2.º del artículo 172 que seguían vigentes. En principio, pues, el número 3.º tiene carácter subsidiario respecto al número 2.º y debe reservarse para las asociaciones prohibidas no subsumibles en el número 2.º (29).

3) En términos muy semejantes se plantea el problema entre *los números 2.º del artículo 172 y 3.º del artículo 173*.—Evidentemente, no toda asociación criminal se halla declarada fuera de la ley, ni toda asociación de las declaradas fuera de la ley tiene por objeto cometer algún delito (no es ésta, al menos, la razón por la que se “prohíben” o “declaran fuera de la ley” los grupos y partidos). Entiendo, como en la hipótesis anterior, que el número 3.º debe reputarse tácitamente subsidiario respecto al número 2.º del artículo 172, de modo que si la asociación declarada fuera de la ley tiene por objeto la comisión de algún delito, procede aplicar el número 2.º del artículo 172 y no el 3.º del 173. Considero obligada esta solución, pues, en otro caso, habría que admitir que no se reparó en absoluto en el número 2.º del artículo 172 (precepto que se retocó convenientemente) o que se prescindió de todo rigor en la técnica legislativa adoptada. Lo discutible es, sin duda, la necesidad o conveniencia —desde

(28) Una asociación que tiene por objeto cometer delitos de “estafa”, por ejemplo, no es de las “prohibidas por la autoridad competente”, sino ilícita a tenor de lo dispuesto en el núm. 2.º del art. 172.

(29) Aunque no descarto la posibilidad de que el legislador, preocupado por otros objetivos, no se hiciera estos planteamientos. Tal vez no pensó más que en criminalizar todos los supuestos que imaginó, sin reparar en si ello era absolutamente imprescindible o no.

un punto de vista de política criminal— de este tipo subsidiario, pues no siendo constitutivo de delito el objeto de estas asociaciones (art. 173, 3.º), sólo mediante este precepto puede fundamentarse la responsabilidad penal de quienes participan en las mismas.

4) En igual relación de subsidiariedad tácita se encuentran, respecto al número 2.º del artículo 172, *los números 1.º, 4.º y 5.º del artículo 173*, que procederá aplicar siempre que las respectivas asociaciones no tuvieren por objeto cometer algún delito.

5) Distinto es, en parte, el problema que plantean las asociaciones constituidas para atacar la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, etc., del *número 2.º del artículo 173*. ¿Cabe suponer que estas asociaciones no son ya ilícitas, por razón de su “objeto” delictivo, al amparo del 172, 2.º? Parece que no. ¿Para qué se mencionan entonces? Técnicamente creo que carece de justificación este número 2.º, pues si algún sentido pudiese tener una referencia expresa a las mismas sólo sería el de configurar un tipo cualificado por la especial gravedad de los fines de tales asociaciones ilícitas, lo que no hace nuestro Código. Resulta entonces: 1.º Que se crea una hipótesis de concurso innecesaria, desde el momento en que todas las asociaciones del número 2.º del artículo 173 pueden subsumirse en el mismo número del artículo 172; 2.º Que se equiparan estas asociaciones a las que sólo tienden a relajar el “sentimiento nacional”, del número 1.º del artículo 173, lo que parece injusto por la menor entidad de estas últimas; 3.º Que, dada la gravedad de los fines de estas organizaciones puede suceder que el asociarse en las mismas para llevarlos a cabo merezca unas penas más benignas que las previstas para quienes intenten la comisión de los mismos delitos individualmente (30): porque las penas correspondientes a los meros individuos y directivos de las asociaciones ilícitas no se establecen en función de la mayor o menor gravedad del delito programado. La causa de todos estos inconvenientes deriva de la técnica de la “alternatividad” de la reforma y sus directrices de política criminal.

6) *El párrafo tercero del artículo 174, 1.º* (asociaciones subversivas) parece ser un tipo “cualificado” con relación al número 2.º del artículo 172, especialidad que determinaría la aplicación preferente de aquél, en los casos en que tales asociaciones tuvieren por objeto cometer algún delito. Es la tesis de la sentencia de 23 de enero de 1967, del Tribunal Supremo (31), que invoca además el artículo 68 del Código penal. La severidad de las penas establecidas en este párrafo tercero del artículo 174, 1.º, quedarían así justificadas. Ahora bien, la mencionada relación de “especialidad” no es siempre evidente. Lo es, por ejemplo, en el caso de las asociaciones que tienen por objeto la “subversión violenta”; pero deja de serlo con relación a las que persiguen sólo el “ataque” al “orden institucional”. pues

(30) Por ejemplo: una asociación que tenga por objeto cometer el delito previsto en el art. 121, 3.º, del C. P.

(31) Ar., núm. 143.

no parece que tales fines se encuentren tipificados en el Código como "delito", y, por tanto, falta esa "zona común" que tendría que darse entre el número 2.º del artículo 172 y este párrafo tercero del 174, 1.º Históricamente, por otra parte, puede argumentarse que el último precepto citado aparece con la reforma de 1944 para cualificar exclusivamente a las figuras, de signo político, que dicha reforma incorpora al Código, pero en modo alguno al número 2.º del artículo 172, tipo ignorado por afectar a asociaciones de otro carácter. En resumen: en la medida en que la asociación subversiva tenga por objeto cometer algún delito, procede aplicar, desde luego, el párrafo tercero del artículo 174, 1.º, como tipo cualificado; pero en aquellos casos en los que se admita que quiebra tal relación de especialidad, este párrafo tercero es inadmisibile, porque ni todos los fines sociales que relaciona merecen tan sustancial agravación, ni recoge todos los que realmente la merecerían (32).

b') Pero también *entre las propias figuras delictivas incorporadas con la reforma de 1944* se plantean complejos problemas concursales. Los diversos tipos se entrecruzan y yuxtaponen, algunos son claramente superfluos.

1) El concurso de leyes entre *el número 4.º del artículo 172 y el número 3.º del mismo artículo —y el del art. 173—* debe resolverse con arreglo a lo que se expuso en el apartado a' 1), "mutatis mutandis". Si la asociación clandestina o irregular es de las "prohibidas" por la autoridad o "declaradas fuera de la ley", habrá que aplicar los números 3.º de los artículos 172 y 173, respectivamente. El número 4.º del artículo 172 procede, subsidiariamente, respecto a las asociaciones no subsumibles en los artículos antes citados.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo parte de la neta diferenciación de los números 3.º y 4.º del artículo 172: el fallo de 10 de noviembre de 1972 ofrece una clara y completa visión panorámica de la misma (33). Su doctrina coincide, en líneas generales, con la aquí expuesta, si bien caben señalar tres puntos que no comparto: 1.º Las distintas calificaciones que merece una misma asociación, al amparo del número 4.º del artículo 172 o del 3.º, según los casos; 2.º La confusión o identificación de ambos preceptos, en algún fallo aislado; 3.º Los criterios del carácter "político" o no político de la asociación, o de la mayor o menor gravedad de los hechos concretos realizados, que se emplean para argumentar la aplicación del número 4.º o del número 3.º del artículo 172 (34).

2) Más difícil y problemático es el concurso de leyes entre los *números 3.º de los artículos 172 y 173*: asociaciones "prohibidas" y "declaradas fuera de la ley", respectivamente. Ambos proceden de la reforma de 1944, pero sólo el segundo de ellos se encontraba ya en la Ley de Seguridad del Estado, y persigue reconducir al Código penal

(32) Ni sólo los intereses políticos en los que ha pensado el legislador, ni todos los que describe este párrafo, merecen la cualificación que reciben.

(33) Ar., núm. 4804.

(34) Vid. sentencia de 25 de octubre de 1969, cit.

la ilicitud que una severa legislación "ad hoc" declaraba para ciertos grupos y partidos por su histórica oposición al Movimiento Nacional (35). Pero el número 3.º del artículo 172 carece de sentido y debe suprimirse, aun cuando —a efectos polémicos— se admitiera que los partidos "prohibidos" y los "declarados fuera de la ley" no son o no fueron los mismos, y que la distinción debe tener aún relevancia (36).

En efecto, por asociaciones "prohibidas" puede entenderse: las que, en su día, lo fueron; o bien: las que se prohíban en el futuro. En el primer supuesto, este número 3.º del artículo 172 queda automáticamente superado por el número también 3.º del artículo 173, en virtud de la cláusula analógica del último que no vincula al juez a ningún catálogo estricto. Pero la segunda alternativa creo debe rechazarse, porque faltan en nuestro ordenamiento los preceptos indispensables que hagan practicable el mandato de este número 3.º del artículo 172 (37), inconveniente del que tampoco adolece el mismo número del artículo 173. A mi juicio, no existe ya un sistema de catálogo cerrado desde la reforma de 1944, razón que hace superflua la distinción entre asociaciones prohibidas y declaradas fuera de la ley; o la polémica sobre quién, cuándo y cómo puede declararse ilícita o prohibirse una asociación. Es competencia del juez, y puede acudir al criterio analógico: el número 3.º del artículo 172 ha devenido superfluo.

3) *El número 4.º del artículo 173 y los números 3.º de los artículos 172 y 173.*—El número 4.º del artículo 173 es fiel reflejo de uno

(35) Como decía el Preámbulo del Decreto de 16 de septiembre de 1936 en relación a todos los partidos y agrupaciones políticas o sociales que integraron el Frente Popular desde la convocatoria de las elecciones de 16 de febrero.

(36) El sistema de catálogo se inicia con el citado Decreto de 16 de septiembre de 1936, que "declara fuera de la ley" una serie de partidos y grupos políticos y sociales; el Decreto de 25 de septiembre del mismo año declara "prohibidas todas las actuaciones políticas y sindicales, obreras y patronales..."; el también Decreto de 21 de abril de 1938, la orden de 28 de julio de 1939 y la del 26 de enero de 1940 completan el cuadro de restricciones. Deben de tenerse también en cuenta otras disposiciones que amplían el catálogo de asociaciones "prohibidas": la Orden de 6 de febrero de 1937 y el Decreto de 19 de abril de 1937, junto con la Ley de Responsabilidades Políticas, de 9 de febrero de 1939.

(37) En efecto: 1) Sólo fuera del C. P. existen preceptos relativos a la "suspensión" y "disolución" de asociaciones, pero no que autoricen a "prohibir" las mismas. Sería anómalo que tal habilitación se encuentre en el C. P., que ni siquiera dispone la disolución o suspensión de las asociaciones ilícitas; 2) No consta cuál es la "autoridad competente" para prohibir asociaciones. No puede serlo, desde luego, la gubernativa, porque falta la norma que la habilite, y, porque la ley reserva siempre la "disolución" a la judicial, siendo entonces un contrasentido que no pudiera "disolver", pero sí "prohibir" aquéllas. La autoridad judicial, por otra parte, no puede exceder los límites del caso concreto sin atribuirse funciones reservadas al legislativo; 3) Tampoco consta cuáles serían las "causas legales" fundamentadoras de la "prohibición" y el "procedimiento" para pronunciarla. El núm. 3.º del art. 173, sin embargo, no plantea dudas. Tampoco debe olvidarse que la modificación de los catálogos históricos exigía la "previa declaración oficial por parte del Gobierno".

de los postulados y exigencias del "Nuevo Estado". Con él no se pretendió declarar la ilicitud de ciertos partidos, por su oposición al Movimiento Nacional, sino estigmatizar el propio régimen de partidos. Por ello, debe reputarse subsidiario respecto a los números 3.º de los artículos 172 y 173, ya que fundamenta la ilicitud de los grupos o partidos que no pudieran subsumirse en los anteriores preceptos. La cláusula analógica, sin embargo, del artículo 173, 3.º, es tan amplia, que de hecho este número 4.º del artículo 173 resulta impracticable (38).

4) *El número 5.º del artículo 173* es otra de las figuras delictivas innecesariamente introducidas por la reforma de 1944. Podría pensarse que se trata de un tipo cualificado, por razón de la estructura "militar" de las asociaciones a que se refiere: pero hay que descartar esta hipótesis, ya que las penas en que incurrir sus miembros y directivos son las mismas que en las demás asociaciones. La necesidad de mencionar en el artículo 173 estas organizaciones paramilitares, no excluidas expresa ni tácitamente en los artículos anteriores, desaparece por completo al especificarse que han de tener por fines algunos de los relacionados en el número 2.º del propio artículo 173, o que han de haber sido prohibidas por las leyes de forma expresa. Parece, entonces, que tales asociaciones serían ya ilícitas, sin necesidad de este número 5.º del artículo 173, bien al amparo del número 2.º de este artículo, bien a tenor del número 2.º del artículo 172 o de las normas (que no existen hasta la fecha) que decretasen tal ilicitud. Procede su supresión (39).

5) *Los números 1.º y 2.º del artículo 173* son un exponente más de esa defectuosa y obsesiva técnica del muestrario. Los fines de unas y otras asociaciones, desde luego, no son idénticos, pero sí guardan cierta similitud. No todo lo "antinacional" o "antipatriótico" es "separatista", pero podría afirmarse bien que todo lo "separatista" es, por fuerza, "antipatriótico". En todo caso, no cabe duda de que las asociaciones del número 1.º revisten menor gravedad que las del número 2.º. Siendo esto sí, no parece justificarse el número 2.º del artículo 173. En primer lugar, porque una asociación de tales fines debe ya ser ilícita, al amparo del número 2.º del artículo 172, por razón de su "objeto", precepto este último a favor del cual hay que resolver el aparente concurso de leyes. En segundo lugar, porque si se castiga lo menos (asociaciones antinacionales), no tiene sentido castigar lo más con las mismas penas (asociaciones separatistas): de no configurarse un tipo cualificado, basta con el número 1.º del artículo 173.

c') Una última hipótesis de concurso de leyes se presenta entre *los números 1.º y 2.º del artículo 172* (asociaciones contrarias a la moral pública y asociaciones que tienen por objeto cometer algún de-

(38) Se ha aplicado en una sola ocasión (Sentencia de 17 de febrero de 1969, Ar., núm. 1030) y, a mi juicio, impropia.

(39) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, P. E., pág. 659: no consta la existencia de normas que prohiban, de forma expresa, tales asociaciones paramilitares, excepto la ley de 1939.

lito, respectivamente), pilares básicos de la fórmula legal, desde el Código penal de 1870, que conservó el legislador de 1944, en parte por inercia, en parte por respeto a la tradición, en la medida en que no pusieran trabas esenciales a sus designios (40).

El problema estriba en la interpretación del término "moral pública", oscuro ya en la mente del legislador de 1870 y difícil ahora de escrutar por su vinculación a alejadas concepciones históricas hoy no vigentes. A lo que se añade que sólo el número 1.º del artículo 172 se ha aplicado efectivamente, aunque en contadas ocasiones próximas en el tiempo a la aparición de este precepto (41). El concurso entre los números 1.º y 2.º del artículo 172 no se resuelve con una mera indagación histórica, pero ésta sí arroja luz sobre algunos datos que deben ponderarse. Ante todo, el siguiente: el legislador penal de 1870 no hizo más que trasladar al Código, por coherencia (?), los postulados de la Constitución de 1869, en cuanto al límite del ejercicio del derecho de asociación (42). Pero no pensó en asociaciones concretas (las contrarias a las moral pública), sino en unos límites abstractos al ejercicio de este derecho (43). Prueba de ello es que no se aplicaba el Código penal a las manifestaciones más representativas de la delincuencia asociada de la época, sino la legislación especial (44); y que, cuando por excepción sucedió lo contrario, fue siempre en

(40) De hecho, el núm. 2.º del art. 172 se adaptó por el legislador de 1944 a las necesidades de la reforma, suprimiéndose su inciso final: penados en este Código.

(41) Por ejemplo, sentencias de 28 de enero de 1884 (C. L., núm. 83), 8 de octubre de 1884 (C. L., núm. 100), 20 de diciembre de 1933 (C. L. número 143) y de 7 de octubre de 1935 (C. L., núm. 24), entre otras.

(42) El art. 17 de ésta declaraba que ningún español podría tampoco ser privado "del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública".

(43) De las discusiones parlamentarias del texto constitucional se desprende que los Diputados pensaron sólo en límites abstractos al ejercicio del derecho de asociación, y no en asociaciones concretas; de hecho, esta actitud meramente teórica, a nivel de principios, abstracta, era un freno al mutuo recelo y prejuicios recíprocos de los partidos políticos que tenían el uso que de cualquier precepto pudieran hacer sus rivales. Sólo me consta que Sánchez-Ruano y Godínez de Paz se refiriesen a asociaciones concretas (a asociaciones para robar y para estafar a la caridad pública: ejemplos poco polémicos); Cánovas del Castillo advirtió que las "limitaciones establecidas no se dirigen a estorbar o impedir las asociaciones liberales"; por ello, Río Rosas diría: "este artículo habla genéricamente contra las sociedades que comprometan la seguridad del Estado, contra todas, cualesquiera que fuera, no contra ninguna en particular, no contra ninguna especie de sociedades en particular. Este artículo protege más el derecho de asociación". Vid. MAÑAS, J. M.ª, *El libro del buen ciudadano* (Repertorio del Derecho político español), Madrid, 1869, págs. 545 (Sánchez Ruano), 1183 (Godínez), 642 a 647 (Cánovas), 678 (Río Rosas).

(44) Pienso en la legislación especial sobre anarquismo y terrorismo, dictada con posterioridad a la entrada en vigor del C. P. de 1870, algunas veces innecesaria si se hubiera pensado en aplicar éste; y, también en la legislación sobre bandidaje (especialmente el Decreto Ley de 18 de abril de 1821, de cuya vigencia con posterioridad a aquel Código da fe una R. O. de 12 de marzo de 1875, y las sentencias de 22 de junio y 28 de diciembre de 1875), no derogada y, de hecho, aplicada después de 1870.

virtud de expresas instrucciones o requerimientos de la Autoridad, lo que revela que, en otro caso, no hubieran aplicado los tribunales aquél. La imprecisión del concepto de “moral pública” es previa al designio del legislador penal, deriva de los mismos debates parlamentarios sobre la Constitución, en los que faltó el más elemental consenso respecto a su contenido. Baste con recordar que la “moral pública”, esto es: un conjunto de “principios fundamentales e inviolables de la vida civil”, se identificaba, para unos parlamentarios, con la “moral religiosa”, con la moral “católica”, más exactamente (45); mientras otros lo entendían en un sentido más amplio como sinónimo de “moral social”, de moral “universal” (46). Estas discrepancias básicas explican que cuando algún diputado manifestó que la moral pública constituye el único límite, por su objeto, al ejercicio de cualquier derecho (47), no faltaran voces que propugnaron su supresión del texto constitucional, por suponer que no hay más límite que el Código penal, y que éste protegía suficientemente los postulados de la moral pública (48).

La sentencia de 28 de enero de 1884, del Tribunal Supremo, declaró contraria a la moral pública una asociación que acataba principios colectivistas (49). En otro plano diferente, la circular de 16 de mayo de 1872 hacía lo propio con la Asociación Internacional (50); y la posterior de 6 de abril de 1892 mantenía igual doctrina a propósito de asociaciones de signo terrorista (51). Pero la más importante es la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 1893

(45) En este sentido, Sr. Monterola (MAÑAS, *El libro del buen ciudadano*, cit., pág. 720); Sr. Monescillo (op. cit., pág. 794). Se argumentaba que el concepto de “moral universal” era una utopía, no siendo necesario acudir a la misma cuando se disponía ya de una moral “católica” conocida.

(46) Así, Sr. Robert (op. cit., págs. 1165 y 1167); en contra, el Sr. Vinader —que había propuesto sustituir el término “moral pública” por el de “moral católica”— pidió se hiciese constar que la redacción propuesta por la Comisión no perjudicaría a las asociaciones católicas (op. cit., pág. 1097). Vid. intervenciones al respecto de los Sres. Monterola, Monescillo, Godínez, Estrada, Romero Girón, Palanca, Olózaga, Robert y Castelar, en: op. cit., págs. 20, 24, 28, 29 y ss., 31 y ss., 36, 37 y ss., 43 y ss., y 729, respectivamente.

(47) Por todos, Sr. Godínez de Paz, op. cit., pág. 1170.

(48) En este sentido, Sr. Palanca, op. cit., pág. 1126. Otros parlamentarios estimaron superflua la referencia a la “moral pública”: el diputado Sr. Serrallara, por ejemplo, por considerar que los miembros de una asociación de tal naturaleza incurrían ya en responsabilidad a título de “conspiradores” (op. cit., págs. 1180, 1185 y 1186). La referencia a la “moral pública” se suprimió en la Constitución de 1876.

(49) Colección Legislativa, núm. 83. Se trataba de la asociación Federación del Júcar, que “acataba los principios anárquicos colectivistas, lucha del trabajador contra el capital, y de los trabajadores contra la burguesía”. El T. S. estima bien aplicado por la Audiencia el núm. 1.º del art. 198, porque tales fines “contradicen el principio más fundamental del orden social, cual es el de autoridad y propiedad industrial”. Y mantiene que la libertad de expresión de ideas contrarias a las leyes naturales o positivas no implican la de asociarse para llevarlas a la práctica con medios positivos.

(50) Vid. Colección Legislativa de España, CVIII, pág. 45 a 53.

(51) Boletín de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, núm. 91 (1892), págs. 523 a 525.

(52), que contiene dos principios doctrinales: en primer lugar, reitera la tesis generalizada de que las asociaciones anarquistas y colectivistas son contrarias a la moral pública, si bien advirtiendo que “en la medida en que persigan la realización de sus fines mediante la violencia”; en segundo lugar, apunta la idea de que en el ámbito de las relaciones familiares y matrimoniales, el concepto de moral pública se aproxima al de “moral sexual”.

Como el número 2.º del artículo 172, este número 1.º tampoco se ha aplicado desde la reforma de 1944, y no es fácil aventurar el campo de acción que haya podido quedarle reservado después de aquélla. En el marco de la delincuencia política, parece que la reforma ha introducido figuras que incriminan de manera específica formas de delincuencia que históricamente se subsumieron en este número 1.º, quedando, pues, superado (53). Por ello, entiendo que, a lo sumo, puede sólo cumplir una función subsidiaria respecto al número 2.º del artículo 172 para fundamentar la ilicitud de asociaciones que, sin tener por objeto la comisión de algún “delito”, persiguen metas contrarias a la “moral sexual” (54).

III. CONCURSO DE DELITOS

A) *Su fundamentación.*—Premisa fundamental de este apartado —que ahora no fundamentaré— (55), es que los respectivos tipos penales no exigen la intervención del “mero individuo”, del directivo, o del favorecedor de la asociación, en la ejecución del programa delictivo de ésta. En el caso del primero, por ejemplo, el tipo se realizaría —sin más— con la mera “afiliación”, aunque el socio no tome parte en la posterior ejecución del plan criminal. De aquí se desprende que todo hecho delictivo del miembro de la asociación ilícita da lugar a una hipótesis de concurso de delitos, salvo que aquél haya de entenderse, de algún modo, inherente al comportamiento típico del mero individuo, directivo o favorecedor de la entidad (56). Pero esto no

(52) Apud, HIDALGO, J., *El C. P. conforme a la jurisprudencia del T. S.*, I, págs. 532 a 535.

(53) Así, FERRER SAMA, *Comentarios*, cit., III, págs. 116 y 117.

(54) Si los objetivos de la asociación pueden subsumirse en el delito de escándalo público, la asociación ya es ilícita al amparo del núm. 2.º, por lo que este núm. 1.º ha de tener carácter subsidiario. De “*lege ferenda*”, sin embargo, parece recomendable su supresión (de hecho no se ha aplicado desde la reforma de 1944) porque tales asociaciones o son ilícitas al amparo del núm. 2.º, o no tiene sentido declarar la ilicitud de las mismas, al no serlo los fines que persiguen.

(55) Lo hago en el Capítulo IV de mi tesis doctoral (págs. 217 a 323), al que me remito.

(56) El principio del concurso de delitos es el tradicional en nuestros Códigos y leyes históricas. El art. 339 del C. P. de 1822 lo recogía de forma expresa. En la legislación especial sólo cabe citar, como posibles excepciones al mismo, la R. O. de 11 de octubre de 1834 y la Ley de 10 de julio de 1894, en el sentido de que falta en ellas una cláusula que lo preceptúe expresamente. En el vigente Código italiano, el art. 416 precisa que las penas que

significa —contra lo que mantiene imprecisamente algún sector doctrinal— que proceda siempre dicho concurso, en perjuicio del asociado si llega a ponerse en práctica el programa delictivo de la asociación, aunque aquél no interviniese en el mismo (57). Sería contrario al dogma de la responsabilidad por el hecho, y a las exigencias del principio de culpabilidad, que el socio —por el mero hecho de serlo— resultara responsable de delitos cometidos por terceros, en los que no tomó parte: del mismo modo que el extraño a la asociación ilícita no puede convertirse en miembro de la misma por intervenir en la ejecución de su programa. El principio del concurso de delitos ha de entenderse, desde luego, sin perjuicio de las normas generales sobre participación criminal.

La tesis del concurso de delitos es casi unánime en la doctrina (58) y en la praxis jurisprudencial y encuentra claro apoyo en la estructura del tipo penal, en el bien jurídico que tutela y en consideraciones de política criminal. Estructuralmente, la asociación ilícita no es un acto preparatorio elevado a delito: los respectivos tipos prescinden en absoluto de una hipotética actividad delictiva del asociado distinta de la de “fundar”, “dirigir”, “presidir”, “favorecer” o “afiliarse” a la asociación; y las penas se establecen, por ello, en función del grado de responsabilidad que se ostenta en ésta, con independencia de la gravedad del delito o delitos proyectados. El miembro de una asociación que tiene por objeto, por ejemplo, delitos de estafa, incurre

en el mismo se consignan se imponen “por el sólo hecho” de pertenecer a la asociación.

(57) En el sentido criticado: SANTORO, A., *Manuale di Diritto Penale*, P. Sp., III (1965), pág. 192: “si tales delitos llegan a ejecutarse, los asociados deberán responder también por ellos”; VANNINI, O., *Manuale di Diritto Penale italiano*, P. Sp., Milano (1954), págs. 143 y 144: “de los delitos cometidos como consecuencia de la asociación, responden todos los asociados en concurso material con el delito de asociación ilícita”.

(58) En favor del concurso de delitos, en la doctrina italiana: CARRARA, *L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano*, en Enciclopedia Giuridica Italiana, I, P. IV., pág. 118; SANTORO, *Manuale*, cit., pág. 199; MANZINI, V., *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, VI, 4.ª ed., pág. 193; RANIERI, S., *Manuale di Diritto Penale*, II, Padova, 2.ª ed., pág. 494; ANTONLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale*, II, Milano, 5.ª ed., pág. 631; MAGGIORE, G., *Diritto Penale*, Vol. II-I, Bologna, 4.ª ed., pág. 362; SINISCALCHI, A., *In tema di associazione per delinquere*, en Giust. penale, II, año 1950, pág. 29; VANNINI, O., *op. cit.*, págs. 143 y 144; SABATINI, G., *Istituzioni di Diritto Penale*, P. Sp., I, 3.ª ed., pág. 325; ZERBOGLIO, A., *Trattato di Diritto Penale*, Milano, 1935, pág. 51; DE RUBEIS, *Dell'associazione per delinquere*, en Encic. del dir. pen. it., a cura di E. Pessina, VII, pág. 1043; COSTA, ST., *Associazione per delinquere*, en N. Digesto italiano, I, Turín, 1937, pág. 1034; PATALANO, V., *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971, pág. 117. En la doctrina española, a propósito de la asociación para cometer el delito de robo, lo propugna —con relación a la no transitoria— GONZÁLEZ GARCÍA, V., *Asociación para cometer el delito de robo*, Rev. Gen. de Leg. y Jur., 1947, págs. 54 y ss. En Alemania, sin embargo, dos importantes Comentarios se pronuncian en otro sentido, para los casos en que el autor de los delitos sea condenado como “socio”. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 1972, página 828 (“Idealkonkurrenz”) y *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 9.ª ed., entrega 11.ª, por Mösl, A (“Tateinheit”).

en responsabilidad porque es “mero individuo” (art. 175, 4.º) de una asociación que “tiene por objeto cometer algún delito” (art. 172, 2.º), pero no porque intervenga en la preparación o ejecución posterior de tales delitos, tema ajeno al tipo. En cuanto al bien jurídico, es obvio que los delitos de asociaciones ilícitas no persiguen la tutela de los singularmente amenazados por el programa delictivo de la entidad criminal, sino la de un bien abstracto y distinto de aquéllos. La lesión o puesta en peligro de éste es compatible con la de otros bienes jurídicos singulares que, al no haber sido contemplada en el tipo, da paso al concurso de delitos. Por último, éste parece obligado por razones de otra índole. Ante todo, porque es un contrasentido que reciban las mismas penas el mero “afiliado” (que realiza ya el tipo) y el socio que, además, tomó parte activa en la ejecución del programa criminal. En segundo lugar, porque el principio de “consunción” —coherente con la supuesta naturaleza “preparatoria” de la asociación ilícita— podría ser un auténtico aliciente para la efectiva ejecución del plan delictivo, un factor criminógeno, en los casos en que el Código establece una pena más benigna para el delito consumado en cuestión que para los directivos, por ejemplo, de una asociación criminal (59).

B) *Hipótesis de concurso de delitos.*—Pueden señalarse, entre otras, las siguientes:

1) El mero individuo, presidente, director o fundador de la asociación ilícita “conspira” con otros para ejecutar algún hecho delictivo de los que integran el programa social. Responden, entonces, como “meros individuos” (art. 175, 4.º) o directivos (art. 174, 1.º) de la asociación ilícita y como conspiradores del delito o delitos cuya ejecución hayan resuelto. La asociación ilícita es, en este sentido, una “fuente de conspiraciones”, como dijera Berner respecto a la banda (60).

2) El asociado —mero individuo o directivo— toma parte en la ejecución de los delitos en programa. También aquí debe señalarse un doble título de incriminación, pues concurre la derivada de la participación en la entidad ilícita (como “mero individuo”, “presidente”, etc.), con la que proceda en virtud de la intervención en el delito cometido, responsabilidad ésta distinta e independiente de la primera (el “director” de la asociación puede ser sólo “cómplice” del delito ejecutado y el “mero individuo”, “autor” del mismo) (61).

(59) Pero procede el concurso de delitos también en los casos en que las penas por el delito ejecutado sean iguales o más graves que las impuestas simplemente por pertenecer a la asociación. Porque ha de contemplar el ilícito total y la solución del concurso de leyes dejaría siempre de desvalorar uno de los ilícitos —si las penas son iguales— o el de menor gravedad (el mero hecho de participar en la asociación, si son más graves las penas que corresponden por los delitos ejecutados).

(60) *Die Lehre von der Theilnahme an Verbrechen*, Berlín, 1847, pág. 494. Vid. GEIB, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1861, I, pág. 366 y 367.

(61) Carrara ya advirtió que si los asociados inician la ejecución de un delito, responden por tentativa de éste en concurso con el de asociación ilícita (op. cit., pág. 1118).

3) El asociado “propone” o “provoca” a un tercero ajeno a la asociación a ejecutar algún delito.

4) Individuos o directivos de la asociación criminal que incurren en responsabilidad a tenor de lo dispuesto en los números 2.º y 3.º de los artículos 175 y 176: el concurso de delitos tiene aquí fácil justificación porque con estos últimos preceptos se castiga a quienes impiden a la Autoridad el ejercicio de ciertas potestades —o desobedecen a la misma—, hechos distintos e independientes de la responsabilidad que resulta de la mera participación en la empresa delictiva.

IV. ASOCIACIONES ILICITAS, REUNIONES NO PACIFICAS Y PROPAGANDAS ILEGALES

En la vida diaria, asociaciones, reuniones y propagandas son fenómenos que guardan una íntima conexión, que aparecen entrecruzados, porque —con frecuencia— la constitución de una asociación —lícita o ilícita— y su normal funcionamiento requieren una serie de actividades de promoción, impulso, organización y comunicación. Por ello parece oportuno un examen particularizado de las hipótesis concursales que suelen presentarse. Como se verá, parto de la necesidad de distinguir la naturaleza, fines y efectos de la reunión o de la propaganda, con relación a la asociación criminal, variando las soluciones según tengan carácter constituyente o preparatorio, meramente interno o sean el cauce de realización del programa criminal asociativo.

A) *Asociación ilícita y reunión no pacífica.*—Caben tres supuestos:

1) *Reunión cuyo único objeto es el constituir la asociación ilícita.* Dicha reunión ha de reputarse “no pacífica”, como todas las que se “celebran con el fin de cometer alguno de los delitos penados en la Ley” (art. 166, 3.º): y lo es el “fundar” una asociación ilícita (art. 174, 1.º, con relación al 172, 2.º). Pero se trata de un concurso de “leyes”, porque la reunión es un mero acto preparatorio, en este caso, o una actividad inherente a la “fundacional”, a la que se refiere el Código. Distingo, según que la asociación llegue o no a constituirse:

a) En el *primer supuesto*, el efectivo establecimiento de la entidad consume el eventual delito de reunión, por el carácter preparatorio de ésta. Los directores y promovedores de la reunión serán castigados, como fundadores de la asociación, al amparo del número 1.º del artículo 174: parece lógico —como sucede— que las penas entonces sean ligeramente más graves que las establecidas para los directores y promovedores de la reunión (art. 167), porque se llegó a cometer el delito objeto de aquélla. Descarto el concurso de delitos, pues el artículo 174, 1.º, incrimina a quienes “fundan” una asociación y en la actividad fundacional creo deben entenderse comprendidos todos los comportamientos orientados a este fin, entre otros, desde luego, las reuniones fundacionales. La primacía del 174, 1.º, sobre el artículo 167, puede fundamentarse también invocando el principio

de especialidad: reunirse para cometer un delito es una conducta tipificada en el artículo 166, 3.º (el art. 167 establece las penas para los directores y promovedores); pero reunirse para fundar una asociación ilícita, consiguiendo tal objetivo, es un delito previsto específicamente en el artículo 174, 1.º, tipo que establece unas penas más graves (art. 68) y que, como tipo cualificado, excluye al artículo 167 (62).

La aplicación del artículo 174, que propugno, plantea dos problemas, respecto a los promovedores o directores de la reunión fundacional que permanecen en la asociación, una vez establecida ésta, como afiliados o directivos; y, también, respecto al "asistente" a aquélla, que después de constituirse la asociación se incorpora como mero individuo. Ambos casos, a mi juicio, pertenecen al concurso de leyes. El primero, porque si bien la labor fundacional es compatible con posteriores y distintas aportaciones a la asociación, no parece lógico exigir al fundador que se retire de la asociación una vez coronado con éxito su propósito de constituir la: es, pues, irrelevante el comportamiento del fundador con posterioridad a la puesta en marcha de la entidad ilícita (actos posteriores impunes, inherencia). En cuanto al segundo, todo estriba en si debe aplicarse el artículo 169 o el 175, 4.º, cuestión sin trascendencia práctica porque las penas son las mismas: a mi juicio, procede aplicar el artículo 175, 4.º sólo si los asistentes a la reunión fundacional se incorporan a la asociación constituida, porque, en otro caso, debe aplicarse el artículo 169.

b') *Si la asociación no llega a constituirse*, concurren aparentemente el párrafo segundo del artículo 174, 1.º y los artículos 167 y 169: el primero se refiere a los fundadores, directores y presidentes de asociaciones que no hubieren llegado a constituirse (los "meros individuos" quedan impunes), y los artículos 167 y 169 a los promovedores y directores y a los meros asistentes de reuniones no pacíficas, respectivamente. El concurso de leyes debe resolverse a favor del artículo 174, 1.º, párrafo segundo, ley especial respecto a los artículos 167 y 169. Dicha especialidad tiene un doble fundamento: los artículos citados no contemplan el supuesto de la reunión que tiene por objeto precisamente el constituir una asociación ilícita; en segundo lugar, sólo el párrafo segundo del artículo 174, 1.º, prevé la hipótesis de que la asociación no llegue a constituirse (resultado frustrado); a este doble fundamento corresponde el doble privilegio del párrafo segundo del artículo 174, 1.º, ya que los meros individuos quedan impunes, y las penas en que incurren los directivos son más benignas que las impuestas a los directores y promovedores de la reunión. Lo que es lógico, porque el delito objeto de la reunión no se consumó (63).

2) *Reuniones "domésticas"*. Entiendo por tales aquellas que discurren en el ámbito estrictamente interno de la asociación y que son el cauce normal de la vida corporativa (ante todo, las que se

(62) El art. 174, 1.º, prevé, además, la pena de inhabilitación especial.

(63) La mayor benignidad de las penas debe entenderse referida a las privativas de libertad, porque el art. 174, 1.º, párrafo segundo, contempla una pena de suspensión no prevista en el art. 167.

celebran, con arreglo a los estatutos, en el local social, con la intervención exclusiva de miembros de la entidad y para adoptar acuerdos relativos al objeto social). Por su vinculación necesaria al fenómeno societario estimo que carecen de relevancia penal: el mero afiliado que acude a las mismas responde sólo por su participación en la asociación, pero no por tomar parte en la reunión. Descarto el concurso de delitos, pues juzgo que en el desvalor inherente a las penas del miembro o directivo de la asociación comprende ya la ley el desvalor de una lógica y esperada participación eventual en esta clase de reuniones.

3) *Reuniones al objeto de planear o ejecutar el programa delictivo de la asociación.* Las reuniones no fundacionales ni estrictamente corporativas, si fueren no pacíficas e intervinieren en las mismas un miembro o directivo de la asociación, dan lugar a una hipótesis de concurso de delitos: asociación ilícita en concurso con reunión. Ambas responsabilidades son distintas e independientes: el presidente de la asociación puede responder como mero "asistente" a la reunión, y el simple "individuo" de aquélla, como "director de la reunión. No obstante, ha de repararse en que la reunión nopacífica, a su vez, puede ser un acto preparatorio con relación a posteriores delitos, o mera forma de exteriorización de comportamientos por otros conceptos punibles (conspiración), respecto al programa de la asociación.

B) Un planteamiento semejante se impone a propósito de los delitos de *asociaciones ilícitas y propagandas ilegales*:

1) Un primer supuesto es el de la *propaganda "constituyente"*, esto es, la que precede a la constitución de la asociación y va orientada a este solo fin. Distingo también aquí dos hipótesis:

a') *Constituida la asociación*, los autores de tal propaganda incurrir en las penas previstas en el número 1.º del artículo 174, y no en las más graves del artículo 251, ya que una actividad fundacional estrictamente "propagandística" no puede merecer unas penas más graves que las de una labor fundacional pura a la que aquélla sirve como medio. Esta misma relación instrumental o carácter preparatorio de la propaganda excluiría, en todo caso, el concurso de delitos (64).

b') *Si la asociación no llega a constituirse* se presenta una hipótesis de concurso aparente entre el artículo 251 y el párrafo segundo del artículo 174, 1.º. Lo resuelvo a favor de este último (que impone penas más benignas) por la naturaleza específica de la propaganda (fundacional), contemplada solamente en el mismo (actividad fundacional) y porque el párrafo segundo del artículo 174, 1.º, prevé e

(64) Lógicamente, una equiparación de la actividad propagandística dirigida a la fundación de una entidad y la propia actividad fundacional excluye aquellas que, aunque precedan a la constitución de la asociación y pretendan facilitarla, carezcan de la necesaria relevancia causal. Parto de ella. En cuanto a la apuntada mayor gravedad de las penas del art. 251, ciertamente se contrae a la pecuniaria que integra la pena compleja, porque el art. 174, 1.º, prevé la inhabilitación especial, a diferencia del art. 251.

incrimina la labor fundacional “frustrada”, lo que le convierte en ley especial respecto al artículo 251. También a favor de este párrafo segundo decido el eventual concurso de leyes entre el mismo y el número 2.º del artículo 174. No cabe duda de que la actividad propagandística, aun frustrada, podría entenderse constitutiva del favorecimiento de “cualquier clase” a que se refiere el artículo 174, 2.º. Pero, como dije, el párrafo segundo del artículo 174, 1.º, es ley especial que prevalece sobre cualquier otra que no contemple actividades fundacionales “frustradas”, y, además, dada la gravedad de las penas impuestas por el número 2.º del artículo 174, otra solución conduciría al contrasentido de castigar con mayor severidad la fundación frustrada de una asociación que su propia fundación efectiva, simplemente por calificar a la primera como constitutiva de favorecimiento.

2) *Propaganda en el ámbito interno de la asociación.* Sin el despliegue de un mínimo de actividades propagandísticas es difícil el propio contacto entre los miembros de cualquier entidad y el funcionamiento de ésta (65). Por ello, creo que siempre que discurran en este ámbito interno o corporativo, social, carecen de significación penal, aunque pudieren subsumirse en el artículo 251 del Código penal. El mero individuo o directivo de la asociación que difundan tal clase de propaganda, responden sólo por integrar una empresa delictiva, y en las penas que establece el Código para unos y otros se comprende ya el desvalor de posibles actividades propagandísticas internas propias y esperadas de todo socio o militante. Un caso límite lo ofrece el artículo 251, 4.º, al reputar constitutivo del delito de propaganda “el uso de símbolos o emblemas propios de organizaciones declaradas fuera de la ley”. Es claro que el asociado no responde aquí como mero individuo de una asociación ilícita, por propaganda ilegal y por reunión no pacífica, sino sólo por el primer concepto, si todo ello tiene lugar en el domicilio de la asociación (celebración de una reunión social en la que los asociados porten emblemas ilegales).

3) Sólo en cuanto a la *propaganda ilegal que no tenga finalidad fundacional o que exceda el ámbito puramente interno de la asociación* propugno el concurso de delitos.

El Tribunal Supremo, en una primera etapa de su doctrina jurisprudencial, admitió —si bien excepcionalmente— que la propaganda fuese “medio necesario” con relación al delito de asociación ilícita, aplicando en tales casos lo dispuesto en el artículo 71 del Código penal (66); después se ha impuesto la fórmula del concurso de delitos, estimando el Tribunal Supremo que se trata de “hechos

(65) En contra, sentencia de 14 de mayo de 1965 (Ar., núm. 2379).

(66) Esta doctrina se inició con la sentencia de 27 de enero de 1965 (Ar., n.º 208): se trataba de una propaganda de signo proselitista en la etapa prefundacional de un partido político. Un segundo fallo en este sentido es el de 12 de mayo de 1965 (Ar., núm. 2346) que admite la posibilidad de una propaganda en el ámbito interno, aunque de nimia entidad (hoja informativa). La sentencia de 23 de enero de 1967 (Ar., núm. 143) admitió también la relación de medio a fin (art. 71) en una actividad proselitista para la reorganización de un partido.

completamente distintos" (67), "cada uno con su propia intencionalidad y dolo específico" (68), diferenciables "tanto en su origen como en su desarrollo" (69). La sentencia de 26 de diciembre de 1966 apela a la peculiar estructura de los respectivos tipos: el delito de asociación ilícita es un delito "formal" y "pasivo", que no exige más que la mera afiliación, mientras que el de propaganda ilegal requiere la realización de ciertas conductas "materiales" (70).

V. ASOCIACION ILICITA, ASOCIACION PARA COMETER EL DELITO DE ROBO Y CONSPIRACION PARA DELINQUIR

La asociación ilícita del número 2.º del artículo 172 plantea interesantes problemas concursales con la llamada asociación transitoria para cometer el delito de robo, prevista en el artículo 513 del Código penal, y con la conspiración para delinquir. Me referiré a ambos supuestos:

A) La referencia expresa del artículo 513 al número 2.º del artículo 172 obliga a considerar el tema de *las asociaciones para cometer el delito de robo*.

Como es sabido, el artículo 513, introducido con la reforma de 1944, tiene su origen en la Ley de Seguridad del Estado (71). El Tribunal Supremo viene equiparándolo —a efectos concursales— con la conspiración: se aplica el artículo 513 si los asociados no han dado principio a la ejecución del robo, pues, en otro caso, la responsabilidad inicial (art. 513) quedaría consumida por la que derivase de la participación en el delito de robo, intentado, frustrado o consumado (72).

El artículo 513 abre un primer interrogante: ¿era necesario reputar ilícita una asociación que tiene por objeto cometer el "delito" de robo, mediante la expresa remisión al número 2.º del artículo 172? Este planteamiento conduce a un sector de la doctrina a estimar superfluo y perturbador el artículo 513, pues no cabe duda que el robo es un delito y, por tanto, estas asociaciones serían ya ilícitas a tenor del número 2.º del artículo 172, aunque no lo dispusiera el artículo 513 (73). Creo, sin embargo, que el problema no es tan simple. A mi

(67) Sentencia de 25 de junio de 1966 (Ar., núm. 3204). La de 7 de julio de 1967 (Ar., núm. 3519) mantiene que se trata de la tutela de bienes jurídicos autónomos.

(68) Sentencia de 26 de abril de 1969 (Ar., núm. 2350).

(69) Sentencia de 10 de noviembre de 1969 (Ar., 5279).

(70) Ar., núm. 5777. Como exponente de la doctrina jurisprudencial, vid. sentencia de 7 de julio de 1967 (Ar., núm. 3519).

(71) Art. 54. La mera asociación se castigaba con penas de dos a seis años de presidio; y los jefes y promovedores, con prisión de cuatro a ocho años.

(72) Desde la sentencia de 15 de noviembre de 1947 (Ar., núm. 1411).

(73) En este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso*, cit., II, pág. 212; PUIG PEÑA, F., *Derecho penal*, IV (1960), pág. 185; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, Barcelona, P. E. II (1972), pág. 87; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *ob cit.* P. E., pág. 416.

juicio, el artículo 513 no se refiere a todas las asociaciones que tengan por objeto el delito de robo, sino sólo a “la mera asociación, aún transitoria, de tres o más personas”: a la asociación transitoria. La asociación (no transitoria) para robar se rige por las normas concursales antes expuestas: concurso de delitos, por ejemplo, si los asociados participan en la ejecución del robo. De este modo, el artículo 513 no entraña una declaración reiterativa ni superflua, porque permite homologar ciertos comportamientos que, por su transitoriedad, no hubieran podido subsumirse en el número 2.º del artículo 172, a juicio del legislador. Históricamente creo que esta tesis responde a los objetivos de la reforma de 1944, que no fueron otros, en el caso del artículo 513, que reforzar la protección de ciertos bienes jurídicos, ampliando el ámbito de tutela de los mismos. Estas directrices se frustrarían si equiparásemos la asociación para cometer el delito de robo con la constituida con cualquier otro designio delictivo, no necesitada de tal agravación, y si se sometiera al mismo tratamiento la asociación permanente y la transitoria, porque la especialidad sólo tenía sentido respecto a las últimas.

Pero la remisión del artículo 513 al 172, 2.º, no es afortunada, porque somete las llamadas asociaciones transitorias —que, estructuralmente, son genuinas conspiraciones— a la disciplina peculiar y no siempre adecuada de las asociaciones, ignorando las diferencias que separan a ambas figuras en nuestro Código (precisamente con la reforma de 1944 vuelve a incriminarse la conspiración). Por ejemplo: 1) *Si el delito de robo no llega a ejecutarse*. El artículo 513 impone una distinción entre “meros individuos” y presidentes”, “directores”, “fundadores” y “favorecedores”, contraria al tratamiento igualitario que reciben todos los conspiradores y que pudiera ser, al menos, artificiosa dada la estructura de tales asociaciones “transitorias”. Las penas en que incurrían estos asociados no se establecen, a diferencia de lo que dispone el artículo 52, párrafo segundo, en función de las que se prevén para el correlativo delito consumado, sino en base a un abstracto grado o jerarquía en la entidad criminal, criterio distinto al de la conspiración. Por último, no deja de ser incoherente que el hecho de que llegue o no a cometerse el delito de robo determine nada menos que el tratamiento discriminado o equiparatorio de los asociados: ejecutado el robo, el principio de consunción borra las diferencias precedentes, derivadas del grado de responsabilidad social, pasando todos por igual a la condición de autores de aquél. La hipótesis examinada se ha abordado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, mereciéndose destacar el fallo de 21 de junio de 1971 (74),

(74) Aranzadi, núm. 2928. La particularidad de este fallo es que siendo tres los asociados para delinquir, y habiendo acordado cometer el delito de robo, condena a dos de ellos como “directivos” de la asociación, y, al tercero, como “mero individuo” de la misma. La solución parece artificial, precisamente porque existe una común resolución delictiva. Hasta esta sentencia se había estimado siempre que los asociados eran “meros individuos”, respondiendo todos por igual al amparo del núm. 4.º del art. 175. Por todas, sentencia de 15 de noviembre de 1969 (Ar., núm. 5306).

porque supone un claro cambio de doctrina, que no comparto. 2) *Si el delito de robo llega a ejecutarse*. Admito que deba acudirse entonces al criterio de la consunción, como hace el Tribunal Supremo, pero esta solución no está libre de reparos. En primer lugar porque es excepcional respecto al régimen de los delitos de asociaciones ilícitas, a los que remite el propio artículo 513, con lo que se crea, por vía interpretativa, una figura híbrida, mezcla de asociación y conspiración. En segundo lugar, porque el artículo 513 da lugar a un régimen discriminatorio complejo y contradictorio, en algunos casos; en efecto, incluso si el delito de robo llega a ejecutarse, parece que el principio de consunción no afectará al asociado (mero individuo o directivo) que no tomase parte en dicha ejecución, quien seguirá respondiendo sólo a título de “mero individuo” o “presidente”, “director”, etc., como dispone el artículo 513. Con lo que puede suceder, por ejemplo, que el “director” de la asociación transitoria, por intervenir en la ejecución del robo planeado reciba unas penas más benignas que si no hubiera tomado parte en dicho robo: o que no se beneficie de tal prima, por su pasividad. Esta consecuencia del principio de consunción puede ser un genuino factor criminógeno, debiendo reducirse su aplicación al máximo (en todo caso sólo a las asociaciones transitorias. Finalmente, si la asociación transitoria cuenta con un elevado número de miembros y depurada organización —lo que no es incompatible con el artículo 513—, el criterio jurisprudencial impide un tratamiento discriminado (directores, meros individuos) deseable y posible: lo que tampoco es justo, ni sucedería si la remisión del 513 al 172, 2.º lo fuera a todos los efectos.

A mi juicio, procede la supresión del artículo 513 porque plantea, entre otras razones, innecesarios problemas concursales. Las asociaciones para robar son ya ilícitas a tenor del número 2.º del artículo 172 aunque no lo declare el artículo 513; y las “transitorias” son —como mantiene el Tribunal Supremo— conspiraciones, cuya incriminación no requería un precepto específico que —además— acude a criterios en pugna con la naturaleza de tales asociaciones, disloca y desvirtúa el régimen propio de la conspiración (número mínimo de tres miembros, criterios para establecer las penas, régimen no igualitario de los partícipes, etc.) y hace impracticables las pretensiones del legislador de 1944 de establecer un régimen más severo para determinadas clases de asociaciones, al reducirse las penas que para las mismas establecía la Ley de Seguridad del Estado y declararse, paralelamente, la punibilidad de la conspiración con la misma reforma de 1944. El hoy artículo 513 tuvo sentido en la Ley de Seguridad del Estado, porque entonces (C. p. de 1932) no era punible la conspiración y las penas que se asignaron a los que se asociaran transitoriamente para robar eran más severas que las establecidas en el Código penal de 1932 para los meros individuos o directrices de las asociaciones ilícitas. Al quebrar ambos presupuestos, su trasplante al Código penal de 1944 no fue afortunado.

B) Cuestión previa al análisis de los problemas concursales entre

“asociación” y “conspiración” es la de delimitar ambas figuras. Nuestra doctrina acude, fundamentalmente, para ello a dos criterios: el mayor o menor grado de “estabilidad” u “organización” de sus miembros, y el del número y determinación de los delitos programados (75). En consecuencia, unos autores mantienen que entre ambas se produce un concurso de leyes, que debe resolverse con arreglo al principio de alternatividad (76), afirmando otros que la coexistencia de la asociación y la conspiración es inviable, por la superflua duplicidad de incriminaciones a que ello conduce (77). Recientemente se ha propugnado, incluso, la supresión de la última, por estimarse más amplia y comprensiva de la misma, la incriminación del artículo 172, 2.º (78).

Mi punto de vista, que no pretendo ahora fundamentar, puede resumirse así: 1) Los criterios tradicionales, creo, no resuelven el problema. En cuanto a la “estabilidad” u “organización”, porque es un criterio sociológico extralegal: la “asociación” y la “conspiración” —en cuanto “organizaciones”— pueden no diferir (salvando el límite numérico mínimo que se exige sólo respecto a la conspiración) una de otra, ambas tienen una imprescindible base organizativa; nada impide en nuestro derecho una asociación de muy reducido número de miembros, defectuosa organización o escasa estabilidad; ni la conspiración deja de ser tal por el hecho de su perfecta organización o elevado número de adeptos; sin un mínimo de dos personas no puede existir la conspiración, mientras cabe una responsabilidad por asociación ilícita —en concepto de “fundador”, por ejemplo—, atribuible a una sola persona (art. 174, 1.º, párrafo segundo). Lo importante no es, pues, comparar las estructuras organizativas, sino los comportamientos típicos individuales de participación en las mismas. Por esta razón, tampoco parece convincente el criterio del número o determinación de los delitos programados: creo que nada se opone a una conspiración que tenga por objeto cometer varios delitos (la fórmula “un delito” del art. 4.º se refiere a la concreción del objeto, no al número de hechos criminales), pero tampoco me parece imprescindible que la asociación haya de tener por objeto una serie indeterminada de delitos (la expresión “algún delito” del art. 172 no implica necesariamente tal indeterminación, sino sólo indiferencia respecto a la clase y gravedad de hechos criminales perseguidos) (79);

(75) Así, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, I, 1949, pág. 404; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *ob. cit.*, pág. 659.

(76) En este sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, I. *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, VII, pág. 373.

(77) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al C. P.*, Madrid, 1946, I, página 48. El propio autor propone, en otro lugar, resolver el concurso de leyes a tenor de lo dispuesto en el art. 68, *Curso*, cit., I, pág. 225. En este sentido, PUIG PEÑA, *ob. cit.*, II, pág. 290.

(78) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho penal*, cit., P. G. (1973), pág. 650.

(79) La expresión “algún delito” no era tan equívoca en el C. P. de 1870 o en el de 1932, porque en éstos rezaba así: “algún delito penado en este Código”. Pero la reforma de 1944, para evitar restricciones que pudieran afectar a la legislación especial política, suprimió este inciso (“penados en este Código”), con lo que la fórmula adquirió una cierta indeterminación.

2) Las diferencias deben buscarse en el bien jurídico y características de los respectivos comportamientos típicos individuales, que justifiquen plenamente el distinto emplazamiento de una y otra figura. En efecto, a) con la conspiración se pretende adelantar las barreras de protección penal, reforzando la tutela dispensada a los bienes jurídicos que, a su vez, salvaguardan las correlativas figuras de delito contempladas en el plan de los conspiradores. La conspiración carece, pues, de un objeto de tutela propio, autónomo y específico. La asociación ilícita, sin embargo, no persigue la tutela de los bienes jurídicos singulares amenazados, en cada caso, por su programa criminal; defiende un bien jurídico abstracto y diferenciable de aquéllos, lo que explica que las penas prescindan de la clase, gravedad y número de delitos proyectados; b) El “mero individuo” o el “presidente director”, etcétera de la asociación responden porque participan en ésta, porque la integran: no porque se presuma la intervención de los mismos en los delitos que constituyen el objeto social. Por eso las penas se articulan con arreglo a un abstracto criterio del rol social. El conspirador, sin embargo, no responde por “participar” en la conspiración (ni se distingue entre promotores u organizadores de la conspiración, partícipes y favorecedores a la misma, por ejemplo: todos reciben un tratamiento unitario), sino porque se “concertó” con otros “para” cometer un delito y “resolvieron” ejecutarlo. Este común designio criminal precisamente sitúa en plano de igualdad a todos los conspiradores, y explica que las penas se establezcan en referencia a las previstas para el correspondiente delito consumado cuya ejecución se acordó; c) La conspiración es, en definitiva, una “coautoría anticipada” (80). El dolo del conspirador, por ello, abarca los delitos objeto de aquélla; es necesario, además, resolver la ejecución de los mismos. El dolo del “mero individuo” o del “director”, “presidente” o “fundador” de la asociación ilícita tiene un contenido distinto, distinto respecto al del conspirador, pero distinto también en cada caso (difiere el del mero individuo del dolo del fundador). Es un dolo recortado: basta con saber que la asociación tiene por objeto cometer algún delito, y que se está formando parte de la misma, como director, presidente, mero afilado, etc. Nada más. El socio, por ejemplo, no es necesario que se afilie “para delinquir” ni que “resuelva” la ejecución de los delitos programados, o participe en la misma. El objeto de delinquir es objeto social, objeto de la asociación, no de sus miembros: tales delitos basta con que sean conocidos por el afiliado, en referencia a la asociación, y al sólo efecto de fundamentar la conciencia de la ilicitud de ésta. Asociarse “para delinquir” es un comportamiento “atípico” si la asociación no tiene por objeto cometer algún delito; afiliarse a una asociación de fines delictivos es siempre una conducta típica, aunque no sea “para delinquir”. Como consecuencia de esta distinta estructura, d) no caben formas imperfectas respecto a la conspiración, mientras

(80) Para RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “una forma de participación anticipada”, en: Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, I Barcelona, (1972), pág. 161.

el artículo 174, 1.º, párrafo segundo, contiene un precepto específico a propósito de las actividades frustradas de dirección, fundación, etc., según apunté antes, en materia de asociaciones ilícitas; e) Por último, en cuanto al régimen concursal, difiere también el de la asociación y la conspiración: debe apreciarse el concurso de delitos si el asociado toma parte en la ejecución del programa criminal, mientras que si el conspirador da principio a la ejecución del delito concertado responde sólo por éste, consumiéndose su inicial responsabilidad en la posterior y más grave que deriva de una fase más avanzada del "iter criminis".

De aquí deduzco que responsabilidad penal a título de conspiración y de asociación pueden darse con plena independencia, pero pueden también excluirse. Examino estos supuestos: 1) Dos o más personas se conciertan para ejecutar un delito y resuelven ejecutarlo: responden exclusivamente como conspiradores. La común resolución criminal, referida a uno o varios delitos, como consecuencia de un concierto previo, es lo que caracteriza a la conspiración y justifica el trato igualitario de todos los que intervienen en la misma. Todo ello con independencia del número de componentes, del grado de organización de que disfruten o del número de delitos cuya ejecución acordaron; 2) Los delitos concertados se ejecutan, pero no se disuelven los vínculos orgánicos que unían a los conspiradores, de modo que la primitiva organización trasciende a sus fines ya consumados: aparece una asociación. Los —antes— conspiradores responderán ahora según su grado jerárquico en la misma, como meros individuos, o como directores, presidentes, etc. En tal caso, cabría apreciar el concurso de delitos (el delito o delitos ejecutados en concurso con el posterior de asociación ilícita); 3) Incorporación sucesiva a una asociación ilícita o a una conspiración. Quien se adhiere a un plan criminal conocido, para que responda como conspirador es necesario que acuerde con los demás conspiradores la comisión de los delitos concertados: no basta con que se incorpore a la organización delictiva. Por el contrario, el mero individuo de una asociación ilícita sólo ha de pasar a formar parte de ésta, afiliarse, sabiendo —claro está— que la asociación es ilícita porque persigue la comisión de algún delito: pero no es necesario que se asocie para delinquir, para cometer los delitos que constituyen el objeto social; 4) Los meros individuos o directivos de la asociación resuelven la ejecución de alguno de los delitos en programa: concurre, entonces, una doble responsabilidad, por asociación y por conspiración.

CONCLUSIONES

I. Admitiendo los presupuestos de la reforma de 1944, resultan, no obstante, superfluos los artículos 172, número 3.º; 173, número 2.º, y 173, número 5.º El artículo 513 debe también suprimirse.

Los números 1.º de los artículos 172 y 173 requieren una mayor concreción, porque, en otro caso, seguirían sin aplicarse.

El número 2.º del artículo 174 debe ser revisado: para hacerse extensivo su mandato a todas las asociaciones ilícitas, y para evitar el contrasentido de que comportamientos de ajenos a la asociación y de mínima entidad puedan castigarse con penas más graves que las previstas para los propios dirigentes de aquélla.

II. De *lege ferenda*, parece recomendable un retorno a la fórmula del Código penal de 1870, con el consiguiente protagonismo del número 2.º del artículo 172, precepto hoy olvidado que debe recuperar el lugar central que merece. El Código penal ha de significar el único límite al ejercicio de los derechos individuales, y no un mero refuerzo a las limitaciones de los mismos impuestas por normas de rango inferior a las que los proclaman.

Esto presupone, claro está, la efectiva aplicación en el futuro de este número 2.º del artículo 172 —aún letra muerta—, pero no sólo respecto a las asociaciones de fines políticos, sino a toda asociación que tenga por objeto cometer algún delito.

Carece, por ello, de fundamentación la ilicitud de asociaciones que no tengan por *objeto* inequívocamente la comisión de delitos y que responda a otra “ratio”: esto sucede, en todo caso, con el número 1.º del artículo 172, número 1 del artículo 173 y el 4.º del mismo artículo.

Sería conveniente la supresión del número 4.º del artículo 172, fruto de la creencia de que determinadas infracciones administrativas, por principio, han de contar con automática correlación en el Código penal, con lo que se olvida que éste debe ser la “última ratio” y no un efecto paralelo de naturaleza accesorio.

La excesiva simplicidad del esquema propuesto puede matizarse con la configuración de tipos “cualificados” por razón de la gravedad del delito en programa (terrorismo, separatismo).

Comisión redactora del Código penal tipo para Latinoamérica *

PARTE ESPECIAL

TEXTOS APROBADOS

- 1.º Delitos contra la vida.
- 2.º Delitos contra la integridad corporal y la salud de las personas.
- 3.º Delitos contra la seguridad física de las personas.
- 4.º Hurto y Robo.

TITULO I

DELITOS CONTRA LA VIDA

Artículo 1.º *Homicidio.*

Se impondrá... al que matare a otro.

Art. 2.º *Homicidio calificado.*

Se impondrá... al que matare.

1.º) Al ascendiente, descendiente, cónyuge no separado de hecho, o a la persona con quien convive maritalmente.

Art. 2.º *Homicidio calificado.*

Se impondrá... al que matare:

2.º) Con ensañamiento, alevosia o de cualquier modo insidioso.

Art. 3.º *Homicidio calificado.*

Se impondrá... al que matare:

3.º) Por cualquier medio capaz de producir estrago.

(*) Publicado en *Repertorio Forense*, número 3.321, Caracas, 29-12-1975.

Art. 2.º Homicidio calificado

Se impondrá... al que matare:

4.º) Por precio, promesa remuneratoria, codicia o por otros motivos abyectos o fútiles.

Art. 2.º Homicidio calificado.

Se impondrá... al que matare:

5.º) Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito; para asegurar sus resultados, o la impunidad para sí o para los partícipes.

Art. 3.º Homicidio en estado de emoción violenta.

Se impondrá... al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable.

Art. 4.º

Se impondrá... cuando en el caso del artículo anterior concurriere la circunstancia prevista en el artículo 2.º núm. 1.

Art. 5.º Infanticidio.

Se impondrá... a la madre que para ocultar su deshonra o compeliada por grave desamparo, matare a su hijo durante el nacimiento hasta tres días después.

Esta atenuación no beneficiará a los partícipes.

Art. 6.º Homicidio piadoso.

Se impondrá... al que movido exclusivamente por piedad, matare a quien padece intensos sufrimientos a causa de una lesión o enfermedad graves e incurables, siempre que mediaren requerimientos serios, insistentes e inequívocos de la víctima.

En este caso, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 2.º INC. 1.º

Art. 6.º Bis homicidio culposo.

Se impondrá... al que por culpa causare la muerte a otro.

La pena será de... cuando el homicidio culposo se produzca como consecuencia de la infracción de un especial deber de cuidado en la profesión, oficio o función desempeñada por el agente, o cuando como consecuencia de una acción u omisión se produzca la muerte de más de una persona, siempre que el agente se haya representado este resultado múltiple.

Art. 6.º Ter. Homicidio preterintencional.

Se impondrá al que con el propósito de causar a otro un daño en el cuerpo o en la salud, le produjere culposamente la muerte.

Art. 7.º *Instigación al suicidio.*

Se impondrá... al que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

Art. 8.º *Aborto.*

Al que diere muerte al producto de la concepción antes de comenzar el nacimiento, se le impondrá:

- a)... Si causare el aborto con consentimiento de la mujer;
- b)... Si causare el aborto sin tal consentimiento.

Art. 9.º *Aborto.*

Se impondrá... a la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo cause.

La tentativa de la mujer no será punible.

Art. 10. *Aborto calificado.*

Se impondrá... cuando el aborto se causare:

- A) En una menor de 16 años;
- B) Mediante fuerza física o intimidación, ejercida en la persona de la mujer;
- C) Con abuso de arte o profesión;
- D) Por imposibilidad de la mujer; por cualquier motivo, de oponerse a las maniobras abortivas.

Art. 11. *Aborto seguido de muerte.*

Se impondrá... si como consecuencia del aborto se produjere culposamente la muerte de la mujer.

Art. 12. *Aborto honoris causa.*

Se impondrá... a la mujer que, para ocultar su deshonor, causare su propio aborto o consintiere que otro se lo cause.

La misma pena se impondrá al que causare el aborto en la situación prevista en el inciso anterior.

Art. 13. *Aborto terapéutico.*

No será punible el médico que con consentimiento de la mujer causare el aborto con el objeto de superar un grave peligro para su vida o su salud, que no pudiese evitarse por otros medios.

Si la mujer estuviere en la imposibilidad de prestar el consentimiento, se observarán las normas relativas al ejercicio de las profesiones médicas, en defecto de tales normas, podrá prescindirse de dicho consentimiento.

Art. 14. *Hipótesis de aborto impune.*

No será punible el aborto cuando:

a) El embarazo es consecuencia de la violación de la mujer y esta se lo causare o se lo hiciere causar.

Art. 14. *Hipótesis de aborto impune.*

No será punible el aborto cuando:

b) La mujer compelida por grave desamparo, se lo causare o consintiere que otro se lo cause.

Art. 15. *Aborto culposo con violencia.*

Se impondrá... al que con violencias en la mujer le causare culposamente el aborto.

TITULO II

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD CORPORAL Y LA SALUD DE LAS PERSONAS

Art. 16. *Lesiones dolosas.*

Se impondrá... al que dañare a otro en el cuerpo o en la salud.

Art. 17. *Circunstancias calificantes.*

La pena (se aumentará) si el daño hubiese producido:

a) Debilitación permanente de la salud, o de una función, un sentido o un miembro;

Art. 17. *Circunstancias calificantes.*

La pena (se aumentará) si el daño hubiese producido:

b) Peligro concreto para la vida;

Art. 17. *Circunstancias calificantes.*

La pena (se aumentará) si el daño hubiese producido:

c) Inutilización para las actividades habituales por más de treinta días;

Art. 17. *Circunstancias calificantes.*

La pena (se aumentará) si el daño hubiese producido:

d) Anticipación de parto.

Art. 18. *Circunstancias calificantes.*

La pena (se aumentará) si el daño hubiere producido:

a) Enfermedad probablemente incurable;

Art. 18. *Circunstancias calificantes.*

La pena (se aumentará) si el daño hubiere producido:

b) Pérdida o inutilización de una función, de un sentido o de un miembro;

Art. 18. *Circunstancias calificantes.*

La pena (se aumentará) si el daño hubiere producido:

c) Deformación corporal permanente y grave;

Art. 18. *Circunstancias calificantes.*

La pena (se aumentará) si el daño hubiere producido:

d) Inutilización permanente par las actividades habituales.

Art. 19. *Circunstancias calificantes.*

Las penas previstas en los artículos (16, 17 y 18), se aumentarán en... si concurrieren algunas de las circunstancias del artículo 2.º

Art. 20. *Circunstancias atenuantes.*

Las penas previstas en los artículos (16, 17 y 18), se disminuirán en... si concurren las circunstancias del artículo 3.º (*).

(*) Ver artículo siguiente.

Art. 21. *Concurrencia de atenuantes y agravantes.*

Cuando las circunstancias del artículo (2.º), incisos primero, segundo y cuarto, concurrieren con las del art. (3.º), la pena será de... a...; en el caso del artículo (16) la pena será de... a...; en el caso del artículo (17), de... a... y en el caso del artículo (18), de... a...

Art. 22. *Lesiones culposas.*

Se impondrá... al que por culpa causare lesiones a otro...

Art. 23. *Lesión ultraintencional.*

(Se acuerda incluir un precepto que regule la situación de la lesión ultraintencional.)

TITULO III

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD FÍSICA DE LAS PERSONAS

Art. 24. *Tipo base.*

Se impondrá... al que, a sabiendas, pusiere en peligro actual o inminente la vida o la integridad corporal o salud de otro.

Art. 25. Abandono (tipo base).

Se impondrá..., al que abandonare a quien deba mantener, cuidar, guardar o vigilar.

Art. 26. Abandono calificado.

Si como consecuencia del abandono previsto en el artículo anterior, resultaren algunas de las lesiones señaladas en los artículos 17 y 18, la pena será de...

Si resultare la muerte, la pena será de...

Art. 27. Abandono de recién nacido.

Se impondrá..., a la madre que, para ocultar su deshonra o compelida por grave desamparo abandonare a su hijo dentro de los cinco días del nacimiento.

Si como consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud, la pena será de...

Si resultare la muerte, la pena será de...

Art. 28. Omisión de socorro.

Se impondrá..., al que encontrare a un menor incapaz de valerse por sí mismo o a una persona herida, desvalida o amenazada de cualquier peligro grave y no les prestare auxilio adecuado cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediato a la autoridad.

Art. 29. Agresión con armas sin ánimo de causar daño.

Se impondrá..., al que usare contra una persona armas propias o impropias sin el propósito de lesionarla o darle muerte.

TITULO IV**HURTO Y ROBO****Art. 30. Hurto (tipo base)**

Se impondrá..., al que se apoderare de una cosa mueble total o parcialmente ajena.

Se equiparan a cosa mueble la energía eléctrica y cualquier otra energía o fluido con valor económico.

Art. 31. Hurtos agravados.

Se impondrá... cuando el hurto fuere:

a) De una cosa que por necesidad, destino, costumbre o modo de explotación quedare sin suficiente protección;

- b) Cometido creando circunstancias que dejen a la cosa sin protección adecuada o aprovechándose de ellas;
- c) De una cosa de interés científico, cultural, militar o religioso, destinada al servicio, utilidad o respeto de un número indeterminado de personas o libradas a la confianza pública;
- d) Cometido con fuerza en las cosas o mediante escalamiento;
- e) Cometido mediante artificio, o cuando implique una grave deslealtad del agente para con la víctima.

Art. 32. *Hurto de uso.*

Se impondrá..., cuando el apoderamiento se cometiere con la finalidad de servirse momentáneamente de la cosa y esta fuese restituida en forma espontánea y sin menoscabo y/o aparezca claramente demostrada la intención de hacerlo.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando el apoderamiento fuese para ejecutar otro delito o asegurar su impunidad.

Art. 33. *Robo.*

Se impondrá..., al que se apoderare de una cosa mueble total o parcialmente ajena, para aprovecharse de ella con violencia o intimidación de las personas.

La violencia o intimidación podrá tener lugar antes del apoderamiento para facilitararlo durante su ejecución, o inmediatamente después para asegurar su resultado o la impunidad para el autor o para los partícipes.

Art. 34. *Robos agravados.*

Se impondrá... cuando en el robo:

- a) Concurriere alguna de las circunstancias del artículo 31;
- b) Intervinieren tres o más personas;
- c) Se usaren armas.

Art. 35. *Robo con homicidio o lesiones.*

Se impondrá...:

- a)... Si como consecuencia de la violencia o intimidación resultaren lesiones de las previstas en los artículos (graves o gravísimas);
- b)... Si resultare la muerte.

SECCION LEGISLATIVA

DECRETO 365/1976, de 26 de febrero, orgánico de la Comisión General de Codificación. (Ministerio de Justicia.)

La Comisión General de Codificación, cuyo origen arranca del Real Decreto de diecinueve de agosto de mil ochocientos cuarenta y tres, ha prestado al Derecho español a través de su ya larga y fecunda vida, solamente interrumpida en algún breve paréntesis, servicios que son bien conocidos de todos los juristas. En la etapa inicial de su existencia, y en vistas a la gran obra codificadora entonces emprendida, la Comisión fue el órgano esencialmente promotor de los grandes cuerpos legales españoles. La calidad e importancia de su labor hubo incluso de ser reconocida de modo oficial en la Real Orden de ocho de diciembre de mil ochocientos ochenta y ocho, a través de la cual Su Majestad la Reina se dignó expresar el “real agrado a cuantos han colaborado a la formación del Código civil, obra de tanta magnitud y tan universalmente deseada”.

A lo largo de este siglo, la Comisión ha proseguido con no menor entusiasmo su labor, ahora principalmente centrada en el estudio y preparación de las posibles modificaciones y actualizaciones de los cuerpos legales, debiendo señalarse que como fruto de sus tareas prelegislativas se han producido importantes reformas en nuestros principales Códigos.

Las normas por las que se rige la composición y funcionamiento de la Comisión son las del Decreto orgánico de veintitrés de octubre de mil novecientos cincuenta y tres, desarrolladas en el Reglamento aprobado por Orden del Ministro de Justicia de veintidós de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro. Si dichas normas eran las adecuadas al momento en que se redactaron y han permitido que la Comisión llevara a cabo bajo su vivencia la labor antes señalada, parece necesario en la hora presente adecuarlas a la realidad actual y a la misión asignable a este Organismo ante la recién abierta etapa de la vida nacional, en la que las reformas políticas y sociales anunciadas y emprendidas han de traducirse necesariamente en diversas reformas de los cuerpos legales que rigen la vida jurídica del país.

A esa necesaria adecuación responden las normas del presente Decreto, que no constituye una radical reforma de la Comisión, sino una prudente actualización de su estructura y actividad, con el fin de revitalizar y potenciar el Organismo. Así, el número de Secciones se eleva ahora a cinco, creándose una consagrada al Derecho penal y penitenciario y confiriendo rango de Sección a la que hasta hoy fue Subsección de Derecho Mercantil de tradición brillante; se suprime la limitación del número de Vocales permanente; se incorporan al grupo de Vocales natos algunos representantes de ciertos Organismos de importancia en la vida jurídica, así como otros que llevarán la representación de los diversos Departamentos ministeriales; se

prevé la constitución temporal de Secciones especiales para el estudio de determinados temas y la formación de Grupos de Trabajo en el seno de las Secciones; se institucionaliza, potenciándolos en la medida posible para su mejor funcionamiento al servicio de la Comisión, el Gabinete de Estudios y el de Asuntos Generales, y se realizan, en fin, otras innovaciones igualmente dirigidas a robustecer la Comisión y agilizar sus tareas.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día veinte de febrero de mil novecientos setenta y seis,

DISPONGO :

CAPITULO PRIMERO

De las funciones y composición de la Comisión General de Codificación

1. DE LAS FUNCIONES

Artículo uno.—La Comisión General de Codificación es el órgano superior de asesoramiento y preparación de las tareas legislativas propias del Ministerio de Justicia, de cuyo titular depende directamente, con las siguientes funciones:

Primera.—La preparación de la legislación codificada o general que no esté especialmente atribuida a otros Departamentos o a otros órganos del Ministerio de Justicia.

Segunda.—La revisión de los cuerpos legales y leyes vigentes en las diversas ramas del Derecho y la exposición al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, del resultado de sus estudios con las sugerencias que de ellos se deriven.

Tercera.—La elaboración de proyectos que se relacionen con las actividades propias de su competencia, así como su propuesta al Ministro.

Cuarta.—El informe o dictamen en aquellos asuntos de carácter jurídico que el Gobierno o el Ministro de Justicia sometan a su estudio.

Quinta.—La corrección de estilo de las disposiciones y leyes que le sean encomendadas por el Gobierno o el Ministro de Justicia.

Sexta.—El informe o estudio de los anteproyectos de reforma de las compilaciones de Derecho foral o especial.

Séptima.—La publicación de los cuerpos legales y trabajos de la Comisión sin perjuicio del cometido propio del servicio de Publicaciones del Ministerio.

2. DE LA COMPOSICIÓN

Artículo dos.—Integran la Comisión General de Codificación su Presidente, los Presidentes de Sección, los Vocales y la Secretaría Permanente.

I. *Del Presidente*

Artículo tres.—Uno. El Presidente de la Comisión será nombrado y separado libremente por Decreto, a propuesta del Ministro de Justicia. Su nombramiento recaerá en persona relevante en el campo del Derecho.

Dos. El Presidente gobierna la Comisión y le corresponde:

a) Representar a la Comisión en cuantos actos sea necesario y despachar los asuntos de la Comisión.

b) Presidir todas las reuniones de la Comisión a las que asista, excepto cuando lo haga el Ministro de Justicia.

c) Convocar las reuniones del Pleno y de la Comisión Permanente.

d) Decidir con su voto los empates que se produjeren en las reuniones que presida.

e) Solicitar del Ministro de Justicia o, en su caso, de cualquier otro Organismo, Centro o autoridad los documentos, datos o informaciones que la Comisión precise para el cumplimiento de sus fines.

f) Dar posesión a los miembros de la Comisión.

Artículo cuatro.—En caso de vacante o ausencia del Presidente de la Comisión será sustituido por el Presidente de Sección más antiguo.

II. *De los Presidentes de Sección*

Artículo cinco.—Los Presidentes de Sección de la Comisión General de Codificación serán nombrados, por Decreto, a propuesta del Ministro de Justicia, en consideración a los méritos relevantes que en el orden científico o profesional hayan contraído los designados.

Artículo seis.—Corresponde a los Presidentes de Sección convocar y presidir las reuniones de sus respectivas Secciones, así como señalar el orden del día de las mismas, establecer su régimen de trabajo y dirigir los debates y votaciones, cuidando de cuanto el orden de las Secciones requiera, concediendo o retirando la palabra a los reunidos y decidiendo con su voto los casos de empate. En el ejercicio de estas funciones, los Presidentes de Sección están investidos de las facultades necesarias para resolver las dudas que se planteen.

Artículo siete.—Cuando por cualquier causa no asista a la reunión de la Sección su Presidente, será sustituido por el Vocal de más antigüedad de los reunidos, y en igualdad de circunstancias por el de más edad.

III. *De la Secretaría General Permanente*

Artículo ocho.—Uno. Bajo la dependencia inmediata del Presidente de la Comisión funcionará una Secretaría General Permanente como órgano encargado de coordinar y prestar asistencia en los trabajos de la Comisión, así como facilitar los servicios administrativos precisos.

Dos. La Secretaría General se integrará por el Secretario general de la Comisión, el Vicepresidente, el Gabinete de Estudios y el Gabinete de Asuntos Generales.

1. *Del Secretario general*

Artículo nueve.—El Secretario general de la Comisión General de Codificación será nombrado y separado libremente por el Ministro de Justicia entre los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Especial Técnico de Letrados de dicho Departamento, y su nombramiento lleva aneja la condición de Vocal de la Comisión, con voz y voto en las sesiones a que asista personalmente.

Artículo diez.—Corresponde al Secretario general de la Comisión:

a) Ejercer la Jefatura de la Secretaría y distribuir el personal entre sus distintas dependencias y servicios, cuidando del adecuado desenvolvimiento de su trabajo.

b) Cursar las convocatorias para las reuniones del Pleno de la Comisión Permanente y de las Secciones, según las instrucciones que reciba de los respectivos Presidentes.

c) Redactar y autorizar por sí las actas de las sesiones a las que asista personalmente si no hubiere delegado esta función en los Secretarios de las Secciones o Grupos de Trabajo, o en el Jefe del Gabinete de Asuntos Generales, en cuyo caso comunicará a éstos, de acuerdo con el Presidente, las instrucciones necesarias para que las actas sean redactadas de un modo uniforme.

d) Expedir y autorizar, a todos los efectos, las certificaciones relacionadas con la Comisión General de Codificación y con su personal o colaboradores.

e) Cuidar de que se lleven los libros registros necesarios para el buen orden de la Secretaría y de que periódicamente se encuadernen las actas.

f) Preparar, bajo la dirección del Presidente, el presupuesto de la Comisión y aplicar los créditos presupuestados para las diversas atenciones de la misma.

g) Formalizar, documentándolos suficientemente, toda clase de anteproyectos o propuestas para su posterior tramitación.

h) Organizar y cuidar del mejor funcionamiento del archivo de la Comisión, prestando especial atención a asegurar la ordenada conservación de cuantos antecedentes y datos se relacionen con cada asunto que haya sido objeto de estudio en la Comisión.

2. *Del Vicesecretario general*

Artículo once.—El Vicesecretario será nombrado por el Ministro de Justicia entre funcionarios del Cuerpo Especial Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia y tendrá por misión la de asistir al Secretario general en sus funciones, sustituyéndole en los casos de ausencia, vacante, enfermedad o simultaneidad de funcionamiento de los órganos de la Comisión.

3. *De los Gabinetes de la Secretaría General*

Artículo doce.—Dependiente de la Secretaría General funcionarán:

Primero. El Gabinete de Estudios de la Comisión General de Codificación, que tendrá a su cargo el estudio y elaboración de los trabajos o ponencias que le sean encomendados.

El Jefe del Gabinete de Estudios y los miembros del mismo serán designados por el Ministro de Justicia en consideración a su especial preparación técnico-jurídica.

Eventualmente podrá también contratarse la colaboración de otras personas para la realización de trabajos determinados.

Los miembros del Gabinete de Estudios podrán asistir a las reuniones de la Comisión, ya sean del Pleno o de las Secciones, cuando en las mismas se traten asuntos en cuyo estudio o preparación hubiesen intervenido y así lo acuerde el Presidente de la Comisión.

Segundo. El Gabinete de Asuntos Generales, que tendrá a su cargo la gestión y propuesta de todos aquellos asuntos de régimen interior o de naturaleza administrativa de la Comisión.

El Jefe del Gabinete podrá, por delegación del Secretario general, desempeñar las funciones de Secretario de actas en aquellas reuniones a las que asista, cuando así se acuerde.

4. De los Vocales de la Comisión

Artículo trece.—La Comisión General de Codificación está integrada por Vocales natos, Vocales permanentes, Vocales foralistas y Vocales adscritos.

Uno. Serán Vocales natos el Presidente del Tribunal Supremo, el Fiscal del Reino, el Presidente del Consejo General de los Ilustres Colegios de Abogados de España, el Presidente de la Junta Nacional de los Ilustres Colegios de Procuradores de España, el Presidente de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, el Decano del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, el Presidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, un Decano de las Facultades de Derecho de las Universidades de Madrid, el Subsecretario de Justicia, el Secretario general Técnico y los Directores generales del mismo Departamento, el Director del Instituto de Estudios Políticos, el Director de la Escuela de Estudios Penitenciarios, el Director general de lo Contencioso del Estado en representación del Ministerio de Hacienda y un representante por cada uno de los restantes Departamentos ministeriales y de la Organización Sindical designados por el Ministro de Justicia a propuesta de los titulares correspondientes.

Dos. Los Vocales permanentes serán nombrados por el Ministro de Justicia entre juristas que tuvieren especial relevancia en el orden científico o profesional. Anualmente, antes del uno de octubre, el Ministro de Justicia remitirá al Presidente de la Comisión una relación actualizada de los miembros de la misma.

Tres. Los Vocales foralistas serán nombrados por el Ministro de Justicia, teniendo en cuenta su particular competencia en materias de Derecho foral o especial.

Cuatro. Todos los Vocales a que se refieren los tres apartados anteriores serán necesariamente destinados a una de las secciones de la Comisión.

Cinco. Cuando se trate de asuntos para los que se considere conveniente la colaboración de otras personas, por su especial competencia, sean o no Le-trados, podrán ser nombrados, por el Ministro, Vocales de la Comisión adscribiéndoles a una Sección, a fin de colaborar en la misma durante el tiempo

que sea preciso. Los Vocales adscritos podrán asistir a las reuniones de la Comisión con voz y voto.

Artículo catorce.—Los Vocales de la Comisión General de Codificación tienen derecho:

Primero. A discutir y votar sobre los asuntos sometidos a su deliberación, bajo la dirección de la Presidencia.

Segundo. A presentar mociones y propuestas sobre modificación del ordenamiento jurídico que consideren deben ser elevadas al Ministro de Justicia.

Tercero. A proponer al Presidente que se realicen en la Comisión estudios que consideren convenientes sobre los distintos aspectos del ordenamiento jurídico.

Cuarto. A recibir el tratamiento y honores tradicionales, así como a disponer de los distintivos y documentos que acrediten la condición de Vocal de la Comisión.

Quinto. A percibir las asistencias que procedan por concurrir a las sesiones de la Comisión y las indemnizaciones por desplazamiento que correspondan a aquellos Vocales que residan fuera del lugar de celebración de las reuniones y hayan sido debidamente convocados a éstas.

Sexto. A adscribirse a cualquiera de las Secciones por el tiempo que dure el estudio de aquellas materias en cuyos debates deseen participar, sin perjuicio de continuar perteneciendo a las que inicialmente hubieren sido adscritos por el Presidente.

CAPITULO II

Régimen de la Comisión

I. FUNCIONAMIENTO Y PLAN DE TRABAJO

Artículo quince.—Uno. La Comisión General de Codificación funcionará en Pleno, en Comisión Permanente o en Secciones.

Dos. También podrá funcionar en régimen de Secciones mixtas con la concurrencia de los miembros de más de una Sección cuando así lo acuerde la Comisión Permanente, en cuyo caso corresponderá la Presidencia al más antiguo de los Presidentes de las Secciones.

Artículo dieciséis.—En el día quince de octubre de cada año o, cuando éste fuera festivo, en el siguiente hábil, se reunirá el Pleno de la Comisión General de Codificación, presidido por el Ministro de Justicia, si asistiere, y en su ausencia por el Presidente de la Comisión, para aprobar la "Memoria de actividades" y el "Plan anual de trabajo de la Comisión, que será formulado en base a los encargos del Gobierno o del Ministro de Justicia y de las iniciativas de las Secciones y de la Comisión Permanente, así como de las mociones formuladas por los Vocales.

2. DEL PLENO

Artículo diecisiete.—Uno. El Pleno de la Comisión estará constituido por su Presidente, los cinco Presidentes de Sección, los Vocales, el Secreta-

rio general y el Vicesecretario, Participarán también en el Pleno los Vocales de las Secciones especiales cuando en el orden del día figuren temas que hayan sido objeto de estudio en aquéllas.

Dos. Para reunirse válidamente el Pleno en primera convocatoria deberán concurrir al menos la mitad de los miembros que lo integren. En segunda convocatoria se reunirá sea cual fuere el número de asistentes.

Tres. Los acuerdos se tomarán por mayoría de votos de los Vocales concurrentes.

Artículo dieciocho.—Con independencia de la sesión a que se refiere el artículo 16, el Pleno se convocará también para la aprobación definitiva de informes o anteproyectos de ley que hayan de elevarse al Gobierno o al Ministerio de Justicia, cuando por el titular del Departamento así se disponga, en razón de las peculiaridades que en ellos concurren.

Artículo diecinueve.—Uno. El Pleno será convocado por el Presidente con un mes, al menos, de antelación a la fecha de la reunión, salvo en los casos en que, a juicio del mismo, sea preciso un plazo más breve.

Dos. En la convocatoria figurará el orden del día, lugar, fecha y hora de la sesión en primera y segunda convocatoria y copia del informe o anteproyecto que se someta a su aprobación, así como el modo y plazo de presentación y admisión de enmiendas.

Artículo veinte.—Las enmiendas no serán tomadas en consideración si no han sido presentadas dentro del plazo señalado, y deberán estar escritas, firmadas y razonadas. La Secretaría General de la Comisión las pasará a la Sección que preparó el informe o proyecto para que antes de la sesión facilite a la Comisión Permanente su parecer en relación con ellas. De las enmiendas se remitirá copia a todos los Vocales.

Artículo veintiuno.—Uno. En el Pleno se tratarán cuestiones diferentes de las señaladas en el orden del día, y los debates y votaciones se ceñirán estrictamente a las enmiendas presentadas con arreglo al artículo anterior y al dictamen o anteproyecto en general.

Dos. La Presidencia podrá limitar, cuando lo crea oportuno, el número de intervenciones de cada Vocal y la duración de las mismas.

Artículo veintidós.—Podrán ser formulados votos particulares siempre que se anuncien antes de ser levantada la sesión y se formalicen en el plazo que, en cada caso particular, señale el Presidente. Al voto anunciado podrán adherirse los Vocales que hayan disentido del parecer de la mayoría.

3. DE LA COMISIÓN PERMANENTE

Artículo veintitrés.—Uno. La Comisión Permanente la componen el Presidente de la Comisión General de Codificación, los Presidentes de Sección y el Secretario general o, en su caso, el Vicesecretario.

Dos. Cuando la Comisión Permanente se reúna para conocer de los informes o anteproyectos que hayan sido encomendados a una Sección, se incorporarán a la misma dos Vocales de aquélla, designados por su Presidente, y dos Vocales del grupo del apartado primero del artículo trece, designados por el Presidente de la Comisión.

Tres. El Presidente de la Comisión podrá también convocar a las reunio-

nes de la Comisión Permanente a aquellas otras personas que hubieren sido designadas conforme al apartado quinto del artículo trece para asistir a las reuniones de las Secciones, si a través de éstas hubieren intervenido o asesorado en la materia estudiada.

Artículo veinticuatro.—Son funciones de la Comisión Permanente:

Primero. Emitir los informes que el Gobierno reclame y actuar como cuerpo consultivo del Ministerio de Justicia en las materias propias de la competencia de la Comisión General de Codificación.

Segundo. Asesorar al Presidente de la Comisión General en los casos que requieran su dictamen.

Tercero. Informar sobre la distribución de asuntos entre las Secciones que integran la Comisión General con arreglo a la competencia atribuida a cada una. Cuando el Presidente de la Comisión estime que, por la naturaleza del proyecto que haya de prepararse o por la índole de la consulta o dictamen que hubiere de emitirse, es conveniente que los trabajos se realicen conjuntamente por varias Secciones determinadas la Comisión Permanente informará sobre los que han de intervenir y sobre los Vocales de las mismas que deban de integrar esta Sección mixta.

Cuarto. La asignación de los Vocales a las Secciones.

Quinto. Designar los componentes de grupos de trabajo cuando la materia afecte a varias Secciones.

Sexto. Aprobar los informes o anteproyectos de Ley que hayan sido elaboradas por las Secciones, salvo que expresamente hayan sido encomendados al Pleno.

Séptimo. En general, tratar de cuantas cuestiones sean de competencia de la Comisión General de Codificación y no estén atribuidas al Pleno, al Presidente o al Secretario general.

Artículo veinticinco.—Uno. La Comisión Permanente se reunirá cuantas veces lo acuerde el Presidente y, de forma inmediata, cuando se declare urgente por el Ministro. A través de sus reuniones, la Comisión Permanente entenderá de los asuntos de su competencia y preparará el despacho de los que correspondan al Pleno, en el cual actuará como ponencia.

Dos. En la primera quincena de octubre de cada año, la Comisión Permanente celebrará una reunión preceptiva con objeto de llevar a cabo la adscripción de los Vocales a las distintas Secciones y elaborar el plan de trabajo.

Tres. Los acuerdos de la Comisión Permanente se adoptarán por mayoría de votos de los concurrentes a la sesión, siempre que se hallen presentes, por lo menos, la mitad de los miembros.

Artículo veintiséis.—Cuando la Comisión Permanente conozca de un anteproyecto de Ley, el Presidente dispondrá lo necesario para que todos los Vocales de la Comisión General tengan conocimiento de los anteproyectos y puedan formular, en cuanto sea posible, observaciones o enmiendas al texto.

4. DE LAS SECCIONES

Artículo veintisiete.—Cada Sección estará integrada por su Presidente y los Vocales que se le asignen. Los Vocales que lo sean en razón a su cargo

en el Ministerio de Justicia podrán asistir a las reuniones de todas las Secciones.

Artículo veintiocho.—Las Secciones de la Comisión General de Codificación serán cinco: la primera, de Derecho privado (general); la segunda, de Derecho mercantil; la tercera, de Derecho público (general); la cuarta, de Derecha penal y penitenciario, y la quinta, de Organización de Tribunales y Derecho procesal.

Artículo veintinueve.—Se podrán constituir con carácter temporal Secciones especiales para el estudio de determinados temas, designando a los Vocales que las integran, los cuales cesarán en la terminación de los trabajos encomendados, quedando en ese momento extinguidas dichas Secciones especiales.

Artículo treinta.—Las Secciones funcionarán como Comisiones preparatorias, y sus trabajos e informes tendrán la consideración de Ponencias para ser elevadas a la Comisión Permanente y, en su caso, al Pleno.

Artículo treinta y uno.—Los Presidentes de Sección podrán constituir en el seno de las mismas grupos de trabajo para el estudio de temas concretos, designando para integrarlos a los Vocales de la Sección que parezca procedente. Los grupos así formados estudiarán independientemente la materia encomendada y presentarán en su día el resultado del trabajo a las reuniones de las Secciones respectivas con objeto de que, una vez conocido, revisado y aceptado por éstas, pueda recibir la tramitación que corresponda.

Artículo treinta y dos.—A propuesta del Presidente de la Comisión General podrán adscribirse Secretarios a las Secciones o a los grupos de trabajo, con carácter temporal o permanente, recayendo los nombramientos en funcionarios de los Cuerpos Especiales Técnicos de Letrados del Ministerio y Facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

CAPITULO III

Archivo y Biblioteca

Artículo treinta y tres.—El archivo de la Comisión estará bajo la custodia y vigilancia del Secretario general, quien cuidará de su ordenación catalogada y de su debida conservación, como establece el artículo diez.

Artículo treinta y cuatro.—Uno. El archivo podrá ser consultado por los Vocales de la Comisión, pero en ningún caso será permitida la salida de documentos. Cuando el Presidente de la Comisión o los Presidentes de Sección lo interesen, la Secretaria expedirá copia de los documentos que soliciten y que hayan de servir como antecedentes a trabajos en preparación.

Dos. Quienes no pertenezcan a la Comisión podrán ser autorizados especialmente por el Presidente o el Secretario general para examinar o consultar documentos, si existen motivos que así lo justifique.

Artículo treinta y cinco.—La Biblioteca de la Comisión General de Codificación estará al cuidado del Secretario general y al servicio exclusivo de los Vocales, quienes podrán solicitar por escrito la prestación de libros, revistas o documentos bibliográficos, que se les entregarán por tiempo no superior a treinta días, cancelándose su devolución con la nota de entrega en el registro que al efecto se llevará.

CAPITULO IV

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo treinta y seis.—La Comisión General de Codificación está constituida bajo el patronato de San Fernando Rey de España y legislador.

Artículo treinta y siete.—De todas las reuniones que celebre el Pleno, la Comisión Permanente y las Secciones, se levantará acta detallada, con expresión de las opiniones expuestas, el resultado de las votaciones, si las hubiere, y los acuerdos adoptados.

Artículo treinta y ocho.—Los miembros de la Comisión están obligados a guardar secreto sobre el estado de los anteproyectos, las propuestas o acuerdos que se adopten, sus deliberaciones y los pareceres y votos emitidos en cualquiera de las reuniones, salvo que existan causas justificadas para no hacerlo así, en cuyo caso deberá solicitarse autorización del Presidente de la Comisión.

Artículo treinta y nueve.—El Presidente, los Presidentes de Sección, el Secretario y el Vicesecretario percibirán las asistencias que les correspondan y las asignaciones que se fijen con cargo al crédito presupuestario. Cuando cesaren podrá declararse el derecho a ostentar la misma u otra titularidad a efectos honoríficos.

Artículo cuarenta.—La Comisión estará en comunicación con todos aquellos Institutos y Centros de estudio, información e investigación del Derecho, que considere de interés para el cumplimiento de sus fines.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Segunda.—Se autoriza al Ministro de Justicia para dictar cuantas disposiciones sean precisas para el desarrollo del presente Decreto.

Tercera.—Quedan derogados el Decreto orgánico de veintitrés de octubre de mil novecientos cincuenta y tres; la Orden de veintidós de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, y el artículo noventa y siete del Decreto mil quinientos treinta/mil novecientos sesenta y ocho, de doce de junio, en cuanto se oponga a lo dispuesto en este Decreto.

DECRETO LEY 2/1976, de 18 de febrero, por el que se revisa el de Prevención del Terrorismo 10/1975, de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos. ("B. O. del E." 19 de febrero de 1976.)

La revisión que se hace del contenido del Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre Prevención del Terrorismo, tiene caracteres de urgencia y provisionalidad que justifican su promulgación con rango de Decreto-ley, pues tan urgente como la adopción de medidas excepcionales de prevención y enjuiciamiento cuando ello se hace necesario, es su levantamiento cuando las circunstancias lo permiten; la provisionalidad de la medida se destaca

suficientemente si se piensa en que la regulación definitiva de materias tan delicadas como las de naturaleza penal o referentes a las garantías procesales, así como de defensa del orden público, debe producirse con la participación activa de las Cortes.

Hasta que el Gobierno pueda disponer de un instrumento jurídico adecuado para garantizar la normal convivencia ciudadana, puesta en peligro por conductas antisociales y violentas, se mantienen las facultades excepcionales conferidas a la autoridad gubernativa en los artículos 13 y 14 del Decreto-ley anterior, aunque reduciendo el plazo de su vigencia, y se derogan todas las demás normas que fueron establecidas ante las circunstancias extraordinarias existentes en el momento de la promulgación del Decreto-ley que ahora se revisa.

En su virtud, a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día 6 de febrero de 1976, en uso de la autorización conferida en el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes, textos refundidos de las Leyes Fundamentales del Reino, aprobados por Decreto de 20 de abril de 1967, y oída la Comisión a que se refiere el apartado primero del artículo 12 de la citada Ley.

DISPONGO :

Artículo 1.º El enjuiciamiento de los delitos de terrorismo corresponderá a la jurisdicción ordinaria, salvo que se den conjuntamente las siguientes condiciones:

1.º Que los hechos hayan sido ejecutados por grupos armados con organización de tipo militar o paramilitar.

2.º Que tales hechos tiendan a atacar el orden institucional y produzcan situación de alarma o grave alteración del orden público.

En este caso, el conocimiento de tales delitos corresponderá a la jurisdicción militar.

Art. 2.º La jurisdicción ordinaria observará las normas de competencia y procedimiento que le son propias.

Art. 3.º El párrafo 2.º del artículo 7 del Decreto-ley de 26 de agosto de 1975 quedará redactado de la siguiente forma:

“Los que, implicados en organizaciones, grupos o actividades terroristas, entraren o salieren clandestinamente del territorio nacional, y quienes, a tales fines, les facilitaren guía, documentación, medios de transporte o cualquier otro auxilio.”

Disposición adicional

Los artículos 13 y 14 del Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, mantendrán su vigencia durante el plazo de un año. El Gobierno remitirá a las Cortes, en el más breve plazo posible, un proyecto de ley regulando las facultades extraordinarias de la autoridad gubernativa en casos de terrorismo.

Disposición derogatoria

Quedan derogados los artículos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, disposición final segunda del Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, y cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en este Decreto-ley.

Disposición transitoria

Lo establecido en este Decreto-ley será aplicable a los procedimientos judiciales en tramitación, cualquiera que sea la jurisdicción que conozca de ellos.

Disposición final

El presente Decreto-ley entrará en vigor el día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", y del mismo se dará cuenta inmediata a las Cortes.

LEY REGULADORA DEL DERECHO DE REUNION

Proyecto de Ley de 17 de febrero de 1976 (*B. O de las Cortes Españolas*, núm. 1.486, de 1 de marzo)

CAPITULO I

AMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1.º 1. La libertad de reunión para fines lícitos reconocida en el artículo 16 del Fuero de los Españoles se ejercerá conforme a las prescripciones de la presente Ley.

2. Se entiende por fines ilícitos, a los efectos previstos en el apartado anterior, los que conforme a las leyes penales configuran por su objeto o fin a las asociaciones ilícitas.

Art. 2.º 1. A los efectos de la presente Ley se entiende por reunión la concentración transitoria, con un fin unitario, de más de 20 personas.

2. Son reuniones privadas:

Primero.—Las que convoquen y celebren en su domicilio las personas físicas.

Segundo.—Las que celebren las sociedades civiles y mercantiles, asociaciones, corporaciones, fundaciones, cooperativas, comunidades de propietarios y demás personas jurídicas legalmente establecidas, en sus locales sociales, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus socios o miembros.

3. Son reuniones públicas todas las que, no estando incluidas en la enumeración del apartado anterior, se hallen comprendidas en alguno de los supuestos siguientes:

Primero.—Que se celebren en lugar cerrado. Se entenderán comprendidos en este apartado los actos públicos consistentes en conmemoraciones, inauguraciones, dedicaciones, conferencias, homenajes y otros de finalidad similar no sometidos a la legislación de espectáculos públicos.

Segundo.—Que se realicen mediante el estacionamiento o la circulación por lugares abiertos de uso público, en forma de manifestación, marcha, séquito, cortejo o cualquier otra modalidad similar.

4. Las reuniones privadas no estarán sometidas a los requisitos establecidos en la presente Ley, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la

Ley de Orden Público y de la exigencia de las responsabilidades penales a que pudieran dar lugar.

Art. 3.º 1. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las siguientes reuniones:

a) Las que celebren los organismos públicos y las organizaciones creadas por el Estado para el cumplimiento de sus fines, conforme a lo establecido en el párrafo 2.º del artículo 16 del Fuero de los Españoles.

b) La celebración de actos religiosos, católicos o de Asociaciones confesionales no católicas legalmente reconocidas, en los templos, recintos correspondientes de los cementerios y locales debidamente autorizados. Las restantes reuniones quedarán sometidas a las disposiciones de la presente Ley.

c) Las de carácter electoral.

d) Las reuniones estatutarias sindicales, cualquiera que sea el lugar en que se celebren, y las restantes reuniones de carácter sindical celebradas en locales sindicales o de la empresa.

e) Las celebradas por las asociaciones de estudiantes.

f) Las sujetas a la legislación de espectáculos públicos.

g) Los desfiles o paradas militares

h) Cualesquiera otras reuniones reguladas por leyes especiales.

2. Las reuniones comprendidas en el apartado anterior se registrarán por su legislación específica y, supletoriamente, por las disposiciones de la presente Ley.

CAPITULO II

REQUISITOS PARA LA CELEBRACIÓN DE REUNIONES PÚBLICAS

Art. 4.º 1. Para celebrar una reunión de las comprendidas en el apartado primero del número 3 del artículo 2.º, cualquiera que sea su causa u objeto, bastará con ponerlo en conocimiento, por escrito, del Gobernador civil de la provincia en que aquélla hubiere de celebrarse, con una antelación mínima de setenta y dos horas.

2. En la comunicación se hará constar:

a) Lugar, fecha y hora de la reunión.

b) Objeto de la misma, con indicación de los temas a tratar.

c) Nombre, apellidos, domicilio y número del documento nacional de identidad del organizador, de la persona o personas que hayan de presidir la reunión y de los oradores o personas cuya intervención esté prevista de antemano.

d) Firma del promotor o promotores de la reunión. Cuando ésta fuera promovida por una persona jurídica, la comunicación deberá ser firmada por el representante legal o estatutario de la misma, haciendo constar sus datos personales, así como el nombre y domicilio social de aquélla.

3. Cuando, a pesar de la información aludida en el apartado anterior, existieren dudas razonables sobre la licitud de los fines de la reunión, la autoridad gubernativa podrá solicitar de los promotores los datos y documentos que sean necesarios para la determinación de tales fines.

4. En todo caso, la autoridad gubernativa expedirá un recibo acreditativo

de la entrada de la comunicación, que servirá a todos los efectos como medio de prueba del cumplimiento de los requisitos enunciados en el apartado segundo.

Art. 5.º 1. Para celebrar una reunión de las comprendidas en apartado segundo del número 3 del artículo 2.º, cualquiera que sea su causa u objeto, se requerirá la autorización previa del Gobernador civil de la provincia en que aquélla hubiera de celebrarse.

2. La solicitud de autorización habrá de presentarse con una antelación mínima de diez días a aquel en que la reunión hubiera de celebrarse, y comprenderá los siguientes extremos:

- a) Lugar, fecha, hora y duración prevista de la reunión.
- b) Objeto de la misma.
- c) Itinerario previsto.
- d) Nombre, apellidos, domicilio y número del documento nacional de identidad de quienes convocaren la reunión, de quienes hubieren de dirigirla y, en su caso, del representante de la persona jurídica promotora, así como el nombre y domicilio social de ésta.

3. El Gobernador civil, que podrá recabar el informe previo de la Alcaldía del municipio en el que la reunión haya de tener lugar, resolverá sobre la solicitud de autorización, notificándose a los interesados con una antelación mínima de cinco días respecto a la fecha señalada para su celebración.

4. La autorización se entenderá concedida si la resolución no hubiere sido notificada expresamente en el término establecido en el apartado anterior.

Art. 6.º 1. La autoridad gubernativa no podrá prohibir previamente la celebración de las reuniones previstas en el apartado primero del número 3 del artículo 2.º ni denegar la autorización para las comprendidas en el apartado segundo del mismo artículo y número, salvo en los casos siguientes:

- a) Cuando la comunicación o solicitud carezca de alguno de los requisitos previstos, respectivamente, en los dos artículos anteriores.
- b) Cuando se trate de reuniones para fines ilícitos o indeterminados.
- c) Cuando la autoridad gubernativa tenga fundados motivos para estimar que, de celebrarse, la reunión podría dar lugar a la comisión de actos tipificados como delitos en las Leyes penales.
- d) Cuando en la comunicación o solicitud constaran como promotores, directores u oradores personas que hubiesen sido condenadas por sentencia firme en virtud de la organización o participación en reuniones o manifestaciones no pacíficas y cuyos antecedentes penales no hubiesen sido objeto de cancelación o que hubiesen dado lugar a la disolución de dos o más reuniones, conforme al artículo 11 de la presente Ley, en los cinco años anteriores a la fecha en que el acto hubiere de tener lugar.

2. La autoridad gubernativa podrá revocar la autorización concedida cuando, con posterioridad a su otorgamiento expreso o tácito, apreciase la concurrencia del supuesto de hecho a que se refiere la letra c) del apartado anterior.

3. Ninguna reunión que precise la comunicación o autorización previas podrá anunciarse ni convocarse sino luego de presentar aquélla o de obtener ésta expresa o tácitamente.

Art. 7.º Las reuniones comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley sólo podrán ser promovidas y convocadas por las personas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos.

CAPITULO III

ORDENACIÓN Y DISCIPLINA DE LAS REUNIONES

Art. 8.º 1. En las reuniones que se celebren en locales cerrados no estarán presentes los delegados de la autoridad gubernativa, excepto cuando se solicite expresamente por los promotores. En caso de no mediar tal solicitud, los promotores serán responsables, con arreglo a la Ley, del mantenimiento del orden público.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la autoridad gubernativa podrá acordar la asistencia de sus agentes a dichas reuniones, a título de meros observadores, cuando así lo hicieran aconsejable los fines de la reunión, número previsible de asistentes u otras circunstancias similares.

3. Los agentes de la autoridad gubernativa que a título de delegados u observadores asistan a todo tipo de reuniones no podrán tomar parte en las discusiones ni intervenir en los debates, diálogos o coloquios.

Tampoco harán uso de la palabra para advertir o corregir a los participantes, limitándose pura y simplemente a suspender la reunión si hubiere causa para ello.

Art. 9.º 1. Todas las reuniones deberán desarrollarse en todo momento de modo pacífico, debiendo velar por ello sus promotores, directores o presidentes.

2. Los asistentes a las reuniones públicas no podrán ser portadores de armas, aunque estén en posesión de la licencia reglamentaria, ni de otros objetos contundentes o de cualquier modo peligrosos. Los infractores incurrirán en la responsabilidad prevista para esta conducta por las Leyes penales.

Art. 10. Las reuniones previstas en el apartado segundo del número 3 del artículo 2.º de la presente Ley estarán sujetas a las siguientes limitaciones:

a) La autoridad gubernativa podrá alterar el itinerario proyectado para su celebración y acordar incluso que se lleven a efecto por una parte determinada de las vías públicas, cuando de su realización pudieran seguirse trastornos graves en la circulación y tráfico o daños en las personas o en las cosas.

b) No podrán dar lugar a la ocupación abusiva de edificios públicos o particulares, locales de pública concurrencia o lugares abiertos al público.

c) La autoridad gubernativa podrá limitar la aproximación de los reunidos o manifestantes a una distancia prudencial de los edificios públicos, de las sedes de representaciones diplomáticas o consulares o de las instalaciones militares, cuando de dicha aproximación pudiera derivarse trastorno grave en los servicios o daños en las personas o en las cosas. Para ello tendrá en cuenta las normas o acuerdos que protejan tales edificios, sedes o instalaciones y, en este último caso, el informe de las autoridades militares.

Art. 11. 1. La autoridad gubernativa y sus delegados o agentes suspenderán en el acto y procederán a disolver:

a) Las reuniones de toda índole que se celebren con incumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos por esta Ley.

b) Las reuniones legalmente convocadas en las que se altere alguna de las circunstancias sustanciales consignadas en la comunicación, solicitud de autorización o resolución otorgando ésta.

c) Las reuniones que en su desarrollo produzcan una obstrucción y perturbación graves en la circulación por las vías públicas, a menos que tales efectos hubieran sido expresa o implícitamente previstos en la autorización; las que perturben gravemente el orden público y las que impidan el libre ejercicio de los derechos de las personas.

d) Las reuniones tipificadas como delito en las Leyes penales.

2. Acordada la suspensión de una reunión, la autoridad gubernativa, a solicitud de los promotores o directores, podrá permitir la reanudación de la misma en igual fecha u otra posterior, siempre que se haya subsanado el defecto o desaparecido la circunstancia determinante de la suspensión.

CAPITULO IV

GARANTÍAS

Art. 12. 1. El lícito ejercicio de los derechos regulados en la presente Ley se halla bajo la salvaguardia del Estado. A tal efecto, los promotores o directores de reuniones públicas podrán solicitar de la autoridad gubernativa el auxilio y protección precisos.

2. Quienes impidieren, perturbaren o menoscabaren de algún modo el lícito ejercicio de los derechos regulados en la presente Ley incurrirán en la responsabilidad penal prevista en las Leyes.

Art. 13. 1. Las resoluciones de las autoridades gubernativas serán motivadas cuando impidan o limiten el ejercicio de los derechos regulados en la presente Ley, notificándose a los promotores de conformidad con lo previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo. También se notificarán motivadamente y por escrito, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su adopción, las resoluciones verbales y las acordadas simultáneamente a su ejecución práctica.

2. Tales resoluciones serán susceptibles de recurso de alzada ante el Ministro de la Gobernación, cuya decisión pondrá fin a la vía administrativa, y de posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Quedan derogadas la Ley de 15 de junio de 1880, la Orden circular de la Subsecretaría del Interior de 20 de julio de 1939 y cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Segunda.—La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

Tercera.—Se autoriza al Ministro de la Gobernación para dictar cuantas disposiciones sean precisas para el cumplimiento y ejecución de la presente Ley.

DERECHO DE ASOCIACIÓN POLITICA

Proyecto de Ley de 18 de marzo de 1976 (*B. O. de las Cortes Españolas*, núm. 1.492, de 24 de marzo)

Artículo 1.º *Del derecho de asociación política.*

1. El derecho a asociarse libremente para fines lícitos, reconocido en el artículo 16 del Fuero de los Españoles, se ejercerá, en cuanto tenga por objeto la acción política, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

2. Son asociaciones políticas las que tienen por objeto contribuir a la formación de las decisiones colectivas en las distintas instituciones representativas, mediante el desarrollo de actividades políticas lícitas.

3. Son actividades lícitas de las asociaciones políticas el promover la participación activa de los ciudadanos en la vida política y contribuir a su formación capacitándolos para asumir cargos y funciones públicas; intervenir en los procesos electorales, presentando y apoyando candidatos con el fin de lograr el acceso de sus asociados a las instituciones representativas; influir sobre las medidas de gobierno a través de la crítica, el apoyo, la censura o la propuesta de otras alternativas; contribuir a la mejor formación y expresión de la opinión pública, y, en general, cuantas actividades contribuyan democráticamente a la determinación de la política nacional, a la ordenación de la vida pública y a la formación de la voluntad política de los ciudadanos, siempre que se conformen con el espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Leyes Fundamentales del Reino y la presente Ley.

4. Se consideran asociaciones políticas ilícitas:

a) Las que se propongan la implantación de un régimen totalitario.

b) Las que pretendieran constituirse o actuar al margen de lo establecido en la presente Ley, aun cuando su constitución se encubra en cualquier otra forma social reconocida por las Leyes.

c) Las que, cualquiera que sea la forma que adopten, encubran una asociación política disuelta o suspendida de acuerdo con las disposiciones de la presente Ley.

d) Las que atenten a la soberanía, unidad, integridad, independencia y seguridad de la Nación; las que preconicen o admitan la violencia o la subversión como instrumento de acción política o social.

e) Las tipificadas como tales en el Código Penal.

Art. 2.º *Promoción de Asociaciones políticas.*

1. Podrán promover asociaciones políticas todos los españoles mayores de edad que estén en el pleno uso de sus derechos civiles y políticos.

2. Las personas naturales que pretendan formar una asociación política se constituirán en Comisión Promotora mediante la notificación al Ministerio

de la Gobernación del acta notarial constitutiva de dicha Comisión, en el que habrá de constar la relación nominal de sus miembros. No podrán formar parte de la misma quienes sean miembros de otra o de una asociación política ya constituida.

3. La Comisión Promotora, en el plazo máximo de dos meses presentará en el Ministerio de la Gobernación solicitud de inscripción en el Registro de Asociaciones Políticas, acompañando el programa al que se proponga ajustar su actuación y los Estatutos por los que habrán de regirse. Transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado la solicitud y presentado documentación, la Comisión quedará disuelta.

4. La Comisión Promotora no podrá realizar otras actividades que las encaminadas directamente a la constitución de una Asociación política. Durante su actuación quedarán sometidas, en el supuesto de que sus actividades puedan ser consideradas delictivas, a las disposiciones del Código Penal relativas a las asociaciones ilícitas.

Art. 3.º Autorización y constitución de Asociaciones políticas.

1. El Ministro de la Gobernación, en el plazo máximo de un mes a contar de la entrada de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, propondrá al Gobierno la resolución que proceda. Si la solicitud adoleciese de algún defecto formal el Ministro concederá a la Comisión un plazo para su subsanación que no excederá de quince días, bajo advertencia de archivo en caso de incumplimiento.

2. El Gobierno, en el plazo de un mes a contar de la propuesta del Ministro de la Gobernación, resolverá expresamente sobre la solicitud, acordando o denegando el reconocimiento de la asociación y su inscripción en el Registro correspondiente. Sólo podrá dictarse resolución denegatoria, que en todo caso habrá de ser motivada, cuando de los datos y documentos obrantes en el expediente se desprenda objetivamente que la Asociación proyectada pretende la realización de actividades ilícitas, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º, o cuando exista infracción de los preceptos de esta Ley.

La resolución denegatoria, una vez firme, inhabilitará a los miembros de la Comisión Promotora para formar parte de otra durante los dos años siguientes a la misma.

3. El reconocimiento y la inscripción determinan la adquisición de la personalidad jurídica por la Asociación, la cual habrá de proceder, en el plazo máximo de dos meses, a la elección de sus órganos de representación, gobierno y administración según sus Estatutos, dando cuenta de sus resultados al Registro de Asociaciones Políticas.

4. Se crea en el Ministerio de la Gobernación un Registro de Asociaciones Políticas, cuya estructura orgánica y régimen de funcionamiento se determinarán reglamentariamente.

Art. 4.º Programa y Estatutos de las Asociaciones políticas

1. El programa al que hace referencia el artículo 2.º, 2, de la presente Ley, deberá contener la definición y descripción detallada de los objetivos políticos de la Asociación, dentro de los límites señalados en el artículo 1.º

2. Los Estatutos, además de cuantas prescripciones lícitas se estimen oportunas, regularán; al menos, los siguientes extremos:

- a) Fines políticos de la Asociación.
- b) Denominación, que no podrá coincidir o inducir a confusión con la de otras Asociaciones ya constituidas. No podrán emplearse denominaciones, emblemas o símbolos que sean contrarios al ordenamiento institucional.
- c) Domicilio social.
- d) Organos de representación, gobierno y administración, determinándose su composición, procedimiento de elección de sus componentes y atribuciones. La Asamblea General será el órgano supremo de la Asociación política y estará constituida por el conjunto de los asociados, que podrán actuar directamente o por medio de compromisarios.
- e) Procedimiento de admisión de asociados. Podrán ostentar esta cualidad todos los españoles mayores de dieciocho años que no pertenezcan a otra Asociación política, pero sólo podrán ser titulares de los órganos de representación, gobierno y administración quienes gocen de plena capacidad de obrar.
- f) Derechos y deberes de los asociados. Como mínimo los asociados disfrutarán igualmente de los derechos de impulsar el cumplimiento de los fines de la Asociación mediante la presentación de iniciativas, la dedicación voluntaria de su actividad personal y la aportación de contribuciones económicas; ser elector y elegible para los órganos rectores de la Asociación y formar parte con voz y voto de dichos órganos; manifestar su opinión y expresar sus sugerencias y quejas ante los órganos rectores de la Asociación, y ser informados y conocer de las actividades de la Asociación y de su régimen económico. Son deberes fundamentales colaborar en la realización del programa de la asociación, cumplir los acuerdos válidamente adoptados por sus órganos rectores y abstenerse de realizar actos que contradigan los fines de la Asociación.
- g) Régimen disciplinario de los asociados y causas por las que se pierda tal condición, entre las que habrán de figurar la renuncia escrita y la decisión motivada de los órganos rectores. En este caso el asociado podrá recurrir ante la Asamblea General.
- h) Patrimonio inicial, recursos económicos y procedimiento de rendición de cuentas.
- i) Causas de extinción y destino de su patrimonio al producirse ésta.
- j) Régimen documental, que comprenderá como mínimo los Libros de Registro de Asociados, de Actas, de Contabilidad y de Tesorería, Inventarios y Balance para la rendición de cuentas, cuyo contenido se fijará reglamentariamente.
- k) Compromiso expreso de aceptar las formas y procedimientos democráticos, de conformidad con el sistema constitucional.

Art. 5.º *Patrimonio y régimen económico.*

1. Las Asociaciones políticas podrán adquirir, administrar y enajenar los bienes y derechos que resulten necesarios para el cumplimiento de sus fines.

2. Los recursos económicos de las Asociaciones políticas estarán constituidos por las cuotas y aportaciones voluntarias de sus miembros, los rendimientos de su patrimonio, los productos de las actividades de la Asociación, las donaciones y subvenciones que reciba y los créditos que concierte.

3. El Libro de Tesorería, Inventarios y Balances deberá contener, en la forma que reglamentariamente se determine:

a) El inventario anual de todos los bienes muebles e inmuebles de la Asociación.

b) La cuenta de ingresos, en la que se harán constar en detalle cuantos bienes o cantidades en metálico reciba la Asociación, especificándose, salvo en el caso de las cuotas sociales, el nombre y dirección del transmitente y la fecha y forma de transmisión de los bienes o cantidades a la Asociación. Las colectas que realicen las Asociaciones se efectuarán de forma que pueda identificarse el origen de los fondos recaudados.

c) La cuenta de gastos, especificando el destino de éstos.

4. Dentro de los tres primeros meses de cada año las Asociaciones políticas remitirán al Ministerio de la Gobernación copia autorizada del inventario y de las cuentas de ingresos y gastos a que se refiere el apartado anterior. Asimismo dichos documentos deberán ser puestos en conocimiento de todos los asociados en el mismo plazo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Ministerio de la Gobernación y, en su caso, el Tribunal de Garantías, podrá acordar la inspección de los libros y contabilidad de la Asociación, así como la rendición de cuentas, a los exclusivos efectos de comprobar su autenticidad y legitimidad.

5. En los Presupuestos Generales del Estado se consignarán las cantidades adecuadas para subvencionar a las Asociaciones políticas. La distribución de la subvención se efectuará conforme a los criterios objetivos que se establezcan, de acuerdo con los resultados electorales de las mismas.

Se prohíbe toda recepción de fondos procedentes de Entidades o personas extranjeras.

Art. 6.º *Estructura territorial y Federaciones.*

1. Las Asociaciones políticas podrán establecer Secciones que, bajo la dependencia de los órganos rectores, las representen y actúen en el ámbito territorial correspondiente.

2. Las Asociaciones políticas legalmente constituidas podrán formar Federaciones a cualquier nivel territorial sin pérdida de su propia personalidad jurídica y patrimonio. Las Federaciones gozarán de personalidad jurídica y capacidad para el desarrollo de actividades políticas lícitas que interesen a más de una Asociación, una vez sean reconocidas e inscritas de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 3.º Las Federaciones quedarán sometidas, en cuanto a su funcionamiento y régimen jurídico, a lo dispuesto en esta Ley para las Asociaciones.

3. Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, las Asociaciones políticas y las Federaciones podrán establecer coaliciones con fines electorales, sin que ello suponga la creación de una nueva Entidad jurídica independiente.

Art. 7.º *Responsabilidad de las asociaciones políticas*

1. La responsabilidad civil y penal de las asociaciones políticas y de sus miembros se exigirá ante los Tribunales de Justicia ordinarios, de acuerdo con la legislación sustantiva y procesal común.

2. Las asociaciones políticas responderán de los actos de sus socios cuando éstos actúen en su representación, conforme a los Estatutos. También responderán de las actuaciones políticas de sus socios, salvo cuando éstas sean desautorizadas expresamente por los órganos rectores.

3. La responsabilidad administrativa de las asociaciones políticas se exigirá de acuerdo con la presente Ley, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones especiales que en cada caso proceda. Las infracciones podrán ser muy graves, graves y leves.

4. Son infracciones muy graves las conductas que determinen la ilicitud de los fines de la asociación, conforme a lo establecido en el artículo 1.º y la recepción de fondos procedentes de personas o entidades extranjeras.

5. Son infracciones graves la provocación de alteraciones de orden público, el incumplimiento de las normas sobre contabilidad contenidas en el artículo 5.º de la presente Ley, y cualquier actividad que suponga una manifiesta desviación de los fines y objetivos políticos de la asociación.

6. Son infracciones leves cualesquiera transgresiones de lo dispuesto en la presente Ley y en sus normas reglamentarias que no se hallen comprendidas en los apartados anteriores.

7. No podrá imponerse más de una sanción administrativa por la comisión de un mismo acto.

Art. 8.º *Sanciones*

1. Por razón de las infracciones administrativas a que se refiere el artículo anterior, podrán imponerse las siguientes sanciones:

a) Por infracciones leves, multa de 10.000 a 500.000 pesetas.

b) Por infracciones graves, multa de 500.000 a 5.000.000 de pesetas. La reiteración de dos o más infracciones graves dentro de un mismo año podrá dar lugar a la suspensión de la asociación por tiempo no inferior a seis meses ni superior a un año.

c) Por infracciones muy graves, suspensión de uno a tres años, en su caso, propuesta de disolución de la asociación.

2. Las sanciones se impondrán previa incoación de expediente por el Ministerio de la Gobernación, en el que se dará audiencia a la asociación interesada.

3. La resolución será necesariamente motivada, especificándose en la misma los hechos constitutivos de la infracción y la calificación de ésta. De todo ello se tomará razón en el Registro de Asociaciones Políticas.

4. Corresponde al Ministro de la Gobernación la imposición de multas de cuantía no superior a 2.000.000 de pesetas. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de la Gobernación, impondrá las multas de cuantía superior a la antedicha. Compete igualmente al Consejo de Ministros acordar la suspensión de la asociación infractora y efectuar propuesta de diso-

lución al Tribunal regulado en el artículo 10 de esta Ley, órgano al que se le atribuye, en exclusiva, la facultad de acordar la disolución.

5. La sanción de suspensión no podrá ser acordada por el Consejo de Ministros durante el año anterior o posterior a la celebración de elecciones legislativas generales, debiendo en este caso limitarse a elevar propuesta de suspensión al Tribunal de Garantías, que resolverá en definitiva.

Art. 9.º Extinción de las asociaciones políticas

1. Son causas de extinción:

- a) Las previstas en los Estatutos.
- b) La fusión o incorporación a otra asociación política.
- c) La disolución acordada en virtud de resolución firme del Tribunal de Garantías.
- d) La no concurrencia a dos elecciones sucesivas convocadas con carácter general.

2. La extinción dará lugar a la cancelación de los asientos correspondientes a la asociación extinguida que obren en el Registro de Asociaciones Políticas.

Art. 10. Del Tribunal de Garantías

1. Como Tribunal de Garantías, en defensa del derecho de todos los ciudadanos a asociarse libremente para la acción política, se crea en el Tribunal Supremo una Sala que será presidida por el Presidente de dicho Alto Tribunal, con voto de calidad, y de la que formarán parte dos Magistrados del Tribunal Supremo, elegidos por su Sala de Gobierno; el Consejero Permanente de Estado Presidente de la Sección Primera del Alto Cuerpo consultivo; un representante de cada Cámara, con título de Letrado, elegidos, respectivamente, por el Pleno de cada una de ellas que, a estos efectos, actuarán separadamente.

2. La Sala así constituida conocerá de los recursos que se interpongan en materia de denegación de reconocimiento de Asociaciones políticas, así como contra las resoluciones sancionadoras previstas en el artículo 8.º Asimismo, resolverá sobre las propuestas de suspensión o disolución que se le sometan de acuerdo con lo establecido en el citado artículo.

3. El Gobierno regulará el procedimiento sumario al que habrá de sujetarse la actuación del Tribunal de Garantías, así como el Estatuto personal de sus miembros.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

1.ª Las Asociaciones políticas constituidas al amparo del Estatuto aprobado por Decreto-ley 7/1974, de 21 de diciembre, quedan automáticamente reconocidas a los efectos de la presente Ley. El Consejo Nacional, a través de la Presidencia del Gobierno, remitirá al Ministerio de la Gobernación toda la documentación relativa a las mismas que obre en su poder.

En el plazo de tres meses, a contar de la entrada en vigor de esta Ley, las Asociaciones a que se refiere la presente disposición procederán a adaptar sus Estatutos y régimen contable a lo dispuesto en los artículos 4.º y 5.º de la presente Ley.

2.ª Las Asociaciones provisionalmente constituidas, a tenor del Decreto-ley 7/1974, de 21 de diciembre, quedan automáticamente reconocidas como Comisiones Promotoras a los efectos de lo dispuesto en el artículo 2.º de esta Ley. El Consejo Nacional actuará, en cuanto a la documentación que posea sobre tales Asociaciones, en la forma prevista por la disposición precedente.

3.ª Los grupos promotores que, habiendo iniciado los trámites de constitución de una Asociación política al amparo de lo establecido en el Decreto-ley 7/1974, de 21 de diciembre, no hayan obtenido, a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, autorización provisional, deberán iniciar los trámites de su constitución de acuerdo con lo dispuesto en la misma.

4.ª El Gobierno fijará la fecha de entrada en vigor de lo dispuesto en el artículo 9.º, apartado primero, letra d), de esta Ley.

DISPOSICIONES FINALES

1.ª Queda derogado el Decreto-ley 7/1974, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Estatuto Jurídico del Derecho de Asociación Política.

2.ª Se autoriza al Ministerio de la Gobernación para dictar las disposiciones que requiera la ejecución y desarrollo de la presente Ley.

3.ª La presente Ley entrará en vigor el día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

MODIFICACION DE DETERMINADOS ARTICULOS DEL CODIGO PENAL RELATIVOS AL DERECHO DE REUNION, ASOCIACION, EXPRESION DE LAS IDEAS Y LIBERTAD DE TRABAJO

Proyecto de Ley de 12 de abril de 1976

(«B. O. de las Cortes Españolas», núm. 1498, de 19 de abril)

1. La revisión de los artículos del Código Penal que imponen limitaciones al ejercicio de determinados derechos ciudadanos reconocidos en el Fuero de los Españoles viene obligada en la hora actual por una doble exigencia; de un lado, por la necesidad de poner de acuerdo la norma penal con la realidad social y política en que está llamada a insertarse por cuanto la norma jurídica y, especialmente, la norma penal, solamente es válida si, estando de acuerdo con un estado de conciencia de la comunidad a que se destina, responde a sus necesidades reales y está a la altura de sus ideas y aspiraciones; y de otra, porque, desde un punto de vista técnico, los preceptos que se revisan son el resultado de sucesivas superposiciones normativas que han hipertrofiado determinados tipos de delito, y están necesitados, por ello, de una más nítida configuración como última exigencia del principio de legalidad.

2. Por lo que se refiere a los delitos de reunión o manifestación ilícitas, la nueva redacción que se da al artículo 166, tiene el doble objetivo de acomodar el precepto penal a la norma constitucional y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por una parte, y al proyectado régimen del derecho de reunión, por otra. Por razones de orden técnico, en este artículo y en el 171 se ha completado el concepto de arma con otros medios de análoga naturaleza e igual efectividad y se ha suprimido el último inciso del número 3.º, que, a pesar de sus viejos precedentes en nuestro Derecho histórico, entraña una clara contradicción al principio de culpabilidad. Es obvio, por fin, que el primer inciso del número 3.º del precepto queda comprendido ahora en el nuevo texto del número 1.º

3. En cuanto al delito de asociación ilícita, la nueva redacción del artículo 172 contiene la enumeración de todos los tipos que merecen sanción penal. Se mantiene en los números 1.º y 2.º, si bien con una mayor amplitud en el 1.º, siguiendo la tradición de nuestros Códigos, las contrarias a la moral o a las buenas costumbres y las que tengan por objeto cometer algún delito. Los números 3.º a 6.º pretenden coordinar la norma penal con el régimen jurídico proyectado en la Ley sobre Asociaciones Políticas. El número 7.º configura penalmente aquellas asociaciones que tienden a la discriminación de los ciudadanos en contra del principio constitucional de la igualdad de todos ante la Ley.

4. Se suprime el contenido actual del artículo 173, ya que sus descripciones están incluidas en los nuevos tipos del artículo 172.

5. El artículo 174 se destina ahora exclusivamente a establecer las penas del delito de asociación ilícita descrito en el artículo 172. Se ha seguido esencialmente la pauta de la anterior redacción de este artículo que distinguía grados de integración en la asociación, respondiendo a una concepción específica para estos delitos de la doctrina de la autoría principal y la participación, complementándola con la figura del miembro activo de creación jurisprudencial.

No se incluye en las normas específicas sobre grados de ejecución o sobre graduación de la gravedad. Lo primero, por entender que esa materia debe quedar sometida a las normas generales del Código Penal. Lo segundo, porque conduce a una perturbadora desvalorización del tipo.

6. Se suprime el artículo 175 por cuanto su contenido resulta comprendido en parte en el artículo 174 y el resto en el 237, lo que hace innecesaria su conservación.

7. El delito de propaganda ilegal aparece íntimamente ligado al de asociación ilícita. Esta conexión se descubre en nuestro Derecho vigente, en los antecedentes históricos y en el Derecho comparado. Ello significa que la revisión del delito de asociación ilícita tiene que provocar la reforma paralela del de propaganda ilegal para conservar la coherencia existente entre ambos delitos.

En consecuencia, se modifica el artículo 251, en el sentido de suprimir la enumeración que contiene, sustituyéndola por una referencia a los fines de los números 3.º y 4.º del artículo 172.

La modificación de las penas producidas en este artículo aconseja adecuar las previstas en los artículos 132 y 252 para conductas asimilables.

Se suprime el artículo 253, en cuanto al primer párrafo, por la excesiva cuantía de la multa que establece.

8. La presencia y la creciente actividad agresiva de grupos organizados que se autodenominan “piquetes de extensión de huelga”, y que maltratan o intimidan a los trabajadores, significan no sólo una ofensa a la libertad del trabajo, sino también al mismo derecho a la huelga, que descansa en la libertad personal del trabajador, constituye, sin duda, un ataque a la seguridad de los trabajadores, que se viene a sancionar en el artículo 499 bis a).

9. Por último, al producirse las derogaciones de los artículos 173 y 175 se utiliza la fórmula de dejar sin contenido tales preceptos, ya empleada a partir del texto revisado de 1973 del Código Penal, con vistas a no perturbar la sistemática enumerativa del articulado. No así respecto del artículo 268 bis, que también se deroga por contener una presunción impropia de la técnica penal y cuya supresión no altera el orden del articulado.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, somete a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º Se modifican los artículos 166, 171, 172, 174, 251 y 253 del Código Penal, que quedarán redactados en la forma siguiente:

“Artículo 166. Son reuniones o manifestaciones ilícitas:

1.º Las que se celebren con alguno de los objetos o fines que se señalan en el artículo 172 de este Código.

2.º Las reuniones o manifestaciones a que concurriere un número considerable de personas con armas u objetos contundentes o de cualquier modo peligrosos.”

“Artículo 171. Los que concurrieren a reuniones o manifestaciones llevando armas de cualquier clase, u objetos contundentes o de cualquier modo peligrosos, serán castigados con la pena de prisión menor, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran por ilícito porte de armas.”

“Artículo 172. Se reputan asociaciones ilícitas:

1.º Las que, por su objeto o circunstancias, sean contrarias a la moral pública o a las buenas costumbres.

2.º Las que tengan por objeto cometer algún delito.

3.º Las que tengan por objeto la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, o el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o independencia de la Patria, o a la integridad de su territorio, o a la seguridad nacional.

4.º Las que se propongan la implantación de un régimen totalitario.

5.º Las que pretendieren constituirse o actuar al margen de lo establecido en la Ley sobre Asociaciones Políticas, aun cuando su constitución se encubra en cualquier otra forma social reconocida por las leyes.

6.º Las que, cualquiera que sea la forma que adopten, encubran una asociación política disuelta o suspendida de acuerdo con las disposiciones de la Ley sobre Asociaciones Políticas.

7.º Las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica.”

“Artículo 174. Los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones comprendidas en el número 3.º del artículo 172 serán castigados con las penas de prisión mayor, inhabilitación especial y multa de 25.000 a 250.000 pesetas. Los fundadores, directores y presidentes de las demás asociaciones a que se refiere el artículo mencionado serán castigados con las penas de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 25.000 pesetas a 250.000 pesetas.

Los miembros activos serán castigados con la pena de prisión menor y los meros afiliados o participantes incurrirán en la de arresto mayor.

Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones mencionadas en el artículo 172 serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 10.000 a 100.000 pesetas.”

Artículo 251. Se castigará con las penas de prisión menor y multa de 25.000 a 250.000 pesetas a los que realicen propaganda de todo género y en cualquier forma dentro o fuera de España, para alguno de los fines señalados en los números 3.º y 4.º del artículo 172 de este Código.

Por propaganda se entiende la impresión de toda clase de libros, folletos, hojas sueltas, carteles, periódicos y todo género de publicaciones tipográficas o de otra especie, así como su distribución o tenencia para ser repartidos, los discursos, la radiodifusión y otro procedimiento que facilite la publicidad.

También tendrán esta consideración el uso de símbolos o emblemas propios de las organizaciones a que se refiere el párrafo primero de este artículo.”

“Artículo 253. Para todos los delitos previstos en este capítulo, los Tribunales, en atención a las condiciones personales del culpable, podrán imponer, además de las penas establecidas, la de inhabilitación absoluta o especial.”

Art. 2.º Las penas de prisión mayor que establecen los artículos 132 y 252, párrafo primero, del Código Penal se sustituyen, en ambos casos, por la prisión menor, sin perjuicio de las demás establecidas.

La referencia que hace el artículo 252, párrafo segundo, a la pena de prisión menor se entenderá hecha a la de arresto mayor, sin perjuicio de las demás que se señalan.

Art. 3.º Se adiciona al Código Penal el artículo 499 bis a), pasando el actual 499 bis a tomar la numeración de 499 bis b). El artículo 499 bis a) quedará redactado en los términos siguientes:

“Artículo 499 bis a). Serán castigados con la pena de prisión menor los que actuando en grupos o individualmente, pero de acuerdo con otros, mediante violencia, intimidación o amenazas, pretendan obligar a otros a iniciar o a continuar una huelga o cierre empresarial.

Se impondrán las penas en su grado máximo:

1.º A los componentes del grupo que porten armas o instrumentos agresivos.

2.º A los individuos del grupo que sean ajenos al conflicto.”

Art. 4.º Se derogan los artículos 173, 175 y 268 bis del Código Penal, que quedarán sin contenido.

Jurisprudencia penal

1976

(1.^a parte)

PEDRO-LUIS YANEZ ROMAN

Dr. en Derecho

Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid
y Vicesecretario del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales»

§ 1. Artículo 8: 1.º, **Enajenación Mental.**

Oligofrenia: grado de imbecilidad (eximente completa).

“Las **oligofrenias** son un grupo de enfermedades mentales caracterizadas por constituir perturbaciones de la personalidad del agente, y que, por consiguiente, no representan la irrupción o entrada en ella de elementos ajenos, sino que **corresponden a la propia personalidad—anormal—** del sujeto. Suponen una distonía o discordancia entre la evolución y desarrollo físico o somático del sujeto y su desarrollo intelectual o psíquico, de tal modo que mientras aquél evoluciona y se desenvuelve normalmente, éste queda estancado o detenido a una u otra edad mental en consonancia con los más o menos profundo o intenso de la perturbación. Dichas oligofrenias afectan, desde luego, a la inteligencia del agente y son defectos de desarrollo psíquico—acusados en lo intelectual—, congénitos—en gran parte condicionados por la herencia—o adquiridos en los primeros tiempos de la vida, e incurables, concluyendo por estimarse que se trata de estados deficitarios permanentes, consecuentes a la detención del estado psíquico general, que, a veces, se encuentran asociados con trastornos de toda la personalidad, y, otras, con anomalías o deformaciones corporales, o injertados con otras muchas manifestaciones mentales de carácter morboso.

Abstracción hecha del significado que el Diccionario atribuye a la palabra **imbécil**, “**escaso de razón**”, y al sentido omnicompreensivo de toda clase de oligofrenias que le atribuían la fórmula del Código Penal de 1870 y otros textos legales, hace ya largos años que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, definían a las oligofrenias como un género nosológico en el que se albergan varias especies morbosas, distinguiendo, dentro de dichas oligofrenias, la **idiocia** y la **imbecilidad**, **exculpatoria siempre aquélla**, y dividida

ésta, o bien en dos clases—**apáticos y agitados**— o bien en **dos grados**, un primer grado también generante de **inimputabilidad**, y, un segundo grado, determinante tan sólo de **atenuación** gracias a reconocerles a tal especie de imbeciles una **capacidad de discernimiento disminuida o mermada**. Hallándose en esta línea, la Sentencia del Tribunal de 17 marzo 1893, la cual declaró que **para que la imbecilidad obre como eximente es necesario que sea completa**; la de 4 marzo 1935 que sentó la doctrina, según la cual **cuando la edad mental del sujeto es inferior a siete años se trata de idiocia, de siete a nueve años de imbecilidad en primer grado, y cuando es superior a nueve años, pero inferior a la edad mental natural, se trata de una imbecilidad de segundo grado, que atenúa, pero no exime**; y las Sentencias de 12 mayo 1941, 8 octubre 1964 y 25 mayo 1966, las cuales afirman que la imbecilidad cuando es **completa** exime de responsabilidad; con lo cual sin duda quiso referirse este Tribunal a que **la imbecilidad lindante o muy próxima a la debilidad mental podía suponer el suficiente grado de discernimiento en el sujeto como para juzgarle solo parcialmente irresponsable**.

Pero la psiquiatría de las últimas décadas, basándose en la psicometría y en los “test” de eficiencia, de personalidad y, sobre todo, de inteligencia, así como la doctrina con unanimidad, distinguen dentro de las oligofrenias: la **idiotia**, en la que la edad mental del sujeto es inferior a los cuatro años y sólo representa, a lo más el 25 por 100 de la normalidad; la **imbecilidad**, con edad mental entre los cuatro y los ocho años y coeficiente entre el 25 por 100 y 50 por 100; **debilidad mental**, con edad de esa índole entre los ocho y los once años y coeficiente entre el 50 y el 70 por 100, y, por encima de los anteriores, sin llegar a la total normalidad, la llamada **torpeza mental**, añaciéndose que tanto **los idiotas como los imbeciles son totalmente inimputables**, mientras que lo son más o menos parcialmente los débiles mentales, e **imputables los simplemente torpes**.

En el caso presente la narración histórica de la sentencia de instancia sólo dice que el procesado de diecisiete años de edad “que es **un oligofrénico en grado de imbecilidad**”, con lo cual, tomando como base la significación que a esta imbecilidad atribuyen la doctrina y la psiquiatría moderna, no cabe duda de que **la edad mental del agente condenado por delito de robo es inferior a ocho años y que su coeficiente psicométrico se halla por debajo del 50 por 100 del normal**, tratándose pues de **un sujeto totalmente inimputable**, cuya conducta debió subsumirse en el número 1 del artículo octavo del Código Penal, dentro de la enajenación mental. Pero es que si se estimara que la sentencia de instancia empleó la palabra “imbecilidad” en el sentido, ya superado, de especie oligofrénica susceptible de división en grados, con un primer grado determinante de absoluta inimputabilidad y un segundo grado generante de exculpación incompleta o de responsabilidad penal disminuida, **la solución sería la misma, pues no especificando la sentencia impugnada el grado concreto de dicha imbecilidad, no puede integrarse la declaración de hechos probados de la referida sentencia en contra del reo, presumiendo o conjeturando que su imbecilidad era sólo incompleta o de segundo grado**. Razones por las cuales queda evidenciado el error “in iudicando” cometido por la sentencia recurrida, siendo preciso estimar el recurso de casación por

infracción de Ley, interpuesto por la representación jurídica del condenado, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del número 1 del artículo 8 del Código Penal, casando y anulando la resolución impugnada. (S. 8 abril 1976).

§ 2. Artículo 8: 4.º, **Legítima defensa propia.**

En lo que respecta al requisito de la **agresión ilegítima**, la Sala 2.^a tiene declarado, que procede estimar que concurre, **no solamente cuando se realizó el acometimiento** en que el acto agresivo consiste, sino también cuando **se ha iniciado por haber realizado el agresor algo que claramente revele el propósito de ejecutar el acto de fuerza**, con la consiguiente **inminencia del riesgo o peligro** para los bienes que el precepto trata de proteger; por lo que no se puede negar que tal requisito aparezca suficientemente reflejado en el relato histórico de la sentencia recurrida, en cuanto que en ella se dice que el lesionado pretendió agredir al procesado con un hacha que portaba y, como es obvio, **pretender, semánticamente, equivale a intentar** y, a su vez, **este verbo significa el iniciar la ejecución de una cosa.**

Evidentemente, **un palo es un medio idóneo y nada excesivo en sí mismo para repeler la agresión realizada con un hacha**, sin que pueda constituir obstáculo alguno para apreciar la **proporcionalidad o racionalidad** del medio empleado el hecho, alegado por el recurrente, de que **el procesado pudiese haber evitado la agresión sin más que huir**; pues, por un lado, del resultado correspondiente de la sentencia recurrida no resulta dato fáctico alguno del que se pueda deducir que el procesado se hallase en condiciones que hiciesen físicamente posible el evitar el peligro de lesión para su integridad física sin más que salir huyendo; pero, por otro, conocida es la Jurisprudencia de la Sala 2.^a, de que **no se puede excluir la posibilidad de apreciar la racionalidad del medio empleado porque el procesado no hubiese recurrido a la fuga**, de donde resulta pues el indudable acierto de la Sala de instancia, al haber estimado la concurrencia de este requisito.

En lo que respecta ya al requisito de **la falta de provocación**, es de notar que **entre el concepto de provocación empleado en el número 5.º del artículo 9.º y el utilizado en el número 4.º del artículo 8.º del Código Penal no existe absoluta correspondencia**, lo que es lógica consecuencia de la "ratio" inspiradora de uno y otro precepto; pues mientras que **el fundamento de la atenuante lo constituye la disminución de culpabilidad en el agente**, que se debe apreciar cuando al realizar el hecho delictivo se encuentre **bajo el estado pasional previsto en la norma, el fundamento de los efectos de la provocación** en el supuesto que contempla el segundo de los mentados preceptos, o sea, como causa impeditiva para que se pueda estimar en su integridad la concurrencia **de la eximente, se encuentra en que no se puede considerar digno de la protección que tal circunstancia otorga a quien inicialmente fue injusto ofensor**; por lo que no puede reputarse originariamente irreprochable el acto defensivo ejecutado frente al ataque provocado. De ahí, pues, la consecuencia de que, **mientras para que proceda apreciar la atenuante, basta con que las palabras, actos o gestos del provocador hubiesen podido producir en el provocado excitación o irritación y que éste hubiese realizado la acción criminal**

hallándose bajo tal estado, siendo intrascendente que el provocador hubiese podido conocer o prever o no la reacción amínica que con su conducta podría desencadenar en el provocado, para que la provocación produzca los efectos eliminatorios de la eximente, es menester que, además de concurrir los elementos objetivos y subjetivos descritos para la operatividad de la atenuante, **el provocador conozca o pueda prever la reacción espiritual que pueda desencadenar en el provocado**, pues sería contrario a la lógica jurídica el privar del amparo de la exención o del calificativo de justa a la reacción defensiva frente a un ataque inesperado o totalmente imprevisible, porque el que se defiende no hubiese podido prever que con sus palabras, gestos o actos pudiese irritar ni siquiera molestar a nadie. O sea, que mientras que en el juego de la atenuante, entre los elementos que la integran descuella, o es predominante, el concerniente al estado anímico del provocado, el elemento prevalente para que la provocación produzca los efectos que se le asignan en el segundo de los preceptos comentados, cual es el relativo a la eximente, es la conducta del provocador.” (S. 26 febrero 1976.)

§ Artículo 9: 4.ª, **Preterintencionalidad.**

En un supuesto de riña conyugal, el procesado dio una guantada o empujón a su esposa, que la hizo perder el equilibrio, golpeándose la cabeza contra un mueble y produciéndose contusiones en la mejilla derecha y región occipital, diagnosticadas como leves, que tardaron en curar 77 días y curaron sin defecto ni deformidad.

El Tribunal Supremo condena por lesiones del 420: 4.º con atenuante de **preterintencionalidad muy calificada**, en base a considerar que: “La preterintencionalidad delictual, denominada doctrinalmente **homogénea o de grado menor**, y estimada como circunstancia atenuante en el número 4.º del artículo 9 del Código Penal, exige para poder concederse: que el agente al realizar la acción delictual manifieste **una desarmonía o desproporción entre su amínico deseo dirigido a vulnerar el tipo penal, y el resultado conseguido, por ser éste de superior alcance cuantitativo**, si se compara hipotéticamente con el querido y previsto, produciéndose **una falta de coincidencia, por imperfección o defecto**, en el juego normal y común de la causalidad, que se desencadena irregularmente al existir **una menor peligrosidad e intención moral**, y un “**plus in effectum**” que actúa como “**ultra propositum**” o **exceso del logro pretendido**. Pues, en definitiva, **el dolo que cubre la acción originaria**, ilícita o hecho-base, **no abarca el resultado más profundo o grave para los bienes jurídicos protegidos del hecho-consecuencia**, por la actuación superpuesta de la culpa o del azar fortuito, no previsto, o imposible de prever, dentro de la progresión delictual; desproporción irregular del mecanismo causal, que ha de ser conocida, para evitar la presunción de adecuación, entre el querer y el se, y que al sustraerse a pruebas directas, por tratarse de actos internos, ha de ser precisada a medio de un proceso lógico-deductivo, que partiendo de los medios y efectos conocidos, conduzca a establecer la interioridad del agente, a cuyo fin han de ponderarse la idoneidad del medio empleado para causar el evento, región escogida para vulnerarla, situación moral de los sujetos, móviles del obrar, vinculación entre ellos existente, y cuantas otras

circunstancias puedan concurrir, para alcanzar el perfecto juicio axiológico judicial de una situación anterior...”

“El delito de lesiones, **para ser doloso en sentido estricto, exige un acto inicial ilícito**, del agente, que con dinámica apropiada y medios idóneos, hiera la integridad corporal ajena, existiendo correspondencia, entre la malicia utilizada y lesión querida causar y el resultado conseguido; pero constituirá **un delito de lesiones preterintencional, de grado menor u homogéneo**, regido por la efectividad de dicha atenuante número 4.º del artículo 9 del Código Peral, si **concurriendo una relación causal, eficiente y adecuada, entre el acto inicial ilícito querido y el resultado**; sin embargo, **el sujeto activo**, subjetivamente, **sólo poseía en su interioridad un dolo que acoja aquella acción primaria o hecho básico**, pero **no el exceso del desproporcionado evento o hecho consecuencia**, que sobrepasa su deseo ostensiblemente, originando mayor lesión en la incolumidad o integridad de la persona humana. Este **desbordamiento causal** es difícil de apreciar en este delito de lesiones, porque la cronología o temporalidad de la insanidad, siempre tiene condición de incierta, y contingente, pero que al no tratarse de una infracción cualificada por el resultado ni objetiva, permite su existencia en los supuestos de efectiva desviación, desproporción o desvinculación causal, que puede llegar incluso en supuestos particulares a apreciar **la preterintencionalidad como muy calificada**, dentro de la regla 5.ª del artículo 61, si alcanza una intensidad claramente superior a la normal de tal atenuante, por gran desproporción del efecto, como sucederá cundo los medios empleados en su idoneidad, de pequeño alcance —como la guantada o el empujón común sin relieve—, sobrepasen los resultados corrientes y normales, conocidos y producidos en la integridad humana, según experiencia práctica.”

En síntesis, "... siendo la guantada, el golpe que se da con la mano abierta, y por consiguiente sin la violencia peculiar del uso del puño, mucho más contundente, y representando el empujón, el impulso que se hace a través del uso de la fuerza para apartar o mover a una persona, al no constar en los hechos probados que dicha guantada fuera violenta, ni tampoco la intensidad del empujón, que incluso no se estima en el Considerando 3.º, tuviera entidad, el medio que en la realidad fuera utilizado como exclusivo y no conjunto, ha de estimarse que el daño originado, como excedió a las normales consecuencias del medio empleado, revelador de la escasa intención del agente, que en medio de dicha discusión quiso golpear con la mano abierta una sola vez o empujar a su esposa, **estando agitado y con el único deseo de corregirla o maltratarla levemente y que tuvo la mala fortuna de perder el equilibrio**, y aún más la desgracia de golpearse con una mesa, **lo que no era muy previsible**, para tal actuación, por lo que más que la rudeza de la dinámica empleada que no consta, haya sido intensa, como se dijo, **fue la alianza del dolo inicial con la culpa, por ausencia de dicha previsibilidad leve, la que determinó el resultado desacompañado, y notoriamente excesivo a la idoneidad del medio usado**, de acuerdo a la experiencia práctica por la actuación irregular del mecanismo causal normal, que sobrepasó el resultado querido con la acción realizada, ya que lo que de tales medios podía resultar era una simple contusión, pero nunca el extraordinario hematoma subdural agudo, originado por

la desvinculación habida, que, **incluso en los supuestos del empujón, la Sala 2.^a ha calificado como de imprudencia o culpa penal lo que aquí no puede realizar por ausencia de recurso del condenado**, en atención a lo que la aceptación de la lesión preterintencional calificada por la Audiencia dentro del artículo 420 número 4.º en relación con el subtipo del penúltimo párrafo de dicha norma, ha sido adecuada, resultando también procedente la penalidad impuesta como reproche sancionador y culpabilístico de la conducta juzgada" (S. 2 abril 1976.)

§ 4. Artículo 10: 6.^a, **Premeditación (robo con homicidio).**

El Código penal contempla y regula la circunstancia agravante de premeditación con carácter genérico en el artículo 10 y como cualificativa de delitos contra las personas en el 406, y si bien su apreciación suele ser más predominante cuando concurre en estos últimos, es asimismo de preceptiva aplicación en cualesquiera otras infracciones penales que no la presupongan entre sus elementos, ni la repudien por su configuración, y entre ellas concretamente en las determinantes de **robo con violencia o intimidación en las personas** del artículo 501, de **naturaleza compleja** al afectar los bienes protegidos y atacados tanto a la propiedad como a la integridad corporal humana.

Pero dicha circunstancia, no obstante su trascendencia en la culpabilidad e influencia en la penalidad, no es definida, ni delimitada por el legislador que la concibe con amplitud normativa por el "**obrar con premeditación conocida**", lo que ha motivado abundante literatura jurídica bajo criterios y aspectos doctrinales diversos, mas cuyos **elementos o factores configurativos prevalentes** —a tenor de la más reciente doctrina de la Sala 2.^a—, que perfila su contorno, pueden resumirse en:

a) **una ideación o deliberación detenida encaminada a la comisión de un delito**, que en sí entraña **un proceso de reflexión y maduración de pensamiento, sin ser estrictamente necesario que haya de operarse con frialdad de ánimo;**

b) **una decisión persistente que mantenga el propósito de ejecutar el delito ideado;** o sea, una determinación que se sobreponga y prevalezca a otros motivos antagonistas o a otras consideraciones dubitativas que actúen en sentido opuesto de rechazar definitivamente o aplazar indefinidamente la resolución adoptada;

c) **un espacio de tiempo indeterminado entre la decisión tomada y su realización, sin que sea preciso que su duración se prolongue más o menos, pero sí que resulte suficiente y bastante para permitir que la reconsideración pueda desplazar a la ideación ilícita, y**

d) **que sea conocida**, que es tanto como significar que **aparece robada por la exteriorización del propósito de llevar a cabo la comisión de un pre-pensado delito mediante actos o signos reveladores de la insistente decisión criminal**, sin que haya que inducirlo o sospecharlo o sospecharlo de presunciones por vehementes que sean, los que generalmente se manifiestan a través de preparativos y maquinaciones que sistemáticamente relacionados con el fin propuesto se ponen en práctica por el sujeto activo" (S. 5 marzo 1976.)

La precedente doctrina hace incohibible la tesis defensiva en la que se

apoya el recurso consistente esencialmente en que, aun admitiendo la **concurrencya de la citada circunstancia agravante en el relato de robo**, “lo que no se acredita y era absolutamente necesario para la aplicación de la misma —se alega literalmente—, es que los procesados hubiesen premeditado también el resultado mortal que se produjo, ya que aunque iban provistos de armas, como era preciso para llevar a cabo la intimidación, la forma en que el hecho tuvo lugar no autoriza de ningún modo a suponer que la desgraciada muerte del joyero hubiese sido prevista, ni mucho menos planeada por aquéllos”, alegación inviable teniendo en cuenta:

1.º, que el relato probatorio no puede explícitamente consignar más que aquellos actos externos realizados, que no permite objetivar y plasmar lo que permanece en el arcano imperceptible de los propósitos, por su propia naturaleza anímica, pero del detenido examen de aquél queda por lo menos indudable el **persistente, tenaz y acuciante ahínco de los procesados de hacerse con las mortíferas armas empleadas**, que modificaron con habilidad y ensayaron con diligencia, previendo sus efectos **con fines de aseguramiento ofensivo y defensivo**, que en correcta lógica natural conduce a atribuir que **si no premeditaron específicamente el dolo directo de matar, tampoco lo eliminaron ni atenuaron como indeseable y temida incidencia real en sus designios**, lo que de por sí es suficiente para que la repetida circunstancia afecte a la unitaria y compleja figura delictiva consumada;

2.º, que tal figura delictiva, en la que el legislador ha reunido tipicidades tan heterogéneas como el robo de una parte y el homicidio de otra, a virtud de una realidad criminológica insoslayable tan antigua como el nombre de **latrocinio** con que se la conoce ordinariamente, se caracteriza mayoritariamente por el hecho de **planearse el robo en la posibilidad más o menos tengencial de matar o lesionar**, posibilidad que presenta una **doble proyección**: en el plano de la **causalidad** por la convergencia o necesidad de que el robo en las condiciones del perpetrado sea **motivo o de ocasión a que resulte homicidio**, y en el plano de la **culpabilidad por la hipótesis corriente y normal del dolo eventual**, y aun de **mera culpa**, respecto al resultado mortal en la concepción del que, **decidido a robar**, acepta la consecuencia de tener que llegar a usar las armas que porta en contra del despojado o de terceras personas que puedan o traten de impedir su firme propósito depredatorio, tesis esta que con mayor o menor precisión jurídica —a compás de la evolución y progreso técnico— ha venido manteniendo la Sala 2.ª, como por vía de ejemplo señalan las Sentencias de 20 octubre 1881, 26 agosto 1905, 16 enero 1931, 8 enero 1944, 20 marzo 1947, 23 junio 1954, 29 octubre 1959, 3 diciembre 1964 y 20 marzo 1972, entre otras, y

3.º, que constituye igualmente criterio jurisprudencial reiterado el de que **basta la pertinencia de cualquier agravante atinente bien al homicidio o bien al robo para que la global agravación del unitario delito se produzca**, careciendo de base válida, político-criminal o técnico-jurídica, que tal criterio quiebra respecto a la **premeditación**, por más que lo primordial y expresamente preconcebido fuera el atentado patrimonial, sin explícita referencia positiva o negativa, en la literalidad de los hechos probados, a la previsión del evento letal ocasionado y concatenado con el perverso proyecto codicioso, criterio

que, sin merma de su amplitud, es susceptible y ha sido efectivamente objeto de particulares restricciones en casos determinados resueltos por la Sala 2.^a (Sentencias de 18 marzo 1948, 21 octubre 1952, 7 julio 1955, 11 diciembre 1957 y 14 junio 1961, entre otras), en los que aparte de no constar mención explícita, ni implícita de la premeditación con referencia al homicidio, sino tan sólo al apoderamiento lucrativo, dicho anterior propósito homicida aparece abierta y racionalmente descartado, lo que no acontece en el supuesto enjuiciado, y que en consecuencia conduce a desestimar el primero de los motivos del recurso interpuesto por corriente infracción legal, reputando infringida por aplicación indebida la circunstancia agravatoria examinada que habiendo sido debidamente estimada por el Tribunal de Instancia procede mantener" (S. 5 marzo 1976.)

§ 5. Artículo 10: 8.º, **Abuso de superioridad.**

"La agravante de **abuso de superioridad o emplear medio que debilita la defensa** recogida como octava del artículo 10 del Código penal, es ciertamente **una modalidad cuasi alevosa, o alevosía menor** desprendida como forma de ejecución de menor rango de la primera de las agravantes que encabeza el elenco legal de las mismas. Por lo que, a menor escala, debe reproducir sus **dos elementos** integrantes:

El predominante **objetivo**, en que el abuso de fuerza consiste con la consiguiente disminución de la defensa del ofendido; y el **tendencial o subjetivo** insito en el "abuso", que busca, propende o aprovecha, al menos, la situación de ventaja de superioridad física sobre la víctima; elemento este último de superlativo valor cuando se trata de un delito, cual es de robo con homicidio, que por su intrínseca violencia y gravísima penalidad parece **absorber en su seno toda agravación basada en el empleo de fuerza** —aún excepcional— y **por ser la misma inherente al delito**, tal como entendieron antiguas resoluciones de la Sala 2.^a [SS. 20 mayo 1880, 10 agosto 1881 y 7 febrero 1882], que al efecto invocan el que es actual artículo 59 del Código penal consagrador de la tesis general de la inherencia al delito de circunstancias agravantes. **Criterio**, sin embargo, luego **rectificado** [Sentencias 28 enero y 14 julio 1886], con el argumento empírico de que el delito de que se trata puede cometerse con **inferioridad numérica o de fuerza**, aunque sin tantas probabilidades de triunfo, que es precisamente el objetivo del legislador, postura ésta última que se consolida en posteriores fallos [Sentencias 19 mayo 1957 y 4 julio 1967], si bien matizándose la admisión de la agravante con arreglo al susodicho **elemento subjetivo del abuso o prevalimiento**, de modo que **no basta la objetiva comparación de fuerzas para deducir sin más la agravación, sino que la misma ha de tener algún reflejo en el sujeto, en el ánimo del culpable**, lo que aplicado a este delito complejo quiere decir que los **previstos medios ejecutivos** de los que se deriva la superioridad **se extiendan tanto al robo como al homicidio, pues si no alcanzan a este último no podrá tomarse en cuenta para su ejecución y se romperá la complejidad en la esfera de lo circunstancial**" [Sentencia 14 junio 1961].

En síntesis, "aplicado el anterior criterio interpretativo al caso **sub iudice**, no hay duda de que el **elemento objetivo** de la agravante de abuso de supe-

rrioridad aplicada en la instancia concurre, desde el momento en que **dos hombres jóvenes y vigorosos, armados de una herramienta contundente y de un puñal, atacan simultáneamente a otro de mayor edad**, de suerte que mientras uno le sujeta, el otro descarga sobre su cabeza golpes, que determinan la fractura del hueso frontal, que evidentemente debilitan el primer impulso defensivo del vigilante, que, no obstante, no llega a perder el conocimiento, lo que determina que el procesado que ahora recurre remate a la víctima con el puñal que portaba, infiriéndole once heridas, tres de ellas perforantes del corazón que produjeron la inmediata muerte; como también concurre el decisivo **factor subjetivo**, pues si además de los útiles para el robo empleados luego como arma mortífera por los dos autores directos del robo, uno de ellos se apresta a entrar en el local violentado **colocando en su cintura un puñal con su vaina**, decisivo para afrontar los riesgos de la ejecución, no hay duda de que —aparte la botella vacía de licor ocasionalmente empleada también por los reos y que se encontraba en el lugar de autos— **se buscó una inicial prepotencia frente a la única persona que se sabía podía obstaculizar su acción**, tanto por el estudio previo del establecimiento y sus dependencias como por la hora elegida para la perpetración del hecho. Cautelas previas tomadas por los procesados que resaltan más si se tiene en cuenta que la sentencia a **quo** no ha tenido en cuenta ni el porte ni el uso de armas que para esta forma de delincuencia violenta se prevén como agravantes específicas en el párrafo último del artículo 501 y en la circunscripción primera del artículo 506 del Código penal. Por lo que bien puede decirse que queda margen para el **plus agravatorio** genérico aplicado en la instancia y que lleva a la desestimación del único motivo del recurso interpuesto por el procesado postulando la infracción de Ley por aplicación indebida de la agravante octava del artículo 10 del citado Código” (S. 26 febrero 1976).

§ 6. Artículos 61: 2.ª, 30, párrafo 1.º y 78 (**robo con homicidio**).

En un supuesto de robo con homicidio el T. S. estima el recurso del Ministerio Fiscal aduciendo infringida la regla segunda del artículo 61 en relación con el párrafo primero del artículo 30 y artículo 78, así como los artículos 500 y 501, número primero del Código penal, pues si **la pena a imponer al procesado es la de reclusión mayor a muerte, excluida esta última por concurrir una sola agravante, la de nocturnidad, debió imponerse el grado máximo de la de reclusión mayor y no la de veinticinco años y un día** impuesta por la sentencia recurrida.

Como base de su argumentación, expone las **tres interpretaciones judiciales** pronunciadas sobre la regla 2.ª del artículo 61:

— **Una muy estricta**, según la cual mentado párrafo sólo permite al Juzgador eliminar la pena capital si concurre una sola circunstancia de agravación, de suerte que tal arbitrio es agota con dicha eliminación, con la consecuencia de que en todo caso la pena a imponer sería —a semejanza de una verdadera conmutación judicial— la de treinta años de reclusión mayor que inmediatamente subsigue al último castigo, interpretación de la que se hizo eco una resolución de esta Sala 2.ª siquiera lo hizo por vía de **obiter dictum** y sin expresa declaración de doctrina al respecto [Sentencia 8 marzo 1959].

— **Otra interpretación**, en el extremo opuesto, ha entendido que siendo la muerte el grado máximo de la pena de reclusión mayor a muerte, una vez dejada de imponer la máxima pena, los diez años que restan de la reclusión mayor habrían de ser divididos en dos grados, de modo que cada uno de ellos absorbería la mitad de dicho tiempo, con lo que el grado inmediato al de muerte iría de veinticinco años y un día a treinta años, dentro del cual podría moverse libremente el Juzgador, interpretación de la que se encuentran aplicaciones en una **praxis** desviada que, además de desconocer la existencia de una agravante, hace de peor condición a los reos sancionados con la pena única de reclusión mayor, cuyo grado máximo, forzosamente aplicable por concurrencia de una agravante, comienza en los veintiséis años, ocho meses y un día de dicha pena, todo lo cual debè llevar a proscribir dicha práctica.

— Finalmente, “la **interpretación** que cabe calificar de **ortodoxa** se sitúa entre las extremas antes expuestas y entiende que, una vez dejada de aplicar la pena de muerte a virtud del arbitrio concedido por el precepto legal en examen, debe entrar en juego el criterio penológico normal que informa la totalidad del artículo 61 en relación con el 70 y 73 del Código penal, de modo que habrá que tomar como pena inferior la de reclusión mayor en toda su extensión y dentro de ella operar con las circunstancias modificativas que concurren, por lo que existiendo la residual agravante que supone el párrafo segundo de la regla segunda del artículo 61, habrá de aplicarse el grado máximo de la reclusión mayor, tal como entendió la Sala 2.^a en trances semejantes con expresa aplicación al caso [Sentencias de 8 de octubre de 1952, 2 de abril y 25 de octubre de 1962]. Doctrina que se refuerza pensando que, de haber querido el legislador excepcionar el sistema normal de determinación de la pena subsiguiente a la eliminada de muerte, lo hubiera hecho como, en sentido inverso, se aprecia en el artículo 75, regla primera del Código penal. (S. 26 febrero 1976).

§ 7. Artículo 69, **Delito continuado**.

El **delito continuado**, estudiado recientemente por las sentencias del Tribunal de 26 mayo y 6 junio 1974 y 25 octubre y 24 noviembre 1975, entre otras muchas, ante su indefinición legal, es reputado por unos **mera ficción** o **simple creación jurisprudencial**, mientras que otros lo consideran **realidad tangible** que, por esencia u ontológicamente, tiene existencia e individualidad propia y genuina.

Y si las **teorías subjetivas** insisten en que es el **dolo unitario** el determinante de que lo plúrimo se convierta en unidad, las **objetivas** resaltan la necesidad de que concurren **determinadas homogeneidades** entre los elementos circunstanciales de las acciones absorbidas por el “**concursum continuatum**”; y las **objetivo-subjetivas** exigen la concurrencia de unos **presupuestos objetivos** —homogeneidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad de la dinámica comisiva y una cierta conexión temporal y espacial—, y la de otros **subjetivos**, dolo conjunto o designio criminoso común, dolo unitario o culpabilidad homogénea, siendo la unidad del sujeto pasivo irrelevante o no según los casos, y exigiéndose también la del sujeto activo, aunque con excepciones.

Habiendo evolucionado también la doctrina, y sobre todo la jurisprudencia,

en orden a la fundamentación de esta figura, pues **si medievalmente surgió para atenuar la dureza de las penas o para evitar la imposición de la pena de muerte al autor del tercer hurto, esa finalidad "pietatis causa" subsistía hasta tiempos relativamente modernos, como se deduce de las sentencias del Tribunal de 19 junio 1947 y 4 y 28 mayo 1948, en las que se declaró que nunca cabe delito continuado en contra del reo; pero después se ha sostenido que no puede alegarse continuidad delictiva cuando los varios actos están perfectamente diferenciados** —sentencias de 23 marzo 1966, 3 febrero 1968, 15 marzo 1969, 7 y 8 mayo y 4 junio del mismo año—, pero que cabe excepción, **si no es posible pormenorizar, aislar o singularizar cada uno de los actos hasta el punto de poderlos declarar probados en su individualidad**, y, en tales casos, por razones prácticas y de política criminal, como expediente procesal y para no dejar sin defensa a la sociedad, se aplica la figura del delito continuado; mientras que, al propio tiempo, y más adelante, en sentencias de 24 noviembre 1966, 16 noviembre 1967, 8 abril 1968, 12 febrero 1969 y 24 noviembre 1972, se afirma que la finalidad "pietatis causa" se halla desfasada y desacreditada y que la institución estudiada no es rígida e inmutable, sino flexible y abierta, en conexión con las necesidades de la vida y con las de la Justicia; que **no puede admitir que un propósito doloso largamente desarrollado y fructíferamente aprovechado pueda sancionarse como infracción penal leve; frases repudiadas por ciertos sectores doctrinales y que suponen que la figura del delito continuado pudiera propender a evitar la impunidad o cuasi impunidad de ciertas conductas cuando se las contempla de modo aislado o singularizado.**

Y finalmente, la última posición, doctrinal y jurisprudencial, declara que **el delito continuado es un ente jurídico con vida propia**, que, como se ha dicho antes, **no es ficción, sino realidad ontológica o de esencia**, y que no obedece a razones pietistas ni a criterios de política criminal, ni tiende a rigorizar los preceptos penales cuando su estricta aplicación conduzca a soluciones excesivamente benignas, **sino que convierte lo plural en unidad sólo cuando es procedente tal unificación atendidas las circunstancias y naturaleza del caso y la presencia de los requisitos que perfilan y caracterizan a esta institución.**

"... Conjugando las diferentes opiniones doctrinales con las declaraciones jurisprudenciales, se obtiene un concepto de delito continuado, según el cual dicho ente está formado por varios actos, cada uno de los cuales, estimado aisladamente, reúne todas las características de un delito e de una falta consumados o intentados, pero que se califican globalmente como si constituyeran una sola infracción, habiendo declarado el Tribunal, v. g., en la Sentencia de 20 noviembre 1972, la que recoge muchas otras anteriores, que se trata de una realidad sustantiva y natural y no de una ficción jurídica, y que requiere:

1.º, desde el punto de vista subjetivo, **unidad de propósito, plan único y sistemático, ambición maxidelictiva que no se conforme con infracciones aisladas, sino que aspira a la realización de un más vasto programa antijurídico y antisocial, con notas de homogeneidad y dirigido al mismo fin que constituye el denominador común de todas las acciones;**

2.º, desde el punto de vista objetivo, **pluralidad de actos, que son ejecución**

fraccionada, parcial o escalonada del designio único, desarrollada metódica y gradualmente, **pero presidida con la misma intención criminosa intelectual y volitiva;**

3.º, desde su aspecto jurídico, **violación de un mismo tipo penal, o unidad de precepto penal violado**, comprendido en el mismo artículo, en diferentes párrafos del mismo o en distintos preceptos penales de la misma naturaleza e íntimamente relacionados;

4.º, desde el **punto de vista personal**, se exige con rigor la **identidad del sujeto activo**, aunque pueda admitirse excepcionalmente la coautoría de ciertos agentes que no intervinieron en la totalidad de los actos y, generalmente, **la del sujeto pasivo**, que puede admitir singulares excepciones que tendrán que matizarse y justificarse, y

5.º, en cuanto se refiere a las circunstancias de lugar y tiempo, con abandono de la antigua posición doctrinal que exigía inexcusablemente su unidad, se admite hoy día la **posibilidad de que los actos no sean coetáneos y que los lugares de perpetración de los hechos sean diversos**" (S. 20 febrero 1976).

§ 8. Artículos 172-174, Asociaciones ilícitas.

Es conocida la doctrina legal del Código penal, considerando en su artículo 172 —como asociaciones ilícitas—, entre otras, **las prohibidas por la Autoridad competente** (párrafo tercero); completado por el siguiente precepto, artículo 173, que se comprenden en el artículo anterior "**las declaradas fuera de la Ley, y cualesquiera otra de tendencias análogas, aunque su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso**" (párrafo tercero).

Y a la hora de fijar las penas, el artículo 174 en su párrafo primero, apartado tercero, dice que si la asociación tuviera por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización social, económica o jurídica del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional" establece unas para fundadores y otras para afiliados o participantes. Pon fin, cuando los hechos carecieron de gravedad o la asociación no hubiera llegado a constituirse, se faculta al Tribunal para imponer a los meros partícipes la pena inferior en un grado.

La doctrina jurisprudencial ha establecido reiteradamente que el **Partido Comunista de España** es asociación ilícita por estar prohibida por la Autoridad competente, comprendida entre las declaradas fuera de la Ley (Decreto de 13 de septiembre de 1936, Ley de 9 de febrero de 1939, 1.º de marzo de 1940 y Ley de 17 de mayo de 1958), y que tiene por objeto la mutación por la fuerza de toda la organización estatal, en todas sus facetas [Sentencias de 9 noviembre 1970, 23 marzo, 28 abril y 4 mayo 1972, 14 mayo 1973, 7 mayo y 3 octubre 1974 y 25 junio 1975, entre otras]. Y por fin, que el párrafo cuarto del número primero del artículo 174 del Código penal encierra una facultad del Tribunal, de libre apreciación, concediendo a aquél un amplio arbitrio contra cuyo uso no cabe —en líneas generales— como en todo lo facultativo o discrecional la casación [Sentencias de 4 mayo y 21 noviembre 1972, 8 junio 1973, 16 enero 1974, 26 febrero y 18 marzo 1975 y 9 febrero 1976].

174: 1.º, párrafo 3.º, Asociaciones subversivas.

Según las sentencias del Tribunal, de 14 octubre 1974, 30 septiembre, 20 octubre y 7 noviembre 1975 y 23 enero 1976, entre otras muchas, se estudia la historia, la naturaleza jurídica, características y elementos constitutivos del delito de asociaciones ilegales, por lo que es ocioso repetir la doctrina sentada en las mismas, bastando con subrayar, a los fines del primer motivo de disconformidad con la sentencia recurrida formulado por el procesado que el párrafo tercero del número primero del artículo 174 del Código penal, constituye un **subtipo o tipo secundario privilegiado o una agravación específica también privilegiada**, que sanciona, con una **pena más elevada**, por una parte, a los **fundadores y directores**, y, por otra, a los **meros afiliados o participantes**, siempre y cuando la asociación que han fundado o dirigido o a la que se han simplemente incorporado o afiliado, tenga por objeto, entre otros, **la subversión violenta o la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, o el ataque a la integridad de su territorio**. Y precisamente el recurrente se afilió a una organización segregacionista como lo es **ETA, quinta Asamblea**; y no lo hizo, según el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, de un modo puramente simbólico o idealista, sino que **captó adeptos**, entre ellos los otros dos procesados, **asistió a reuniones** con conspicuos militantes, **difundió material orgánico, recaudó fondos y provocó paros** en su lugar de trabajo, y además, y ello es sumamente grave, **asistió a un cursillo de adiestramiento**, celebrado en Hasparren, **en el que aprendió el manejo de pistolas, metralletas y montaje de artefactos explosivos**, realizando posteriormente prácticas de tiro en un monte próximo a Irún. Todo lo cual revela incontestablemente que, independientemente de que **la doctrina, los objetivos y las actividades de la ETA son violentamente subversivos y atentatorios a la unidad nacional**—y con ello bastaría, sin más, según doctrina constante del Tribunal, para incardinar la conducta del procesado en el párrafo tercero del número primero del artículo 174 del Código penal—, lo cierto es que **personalmente el procesado realizó actos tenderes al desencadenamiento de la violenta subversión que caracteriza a dicha organización**, la que para lograr sus fines no vacila, según es notorio, en emplear explosivos, realizar secuestros y cometer atentados contra la vida de los servidores del orden público o contra pacíficos ciudadanos. Procediendo así desestimar el motivo estudiado.

De todo ello, cabe deducir que la incorporación del procesado a **ETA no revistió el carácter de mera adhesión ideológica o de cooperación simbólica, sino que participó activamente en sus tareas subversivas y separatistas, y que se adiestró en el manejo de armas y explosivos con el irredudable propósito de tomar parte activa en los actos de gravísima violencia que dicha clandestina entidad patrocina y perpetra para lograr la escisión de una parte del territorio nacional y la destrucción de la organización política del Estado español**; con lo cual, la inclusión pretendida por el recurrente, en el párrafo cuarto del número primero del artículo 174 del Código penal es de imposible estimación. (S. 16 febrero 1976).

En síntesis: “Lo que importa a los fines de aplicación de los párrafos tercero y cuarto del número primero del artículo 174 del Código penal, **no es tanto la actividad que, directa y personalmente, realice el socio, asociado, afi-**

liado o participante, como el objeto a que propenda el grupo asociativo de que se trate y las actividades y tareas colectivas que éste efectúa" (S. 16 febrero 1976).

En lo que hace referencia al motivo de fondo, declara el Tribunal que "causa cierta asombrada sorpresa que, el recurrente mencionado, trate de basar el motivo tercero de su recurso en la circunstancia de que la narración histórica de la sentencia impugnada diga que ETA persigue **la escisión de "determinadas provincias españolas", pero sin especificar de qué provincias españolas se trata**, con lo cual, el impugnante, **haciendo gala de un humor inadecuado**, añade que **podría tratarse del Sahara Español**, con lo cual no sería posible incardinar el caso en los artículos 172, número segundo y 173, número segundo del Código penal, pero, concediendo al argumentado y a la tesis del recurrente la seria atención que no merece, es claro que **los apellidos de alguno de los procesados, su naturaleza y vecindad —Irún— y el teatro de sus hazañas —Irún y el País Vasco Francés— indican**, como es además notorio, que **las provincias que ETA pretende desarraigar del seno de la nación española son las tres Vascongadas y Navarra**. (S. 16 febrero 1976).

"Después de la reforma de 8 de abril de 1967, el párrafo tercero del número primero del artículo 174 del Código penal, establece un subtipo o tipo secundario privilegiado que otros denominan agravante específica también privilegiada, que eleva la pena correspondiente a los miembros de asociaciones comprendidas en los tres primeros números del artículo 172 y en el artículo 173 de dicho cuerpo legal estableciendo la de reclusión menor, para los fundadores o directores, y la de prisión menor, para los meros afiliados o participantes siempre y cuando la asociación tuviere por objeto la subversión violenta, y 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; prescribiendo el párrafo cuarto de dicho número primero del artículo 174, un trato más benévolo para los **meros participantes**, consistente en la rebaja o descenso de la pena al grado inferior, cuando los hechos sancionados en el párrafo anterior carecieren de gravedad o la asociación no hubiere llegado a constituirse. Habiendo sostenido ciertos sectores doctrinales que la aplicación de esta atenuante específica es de imposible o al menos excepcionalísima aplicación, puesto que con las miras violentamente ambiciosas y de suma trascendencia a que se refiere el párrafo tercero, es muy difícil concebir que esos hechos carecieren de gravedad como exige el párrafo cuarto. Y aunque, como dice el recurrente en su escrito de interposición, **la jurisprudencia sigue sin adquirir el rango de fuente del derecho**, pese a la última reforma del título preliminar del Código civil efectuada el 31 de mayo de 1974 —artículo primero, número seis—, **por lo menos complementa el ordenamiento jurídico mediante las resoluciones dictadas, de modo reiterado, al aplicar e interpretar las Leyes**, y en esa función investigadora de la significación y del alcance de los preceptos estudiados, ha declarado:

1.º que para constatar y ponderar la gravedad de la conducta de los asociados **no hay que atender a la entidad concreta de lo sactos realizados personalmente por los mismos en el seno de la asociación**, sino que, y como se desprende o infiere de la frase "Si la asociación tuviere por objeto...", que

encabeza e inicia el párrafo tercero, **bastará con que la asociación persiga como fines u objetivos de su constitución los detallados en el precepto, independientemente de la conducta y actividades que, en particular y en su seno, hubieren desarrollado cada uno de los afiliados** —Sentencias de 30 septiembre 1970, 29 octubre 1973, 14 octubre 1974, 30 septiembre, 20 octubre y 7 noviembre 1975 y 23 enero y 16 febrero 1976—;

2.º que, según se colige de la palabra “**podrán**”, la posibilidad de degradar la pena en los supuestos del párrafo cuarto del número primero del artículo 174, adquiere **tal matiz de discrecionalidad y de soberano y libre arbitrio**, que las decisiones del Tribunal “a quo” dictadas a este respecto no acceden a la censura casacional —Sentencias de 23 y 24 abril y 30 septiembre 1970, 23 febrero, 9 marzo, 8 y 18 junio y 19 y 29 octubre 1973 y 14 octubre 1974—, y

3.º que, esto último no obstante, algunas sentencias de este Tribunal han admitido que, **en supuestos excepcionalísimos, de mera adhesión simbólica sin actividad personal de ninguna clase, la aplicación de esta atenuante específica, pueda revisarse casacionalmente**” (S. 1 marzo 1976).

§ 9. Artículos 236 y 231: 2.º, **Atentado.**

Atentado y lesiones.

En la concurrencia del delito de atentado, del artículo 231 y 236 del Código Penal, con lesiones, bien sean delito o bien sean falta, la doctrina de la Sala 2.ª se ha pronunciado con bastante frecuencia estableciendo:

1.º Que al no necesitar el delito de atentado para su consumación, el resultado lesivo en la persona, si éste se produce, surge a la par un delito de lesiones, que deben pensarse en su relación de medio o fin de acuerdo con las normas del concurso ideal de delitos que señala el artículo 71 del Código penal, salvo el caso de que las lesiones sean constitutivas de simple falta en que, como se dijo en la Sentencia 7 junio 1947, la complejidad ideal desaparece por imposibilidad de aplicar aquella norma en cuanto a penalidad conjunta agravada. Concurso ideal, pues, que excepcionalmente desaparece en caso de tratarse de delito y falta [Sentencia 7 junio 1970].

2.º Que las lesiones no son consustanciales ni inherentes al delito de atentado, por lo que éste puede ir o no acompañado de aquéllas y si, efectivamente, se produjeron las lesiones no quedan absorbidas o embebidas en el delito de atentado, sino que se dará una hipótesis perfecta de concurso ideal de delitos incluíble en el artículo 71 del Código penal o bien un concurso entre delito y falta que obliga a sancionar por separado ambas infracciones, tal como previene el artículo 69 del mismo cuerpo legal [Sentencia 11 junio 1974].

3.º Como el delito de atentado puede consumarse sin agresión corporal, es evidente que si se produce una lesión de esta índole, ésta se ha de computar como un **plus** no necesario para aquella consumación; por lo cual **el atentado no absorbe la lesión**, al ser delito distinto dentro de la actividad criminal, quedando patente: de un lado, **la ofensa al principio de autoridad**; y de otro, **los quebrantos corporales integrantes de las lesiones**, aunque ello suponga un concurso ideal del artículo 71 del Código penal, salvo el caso de que las lesiones

sean constitutivas de simple falta, en que como dijeron las Sentencias 7 junio 1947 y 2 junio 1970, la complejidad ideal desaparece por imposibilidad de aplicar aquella norma, en cuanto a penalidad conjunta agravada [Sentencia 14 febrero 1972].

4.º Por tanto, tratándose de delito de atentado y delito de lesiones, hay que **penarlos por separado**, si ésta punición beneficia al reo; en otro caso se aplica la regla del artículo 71. Concurriendo delito de atentado y falta de lesiones, la punición por separado es preceptiva [Sentencias 13 octubre 1972 y 12 marzo 1976].

“La «*ratio essendi*» del delito de atentado descrito en el número segundo del artículo 231 del Código penal, así como el análisis de los elementos o requisitos constitutivos de dicha figura, se han estudiado en las Sentencias del Tribunal de 11 junio y 5 octubre 1974 y 18 febrero, 13 mayo y 28 octubre 1975; por lo que es ocioso repetir la doctrina sentada en las mismas, bastando, a los efectos del motivo primero del presente recurso, con recordar que: “**acometimiento**” significa **embestida, ataque o agresión con empleo de fuerza física**, la cual puede consistir, según la praxis jurisprudencial, en el **empujón, la bofetada, las lesiones, el disparo de arma de fuego, el lanzamiento de piedras u otros objetos arrojadizos, la lucha a brazo partido y cualesquiera otras vías de hecho que requieran contacto personal próximo y ataque contra el ser físico o integridad del sujeto pasivo**. Destacando, como dinámica comisiva—original antaño y normal hoy día— el **empleo de automóviles**, conducidos por el respectivo procesado, los cuales, como instrumento vulnerante de absoluta idoneidad, se lanzan y dirigen contra agentes de la Autoridad, con ánimo preconcebido o súbito de atropellarles o al menos de golpearles, para impedir que dirijan y canalicen normalmente el tránsito, que hagan respetar las prescripciones reglamentarias, que formulen denuncias consecutivas a la realización de infracciones o que interfieran o mediaten el arbitrio o albedrío de aquellos que no conocen otro freno a su voluntarioso quehacer que su propio criterio. Debiéndose **equiparar**, en términos de buena hermenéutica, el **acometimiento del texto** (número segundo del artículo 231) **al empleo abusivo del automóvil convertido en instrumento agresivo, el cual no reviste menos gravedad ni peligrosidad, ni es menos lesivo y vejatorio para la Autoridad o sus agentes**, como ya subrayaron las Sentencias del Tribunal de 7 febrero 1964, 20 octubre 1965, 8 febrero 1969, 1 julio 1970, 13 mayo 1975 y 18 marzo 1976).

§ 10. Artículo 237, **Desobediencia a Agente de la Autoridad**.

La Sala 2.ª ha declarado en numerosas Sentencias y entre ellas en las de 23 septiembre 1961, 4 marzo 1964, 21 noviembre 1964, 20 abril 1972 y 30 marzo 1973, que **los elementos** que integran el delito de desobediencia del artículo 237 del Código penal son:

— **Un mandato expreso y terminante enmanado de la Autoridad competente.**

— **Que haya sido claramente notificado a la persona que tenga la obligación de cumplirlo.**

— **La resistencia del requerido a hacer aquello que se le ordena con el consiguiente menoscabo o desprestigio del principio de autoridad”.**

“Cuando un Policía Municipal requirió al procesado para que le exhibiera la documentación, a fin de extender el correspondiente boletín de multa, por razón de una infracción de tráfico que había cometido, aquél se negó a mostrarle la documentación y puso el vehículo en marcha, golpeando con él al Policía, causándole lesiones de las que tardó en curar diez días, en ocasión en que el mencionado Agente de la Autoridad había introducido un brazo por la ventanilla del automóvil para tratar de evitar que el procesado pudiese marchar, cosa ésta que logró, haciendo caso omiso de las órdenes recibidas; es claro que procede estimar, como acertadamente lo estimó la Sala de Instancia, que los hechos son constitutivos del delito de desobediencia del mencionado artículo 237 del Código penal y, en consecuencia, que procede desestimar el único motivo de casación por infracción de Ley” (S. 2 abril 1976).

§ 11. Artículo 240: 2.º, **Desacato.**

“Según el texto del artículo 240, número primero del Código penal y constante doctrina de la Sala 2.ª, se comete desacato:

1.º Cuando se **calumnia, injuria o amenaza bien de hecho o de palabra.**

2.º **A un ministro o autoridad, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.**

3.º Si aquellas manifestaciones de agresión al honor o a su libertad, se realizan bien en **su presencia o en escrito que se les dirija.**

4.º El ánimo específico del delito que se trata ha de ser el **animus injuriandi o intimidatorio**, según la modalidad de la actuación del sujeto activo.

5.º En cada caso, habrán de enjuiciarse los **hechos, con la relatividad de las personas, circunstancias, móviles y demás factores objetivos y subjetivos** que contribuyan, como siempre, en el Derecho punitivo, a localizar, concretar y catalizar las conductas para su subordinación en la norma penal [Sentencias 21 octubre 1972, 20 junio, 26 octubre 1974, 26 febrero y 8 julio 1975, entre otras].

6.º Cuando del **desacato injurioso** se trata, el texto del artículo 240 del Código ha de completarse con el artículo 457 del mismo Cuerpo legal o con el 493 y siguientes, si se trata de amenazas bien de hecho o de palabra ([Sentencia 25 octubre 1974].

7.º Siempre, como es natural, teniendo a la vista el **concepto de autoridad** que, con carácter general, se contiene en el artículo 119 del Código penal.” (S. 22 marzo 1976.)

§ 12. Artículo 251: 1.º y 4.º, **Propagandas ilegales.**

“... Como viene afirmando con reiteración la doctrina de la Sala 2.ª, **tres son los elementos** que integran la estructura típica del delito de propagandas ilegales descrito en el artículo 251 del Código penal, tal como viene redactado en la vigente legalidad:

Un **elemento objetivo** constituido por el concepto de **propaganda** en sus diversas facetas de impresión, distribución o de tenencia para ser repartida;

Un **elemento normativo**, de corte teleológico, que describe los **finés** perseguidos por el delito, enumerados en el párrafo primero del precepto y que

se pueden resumir bajo la nota común y genérica de **atentar a la seguridad interior del Estado**, en tanto dicha infracción se cobija en el Capítulo XI del Título II, Libro 2.º, del Código penal

— un **elemento subjetivo, de doble faz**, puesto que: de una parte, se integra por el **ánimo de difusión, afincado en la antijuricidad** y que, por lo mismo, da sentido y trascendencia al tipo; y de otra parte, reposa en la culpabilidad como elemento intelectual del **dolo que exige**, por parte del sujeto activo del delito, **el conocimiento del contenido subversivo de la propaganda a fin de que no pueda considerarse dicho sujeto como mero portador inconsciente de la misma.**

La evidencia y prueba de dichos dos factores subjetivos habrá de conectarse con las distintas modalidades de la propaganda, pues, en tanto que **en las formas activas de impresión y distribución el ánimo difusor y el conocimiento de lo que se difunde están ínsitos en la misma conducta**, desplegando toda su eficacia respecto del segundo de ellos la presunción de voluntariedad prevista en el párrafo segundo del artículo 1.º del Código penal, con la consiguiente necesidad de prueba en contrario para lograr la negación de dicho conocimiento; por el contrario, **en la modalidad pasiva de tenencia, tal acto es de naturaleza equívoca**, puesto que, en principio, **la posesión del material subversivo lo mismo puede destinarse al propio adoctrinamiento como al ajeno** (peculiar este último de la propaganda), por lo que **es menester que se pruebe el propósito proselitista, no menos que la conciencia de su alcance por el tenedor**, tanto más que la misma Ley, haciéndose cargo de dicha equivocidad en la tenencia exige expresamente en ésta la finalidad del reparto, o, en su caso, de la publicidad de los impresos, medios o procedimientos de difusión a que alude.”

“... Diciéndose en el **factum** de la sentencia recurrida que el procesado, estudiante de diecisiete años, fue sorprendido cuando, en unión de otro sujeto, **diseminaba** las hojas ciclostiladas, de evidente contenido subversivo, en la boca de la estación del “Metro” de Tetuán y a una hora de tanto tránsito como las 21,30 del 26 de julio de 1974, ya que se comprende que la afirmación hecha en el relato y reiterada con toda rotundidad en el **judicium** de que el inculpado **conocía el contenido, origen y fin de la propaganda**, no está desprovista de fundamento, antes bien, todos los demás datos fácticos, entre los que descuella **la dedicación al estudio del encartado, pone de relieve que el mismo no era instrumento inconsciente en manos ajenas, sino que se daba perfecta cuenta del alcance de sus actos y de los fines perseguidos con la propaganda que esparcía**, cuya mera lectura los evidenciaba con todo relieve. Sin que, al respecto, puedan traerse a colación otras resoluciones de esta Sala, de modo particular la de **14 mayo 1974**, citada repetidamente por el recurrente, pues en esta sentencia se contemplaba **un caso de mera tenencia en el que no, apareciendo con claridad el ánimo de difundir los ejemplares, más bien escasos, ocupados al imputado, se hacía preciso resolver la duda respecto de tan decisivo elemento subjetivo del injusto en favor del reo...**” (S. 18 marzo 1976).

§ 13. Artículo 306, **Falsedad en documento privado.**

“En el artículo 306 del Código penal se describe y castiga un delito de falsedad documental, en el cual, es indispensable:

a) Que se trate de un **documento privado**, esto es, de una **representación gráfica del pensamiento generalmente por escrito**, realizada por particulares con fines de **preconstitución probatoria** y con **vocación de futuro y potencial inmersión en el mundo exterior y en el tráfico jurídico**, y que además no tenga el carácter de **documento mercantil**, pues en este caso, a pesar de su **naturaleza privada**, su falsificación estaría castigada en el artículo 303 del Código penal;

b) Que en él, o mediante él se cometa "**mutatio veritatis**", inveracidad o mendacidad, no accidental o inocua, sino recayente en **puntos esenciales, capitales o, al menos, importantes o relevantes**, cometida mediante cualquiera de los **medios** establecidos en el artículo 302 de dicho Cuerpo legal, aunque se reconozca la idoneidad de algunos de ellos para constituir dinámica comisiva del delito de falsificación de documentos privados;

c) Que, a diferencia de los delitos de falsedad en documentos públicos, oficiales o de comercio, donde no es indispensable otro **dolo** que el propiamente **falsario**, dicha **inveracidad**, además de típica, es **preciso que sea perpetrada con perjuicio de tercero o ánimo especial de causarlo.**"

§ 14. Artículo 321, párrafo 1.º, **Usurpación de funciones.**

"Como se infiere de las sentencias del Tribunal de 1 diciembre 1917, 27 marzo 1926, 7 diciembre 1966, 20 diciembre 1967, 28 mayo y 18 octubre 1969, 1 y 7 diciembre 1970 y 28 mayo 1975, entre otras muchas, el delito de **usurpación de calidad profesional**, conocido comúnmente como **delito de intrusismo**, es una infracción **formal o de mera actividad**, que no requiere resultado material lesivo alguno, y cuya comisión perfecta —y por ello se le reputa **falsedad** y **no delito contra la salud pública**— no depende del grado real de suficiencia científica del intruso por mucho que esté acreditada con estudios o prácticas, pues en este delito **no se castiga la impericia en sí**, sino **la falsa atribución de haber observado formalidades legales que son una teórica garantía jurídicamente insustituible, o la legalización pública de actos que son tarea exclusiva de quienes se hallan habilitados por la posesión de un título facultativo.**

Son **requisitos** indispensables de esta modalidad delictiva, incardinada en el párrafo primero del artículo 321 del Código penal, después de la reforma 1961-1963:

a) **Ejercicio público de actos propios de una profesión.**

b) Que ésta exija un **título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacional.**

c) **Intención delictuosa.**

La **atribución o asunción pública y falsa de la cualidad profesional** no constituye hoy día **elemento constitutivo del tipo**, sino **mera circunstancia modificativa de carácter agravatorio y específico**, descrita en el párrafo segundo de dicho artículo.

La "**ratio legis**" de estas figuras es de **carácter doble**, pues, por una parte, se trata de evitar, en beneficio de la sociedad, el peligro que supone el ejercicio, por parte de personas audaces, pero incompetentes e ignaras, de tareas delicadas y trascendentes que exigen conocimientos y capacidad especiales y una responsabilidad que toda actuación clandestina diluye y evade; y, por otra, se

pretende proteger y tutelar a quienes han obtenido un título oficial que les habilita par el ejercicio de profesiones determinadas, y que deben obtener, con la eliminación de competidores iletrados e ineptos, la debida compensación al sacrificio que han supuesto los largos y dilatados estudios de formación, asimilación y perfeccionamiento, la pluralidad de disciplinas y la superación de difíciles y multiplicadas pruebas, indispensables para la obtención del citado título que la sociedad juzga insustituible para el ejercicio de ciertas profesiones con las garantías de idoneidad y competencia." (S. 5 marzo 1976).

Dos elementos esenciales viene exigiendo la doctrina de la Sala 2.^a, como integrantes del delito de usurpación de funciones previsto y penado en el párrafo primero del artículo 320 del Código penal: **atribuirse sin título al carácter de autoridad o funcionario público; y realizar actos propios de dicha autoridad.**

En ambos requisitos incurrió el recurrente, pese a la tesis de defensa pretendiendo achacar la responsabilidad de los hechos al procesado declarado en rebeldía, cuando abordaron, en la tarde del 7 de noviembre de 1972, en la calle de Jardines de esta capital, a una señora de treinta y seis años de edad, el primero que manifestó ser policía fue el propio recurrente, mientras su acompañante, con el que procedía de común acuerdo, la mostró un documento de que se desconoce su clase, con lo cual realizaron los actos propios de Inspectores de Policía, suplantando una función de la que carecían, pero es más, continuaron la ficción realizando actos genuinos de Autoridad, diciendo en un principio la conducían a la Dirección General de Seguridad, pero en vez de hacerlo así, la llevaron al aparcamiento de automóviles de la plaza del Carmen, subiendo al coche de uno de ellos, y como la habían propuesto que si yacía carnalmente con ellos no la pasaría nada, la condujeron a una pensión no determinada de la calle de las, alquilando una alcoba el recurrente, donde **con alguna leve protesta de ella, pasivamente y no de buen grado cohabitaron**, por lo que resulta obvio que realizó **actos iniciales de autoridad**, por lo que su conducta encaja perfectamente en el párrafo primero del artículo 320 del Código penal..." (S. 18 marzo 1976).

"El tipo penal contenido en el artículo 321 del Código punitivo bajo la rúbrica de **usurpación de calidad** y que, después de la reforma de 1963, ha acentuado su carácter de **intrusismo profesional**, como se desprende de la consideración primera, letra a), del Decreto de 28 de marzo de dicho año, promulgador de la reforma, que emplea expresamente tal denominación, **no exige**, ciertamente, **la nota de habitualidad** para que la conducta del intruso devenga delictiva, pero **sí exige**—lo mismo que en la paralela falta del artículo 527, número primero— **el ejercicio de actos propios de la profesión invadida**. Lo que, de una parte,, impone el reenvío típico de la **norma penal en blanco** la legislación administrativa del ramo (aspecto normativo) y, de otra, que los hechos de invasión realizados por el intruso tengan una **cierta relevancia o entidad para que tengan resonancia dentro del marco profesional atentado (aspecto fáctico)**; hasta el punto de que si, conjugando ambos aspectos, **la reglamentación de la actividad de que se trate exige o implica la nota de habitualidad, la falta de esta característica eliminará la tipicidad de la conducta**" (Sentencias 14 marzo 1972, 29 enero 1973, 2 marzo 1974 y 5 marzo 1976).

§ 15. Artículos 341 y 344, **Delito contra la salud pública.**

“Con anterioridad a la reforma de 15 de noviembre de 1971, que, en acatamiento al compromiso internacional que supuso para España la ratificación, el 3 de septiembre de 1966, del Convenio único de las Naciones Unidas de 31 de marzo de 1961, dio nueva redacción al artículo 344 del Código penal, este precepto constituía un a modo de Ley penal en blanco, pues refiriéndose al objeto del delito—drogas tóxicas o estupefacientes—y la pena aplicable, en cuando a la dinámica comisiva se refiere, se alimentaba y nutria de la sustancia descriptiva inserta en los artículos 341, 342, 343 y 343 bis de dicho cuerpo legal.

De lo que se infiere que, en relación al artículo 341, que es el que aquí interesa, era preciso, **para que la figura de tráfico de sustancias tóxicas o estupefacientes concurriera, que, sin autorización bastante, dichas sustancias se elaboraran para expenderlas, se vendieran o despacharan, o finalmente, se comerciaron con ellas; equivaliendo la última hipótesis a que se realizaran actos de comercio con las mismas, actos que, caracterizados por la intermediación o interposición en el cambio de cosas por dinero, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Código de Comercio, no es preciso que sean de naturaleza subjetiva, esto es, matizados o caracterizados por la intervención en ellos de un sujeto comerciante—el cual, de conformidad con el artículo 1 del Código citado, es el que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedica a él habitualmente—, sino que basta con que de naturaleza objetiva o subjetiva, se encuentren recogidos o enumerados en dicho Código o sean análogos a los expresamente catalogados en el mismo, de lo que se colige.**

1.º Que la compraventa mercantil, definida en el artículo 325 del mentado Código, es, a tenor del artículo 2 del mismo, un acto de comercio.

2.º Que, por consiguiente, el que realiza una compraventa mercantil efectúa un acto de comercio y, por lo tanto, está comerciando.

3.º Que para que se entienda consumado dicho acto de comercio basta con que se compre para revender, es decir, que se adquiera una cosa determinada mediante precio cierto con intención de ulterior reventa lucrativa.

4.º Que no es preciso concorra la nota de habitualidad, que se exige expresamente en otros actos de comercio tales como el transporte, el préstamo o la comisión. Habiendo reforzado estas conclusiones la jurisprudencia emanada de la Sala 2.º, la cual, en Sentencias 16 diciembre 1963, 27 mayo 1964, 29 octubre 1965, 14 enero, 3 febrero y 13, 14 y 24 mayo 1966 y 28 febrero y 5 junio 1974, entre otras muchas, declaró que, a tenor del artículo 325 del Código de Comercio, **el acto mercantil se inicia con la compra y se consuma con la coetánea intención de ulterior reventa, aunque ésta no llegue a celebrarse, llenándose y cumpliéndose la exigencia legal del artículo 341 del Código penal, “comerciare”, con la simple adecuación de la conducta del agente o agentes al mecanismo del citado artículo 325 del Código de Comercio; y en las de 11 marzo 1954, 28 mayo y 24 junio 1957, 3 marzo 1962, 16 junio 1965, 4 noviembre del mismo año, 21 febrero 1966, 18 junio 1969 y 28 febrero 1974, entre otras, abandonando la doctrina anterior, insistió en que el acto mercantil aislado basta, y que no es precisa la repetición incesante de dichos actos hasta que adquieran la nota de habitualidad” (S. 19 febrero 1976).**

§ 16. Artículo 410, **Infanticidio.****Incompatibilidad con arrebató u obcecación.**

“La cuestión planteada en el único motivo del recurso ha sido **ya resuelta por la Sala 2.^a en diversas resoluciones**, coincidentes todas ellas en afirmar que **no cabe estimar la concurrencia en el hecho de autos de la atenuante de arrebató u obcecación** del núm. 8, del artículo 9.º, del Código penal—como pretende la recurrente—, dado que **la situación anímica de la que actúa para ocultar su deshonra, sacrificando la vida del recién nacido, es teinda en cuenta por la Ley para constituir la figura delictiva del infanticidio definida en el artículo 410 del Código penal**, delito castigado con especial atenuación respecto a la grave penalidad del parricidio, según el artículo 405, que integraría en otro caso; **diferencia de trato basada precisamente en el estado de perturbación que el legislador supone embarga el discernimiento a las personas ofuscadas por la idea de la temida deshonra que las coloca en situación similar a la prevista en aquella genérica circunstancia de atenuación**; pero obteniendo de ella mayores ventajas, atendida la escasa penalidad asignada al delito de infanticidio, permitiendo imponerla dentro de unos límites que nunca serían alcanzables mediante el normal juego de la repetida atenuante, caso de omitirse este delito en el repertorio delictivo, por lo que procede desestimar este motivo de casación” (S. 15 marzo 1976).

§ 17. Artículo 420: 3.º, **Lesiones graves.****Deformidad: pérdida de incisivos.**

“La doctrina reiterada de la Sala 2.^a, recogida sustancialmente en la Sentencia de 3 diciembre 1973, se ha sintetizado en relación con el artículo 420-3.º del Código penal en los **principios fundamentales siguientes**:

1.º En términos generales se ha expresado que **la pérdida de las piezas dentarias constituye en principio un elemento de deformidad**, aunque ésta pueda enmendarse artificialmente mediante las correspondientes prótesis dentarias [Sentencia de 23 junio 1972, que recoge la doctrina de otras seis sentencias más].

2.º **Constituye deformidad la pérdida de un incisivo y de varios incisivos**, porque son irregularidades físicas, visibles y permanentes en persona de cualquier sexo, porque no sólo altera la estética del rostro, sino que priva al que las sufre de los huesos naturales precisos para la normal masticación.

3.º Las Sentencias de 21 y 22 octubre 1952, supusieron **una ligera variante doctrinal**, al considerar **las pérdidas que se estudian deformidad o en todo caso pérdida de miembro no principal y**, por tanto, **comprendida en el artículo 420-3.º del Código penal**” (S. 2 abril 1976).

§ 18. Artículos 457 y 458: 2.º, **Injurias graves.**

“Las frases que se consignan en el relato histórico de la sentencia recurrida **“sirvergüenzas”, “negrosos” y “canallas”,** por su significación semántica y la valoración que a las mismas les atribuye el común sentir, **tienen virtua-**

lidad suficiente para menoscabar la honra, crédito o fama de la persona o personas a quien mediante ellas se califica, por lo que constituyen el elemento objetivo integrador del delito de injurias y, a su vez, son el soporte sobre el que se monta el elemento subjetivo, dado que, como con tanta reiteración ha declarado la Sala 2.^a, el elemento intencional se presume cuando las palabras tengan .per se" carácter injurioso, siempre, a menos que el inculpado logre justificar la exclusión del injusto mediante la prueba de hechos o circunstancias acreditativas de una intención distinta de la de injuriar, lo que ciertamente no ha ocurrido en el caso de autos, ya que no es posible apreciar el "animus criticandi" invocado por el recurrente..." (S. 24 febrero 1976).

"Aun cuando el delito de injurias, imputado a la procesada, tiene efectivamente un carácter eminentemente circunstancial, como se alega por el recurrente y viene proclamando reiteradamente esta sala, en numerosísimas resoluciones, en las que se recuerda la necesidad de tener en cuenta para su calificación, el conjunto de circunstancias externas e internas que rodearon el hecho, como son: el grado de cultura y condición social de los protagonistas, la confianza existente entre los mismos, si las expresiones vertidas forman parte del lenguaje vulgar o son de uso corriente en el lugar o tiempo en que se pronunciaron y sobre todo el estado de ánimo existente en el sujeto activo en el momento de la exteriorización y formulación; lo cierto es que generalmente la vertiente objetiva del hecho constituida por las mismas palabras pronunciadas, tiene mayor importancia para la construcción de la figura legal y sus modalidades graves descritas en el artículo 458 del Código penal, entre las cuales se halla, en su párrafo 2.º, la imputación a una persona de un vicio o falta de moralidad, cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado, como es la de maricón, homosexual o invertido que en países de acentuada diferenciación sexual, como el nuestro, lleva aparejada una gravísima desvaloración que se traduce en el aislamiento o marginación social del injuriado, como se comprueba en el caso que nos ocupa, en el que la sola imputación referida provocó una serie de medidas disciplinarias contra el sujeto pasivo dentro de las mismas oficinas de la Delegación Provincial de la Organización Nacional de Ciegos, en las que trabajan querellante y querellado. Sobre todo cuando las frases injuriosas aparecen proferidas no como imprecativas en el curso de una riña, altercado o situación pasional semejante, sino fría y repetidamente en varias ocasiones y ante distintas personas, como sucede en el caso de autos, en que las injurias parecen ir dirigidas no sólo a herir o mortificar al ofendido, sino también por su reiteración a aprovechar una equívoca situación para lograr un efectivo menosprecio de las gentes del entorno y compañeros de trabajo hacia el injuriado, lo que revela un meditado propósito de deshonorar, desacreditar o desprestigiar a la víctima que integra el dolo específico de este delito o "animus iniurandi", que por tanto ha de considerarse cometido, como acertadamente ha estimado la Sala de Instancia, desestimándose en consecuencia, el segundo motivo del recurso" (S. 5 abril 1976).

§ 19. Artículo 460, **Injurias leves.**

“Conforme al texto del artículo 457 del Código penal y reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el delito de injurias destacan **tres elementos** muy característicos que, en cada caso, determinan su integración o su ausencia.

En primer lugar, el **elemento objetivo** de las **expresiones proferidas o las acciones ejecutadas por el sujeto del delito en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, las cuales**, vertidas o exteriorizadas repercuten en deshonra, descrédito o menosprecio de aquella persona.

En segundo, la **intención del agente** de que por medio de las expresiones o de las acciones, **ha de tender maliciosamente a producir tal ofensa al patrimonio espiritual de la persona ofendida**. Este segundo elemento se presume **con presunción juris tantum** que puede ceder ante la prueba en contrario de estar desplazado tal ánimo, dolo o intencionalidad por otro que sea lícito y escape del ámbito del delito.

El **tercer elemento es puramente circunstancial**, en cuanto que los Tribunales ponderando **los factores personales de los intervinientes, la ocasión, lugar, tiempo y forma**, que se pone de relieve en los números tres y cuatro del artículo 458 del Código penal proceden a la calificación adecuada con tales bases y criterios de valoración legal y judicial. Juega, pues, en esta circunstancialidad **la naturaleza, ocasión, circunstancias, estado, dignidad y demás elementos personales que tanto afectan al ofendido como al ofensor**, apreciadas por el Tribunal según el Código, “racionalmente” (Sentencias 9 noviembre 1968, 3 marzo y 20 junio 1970, 8 mayo 1971, 26 febrero y 20 junio 1972, 10 abril y 3 julio 1973, 22 enero y 27 septiembre 1974 y 2 diciembre 1975, entre otras muchas).

A la vista de la ponderada valoración de tales elementos, se concluye que no hay imputación de delito, ni de vicio, ni falta de moralidad que puedan perjudicar considerablemente su fama, crédito o interés del agraviado y por ello las expresiones no muy lacerantes por cierto, el título “reír y llorar”, la imputación de pedantería, el asombro y la indignación de la gente de que el querellante conozca ficheros reservados y demás expresiones e intencionalidad, hicieron concluir, con todo acierto a la Sala sentenciadora a calificar el hecho como injurias leves, porque **tales expresiones y la intención de ridiculizar no pueden tener otro relieve penal**” (S. 24 febrero 1976).

§ 20. Artículo 487, **Abandono de familia.**

Absuelve el T. S. al procesado del delito que se le imputaba, en base a considerar que: “... que **harto dudoso es determinar quién abandonó a quién**, pues si el acusado marchó de su domicilio a cumplir deberes laborales por su profesión de viajante y su ausencia, aún no nacida la hija, es la esposa querellante la que abandona el hogar y la que a su regreso una y otra vez se niega, sin ejercer acciones que tutelaran su conducta y proceder, a reanudar la vida en común, y si consta que recibió la mitad del precio del piso, anterior hogar conyugal, que se le dejaron cheques firmados en blanco y que ha recibido cantidades mensuales por vía de su madre política, no puede decirse cometido el delito por el que se acusaba, **pues ha sido ella y sólo ella la que**

se ha negado sistemáticamente a reanudar la vida en común, siendo cosa, enteramente distinta, el problema de prestación de alimentos que podría reclamar en vía civil, pero nunca como consecuencia de un fallo penal que tuvo que ser absolutorio por falta de los presupuestos fácticos necesarios para incriminar al querrellado como autor del delito de abandono de familia" (S. 11 marzo 1976).

§ 21. Artículo 501: 1.º, **Robo con homicidio.**

Cooperación necesaria.

Frente a la tesis del recurrente, según la cual el inculpado **no quiso la muerte** sobrevenida y ejecutada exclusivamente por sus coprocesados, el T. S. rechaza que sólo haya habido concierto para el robo con fuerza en las cosas y no para el homicidio.

Esta tesis es, pues, inaceptable en base a que:

El tema de la **participación** en el delito de **robo con homicidio** está en íntima conexión con el de la naturaleza jurídica de esta figura delictiva que, a no dudarlo, es un típico ejemplo de **delito complejo** en el que el legislador ha reunido el robo por un lado y el homicidio por otro, haciéndose eco de una realidad criminológica insoslayable, tan antigua como el nombre de **latrocinio** con que se la recoge de antiguo, caracterizada por el hecho de planearse el robo con la **posibilidad de matar**, posibilidad que tiene una doble proyección: En el **plano causal** por la necesidad de que el robo dé **motivo u ocasión** a que **resulte homicidio**, y en el **plano de la culpabilidad** recogiendo la hipótesis —la más normal— de dolo eventual y aun mera culpa respecto del resultado mortal, en quien, decidido a robar, acepta la consecuencia de tener que llegar a causar la muerte del despojado o de terceras personas que puedan impedir su designio depredatorio, tesis esta que con mayor o menor precisión —a compás de la evolución y progreso técnicos— viene manteniendo esta Sala (Sentencias 3 y 20 octubre 1881, 26 agosto 1905, 16 enero 1907, 16 enero 1931, 8 enero 1944, 20 marzo 1947, 23 junio 1954, 29 octubre 1959, 3 diciembre 1964, 20 marzo 1972 y otras muchas).

Directamente conectada con la anterior tesis, se halla, como se ha dicho, la del partícipe que, concertado para robar, prevé y aun admite la posibilidad de que para lograr el común designio, otro u otros de sus correos, verdaderos consocios en la empresa delictiva (**societas sceleris**), hayan de causar la muerte del propietario de los efectos, de la persona puesta para custodia de los mismos o, en fin, de cualquier otro tercero que pudiera interponerse en sus propósitos lucrativos, sea antes de comenzar la ejecución, en pleno tracto ejecutivo o en el episodio final de la fuga inmediata al apoderamiento; concierto que, ya se ve, sitúa al partícipe no ejecutor directo y material de la muerte en una clara perspectiva de **dolo eventual**, puesto que en su afán de cooperar a la violenta sustracción admite y acepta que el homicidio llegue a producirse, no retrocediendo ante tamaño resultado y llevando adelante su cooperación; y esto aun cuando tal colaboración se circunscriba a la típica **función de vigilancia** para evitar que sus consortes sean sorprendidos siempre y cuando, naturalmente, tal misión tenga relevancia causal para el éxito ape-

tecido o arguya igual importancia conforme a los criterios del dominio del acto o de los bienes y actividades escasos; de suerte que si, en tesis general, tal **cooperación** se muestra **necesaria** para el delito de robo en cualquiera de sus especies (Sentencias de 24 abril 1961, 12 mayo 1971, 29 octubre 1973, 15 octubre 1974, entre muchas), igual acogimiento debe tener el **especimen** más grave de robo con homicidio, tal y como ha declarado también la Sala 2.^a (Sentencias de 29 julio 1886, 5 abril 1887, 13 agosto 1908, 15 enero 1936, 16 noviembre 1945 y otras).

Por tanto, la tesis del recurrente no puede aceptarse, ya no sólo con argumentos de causalidad, válidos en una construcción de delito calificado por el resultado (él que quiere el hecho-base responde también del hecho-consecuencia), sino desde el punto de vista de la culpabilidad que postula la figura de delito complejo, según hemos visto, y con ella la necesidad de que el “homicidio” (**elemento normativo**) y no simplemente la “muerte” (**elemento fáctico**) tenga alguna conexión dolosa o, al menos, culposa, con el partícipe eficaz (**cooperador necesario al robo**); pues del relato probatorio de la sentencia recurrida se desprende sin ninguna duda el alcance del previo acuerdo del recurrente con los procesados, no menos que su cooperación necesaria al resultado final; y así, en cuanto a la **voluntas sceleris**, se percibe enseguida la inapreciable aportación del procesado en la fusión motora de voluntades por la facilidad que brindaba —son palabras del **factum**— el haber estado empleado en las Galerías de Alimentación objeto del ataque lucrativo, por lo que conocía la distribución de los locales, acceso, lugar en que quedaba la recaudación diaria y otros datos igualmente válidos para sus fines; la compra del automóvil el día anterior a los hechos por el recurrente, que éste condujo, y con el que trasladó a sus correos hasta las inmediaciones del establecimiento, la espera conjunta en el vehículo hasta la llegada de la hora propicia y momento en que los otros dos procesados se encaminan hacia las Galerías llevando los útiles del robo y además —y ésta es extremo esencial— un **puñal** que el recurrente vio cómo el otro procesado lo colocaba dentro de su vaina en la cintura, instrumento de muerte eficazmente empleado por el último, que no es sino **indicio cierto de que por los tres procesados se había previsto** la posibilidad de llegar a causar la muerte del vigilante de las Galerías si, por acaso, éste les sorprendía. Hipótesis esta última perfectamente verosímil, desde el momento en que buscaron la hora en que tal empleado estuviera dormitando, vencido por el sueño de la alta madrugada, pero sin poder descartar que así no ocurriera o que se despertase al ruido producido por la violenta apertura de dos puertas del interior del local; la de acceso a la cocina de la cafetería y la de ingreso al bar. Todo lo cual coloca al recurrente en una clara aceptación de tales consecuencia, que no es sino la peculiar postura anímica integradora del **dolo eventual**; como igualmente desde el punto de vista de la **cooperación** material (integrante con el elemento anterior o psíquico de la **coautoría** que se examina), no puede sino calificarse de **necesaria** la conducta desarrollada por el recurrente, ya en parte examinada, y que culmina con la función de vigilancia dentro del coche con el que había trasladado a sus correos para regresar con ellos una vez conseguido el propósito común de apoderamiento a todo evento, pues con arreglo a los criterios doctrinales

antes diseñados no sólo se manifiesta esta conducta auxiliadora del recurrente, desde sus comienzos, como decisiva en el plano causal de la **conditio sine qua non** en que se mueve el número tercero del artículo 14 del Código penal, sino que, en cierto modo, de él dependió que el hecho se llevara a efecto por su **labor informativa, de traslado y de vigilancia (dominio del acto en una palabra)**; como que su actividad era de gran valor para sus copartícipes quienes, en realidad, no podían encontrar mejor colaborador para su plan delictivo. Por lo que, en resumen, si la integral conducta del recurrente —y no sólo la de mera vigilancia— fue decisiva para el robo y consecuencias que de él se derivaron (entre ellas la muerte de una persona) y el mismo admitió o aceptó tales derivaciones más graves, no puede sino ratificarse la tesis de la Audiencia que lo calificó de **coautor** del robo con homicidio perpetrado, lo que lleva, por tanto, a desestimar los dos motivos de su recurso que tratan de impugnar tal calificación (S. 26 febrero 1976).

§ 22. Artículo 501: 5.º, Robo con violencia o intimidación.

El delito de robo, además de caracterizarse por la concurrencia de determinados requisitos comunes al delito de hurto y a las diferentes clases de dicho delito de robo —cosa mueble, alienidad de la misma, ánimo de lucro y sustracción— se bifurca en dos ramas: una requiere **violencia o intimidación en las personas**; otra exige **fuerza en las cosas**. Dándose la particularidad de que si de la fuerza en las cosas no hay más concepto ni más modalidades que los establecidos taxativamente en el artículo 504 del Código penal, en lo que concierne a la **violencia e intimidación, el legislador, en el artículo 501 de dicho cuerpo legal, enumera diversos supuestos específicos, para terminar, en su número 5.º, con una fórmula general y abierta en el que cabe cualquier supuesto de empleo de violencia o intimidación en su sentido gramatical, aunque no se les haya mencionado expresamente en los cuatro números anteriores.**

Circunscribiendo este preliminar estudio a la **intimidación, “vis compulsiva” o coacción moral**, verdadero sucedáneo psicológico de la violencia física, es evidente que, a la vista del artículo 1.267, párrafo segundo, del Código civil conjugado con su significación gramatical, se obtiene un concepto según el cual, **intimidación es el anuncio de un mal inminente, grave, concreto y posible, que despierta o inspira en el destinatario de dicho anuncio un temor racional y fundado.** Habiendo declarado el Tribunal en Sentencias 10 junio 1892, 13 febrero 1942 y 11 febrero 1964, que **intimidación es la presión moral que por el miedo o el terror se ejerce sobre el ánimo de una persona para conseguir de ella un objeto determinado.** Agregando la Sentencia 13 noviembre 1965, que ha de consistir en el **anuncio de un mal inminente y grave, que sea suficiente para compeler a una persona a obrar contra su voluntad y siempre y cuando el mal anunciado sea de inmediata ejecución.** Distinguiéndose la **intimidación del delito de coacciones por su finalidad especial de apoderamiento lucrativo; y de las amenazas, en la inmediatez de la conminación de la entrega del dinero o cosa mueble apetecidos, frente al anuncio de un mal no inminente, sino futuro que singulariza a dichas amenazas** —véase, al respecto, las Sentencias del Tribunal de 28 enero 1891, 16 junio 1900, 15 enero 1910, 13 febrero 1942 y 20 enero y 20 mayo 1944 y 25 febrero 1976.

Dentro de la problemática de la intimidación se plantea la cuestión de si **el ejercicio abusivo, real o ficticio, de funciones autoritarias, constituye dicha intimidación a efectos de la integración del delito de robo**, distinguiendo, a este propósito, algunos sectores doctrinales dos hipótesis:

1.^a La de que **el prevalimiento de la condición, real o ficticia, de autoridad, funcionario público o agente de aqueélla se acompañe de efectivas amenazas de detención, itnerrogatorio en dependencias policiales o represalias**, en cuyo caso, merced a la índole del hecho y a la eficacia del temor inspirado, se estima que concurre el delito de robo.

2.^a **El mero prevalimiento en sí**, al que se suele denominar **intimidación implícita**, y que se entiende no íntegra el delito de robo pese a lo dispuesto en el último párrafo del número 2 del artículo 191 del Código penal. Habiendo declarado por su parte el Tribunal, en Sentencias de 16 febrero y 8 y 22 octubre 1951, 21 noviembre 1952, 14 abril 1955 y 28 abril 1965, **que la condición de agente de la autoridad, real o fingida, en quienes, previa exhibición de distintivos o documentos que les acreditan como funcionarios de Fiscalía de Tasas o Inspectores de Policía, mediante anuncio de inmediata detención, conducción a Comisaría, multa o cierre de establecimiento, exigen cantidades que el sujeto pasivo, atemorizado, entrega, íntegra conducta constitutiva de intimidación a efecto de los artículos 500 y 501, número 5, del Código penal**" (S. 25 febrero 1976):

§ 23. Artículo 504: 1.º, Robo con escalamiento.

El **escalamiento** ha venido siendo definido en los Códigos penales anteriores al vigente como **la entrada a edificio de cualquier clase por una vía no destinada al efecto**. El vigente en el artículo 504-1.º se limita a considerar como fuerza en las cosas para calificar el delito como constitutivo de robo si concurre el **escalamiento sin definir el mismo**. La doctrina científica y la emanada constantemente de la Sala 2.^a **tienen en cuenta aquel antecedente legislativo para determinar su concepto actual, considerándose como medio de acceso desusado o por camino distinto del normal utilizando la agilidad y la destreza par asustraer las cosas o bienes muebles que se encuentran en casa, local o domicilio ajeno, al que se accede por tal medio inidóneo** [Sentencia 24 enero 1974] o **introducirse en los lugares elegidos para sustraer lo que es de pertenencia ajena, por huecos inadecuados a este fin, cualquiera que sea la altura en que estén situados, pues es un modo subrepticio de entrar al hacerlo por sitio distinto al establecido** [Sentencia 22 octubre 1974]; **por vía distinta de las destinada sal efecto y, entre ellas, una ventana, tenga la altura que tenga, por no ser el normal, usual y ordinario de acceso al interior del edificio**.

La **entrada por ventana es una vía irregular constitutiva del escalamiento** [Sentencias 16 diciembre 1974 y 4 febrero 1975]; comprendiendo, pues, **tanto el trepar desde el suelo al lugar donde se encuentra la cosa objeto del robo, como el de salvar el obstáculo de la pared defensiva y el de introducirse en los lugares donde el robo se efectúa por ventanas, balcones o huecos inadecuados a esos fines**" [Sentencias 3 marzo 1950, 15 febrero 1958, 29 enero 1976. y 3 abril 1976].

§ 24. Artículo 514: 3.º, **Hurto de los productos de un daño por el propio dañador.**

Frente a la argumentación del recurrente de que la **corta y sustracción de pinos** integra a lo sumo el delito de usurpación de los artículos 517 y 518 del Código penal, el Tribunal Supremo opone que:

“Es constante, unánime y reiterada la doctrina de la Sala 2.ª que constituye el **delito de hurto** del artículo 514 número tercero del Código penal el **hecho de la corta y sustracción de árboles de monte público y particular**, puesta de relieve en Sentencia 20 febrero 1878, sobre **monte público**; 10 febrero 1886, sobre **corta y sustracción en monte público**; 11 octubre 1886, sobre **corta de pinos, extracción del monte y aprovechamiento de productos forestales no contratados**; 5 noviembre 1886, sobre **corta de pinos, en monte público para aprovechamiento y sustracción**; 3 junio 1896, sobre **sustracción de chopos**; 22 noviembre 1897, sobre **corta de pinos en propiedad ajena contra la voluntad del dueño**; 5 noviembre 1911, sobre **corta de árboles en monte público**; 3 noviembre 1931, sobre **corta y sustracción de pinos; frutos, plantas y árboles que son muebles desde que son arrancados o cortados** [Sentencia 15 octubre 1898], árboles maderables cuando son objeto de corta subrepticia y sustracción punible, integran el delito de hurto [Sentencia 18 enero 1962]. **Talar árboles y apropiarse con beneficio o lucro constituye el delito de hurto** [Sentencia 11 junio 1965].

Por tanto, si se **talan 593 pinos más de los convenidos y los recurrentes se los llevan con ánimo de beneficio propio, sin conocimiento de los dueños**, ocasionando un **perjuicio** tasado en 53.680 pesetas, es claro que hubo **un acto de daño y un acto de sustracción de los pinos dañados**, cometiéndose el delito de hurto del artículo 514, **aunque con más propiedad ha de encajarse en el número tercero del precepto**” (S. 12 febrero 1976).

§ 25. Artículo 516 bis b), párrafo 3.º, **Robo de uso de vehículos de motor.**

“El delito de **robo de uso de vehículo de motor** del artículo 516 bis b) del Código penal, redactado según la Ley de 8 de abril de 1967, **cuando excede el mal uso de veinticuatro horas**, según su párrafo 3.º, **tiene la misma punición** que el robo con fuerza en las cosas del artículo 505 al que expresamente remite, por lo que, en puridad, **ambos delitos tienen naturaleza homogénea**, ya que **su diferencia intrínseca no afecta ni el “modus operandi” ni a la naturaleza y sí sólo al ánimo de sustracción no definitivo o definitorio**, lo que generalmente se conoce por los resultados.

Según esta conocida doctrina de la Sala 2.ª, es evidente que no puede acogerse el motivo de forma, asentado en el citado número 4.º del artículo 851 de la Ley de trámites, toda vez que, si bien el Ministerio Fiscal, al calificar el hecho en conclusiones definitivas, lo denominó **robo de uso** del artículo 516 bis, párrafo 2.º (redactado según la Ley de 8 de abril de 1967, que regía la conducta juzgada acaecida en marzo de 1973), también es cierto que **lo puso en relación con el artículo 505 número 3.º** que señalaba la pena de presidio mayor para los robos que sobrepasen las 25.000 pesetas de cuantía, y que

solicitó la sanción de diez años y un día de dicho presidio mayor para tal —en el que concurría la agravante de reiteración—, por lo que dijérola o no —y es presumible que la referencia al párrafo 2.º fuera un mero error de cita— aplicaba el párrafo 3.º de dicho artículo 516 bis, que remite imperativamente en casos de robos de uso, cuando el culpable dejare transcurrir el plazo de veinticuatro horas sin restituir o abandonar el vehículo a las penas establecidas en dicho artículo 505, perfectamente irrevocado, y que no pedía las penas de arresto mayor o multa en su grado máximo, que serían las aplicables en el supuesto del simple delito de robo de uso, y por espacio inferior a las veinticuatro horas, sino las peculiares del delito de uso que sobrepase tal plazo, que se asimila en su punición al robo común con fuerza en las cosas. Por lo que, en definitiva, el recurso resulta inconsistente, por ignorar la referencia al artículo 505 en su argumentación y la penalidad pedida por el Fiscal, para el delito cometido, no por el recurrente —de receptación—, sino por el autor del robo” (S. 13 febrero 1976).

§ 26. Artículo 535, Apropiación indebida.
Abuso de confianza.

“El delito de apropiación indebida, descrito en el artículo 535 del Código penal, tiene su núcleo esencial y característico en el incumplimiento por parte del sujeto activo de la obligación de entregar o devolver una cosa que hubiere recibido en depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca el mismo efecto devolutivo, convirtiendo así antijurídicamente la posesión o tenencia que, en virtud de tales contratos, le había sido legítimamente conferida en propiedad ilegítima y definitiva. Basta, por tanto, para su perfeccionamiento tal intervención del título, sin que sea necesario, como se sostiene por el recurrente, en el primer motivo de su recurso, que medie el quebrantamiento por parte del autor de una relación personal de amistad o confianza existente entre la víctima y el apropiante, que en unos casos existirá y en otros no, pero que en todos ellos resulta irrelevante en nuestro Derecho para la calificación de este delito, al no figurar concretamente exigida tal circunstancia en el mentado tipo legal; y que tampoco es reputada necesaria aún en aquellas legislaciones que, como la Francesa y la Argentina, denominan a este delito con la rúbrica de “abuso de confianza”; porque la confianza a la que se refieren dichos textos no es la que resulta de la relación interpersonal entre los protagonistas del acto delictivo, sino otra que pudiéramos llamar jurídica, consistente en creer que la contraparte cumplirá los pactos habidos, conforme a la buena fe y no utilizará abusivamente el poder de hecho que temporalmente le ha sido concedido sobre la cosa; infracción que por otra parte ya está comprendida en la esencia del tipo, por lo que el mencionado motivo debe ser desestimado como legalmente infundado” (S. 5 marzo 1976).

§ 27. Artículo 539, Maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

“El delito tipificado en el artículo 539 del Código penal, bajo el epígrafe “de las maquinaciones para alterar el precio de las cosas”, protege la manifestación del régimen de economía neoliberal, constituida, por su dogma, de

la **libre concurrencia en el cambio y en el precio**, por consiguiente, la **libertad de contratación**, de acuerdo con la efectividad de la **ley natural de la oferta y la demanda, que contrasta con el necesario, actual y artificial dirigismo económico o intervencionismo del Estado en la fijación de los precios**. Esta defensa de los precios naturales de las cosas, a medio de la espontaneidad y libertad de las subastas y pujas, para conseguir el beneficio máximo en el rendimiento económico, sin abusos ni confabulaciones de los posibles postores, trastoca o cambia tales dogmas y leyes, y afecta la estabilidad de los precios, con repercusión perjudicial en el **patrimonio particular y social**, tutelado, en definitiva, a medio de esta especie de delito contra la propiedad.

El delito se estructura con base en **dos conductas o comportamientos**, que pueden integrarlos, pues acoge, tanto al sujeto activo que **solicite dádiva o promesa para no tomar parte en una subasta pública**—que es una singular especie de cohecho, para no intervenir en la licitación—, como al que intente **alejar de ella a los postores, por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio**—que viene a ser una **especial coacción** para distanciar a los otros participantes—. Pero en ambos casos, ha de obrar el agente, con la **finalidad de alterar el precio del remate**, pues así lo exige el tipo, al establecer éste elemento subjetivo del injusto dentro de la culpabilidad, tratándose por ello de un delito de tendencia, o finalístico, y, además, de riesgo o mera actividad, que no de resultado efectivo, ya que, la presencia del daño económico no interesa para la consumación, pues, los verbos típicos, acogen el mero hecho de “solicitar”, no tomar parte o de “intentar” alejar a los postores de la subasta, lo que representa que las conductas de simple actividad o de ejecución imperfectas o de mera proposición, suponen ya normativamente la consumación; como lo demuestra también, el hallarse la pena determinada, no por la cuantía del perjuicio, sino por el alcance de la cosa subastada, por lo que en definitiva, se adelanta la consumación objetiva sobre la subjetiva, ante la dificultad de demostrar que, al no concurrir los postores, se alteró el precio del remate y el lucro a conseguir.

La acción delictual, por tanto, se integra por el actuar, tanto activo como pasivo, del que inició la corrupción, o del que ofrece la abstención, o de quien la reclama y acepta; y las subastas a que se refiere el tipo, a pesar de denominarlas “públicas”, no son únicamente aquellas de condición judicial o notarial que autorizan las leyes, de enjuiciar y notarial, e incluso las celebradas en Salas Oficiales según el Decreto de 13 de abril de 1945—que indudablemente se hallan acogidas en la norma—, sino también las subastas privadas, anunciadas como tales pujas, en libre concurrencia, pues el adjetivo “pública”, dado a la subasta, se refiere claramente a la concurrencia de cualquier postor, y no a su cualidad administrativa, como entiende la mejor doctrina científica, ya que de otra manera, el delito dejaría de ser contra la propiedad, y atacaría la Administración de Justicia, lo que no permite su inclusión sistemática dentro del Código penal, que le asigna aquella condición primera.

La dádiva, promesa o cualquier otro artificio utilizado—además de las amenazas— para no tomar parte en la subasta, o para alejar de ellas a los postores, dado su amplio contenido, de dar o hacer por otro una cosa, o de entregarle un bien futuro, o de usar cualquier modo de ingenio o habilidad

para alcanzar lo pretendido, indudablemente acoge **los contratos civiles, beneficiosos para la parte que se retira o aleja de la puja, y que tiene su causa en este hecho para permitir la adjudicación**, al que logró la no concurrencia, pues tal negocio opera como causa injusta de la eliminación del postor concurrente, y en beneficio de la adjudicación favorable, con lucro en el precio, por lo que **ese contrato es criminalizable** a los efectos de estimarlo incluido dentro de los medios comisivos indicados" (S. 25 marzo 1976).

§ 28. Artículo 546 bis a), **Encubrimiento autónomo o receptación.**

"El delito de **encubrimiento autónomo con ánimo de lucro, o receptación**, del artículo 546 bis a) del Código penal, es una infracción accesoria del delito patrimonial antecedente, que exige: como **elemento subjetivo del injusto típico**, determinante de la culpabilidad, y también de la antijuridicidad de la conducta receptadora, **"el conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes" por el receptor**, con cuyos efectos mal adquiridos, por su tenencia o compra, quiere enriquecerse injustamente o beneficiarse, sin necesidad siquiera de revenderlos; y ese requisito espiritual y cognoscitivo del dolo, supone que posea un **"estado anímico de certeza"** de la realidad anterior de un delito patrimonial y de que se **aprovecha de los bienes conseguidos**, con la conciencia "sceleris" de hallarse plenamente prohibidos los actos beneficiosos, **con saber superior a las meras sospechas o presunciones, de por sí insuficiente, e inferior a un exhaustivo conocimiento detallado o pormenorizado de la infracción precedente**, no exigible, por resultar bastante el parcial y genérico del origen ilícito de los efectos del delito.

La corriente **"cláusula de estilo"** utilizada en los hechos probados de la sentencia penal, de tener el adquirente de los bienes **"conocimiento de la procedencia"** de la cosa objeto del previo delito patrimonial, que se relata anteriormente en dicha narración, supone en adecuada lógica, que su **saber se refiere indudablemente a la realización del delito, y al mal origen de la adquisición primera**, porque el encadenamiento descriptivo y la unidad de la redacción, así lo exige entender; más aún, cuando la sentencia estima la presencia del delito de receptación que exige tal conocimiento, como requisito indispensable por lo que su calificación demuestra inequívocamente el alcance de tal conocimiento". (Sentencia 13 febrero 1976).

BJORN BURCKARDT: "Der "Rücktritt" als Recht Folgebestimmung- Eine Untersuchung anhand des Abgrenzung Problems von bendetem und unbeendetem Versuch". El desistimiento como determinación de la pena. Un estudio sobre la base del problema de la frontera entre tentativa acabada e inacabada. Duncker & Humblot, Berlín 1975, 212 páginas.

Comienza el autor su trabajo procediendo a una crítica de las diversas opiniones que se han dado para proporcionar un límite entre tentativa acabada e inacabada, ya que de esta última se hace depender la posibilidad de desistir en el parágrafo 46 StGB. La ciencia y la práctica alemanas siguen en su mayoría criterios subjetivos de delimitación, motivado en gran parte por la redacción de los preceptos reguladores de la tentativa y el desistimiento.

Según el criterio del Tribunal Federal (BGH) hay que estar a la representación del autor para determinar cuándo la tentativa es acabada o inacabada, no sólo en el momento anterior a la ejecución, sino también en el transcurso de la acción. Lo criticable de esta posición es que privilegia al autor calculador que prevé la necesidad de asestar varios golpes antes de conseguir matar a la víctima en perjuicio del autor inexperto que tras el primer golpe ineficaz cree haberla matado. Para corregir estos defectos doctrina y praxis acuden al plan del autor como criterio delimitador. Si la necesidad de una acción continuada fue prevista por el autor, la tentativa será inacabada y no en cambio si el continuar actuando requiere una nueva decisión. En íntima conexión con esta posición se encuentran quienes utilizan el criterio de la unidad natural de acción (Dreher, Schmidhäuser, Otto, Roxin y el propio BGH).

BURCKHARDT critica a estas teorías por dos razones: por los resultados a que conduce y por la endeblesz del fundamento en que se apoyan. Por lo que se refiere a lo primero expone el siguiente ejemplo: si A y B disparan al mismo tiempo sobre X, las heridas producidas permitirán a A, que disparó con intención de matar, el desistimiento y no en cambio a B que lo hizo con la intención menos desvalorada de herir. En cuanto al fundamento (criterio de la unidad natural de acción) también se puede resumir la crítica de BURCKHARDT con uno de sus ejemplos en que se ven los resultados absurdos a que conduce tal teoría: si el autor tiene la intención de herir a la víctima con cinco golpes de cuchillo a nadie se le ocurrirá afirmar que el delito de lesiones no se ha consumado porque el autor no ha llevado a cabo las cinco cuchilladas previstas sino sólo tres.

Estos resultados quizá justifiquen la aparición de las teorías «aislacionistas» cuyo contenido general se puede resumir diciendo que en los sucesivos intentos el desistimiento del último acto no abarca a los demás anteriores. Para ellas la

unidad natural de acción no arroja ninguna luz sobre si la tentativa es acabada o no. Su proximidad a la afirmación de que tras el primer intento ya nos encontramos ante una tentativa acabada es manifiesta. Por otra parte, se trata de teorías que en la actualidad no encuentran un fundamento dogmático y que sobre todo no satisfacen necesidades de política criminal.

En la búsqueda de un nuevo criterio delimitador adecuado se apoya BURCKHARDT en la idea de «peligro», empleando este concepto en un doble sentido: peligro como presupuesto de la lesión, referidos ambos a la protección del bien jurídico; y peligro como atributo de una acción humana. En el primer sentido sustituye el saber cierto, por parte del autor, de la producción del resultado por un juicio de «probabilidad» de ocasionar el mismo como criterio de atribución del resultado a su autor. En el segundo aspecto puede también considerarse subjetivista a su teoría ya que es del saber del autor de quien se exige el juicio de «peligrosidad», es decir, si «desde su punto de vista ha producido un estado objetivo de peligro». De esta manera quien disparó con dolo homicida no es tratado privilegiadamente, ya que, como concluye el autor, «desistimiento impune no existe, si el autor ha realizado un acto que se debería dirigir al resultado final típico según él, y que tendría influencia en la producción del mismo. A las circunstancias de lo planeado no se atiende más en el momento de la valoración».

Profundizando más en la «peligrosidad de la acción» se enfrenta a la «peligrosidad del autor» ya que en una concepción subjetivista una acción peligrosa no se puede separar de la peligrosidad de su autor. La idea de peligro la relaciona con el Injusto, la de «energía» criminal con la Culpabilidad. Veamos de qué manera. En este punto trae a colación la diferencia entre tentativa imposible y tentativa irreal. Como ejemplo de la última cita a la anciana que desea hacerse abortar porque se cree embarazada por el demonio. Para resolver estos casos y tener en cuenta la «energía criminal» recurre a la idea de «prevención» (que en este punto se asimila en gran medida a la teoría de la «impresión»), ya que casos como este no se pueden resolver por ninguna de las teorías impugnadas demasiado apegadas a los conceptos dogmáticos de Injusto y Culpabilidad. Por ello afirma que, mientras que estos últimos «fundamentan» la pena, la peligrosidad y la idea de prevención en que aquélla se basa la «determinan» (peligrosidad como criterio de determinación de la pena). Así, pues, BURCKHARDT se basa en argumentos preventivos para determinar los casos en que se haya de tener en cuenta el desistimiento al que ubica entre los criterios de determinación de la pena previa crítica de los intentos de considerar al mismo entre las causas de exclusión de la pena, elemento negativo del tipo, causa de exclusión de la culpabilidad o como elemento total del tipo en cuyo rechazo coincide con MUÑOZ CONDE (*Theoretische Begründung und systematische Stellung der Strafflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch* en *ZStW* 84, 756) como aquel mismo reconoce.

Así, pues, el camino adecuado es separar los caracteres que fundamentan la punibilidad (Injusto y Culpabilidad) de aquellos otros destinados a determinar la medida de la pena entre los que se encuentra el desistimiento como criterio de «renuncia a la pena» (*Absehen von Strafe*) cuyo reconocimiento se basa en «la reducción a cero de las categorías dogmáticas Injusto y Culpabilidad junto con una especial consideración de la idea de «finalidad» de la pena».

Si se quiere mantener a ultranzas un Derecho Penal basado en la Culpabilidad? por el hecho se hace necesario aceptar que los juicios de Injusto y Culpabilidad se basan en una realidad determinada «estáticamente» pese a lo difícil de separar los distintos aspectos del fenómeno delictivo (entre los que se encuentra la propia personalidad del autor). Se trata de la reducción de «lo polifacético de la vida» a un esquema conceptual.

Por el contrario, si la pena se considera como una amarga necesidad en interés de la sociedad, entonces ha de servir a una mejor realización de la «justicia individual» y estar orientada a lo «polifacético de la vida» todo lo cual obliga a considerar circunstancias situadas más allá del simple hecho a que se refieren Injusto y Culpabilidad. Es decir, obligando a considerar el acontecer delictivo como un proceso «dinámico» en el que también se tenga en cuenta el desarrollo de la total personalidad del autor, y sin caer en conflicto con el principio de Culpabilidad por el hecho (cuya finalidad de seguridad jurídica se reconoce). Que con la figura del desistimiento se atiende a un tal proceso lo demuestran los casos en que aquél se estima, incluso después de la consumación final del delito.

Por otra parte, la separación del desistimiento de las categorías dogmáticas anteriores a la determinación de la pena evita un conflicto entre aquél y el Sistema, pues no se olvida que aquél se considera bajo el punto de vista, mucho más adecuado, de la idea de prevención. «Si renuncia el autor libremente de la tentativa comenzada, ello demuestra que su querer delictivo no era tan fuerte como sería necesario para la ejecución del delito. Su peligrosidad que ya se muestra en la tentativa aparece como menor. Por esta razón renuncia la ley al castigo de la tentativa como tal. Pues una pena aparece como innecesaria para apartar al autor de nuevos hechos delictivos (prevención especial), para advertir a los demás (prevención general) y para reparar el Ordenamiento jurídico conculcado. Sobre todo la primera finalidad y el pensamiento de la Justicia los atiende mejor la ley si no atribuye al autor la decisión criminal a que él a tiempo ha renunciado».

Como es fácil de comprender, un entendimiento semejante del desistimiento, junto con la ubicación sistemática del mismo, hacen desaparecer en gran parte el arduo problema de la distinción entre tentativa acabada e inacabada, pues con el criterio adoptado también a veces será digno de tener en cuenta y resolver positivamente supuestos de desistimiento de una tentativa ya acabada siempre que el autor haya renunciado a la posibilidad que tenía de seguir actuando.

En suma, se trata de una obra más empeñada en abrir los cauces, a veces demasiado cerrados, por los que discurra una interpretación no estrictamente apegada a las categorías dogmáticas que, no obstante el importante papel que tienen asignado y nadie las discute en la construcción de un sistema racional de Derecho Penal, no deben ser criterios «exclusivos» para llevar a cabo aquélla, sobre todo en el delicado momento de la determinación de la pena donde, según ROXIN, todos los demás criterios o finalidades a que la pena sirve han de dar preferencia a la idea de prevención especial, es decir, a una consideración detenida de la personalidad del autor y las numerosas particularidades que motivaron y motivan su conducta.

DR. MIDDENDORF, WOLF: "Die Gewaltkriminalität unserer Zeit. Geschichte —Erscheinungsformen— Lehre" (La criminalidad violenta de nuestro tiempo. Historia, formas de aparición, doctrina). Polizei aktuell. Richard Boorberg Verlag Stuttgart-München-Hannover (1976), 122 páginas.

La presente obra es una investigación criminológica sobre las principales formas de aparición de la llamada «criminalidad violenta» en nuestros días (guerrillas, acciones terroristas, atentados políticos, secuestros de personas, captura de rehenes, asaltos a entidades bancarias, chantajes, etc.). Consta, fundamentalmente, de un estudio de la tipología de «autores» de sus «víctimas» y de los mecanismos y estrategias defensivas en cada caso recomendables con arreglo a la experiencia.

Dicha criminalidad —advierte Middendorf— no es una criminalidad «nueva», aunque sí lo son algunas de sus manifestaciones. El hombre es siempre el mismo, pero las actuales circunstancias y el progreso tecnológico han puesto al alcance del delincuente inmensas posibilidades de acción cuyo impacto en el cuerpo social multiplican los medios de comunicación de masas (pág. 7). Die Gewaltkriminalität... es, ante todo, una llamada de atención a la sociedad moderna que se encuentra gravemente amenazada y que no adopta una decisión firme, decidida y eficaz para imponer a toda costa el orden jurídico. Entretanto, esta criminalidad —especialmente peligrosa cuando responde a un trasfondo político (pág. 122)— aumenta progresivamente; y seguirá haciéndolo en el futuro, del mismo modo —y en relación inversa— que hoy día disminuye la probabilidad de un conflicto bélico a grandes escalas (pág. 122).

El primer capítulo versa sobre la «llamada» criminalidad política que, según el autor, no siempre puede diferenciarse netamente de la criminalidad «común», pues entre una y otra existen recíprocas interferencias e implicaciones (pág. 7). Parte de un concepto estricto de «violencia» y censura las reiteradas e imprecisas alusiones a la violencia «estructural» o «institucionalizada» con las que —dice— se pretenden justificar hechos delictivos contra supuestas «injusticias sociales» (la violencia como medio de «liberación» o de «comunicación», pág. 10).

En cuanto a las «guerrillas», apunta su declive, debido fundamentalmente a que pretenden extender el campo de acción más allá de su sede natural; y a que carecen, en ciertos casos, de arraigo y conexión popular, convirtiéndose en movimientos intelectuales y visionarios (pág. 11). A su juicio, es imprescindible evitar vacíos ideológicos y «vacíos de poder político» (pág. 15). Del «terrorismo» destaca su progresiva internacionalización, el mutuo apoyo moral, tecnológico y financiero que se prestan los movimientos ideológicamente afines (pág. 16), el fácil eco que adquieren sus acciones en la prensa y la creciente intervención de la mujer en papeles de primer orden (págs. 21 a 23). Del terrorista, indiscriminado e indebidamente conceptualizado como «delincuente por convicción», su «fanatismo» (pág. 19) y frustración. Fanatismo e inteligencia —observa— suelen estar en relación inversa (pág. 19). El terrorista busca, por lo general, en su compromiso con el riesgo y con lo imposible una justificación a su fracaso en la vida diaria: una única idea polariza su existencia, su hacer y su pensar; tiene una especial «hipersensibilidad» para captar las deficiencias de nuestro mundo que conocen

y soportan los demás mortales y no admite fórmulas de compromiso ni de reconciliación (pág. 20). Para Middendorf, no merece en los países libres el tratamiento de favor que recibe (pág. 21). Los «atentados políticos» son normalmente el resultado de procesos «sicopáticos» de la personalidad (pág. 40): el agresor, normalmente varón, joven, actúa sólo y adolece de escasas conexiones familiares y sociales así como de una existencia frustrada. Asesinato o atentado y posterior suicidio guardan una lógica y estrecha relación, como en la criminalidad común (pág. 41).

El resto de la obra examina otras modalidades de esta criminalidad no siempre condicionadas por móviles políticos: Respecto al *secuestro de aviones*, se resalta la rica fenomenología y amplia gama de tipos de autor, que deben considerarse para la oportunidad y eficacia de las medidas que se adopten. Dada la importancia que adquieren las de carácter «preventivo» tiene especial significación un dato estadístico: el aeropuerto de Madrid es uno de los cuatro europeos considerados como más vulnerables (pág. 52). *La captura de rehenes*, en la propia prisión o en los tribunales incluso, eran hechos frecuentemente relacionados con el intento de evasión, pero en los últimos años suelen perseguir tan sólo un mejoramiento en las condiciones carcelarias. En el primer caso, enseña la experiencia que la mejor protección del vigilante consiste en carecer de armas y que no debe entablarse negociación alguna con los amotinados ni acceder a sus pretensiones (pág. 60). *El asalto de bancos* deja de ser, hoy, un negocio especialmente lucrativo (pág. 73) y seguro y, por ello, tiende a disminuir, al propio tiempo que se convierte en delito reservado a organizaciones y bandas. Pero su autor no es un delincuente «violento» sino, por lo general, un delincuente contra el «patrimonio» (pág. 71), no «profesional» ni conocedor de las técnicas requeridas. No debe sobreestimarse, como hasta ahora, su peligrosidad y energía criminal: no suelen hacer uso de las armas (pág. 71), ni capturar rehenes más que para asegurar la huida cuando son sorprendidos o encuentra resistencia (pág. 61). Las estadísticas ponen de relieve que el factor «tiempo» es esencial: a mayor tiempo transcurrido una vez iniciadas negociaciones con el delincuente, tanto menor es el peligro que corre el rehén, porque se desarrollan ciertas relaciones personales entre agresor y víctimas (a veces una auténtica «identificación») de incalculable interés (págs. 74 y 77). Debe buscarse siempre un intermediario neutral, evitando que la autoridad que pueda intervenir directamente tenga competencia para adoptar las oportunas decisiones (pág. 79). *El chantaje* es otra de las formas de la criminalidad violenta y un indicativo del grado de seguridad jurídica del ciudadano (pág. 81). Su cifra «negra» es muy elevada y revela un especial refinamiento en su autor, varón, por lo general, de edad adulta, baja extracción y antecedentes criminales. Como norma, no se debe ceder al chantaje: quien cede una vez vuelve a ser chantajado posteriormente (pág. 94). Los chantajes por razones políticas o cometidos por fanáticos y enajenados son especialmente peligrosos y hasta hace poco se accedía por sistema a las peticiones del criminal, aunque evitándose toda publicidad. Por último, *el secuestro* (Kidnapping) presenta una morfología más compleja: el comportamiento de la familia de la víctima y del intermediario causan peculiares interferencias (pág. 114). Con arreglo a los datos conocidos, el más peligroso es el de niños, ya que suele respetarse la vida de los rehenes adultos (págs. 119 y 120). Parece un grave error que la autoridad se sienta vinculada a sus promesas o pactos con los secuestradores: desde un punto de vista

criminológico interesa que el delincuente sepa que se le tratará por todos los medios de engañarle (pág. 117). En los secuestros de carácter político parece con frecuencia sospechoso que los medios de comunicación puedan estar mejor informados de lo que debieran estarlo (pág. 121).

ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA

GARCIA VALDES, CARLOS: "El delito político". Divulgación universitaria. Colección Los Suplementos, núm. 69, Edicusa, Madrid, 1976, 38 páginas.

De nuevo vuelve el doctor García Valdés, desde la palestra de *Los Suplementos*, a ocuparse en breve pero enjundiosa monografía de un tema hondo y atractivo: *El delito político*. Su buen tino en la elección merece ser subrayado tanto por la dificultad inherente a la propia temática cuanto por la oportunidad de dar a conocer sus reflexiones sobre la llamada delincuencia política o político-social, si así se prefiere, en un momento en el que diversos sectores de opinión preconizan una urgente y radical revisión de su normativa.

El opúsculo consta de tres partes: una introducción, una parte central, y una recapitulación. La primera y la última destinanse a exponer de manera concisa, y entre otros extremos, la génesis del mismo, el ámbito al que se circunscribe —preferentemente el Derecho español—, y los fines que persigue. Una vez en la parte central pasa a ocuparse de la historia de los delitos políticos, distinguiendo tres momentos: el primero «terrible y fantasmagórico», el segundo de benignidad liberal, y el tercero, coincidente con la época actual, de benignidad liberal o dureza totalitaria o autoritaria, según los Estados (págs. 7 y 8). Aunque quizá no sea ocioso recordar, como advierte Jescheck (*Der strafrechtliche Staatschutz im Ausland*, en *ZStW*, 74, 1972, pág. 342), que el básico postulado liberal, privilegiativo del delincuente político por convicción, ha sufrido también en Occidente una pérdida de rango.

Al conceptualizar el delito político opta por un criterio mixto, subjetivo-objetivo, que por defecto le lleva a excluir, desde una perspectiva democrática y de consuno con lo que denominación universalista o internacional del delito político, la categoría de los «crímenes del Estado», dolosos o culposos, que «vienen a significar un apoyo fanático o a ultranza violento del poder o interés social dominante», y, por exceso, los delitos conexos, es decir, aquellos que no obstante su motivación ideológica «comporten de manera intencional lesión de bienes jurídicos de carácter común», así como el terrorismo de esta naturaleza (pág. 9). Peculiar de la delincuencia política o evolutiva, frente a la común o atávica, sería su carácter altruista y progresista, y, sobre todo, su índole de ataque «contra el Estado», esto es: «de oposición a la forma de Gobierno..., al margen de la legalidad y excediéndose de los cauces democráticos para disentir»; lo que le permite argüir que «en la Europa Occidental el número de estas infracciones de opinión, reunión, asociación o expresión, sea prácticamente inexistente» (páginas 8 y 9).

En cuanto a la legislación española, destaca la ausencia de una noción legal del delito político, la referencia incidental al móvil político o social, y la inapli-

cación jurisprudencial de la atenuante de «obrar por móviles... altruistas...»; incluida curiosamente en la «draconiana» reforma de 1944 con finalidad posiblemente muy distinta de la que ahora se pretende llenar. Reprueba, en relación con algunos tipos del lib. II, tít. I y II, del C. p., la quiebra del «postulado procesal de la territorialidad de la ley penal», del dogma de la personalidad de las penas, el castigo de la apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado, la responsabilidad por razón de la edad, así como la regulación del art. 2.º de la LOP que viene a incidir sobre conductas descritas al propio tiempo en el Código penal (págs. 10 a 12). La parte restante se cierra con unas consideraciones de tipo procesal relativas al TOP y los juicios políticos, la postura del IV Congreso Nacional de la Abogacía Española, y los llamados «juicios del silencio». Precede a la misma un estudio dogmático serio, con certeras y sugerentes observaciones, del grupo más importante de delitos políticos existente en nuestro ordenamiento. Fuerza es, sin embargo, que nos limitemos a exponer en breves palabras alguno de sus enunciados: ultrajes a la nación española —«uno de los delitos más políticos de los que figuran entre los que atacan la seguridad exterior del Estado» (pág. 13), terrorismo, asociación ilícita, propagandas ilegales e impresos clandestinos, reunión y manifestación no pacífica, y desórdenes públicos.

MANUEL GURDIEL SIERRA

LANDROVE DIAZ, G.: «Política criminal del aborto». Ed. Bosch. Barcelona, 1976, 158 páginas.

Cuando en nuestro entorno cultural, y particularmente en Francia, Alemania, Portugal e Italia, el problema de la incriminación del aborto, y sus límites, es objeto de encendida polémica, los ecos de ésta habían de llegar forzosamente a nosotros, tal como reconoce la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo del año 1974. Dentro de este contexto se inscribe la obra de Landrove, «Política criminal del aborto», en la que el autor, consciente de las implicaciones del tema, lejos de pretender imponer sus tesis al respecto, invita al lector «a la reflexión sobre una temática en la que debe atribuirse un papel protagonista a las opciones personales» (pág. 9).

La obra está dividida en tres capítulos, el primero de los cuales «El aborto voluntario en España» es de contenido más amplio de lo que esta enunciación sugiere. En él se plantea el autor, como objetivo de su trabajo, la respuesta a estas tres cuestiones: justificación de la incidencia del Derecho penal en el campo del aborto, eficacia de su criminalización, y valoración, desde el punto de vista político-criminal, de su desincriminación. Tras las necesarias precisiones terminológicas, se define el aborto como «destrucción de la vida intrauterina, con o sin expulsión» (pág. 15), para posteriormente hacer un somero examen de los procedimientos más usualmente empleados en la ejecución, divididos en tóxicos, físicos y mecánicos, con especial consideración, dentro de estos últimos, del método Karman.

No es objeto del autor el estudio dogmático de los tipos que el Código Penal incluye bajo la rúbrica «del aborto», no obstante procede a una «referencia» a los mismos, trayendo a colación reciente y significativa jurisprudencia, relativa,

sobre todo, al párrafo último del artículo 411, y tendente a «mitigar los excesos a que conduciría una indiscriminada aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones en la estimación del nexo causal» (pág. 17), o la pronunciada sobre el artículo 414, que flexibiliza los criterios a manejar en la determinación del sujeto activo.

El examen de estos artículos revela la influencia que en su inmediato antecedente, la «Ley de protección de la natalidad» de 24 de enero de 1941, tuvieron el Código Rocco y el Anteproyecto de Código penal formulado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de F.E.T., y de las J.O.N.S., en 1938. La ideología inspiradora de ambas fuentes ha hecho que la gama de conductas hoy tipificadas sea desmesurada, aunque la criminalización no pase de ese plano teórico, pues en la práctica, muchas de ellas devienen impunes.

Al margen del Código Penal se pasa revista a la opinión pública sobre el tema, a pesar de las dificultades de conocimiento de ésta, dados los obstáculos —penales o administrativos— que la prensa, que se ha ocupado con cierto detenimiento del problema, ha debido superar. No obstante lo cual, habida cuenta del uso de anticonceptivos (unas 800.000 españolas), del «turismo abortivo» siempre creciente, o de la impresionante cifra negra (menos del 0,1 por 100 de abortos provocados se persiguen penalmente), debe deducirse que la opinión general, aunque sólo ha podido recibir orientación, razonada o no, en el sentido favorable a la incriminación a ultranza, se muestra mucho menos partidaria de ella que la doctrina penal, la cual, desde la postura radical de Sánchez Tejerina o Díaz Palos a la tímidamente liberal de Jiménez de Asúa, se ha pronunciado «en su inmensa mayoría... por la radical criminalización del aborto voluntario» (pág. 46). Otros sectores de opinión, más o menos oficializados, siguen la misma senda. Por su especial carácter es interesante resaltar, y así lo hace el autor, la condena que, contra el aborto, formula en 1973 la Real Academia Nacional de Medicina, si bien del examen de los argumentos esgrimidos se deduce que priman, sobre los de tipo médico, las consideraciones de carácter moral, religioso, demográfico, etc. Igualmente la Comisión Episcopal para la doctrina de la Fe, en nota de 4 de octubre de 1974, condena la interrupción voluntaria del embarazo basándose en el «insoslayable respeto a la vida», argumento que, como observa Landrove, permite esperar «una nota de la Comisión Episcopal sobre la también trascendente problemática de la pena de muerte» (pág. 30).

En el capítulo II («Las indicaciones discriminadoras del aborto») se procede antes de entrar en el tema, al examen de los sistemas en los que se admite el aborto libre o «a petición», desde el «Decreto sobre protección de la salud femenina» promulgado en la Unión Soviética en 1920, hasta el tratamiento actual en el derecho danés, austríaco, sueco y alemán. En el extremo opuesto están los sistemas de absoluta criminalización en los que el privilegio de la «causa honoris» suele tenerse en cuenta de modo específico, al margen del juego general de las circunstancias atenuantes, tónica seguida en buen número de Códigos latinoamericanos en los que se muestra la influencia española e italiana.

El estudio de las indicaciones médica, eugénica, ética y económico-social sirve al autor, además de para exponer las razones aducidas, tanto en nuestro país como en otros, desde diversas perspectivas, en favor o en contra de cada una de ellas, para dar una visión actual y completa del alcance de su admisión en derecho comparado.

El camino de la desincriminación, objeto del capítulo III, pasa por la constatación de la ineficacia acreditada por los sistemas ampliamente criminalizadores, a los que se burla bien mediante el «turismo abortivo» —manifestación de una irritante desigualdad en el tratamiento penal según criterios económicos— bien mediante la práctica del aborto clandestino, con las perniciosas consecuencias que de ello se derivan para la salud de la madre: el número de muertes es de 50 a 100 por cada 100.000 de estos abortos, mientras que en los casos de aborto legalmente practicado la proporción oscila entre tres o cuatro cada 100.000).

Quizá por ello los organismos y congresos internacionales se han pronunciado repetidamente sobre el tema. De sus recomendaciones se da cumplida cuenta en esta obra, si bien muchas de ellas, como la más frecuente de impulso a la educación sexual y de empleo de métodos anticonceptivos, entran de lleno, causando la natural perplejidad, en supuestos tipificados por el Código Penal español. De hecho, según el autor, «la educación sexual en España simplemente no existe» (pág. 131), y por otra parte «a la vista de nuestro Derecho positivo, las dos únicas posibilidades de control de la natalidad y de alcanzar una paternidad responsable vienen determinadas por una casta continencia o por el empleo del siempre problemático método Ogino» (pág. 131), panorama más apto para santos o héroes que para los destinatarios de la norma jurídica, que son simplemente humanos, por lo que propone Landrove unos criterios orientadores de lo que podría ser una regulación más racional en la materia, partiendo de que si, «en principio, cabe aceptar la afirmación de que el aborto provocado es un mal que debe ser combatido... La prudencia del legislador no debe ignorar que si bien en el momento actual es muy elevado el número de abortos que anualmente se producen, es razonable intentar la reducción de los mismos, pero vano a todas luces el intento de suprimirlos totalmente» (pág. 97).

La puesta en marcha de estas recomendaciones tropezaría con grandes obstáculos, entre los que no sería el menor el Principio II de los del Movimiento Nacional, que consagra un radical confesionalismo, obstáculos que sólo pueden ser valorados y, en su caso, superados, con un amplio debate, semejante al vivido no hace mucho en Francia, con intervención de todas las capas de población y de las más diversas ideologías, debate verdaderamente ejemplar, a juicio del autor, en el que el ardor de las posiciones no ha hecho perder el respeto al razonamiento contrario, y que cristaliza en la ley de 17 de enero de 1975 cuyo proceso de elaboración y contenido son expuestos en detalle.

JUAN TERRADILLOS BASOCO

M. BARBERO SANTOS, I. BERDUGO G. DE LA TORRE, A. BERISTAIN IPIÑA, M. COBO DEL ROSAL, C. GARCIA VALDES, E. GIMBERNAT ORDEIG: "La pena de muerte 6 respuestas". Prólogo de M. Barbero Santos. Universidad de Valladolid, Departamento de Derecho Penal, 1975. 218 págs.

Componen el presente libro un conjunto de trabajos, en los que sus autores —todos ellos profesores de Derecho penal— abordan desde diversas perspectivas el problema de la pena de muerte, ante el que la conciencia actual se muestra especialmente sensibilizada. La diversidad de enfoques y perspectivas no obsta para:

que a través de estas páginas aparezca una coincidente y clara conclusión: la postura abolicionista de todos los autores.

El primer estudio —«La pena de muerte en el Derecho histórico y actual», págs. 13-78—, del que es autor el profesor M. BARBERO SANTOS, destaca las más importantes líneas o jalones por los que ha ido atravesando la pena capital en el decurso de la historia. Así, se examinan en primer lugar los tres grandes derechos históricos: romano, germánico y canónico, con exposición de algunas de las notas más características que en ellos tenía la pena de muerte en cuanto a su fundamentación o carácter, formas o modalidades que revestía, delitos a los que se aplicaba e, incluso, a la misma evolución que en ellos fue sufriendo. En segundo lugar, examina el autor la evolución que la pena capital experimenta a partir del siglo XVIII al amparo del Derecho penal humanitario y bajo el influjo del pensamiento de la Ilustración, siendo entonces cuando se plantea por primera vez, y de forma generalizada, el problema de su existencia. La controversia llega hasta la actualidad. Por último, efectúa el profesor BARBERO SANTOS una breve aproximación histórica —no carente de algún dato de interés— sobre la pena de muerte en nuestro país, del que nunca ha estado ausente, con la salvedad del período de 1932-34, y con limitación a los delitos comunes. Concluye el autor su trabajo expresando su confianza en que el largo reinado de la pena de muerte en España llegue a su fin.

Desde el punto de vista del derecho comparado y con referencia a Latinoamérica contribuye BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE con el trabajo: «La pena de muerte en el actual Derecho iberoamericano», págs. 79-121. La primera parte de las tres de que consta el trabajo se consagra al examen detenido de los distintos textos punitivos, distinguiendo entre aquellos Estados abolicionistas de hecho, abolicionistas y no abolicionistas. La conclusión del autor sobre la abolición de la pena de muerte en estos países no es del todo optimista, especialmente si se tienen en cuenta las ejecuciones que se producen al margen de toda legalidad. La segunda parte se refiere al alcance del movimiento abolicionista en la actualidad a la luz de la doctrina, los Congresos y los Proyectos más importantes. En este aspecto, la tendencia es claramente abolicionista. Por último, estudia el autor el problema de la pena capital en las legislaciones especiales.

«Los argumentos en la problemática acerca de la pena capital» (págs. 123-153) es el trabajo de GARCÍA VALDÉS, quien parte confesándose «abolicionista hasta la médula» biológica e intelectual. Intenta abordar la cuestión, no desde una perspectiva intrínseca a la persona, sino a partir de la constatación de los datos objetivos y estadísticos que la realidad ofrece. Después de exponer un esquema de las razones abolicionistas y antiabolicionistas, resume los puntos básicos en los que fundamenta su postura abolicionista, analizando algunas de las cuestiones esenciales que esta pena suscita. El centro de su reflexión lo constituye el argumento de la pretendida eficacia intimidante de la pena capital, llegando a la conclusión de que no es ni ejemplar, ni intimidante, ni eficaz como medida contra la delincuencia, por lo que no puede defenderse su permanencia en las legislaciones.

En un plano totalmente distinto se mueve el trabajo de BERISTAIN IPIÑA: «El catolicismo ante la pena de muerte», págs. 155-179. Sus reflexiones se centran no tanto en la doctrina oficial de la jerarquía eclesiástica como en el sentir del pueblo de Dios y en la opinión de los pensadores católicos. No obstante la

autonomía del Derecho penal en la creación y actualización de sus instituciones, reconoce y admite la competencia de la religión en el terreno jurídico-político a un nivel —claro está— de principios y directrices de valor. A la luz de estos principios y orientaciones que informan todo el mensaje del Nuevo Testamento examina el autor los requisitos que la doctrina católica exige para que la pena sea justa: utilidad, dignidad y necesidad. «Las líneas de fuerza del Evangelio exigen que la pena —evitando la venganza, la crueldad y la expiación— sea útil, digna y necesaria al bien común y al bien de los ciudadanos directamente afectados por ella. Que respete la dignidad personal del delincuente y contribuya a su reinserción social» (pág. 178). Al confrontar estos requisitos con la pena de muerte, el autor llega a la conclusión de que el abolicionismo es la actitud propia del católico, puesto que no demuestra cumplir ninguno de los requisitos elementales que la doctrina católica exige para que una pena sea justa.

La aportación del profesor COBO DEL ROSAL constituye un conjunto de principios y consideraciones metajurídicas sobre el derecho a la vida y su negación en el Derecho penal («Nota sobre el derecho a la vida y su negación en Derecho penal», págs. 181-189). Sus reflexiones giran sobre la base de considerar el derecho a la vida como algo absoluto e intangible, sin limitación ni excepción alguna, lo cual constituye, por una parte, una de las metas del desarrollo cultural de la humanidad y evita, por otra, que se produzcan gravísimas incongruencias y paradojas. Ante esto, el respeto y protección de la vida de la persona humana debe ser la única finalidad del Derecho penal no sometible a negociación. «Su negación —afirma el autor— sólo ha de ser presupuesto de la aplicación del Derecho penal, pero no la forma de su respuesta, su consecuencia jurídica».

El profesor GIMBERNAT colabora con un estudio dogmático: «Tres problemas de reglas de aplicación de penas (dos de ellos referidos a la de reclusión mayor a muerte)», págs. 191-218. El primer problema viene planteado por el párrafo segundo de la regla 2.^a del art. 61. A este respecto, el autor se pronuncia por la teoría amplia, en el sentido de no limitar el arbitrio judicial con la consiguiente posibilidad de aplicar la pena de reclusión mayor en toda su extensión, ya que no existen razones sistemáticas ni de justicia material que abonen una restricción al sentido gramatical de la ley. El art. 61, 4.^a constituye el segundo problema, en cuanto a si es o no aplicable a la pena de reclusión mayor a muerte. Siguiendo de un lado una interpretación sistemática en relación con el párrafo segundo de la regla 2.^a del art. 61, y de otro, el papel que desempeña en nuestro Derecho la presencia de una agravante estableciendo un marco de punición más severo frente a los supuestos en que no concurre ninguna circunstancia, llega el autor a una solución negativa, quedando, por tanto, reducido el arbitrio del juez a optar entre el grado medio y mínimo. El tercer problema se refiere al significado que haya de darse a la palabra grado en el segundo inciso del primer párrafo del art. 66. Argumentos de índole histórica, gramatical, sistemática y lógica hacen que GIMBERNAT se pronuncie en favor de la teoría del grado-extensión, con la consiguiente derogación de las dos primeras reglas del art. 61. En el epílogo del trabajo deja el autor constancia de su postura abolicionista.

En resumen, el libro constituye una muestra más de la corriente de opinión que desde hace tiempo viene luchando por eliminar la pena capital del catálogo de los textos punitivos.

MANUEL GALLEGO DÍAZ

SAINZ CANTERO, José Antonio: "La condición jurídica de la mujer en el Código Penal Español". Granada, 1975.

El presente trabajo aparece inserto en una obra de carácter colectivo que bajo el título «La condición social y jurídica de la mujer» publica el «Anuario de Estudios sociales y jurídicos de la Escuela Social de Granada», en su volumen IV correspondiente al año 1975. En él, intervienen, además del profesor Sáinz Cantero, otros investigadores de las diversas ramas del derecho, tratando cada cual el tema a estudio desde la específica perspectiva de su especialidad.

Obvio es indicar —por la personalidad del autor y por el propio título de la obra— que la aportación de Sáinz Cantero está referida al estudio de aquellos tipos de nuestro ordenamiento penal que afectan directamente a la condición jurídica de la mujer.

Con un decidido espíritu crítico, el autor comienza refiriéndose al empeoramiento que supuso en relación con la situación jurídica de la mujer ante las leyes penales, la promulgación del Código penal de 1944 con referencia al Código republicano de 1932, e incluso en algunos aspectos, al dictatorial de 1928. Muestra atractiva de esta afirmación es la reincorporación del llamado «uxoricidio por causa de honor» —hecho desaparecer por el Código de 1932— que supuso un auténtico privilegio concedido al hombre (esposo o padre) en defensa de su honor mancillado.

El actualmente derogado artículo 428 no era, sin embargo, el único factor que determinaba la desigualdad de la mujer en el ámbito del Derecho Penal. Así lo entiende Sáinz Cantero al distinguir en la normativa vigente diversas áreas en lo que a la condición jurídica de la mujer se refiere. En una —la incriminación del delito de adulterio— resulta injustamente discriminada; en otra —la regulación del aborto— se ignoran sus intereses; en una tercera —la que comprende algunas figuras de delitos contra la honestidad— es sólo aparentemente protegida; se le hace beneficiaria de un privilegio excesivo, más que en atención a su sexo a arcaicas concepciones del honor —infanticidio, aborto y abandono de niños «honoris causa»— en una cuarta área; y simplemente se la toma en consideración en la última.

Por lo que hace referencia a la penalización del adulterio —situado el autor en una razonable postura de modificación de la realidad actual, entendida no en el sentido de castigar penalmente por igual el adulterio del hombre y de la mujer, sino en la más consecuente y acertada de discriminalizar ambos para que den lugar sólo a sanciones civiles que protejan al cónyuge inocente en un plano de absoluta igualdad de marido y mujer— denuncia el contenido de los artículos 449 y 452 como arbitrario, discriminatorio para la mujer y contrario tanto a los principios socioculturales que informan hoy los sistemas jurídicos de los países de nuestra área de cultura como a principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

Se introduce a continuación en el capítulo tercero del título octavo donde al tipificarse las figuras de aborto y la difusión de prácticas anticoncepcionales, resultan ignorados legítimos intereses de la mujer.

Al tratar de los delitos sexuales centra esencialmente su análisis en los valores protegidos. De esta forma llega a la conclusión de que la mujer permanece sólo aparentemente protegida siendo en realidad otros valores que poco o nada tienen

que ver con ella los que aparecen tutelados en primer plano. A este respecto destaca el estupro simple del párrafo primero del artículo 436 —honor sexual como valor esencialmente protegido—, raptó impropio o consensual del artículo 441 —tutela de valores ajenos a los intereses personales de la mujer, como el principio de autoridad familiar o el prestigio y buen nombre de la familia— y los delitos relativos a la prostitución, recogidos en los artículos 452 bis a) y siguientes —protección de la moral sexual colectiva—.

Por otra parte, tampoco quiebra la situación desfavorable a la mujer estimada en nuestro Código penal por las tipicidades que privilegian determinadas conductas delictivas, cuando las realiza una mujer para ocultar su deshonor —artículos 410, 414 y 482 párrafo tercero—, por cuanto tampoco este privilegio se ha constituido exclusivamente en favor de la mujer ni toma en cuenta su condición.

Por último, Sáinz Cantero dirige su atención a la parte general del Código donde admite algunas previsiones en las que se toma en consideración a la mujer, en atención a su sexo —artículos 77, 83 y número 16 del artículo 10—, aunque ello no redunda demasiado en favor de su posición dentro del marco del ordenamiento penal.

En definitiva, se trata de una obra en la que su autor logra plenamente situar al lector en una realidad punitiva donde la condición jurídica de la mujer es contemplada tanto por la ley penal como por la jurisprudencia de una forma discriminada, injusta y arcaica que en nada corresponde a la mujer que hoy vive en nuestra sociedad.

LORENZO MORILLAS CUEVA

VOLKER HASSEMER: "Delictum sui generis". Carl Heymanns Verlag. Berlín 1974, 107 páginas.

La interpretación del «dsg» ha sido realizada frecuentemente con unos criterios excesivamente apegados a una Jurisprudencia de conceptos. En este sentido el intérprete de la ley se ha enfrentado a él considerando en abstracto su contenido conceptual, lo que ha dado lugar a la afirmación de su independencia con más frecuencia de la que debía haber ocurrido. El autor de la monografía recensio-nada parte de un punto radicalmente distinto.

Los tipos legales son descripciones de la realidad y por tanto, como ésta, no representan un todo cerrado. Conceptos de esta naturaleza sólo existen en el mundo de las Matemáticas donde los axiomas reciben su significación de sí mismos. «Sus caracteres no ofrecen problemas porque son fijados mediante la creación de conceptos que no presentan lagunas». Un intento de construcción semejante de los conceptos jurídicos estaría condenado al fracaso ya que los símbolos de lenguaje empleados en los mismos son sólo medios de ayuda para comprender las reglas que han de regular las relaciones sociales (mandatos y prohibiciones). Por eso los conceptos jurídicos no se justifican por sí mismos sino por algo que les es externo. Como lo dicho permitirá comprender la interpretación siempre será elemento necesario en la aplicación de la ley.

Los conceptos son agrupaciones de casos a los que se puede atribuir un pre-

dicado común. En este sentido lo que se pretende predicar constituye la meta o finalidad del concepto. Por eso lo importante es la relación funcional que existe entre los caracteres del concepto y el predicado o consecuencia predicado o consecuencia previsto. Sólo ello justifica el concepto. La conclusión si un tipo legal es «dsg» o no, no vendrá determinada por los símbolos utilizados por el legislador para designar el concepto, sino por los caracteres o elementos de éste. Si estos caracteres son subsumibles en la categoría «dsg» estaremos ante un delito independiente, en otro caso no.

La validez en el caso concreto del concepto «dsg» es definitiva un problema de interpretación, de interpretación además del tipo legal. Para esta subsunción utiliza HASSEMER tres elementos: tipo legal y caso o casos concretos que son insuficientes para realizar una valoración, y un tercero que posibilita la misma al que identifica con la «Idea de Justicia». El problema más importante en relación con este último es el de su generalidad, para conseguir la cual aparece el lenguaje como medio especial de intersubjetivación a cuya finalidad sirve la «interpretación» del Derecho y que ante el caso concreto obliga a contemplar a éste como una parte del Ordenamiento en su totalidad.

Analizado el «dsg» con estos criterios, resulta que los caracteres que integran el concepto están destinados a describir un problema. «La formación de conceptos se diferencia de la interpretación individual en la forma de cuestionar: lo que se pregunta no es cómo se ha de interpretar un determinado tipo en relación con la concreta situación del caso. Por el contrario se cuestiona sobre qué caracteres ha de tener un tipo para que las consecuencias de una interpretación determinada típicamente se le puedan atribuir». Se trata, pues, de un problema de subsunción de los caracteres de un tipo en un concepto que determina que de ese tipo se pueda predicar algo. No se pregunta si un delito es independiente, sino si un tipo presenta esos caracteres que constituyen o determinan la independencia. Esos caracteres diferenciales pueden ser de diversa naturaleza: se pueden referir al autor, al objeto, al modo comisivo, pero sobre todo al bien jurídico protegido.

A la finalidad perseguida con semejante interpretación el método que mejor se presta es el teleológico. «Un tipo es independiente si esta cualificación conduce a una decisión correcta», de lo que resulta que el método teleológico ofrece la posibilidad de determinar en abstracto los caracteres que constituyen la independencia de un tipo.

En la segunda parte de la obra sistematiza el autor las posibles formas de aparición de «dsg» en cuatro grupos: A) En relación con la participación, B) concurso, C) Delito continuado, y D) Error.

En relación con el problema de la participación interpreta el párrafo 50 del StGB en el sentido de que mientras el párrafo III se refiere a los tipos dependientes (el párrafo 50 III dice: «Si determina la ley que especiales características personales aumenten, disminuyan o excluyan la penas, éstas sólo tendrán validez para el autor o participe en quien concurren»), el II lo hace a los dependientes («Si especiales características, vínculos o circunstancias personales que fundamenten la punibilidad del autor no concurren en el partícipe, entonces se ha de disminuir su pena conforme al precepto que sanciona la tentativa»). El autor se sirve del ejemplo del párrafo 216 StGB regulador del auxilio al suicidio para afirmar que en el supuesto de que el «auxiliador» no «tome en serio»

la petición del suicida su conducta será subsumible en el párrafo 212 (homicidio), y ello en aplicación del párrafo 50 III. Concluyendo con esto que el párrafo 216 no representa a efectos de participación un «dsg».

Por lo que se refiere al concurso y siguiendo con el ejemplo del párrafo 216 esta vez en relación con el 211 (asesinato) opina que el superior rango de uno u otro tipo es un problema concursal, que no se puede resolver con las reglas de «especialidad» ya que falta la condición fundamental cual es que uno respecto al otro represente una misma base a la que se añada una nueva característica. Tomando como punto de referencia el párrafo 212 (homicidio) afirma que mientras el 216 representa un privilegio, el 211 es un delito cualificado y concluye: «Quizá la solución esté en afirmar qué tipo privilegiado tiene preferencia sobre tipo cualificado». Sin embargo, esta afirmación que tan clara puede estar en la «familia» estudiada no lo es tanto en otras (hurto). Por ello un criterio más idóneo lo proporciona la «ratio» del tipo.

Si aplicamos este criterio a las dos clásicas «familias» de delitos tenemos lo siguiente, que puede servir de definición para resolver los problemas suscitados en este punto: Si el tipo cualificado es independiente no tiene preferencia el tipo privilegiado, y para que ello ocurra es necesario que posea un contenido de injusto que le sea propio.

En tercer lugar está el delito continuado. Partiendo el autor de que la solución de este problema a través del criterio de la unidad o no de acción (sea este subjetivo u objetivo) conforme al cual se afirma «consumción» en los casos de lesión del mismo bien jurídico y se niega en el caso contrario, hay que aceptar unidad de acción en el caso de repetición del mismo tipo cualificado y negarla en el supuesto de combinación tipo básico-tipo cualificado. Para obviar tal dificultad adopta otro criterio; cual es la relación en que se encuentran entre sí ambos Injustos, es decir, el problema del concurso. Por ello hay que admitir «dsg» «cuando un tipo no puede ser realizado como delito continuado de otros tipos próximos». Con ello resulta que las características que un tipo ha de reunir para ser considerado autónomo son las mismas conforme a los cuales se resuelve el problema del «concurso».

Finalmente el error. Para su estudio se vale HASSEMER de los párrafos 331 y 332 StGB que regulan respectivamente el cohecho sin infracción de deber y el cohecho con infracción de deberes inherentes al cargo. La pregunta es qué ocurre cuando el funcionario ignora que con su conducta infringe un deber. ¿Se realiza automáticamente el tipo del párrafo 331? En este caso, afirma, si se comparan entre sí los tipos se ve claramente que son diferentes, pero eso no es suficiente para responder negativamente a la pregunta formulada. Para obtener un mejor resultado de justicia material es mejor cuestionarse simplemente, sin comparaciones, si en el caso concreto se puede aplicar un determinado tipo, en este caso el 331. En este sentido hay que responder afirmativamente como hace la doctrina mayoritaria ya que por un lado el resultado a que se llega es más justo, y por otro tenemos que mientras que objetivamente la conducta es «todavía» más grave a la exigida por el tipo, por otro el autor realiza plenamente el tipo subjetivo. Así, pues, no se trata de dos delitos autónomos («dsg»).

Cierra su estudio HASSEMER con un intento de generalización sobre la base de los cuatro grupos formados del que resulta que mientras los casos de participación y error se pueden reducir a una cuestión de relación de «subsidiariedad»

o no de los tipos entre sí, lo cual permite afirmar que los párrafos 216 y 332 no son «dsg» respecto de sus correspondientes 212 y 331, en cambio no es posible hacer lo mismo con los otros dos grupos ya que mientras el delito continuado discurre por los cauces de una relación «plus-minus» que permite estimar delito continuado tanto en los casos de repetición del tipo como en los supuestos de «consumción» y «subsidiariedad», en cambio el concurso de un tipo cualificado y un tipo privilegiado encierra un problema de valoración de la «razón de penar» en cada caso concreto.

La conclusión genérica que el autor deriva de su investigación es que hay que renunciar a un concepto general de «dsg», y que aún en los casos que permiten un agrupamiento (como en el caso participación-error) hay que desconfiar del mismo, pues tal generalización puede ser superficial y peligrosa (formalista). Por ello vuelve al punto de partida, es decir, que toda conclusión extraída «en general» de los tipos no son sino consecuencias que a su vez constituyen la problemática que se ha de resolver con la interpretación (de cara al caso concreto) de los tipos.

J. CUELLO CONTRERAS

ZALAUETT PEILLARD-SANTA MARIA PEREZ: "Criminología del menor delincuente". Santiago de Chile, 1972. 135 págs.

Se divide la obra en dos partes. En la primera se hacen unas consideraciones generales sobre la Criminología. En cuanto a las relaciones de esta ciencia con el Derecho penal, estima el autor que la convivencia entre ambas ha de ser pacífica, sin que ninguna de ellas ponga en peligro la existencia de la otra, pese a que algún autor estime lo contrario; aunque tanto la una como la otra se ocupan del estudio del delito, lo hacen desde distintos puntos de vista, como lo son el aspecto valorativo y el causal explicativo.

Hay una recopilación referente a la investigación criminológica en América Latina, que se efectúa a través de las prisiones, instituciones de Medicina Legal y la enseñanza universitaria. Sin embargo, se reconoce la deficiencia de esa labor, así como el poco apoyo estatal, la escasa labor investigadora y su falta de originalidad.

Termina la primera parte con un estudio de la delincuencia juvenil, sus caracteres, etiología, prevención y tratamiento.

En la segunda parte se recogen una serie de resultados, eminentemente sociológicos, de los jóvenes delincuentes internados en el Centro de Readaptación de Menores de Santiago, cuya cifra supera ligeramente el centenar, estando comprendidos casi todos ellos entre los dieciséis y dieciocho años. De este estudio cabe destacar lo siguiente:

En el 66,6 por 100 de los casos había problemas familiares en las relaciones conyugales de los padres, falta de cuidado en la educación de los hijos, así como un notable deterioro en las condiciones morales y costumbres del hogar; el 41 por 100 de las familias tenían una situación económica mala; el 40 por 100 de los padres y el 28 por 100 de las madres son analfabetos; el 60 por 100 de los padres son alcohólicos o bebedores regulares; el 81 por 100 obreros y trabajaba la madre en el 45 por 100 de los casos.

En relación con los jóvenes delincuentes, su instrucción es deficiente en la mayor parte de los casos, no habiendo recibido ninguna el 17 por 100; son aficionados a las bebidas alcohólicas el 32 por 100; católicos el 62 por 100; no trabajan el 70 por 100; homosexuales el 1,5 por 100; es el mayor de los hermanos en el 51,1 por 100, el menor en el 38,3 por 100 de los casos, hijo único en el 5,3 por 100 y sorprende que ese mismo porcentaje de chicos desconozca cuál es su situación de orden en relación con sus hermanos; el 57 por 100 actuaron unidos a otro u otros, y el 47 por 100 solos.

En cuanto a los delitos cometidos, fueron: el 85 por 100 contra la propiedad (26 por 100 por hurto, 35 por 100 robo con fuerza en las cosas y el 24 por 100 robo con violencia o intimidación en las personas); el 11 por 100 contra las personas (6,3 por 100 homicidios, 3,5 por 100 lesiones y 1,2 por 100 parricidios), y el 4 por 100 cometieron delitos contra la familia (2 por 100 violación, 1 por 100 sodomía y 1 por 100 abusos deshonestos). El 74 por 100 habían estado reclusos en otro establecimiento con anterioridad; el 39 por 100 eran reincidentes; habían cometido más de un delito el 58 por 100.

Pese a que el Centro fue creado para la reeducación y rehabilitación de los jóvenes, el autor afirma que no se ejerce acción rehabilitadora de ninguna clase; el ocio es un factor negativo importante; la asistencia a la escuela es voluntaria, por lo que el 82 por 100 no concurren a la misma; los talleres son insuficientes y no existe orientación profesional. Finalmente, hay que destacar la insuficiencia del presupuesto económico y el deplorable estado de abandono en que se encuentra el edificio.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

NOTICARIO

CODIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA

La XI Reunión Plenaria del Código Penal Tipo para Latinoamérica tendrá lugar en Madrid, por iniciativa del Instituto de Cultura Hispánica, en los días 21 al 30 de septiembre de 1976, en la sede del referido Instituto.

CURSILLO SOBRE DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA, ESPECIALMENTE CONSUMO Y TRAFICO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES.

El Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia ha organizado este cursillo, durante los días 31 de marzo a 9 de abril del presente año, bajo el programa siguientes: *Introducción al estudio de los delitos contra la salud pública* (Cobo del Rosal); *Introducción histórico-legal sobre el tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes* (Beltrán Ballester); *Incidencia de las drogas en la sexualidad* (Amezúa); *Alcoholismo en España, problemática actual* (Santo Domingo); *Las drogas desde el punto de vista policial* (López Santesteban); *Alucinógenos* (Gisbert Calabuig); *Problemas generales relativos al delito de tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes y a las correspondientes infracciones de contrabando* (Vivés Antón); *El problema de los psicodisléticos* (Rcjo Sierra); *Dimensión sociológico-cultural de las drogas en los criminólogos radicales* (Beristain Ipiña); *Estupefacientes* (Gisbert Calabuig); *Problemática sociológica de las toxicomanías* (Camarero); *Las "cannabis"* (Mato Reboledo); *El Derecho Internacional Público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes* (Martí de Vesés); *Problemas político-criminales en materia de drogadicción* (Torío); *Modernas amenazas contra la salud pública: la contaminación y su control* (Martín Mateo); *La droga, un nuevo estilo de vida anti-social* (Vázquez Fernández); *Consideraciones jurídico-administrativas y delitos contra la salud pública* (Martínez Morales); *Fraudes alimenticios y salud pública* (Rodríguez Ramos); *Los delitos contra la salud pública y su punición* (Casabó Ruiz); *Reflexiones criminológicas y jurídicas sobre las drogas* (Fernández Albor); *Drogas, drogadicción, su tratamiento y efectos sociales* (Blesa).

CURSO INTENSIVO PARA EDUCADORES DE ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS DE JOVENES

En la Escuela de Estudios Penitenciarios, y bajo la dirección de don Jesús Alarcón Bravo, se ha celebrado el citado curso durante los días 19 al 30 de abril, con cuarenta horas lectivas de clases, coloquio y prácticas. El temario es el siguiente: *El educador* (Ayuso Esteban); *Técnicas psicológicas y observa-*

ción (Hernández Rueda); *Proceso y fases de la reeducación* (Sánchez Rupérez); *Dinámica de grupos* (Díaz López); *Características del delincuente juvenil español* (Pascual Marín y Rodríguez Suárez); *Psicología de la adolescencia y la juventud* (Chamorro Gundín); *Sociología criminal juvenil* (Fernandez Maestu); *Prospección moral* (Rodríguez Gandul); *Nuestros establecimientos de jóvenes* (diversos profesores y ex directores de los mismos).

XXVI CURSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

El Curso, que se celebra bajo los auspicios de la Sociedad Internacional de Criminología, Real Sociedad Vascongada de los Amigos del País y la Facultad de Derecho de San Sebastián, ha sido dirigido por el profesor R. Ottenhof, teniendo como tema principal *La investigación Científica sobre Delincuencia e Inadaptación Juveniles*. La dirección científica la desempeña el profesor Beristain Ipiña.

El tema elegido se examinó bajo los siguientes aspectos: Etiología, Evaluación, Política general e institucional, Praxis y Experimentación y Metodología.

La sede del Curso ha sido San Sebastián, Pau y Bayona. Se desarrolló durante los días 5 al 12 de mayo del presente año.

Componen el Comité de Organización: Reynald Ottenhof, Cl. Rouet, P. Bertrand, E. Rouet, J. P. Cazenave Lacroux y Leblanc.

El Comité científico estuvo integrado por Beristain Ipiña, Favard, Canestri, Caro Baroja, Cobo del Rosal, Susini, Ottenhof y Rodríguez Devesa.

Participaron también en el Curso: Castellón Mora, Muñoz Conde, Canepa, Debuyst, Guizzardi, Haussling, Lejins, Leyrie, Lodge, Pinatel, Parizeau, Robert, Roumajon, Rozes, Selosse, Somerhausen, Szabo, Ustaritz, Vodopivec, Zavala, Zvirbul y otros.

CONCLUSIONES

El XXVI Curso Internacional de Criminología, celebrado en Pau, Bayona y San Sebastián, del 5 al 12 de mayo de 1976, consciente de los problemas que la delincuencia y la inadaptación juveniles plantean en la mayoría de los Estados, recomienda a las autoridades competentes:

1. La creación de más instituciones (cátedras universitarias, equipos, etc.) para la investigación y divulgación en los diversos campos criminológicos que afectan a la delincuencia e inadaptación juveniles.

2. La dotación de más instituciones (escuelas de educadores especiales, etcétera.) para la mejor formación—inicial y continuada—del personal encargado del tratamiento de los jóvenes delincuentes e inadaptados.

3. La programación detallada, científica y eficaz, de una política preventiva que disminuya, en lo posible, los casos de delincuencia e inadaptación juveniles.

4. La mayor atención a las especializadas actividades judiciales y/o asistenciales concernientes a los jóvenes delincuentes e inadaptados.

5. La intensa cooperación de los Gobiernos en todos los puntos antes indicados a los que no llegue la acción privada.

Por estos motivos, y en razón de la cooperación internacional que se ha manifestado durante este Curso, se desea y se recomienda:

6. El desarrollo del Centro de Ciencias Criminológicas de Pau.

7. La continuación de las investigaciones llevadas a cabo por el servicio de "La Sauvegarde de l'enfance du Pays Basque", investigaciones que han sido unánimemente estimadas y que pueden servir de base a una enseñanza universitaria de formación del personal.

8. La creación de un Instituto de Criminología en la Facultad de Derecho de San Sebastián, con doble función de investigación y enseñanza.

9. La federación de estos Institutos y servicios en un Centro Internacional, cuya utilidad ha sido demostrada por los trabajos del presente Curso.

IX CONGRESO INTERNACIONAL DE DEFENSA SOCIAL EN AMERICA LATINA

Se celebrará este Congreso en Caracas, durante los días 3 al 7 del mes de agosto del presente año. Preside el Comité Organizador el doctor Mendoza Troconis; es secretario Científico, el doctor Canestri, y secretario de organización, el doctor Contreras Pulido. El programa provisional es el siguiente:

Día 3: Sesión de apertura.—Sección I. Aspectos sociológicos.

Día 4: Sección II. Aspectos antropológicos, culturales, psicológicos y criminológicos.—Sección III. Aspectos jurídicos.

Día 5: Libre.

Día 6: Sección IV. Soluciones a los procesos de marginalización desde los puntos de vista tanto social como jurídico. Asamblea General de la Sociedad Internacional de Defensa Social.

Día 7: Informe General de Síntesis.—Sesión de clausura.

SEMINARIO SOBRE "LA SOCIEDAD ESPAÑOLA Y LA CRIMINALIDAD"

Presidida por el Director General de Instituciones Penitenciarias, señor Les cure, por iniciativa de Castellón Mora y con la asistencia de Denis Szabo—Director del Centro Internacional de Criminología Comparada de la Universidad de Montreal—, el día 21 de mayo del año en curso, se ha celebrado en Madrid la *Reunión preparatoria para la celebración de un seminario nacional sobre LA SOCIEDAD ESPAÑOLA Y LA CRIMINALIDAD*.

Este seminario nacional se pretende desarrollar en la última semana del mes de abril de 1977, siendo preparatorio de otro que posteriormente se celebrará en Madrid, en fecha no determinada, sobre *Criminología comparada en los países del área mediterránea*.

Los temas a tratar que se proponen son: Grupo I, *La criminalidad adulta*; Grupo II, *Delincuencia juvenil*, y Grupo III, *El sistema de justicia penal*.

Asistieron a esta reunión, junto con las ya indicados: Alarcón Bravo, Beristain Ipiña, Castro Bravo, Cobo del Rosal, García Valdés, Garrido Guzmán, Laguía, López Oruezábal, Oliva García, Rodríguez Devesa, Rodríguez Gandul, Rodríguez Mourullo, Serrano Gómez, Tavera Benito, Toca Becerril, del Toro Marzal y Velasco Escassi.

Se nombraron las comisiones para la iniciación de los trabajos.

NUEVOS CATEDRATICOS DE DERECHO PENAL

Ha sido nombrado catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, don Marino Barbero Santos; de la Universidad de Salamanca, don Enrique Gimbernat Ordeig, y de la Universidad de Extremadura, don José Ramón Casabó Ruiz. Todos han sido colaboradores de esta Revista —Gimbernat, secretario de la misma durante muchos años.

NUEVOS PROFESORES AGREGADOS DE DERECHO PENAL

Han sido nombrados profesores agregados de Derecho penal, en vitruo de concurso-oposición, don Miguel Bajó Fernández, don Luis Rodríguez Ramos y don Santiago Mir Puig, de las Universidades de Valladolid, Oviedo y Autónoma de Barcelona, respectivamente. Todos ellos han sido colaboradores de Esta Revista.

COMISION GENERAL DE CODIFICACION

Han sido nombrados vocales permanentes de esta Comisión los catedráticos de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, profesores Ferrer Sama y Rodríguez Devesa, codirectores del ANUARIO DE DERECHO PENAL. Ambos, junto con el también catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid, Rodríguez Mourullo, forman parte de la Sección IV, que se ocupa del *Derecho penal y penitenciario*.

Se nombra secretario de la Sección IV, de la Comisión General de Codificación, a don Francisco Bueno Arús, profesor adjunto de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid, también colaborador de esta Revista.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXIX

AÑO 1976

TOMO XXIX - FASCICULO I - ENERO - ABRIL

	Páginas
SECCION DOCTRINAL	
<i>Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho penal alemán</i> , por el profesor-doctor Hans-Heinrich Jescheck	5
<i>"Versari in re illicita" y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio</i> , por Angel Torío López	17
<i>La reincidencia en el Código penal</i> , por Alfonso Serrano Gómez ...	45
<i>La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas</i> , por Antonio García-Pablos de Molina	88
 CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Comisión redactora del Código penal tipo para Latinoamérica</i>	117
 SECCION LEGISLATIVA	
<i>Decreto 365/1976, de 26 de febrero, orgánico de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia)</i>	125
<i>Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que se revisa el de Prevención del Terrorismo 10/1975, de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos. ("Boletín Oficial del Estado", de 19 de febrero de 1976)</i>	134
<i>Ley Reguladora del Derecho de Reunión. Proyecto de Ley de 17 de febrero de 1976. ("B. O. de las Cortes Españolas", núm. 1.486, de 1 de marzo)</i>	136
<i>Derecho de Asociación Política. Proyecto de Ley de 18 de marzo de 1976. ("B. O. de las Cortes Españolas", núm. 1.492, de 24 de marzo)</i>	141
<i>Modificación de determinados artículos del Código penal relativos al Derecho de Reunión, Asociación, Expresión de las Ideas y Libertad de Trabajo. Proyecto de Ley de 12 de abril de 1976. ("Boletín Oficial de las Cortes Españolas", núm. 1.498, de 19 de abril)</i>	147
 SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Jurisprudencia penal 1976</i> , por Pedro-Luis Yáñez Román	151
REVISTA DE LIBROS	183
NOTICARIO	200

Crónicas Extranjeras

Comisión redactora del Código penal tipo para Latinoamérica 117

Sección Legislativa

Decreto 365/1976, de 26 de febrero, orgánico de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia) 125

Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que se revisa el de Prevención del Terrorismo 10/1975, de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos. ("Boletín Oficial del Estado", de 19 de febrero de 1976) 134

Ley Reguladora del Derecho de Reunión. Proyecto de Ley de 17 de febrero de 1976. ("B. O. de las Cortes Españolas", núm. 1.486, de 1 de marzo) 136

Derecho de Asociación Política. Proyecto de Ley de 18 de marzo de 1976. ("B. O. de las Cortes Españolas", núm. 1.492, de 24 de marzo) 141

Modificación de determinados artículos del Código penal relativos al Derecho de Reunión, Asociación, Expresión de las Ideas y Libertad de Trabajo. Proyecto de Ley de 12 de abril de 1976. ("Boletín Oficial de las Cortes Españolas", núm. 1.498, de 19 de abril). 147

Sección de Jurisprudencia

Jurisprudencia penal 1976, por Pedro-Luis Yáñez Román 151

Revista de Libros 183

Noticario... 200

Suscripción anual: España, 1.200 pesetas
Extranjero, 1.350 pesetas

Número suelto, España, 480 pesetas
Extranjero, 600 pesetas