

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXIX
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXXVI

Sección Legislativa

<i>Derecho de reunión. Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del Derecho de reunión</i>	329
<i>'Derecho de Asociación Política. Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el Derecho de Asociación Política</i>	337
<i>Código Penal. Ley 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo.</i>	344
<i>Amnistía Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía.</i>	349

CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.

a) Circulares:

<i>1/1975. Extensión a todos los procedimientos penales del Fuero Especial de Autoridades</i>	353
<i>3/1975. Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975</i>	354
<i>4/1975. Normas sobre aplicación del Decreto de Indulto de 25 de noviembre de 1975</i>	380
<i>5/1975. Conductas delictivas en materia de vivienda</i>	390
<i>6/1975. Normas específicas y complementarias a la Circular 4/1975.</i>	397
<i>1/1976. Normas sobre publicaciones y espectáculos contrarios a la moral</i>	402

b) Consultas:

<i>2/1975. Rebeldía; Prescripción del delito</i>	408
<i>3/1975. Redención de penas por el trabajo. Cómputo de tiempo</i>	411
<i>4/1975. La privación del derecho a obtener el permiso de conducir vehículos de motor y la posibilidad de su quebrantamiento</i>	413
<i>1/1976. Interpretación del artículo 350 del Código Penal</i>	416
<i>2/1976. Interpretación de los conceptos de reincidencia y rehabilitación revocada del artículo 118, párrafo tercero, del Código Penal.</i>	420

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1976, por Alfonso Serrano Gómez</i>	426
--	-----

<i>Revista de Libros</i>	441
---------------------------------	-----

<i>Noticario</i>	459
-------------------------	-----

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: Enero-abril 1976

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

CORRESPONDENCIA

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

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

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

**ANUARIO
DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXIX
FASCICULO II**



**MAYO-AGOSTO
MCMLXXVI**

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

Depósito Legal, M. 126.—1958

La reciente reforma del Código penal español (Ley 23/1976, de 19 de julio) *

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad
Complutense de Madrid

I

INTRODUCCIÓN

La muerte del Jefe del Estado el 20 de noviembre de 1975 puso término a una larga etapa del poder personal y autoritario. El profundo cambio político que se produjo tenía que encontrar necesariamente un inmediato reflejo en el Código penal. Porque en él, más que en ninguna otra ley, se traducía un sistema en donde, si bien se mantenían ciertos derechos fundamentales, estaban sujetos a tales limitaciones que se tornaban inoperantes, sobre todo en orden al respeto a un legítimo pluralismo político.

El aciago destino que arrastró al país a la guerra civil se prolongó en los años que siguieron. La España republicana, vencida en los campos de batalla, triunfó ideológicamente. No medió un acuerdo entre vencedores y vencidos, que restableciera la paz, sino rendición incondicional. El Gobierno de la República en el exilio mantuvo igual intransigencia. La Segunda Guerra Mundial desencadenada poco después de concluir la guerra de España con la invasión de Polonia por los alemanes el 1.º de septiembre de 1939, mantuvo las esperanzas de los republicanos que confiaban en que los aliados restablecerían la República. La España de Franco se vio enfrentada con terribles problemas. La reconstrucción nacional, sin oro ni reservas de ninguna clase, las fuertes presiones para que saliera de su neutralidad, liquidar el endeudamiento exterior y hacer frente al bloqueo internacional. Todo ello inmersa en una situación de enorme penuria que el pueblo recuerda con el nombre de "años del hambre". Hasta 1953 en que se

* Artículo escrito para el Homenaje al Ministerialdirigent Dr. Eduard DREHER, publicado con autorización de la editorial Walter de Gruyter & Co.

firman los Tratados con los Estados Unidos y el Concordato con la Santa Sede, no consigue el país salir de su aislamiento.

Durante el duro período que siguió a la guerra civil se dictaron disposiciones penales de una gran severidad. El derecho de reunión, regido por una ley de 1880 no derogada, se restringió por una Orden Circular de 20 de julio de 1939 exigiendo autorización ministerial incluso para “los actos públicos de conmemoraciones, inauguraciones, dedicaciones, homenajes y otros análogos” (regla 3.^a), sin exceptuar más que las reuniones que se celebrasen por “asociaciones legítimamente establecidas” y las procesiones del culto católico (regla 2.^a). En cuanto al derecho de asociación, regulado antes por una ley de 1887, a partir de 1936 experimentó profundas transformaciones que en el orden político afectaron a una serie de partidos, agrupaciones y organizaciones. La llamada ley de responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939, derogada en 1971, confirmó el Decreto número 108 de la Junta de Defensa de 12 de septiembre de 1936 que colocaba “fuera de la ley” a todos los partidos o agrupaciones políticas asociadas que integraron desde las elecciones de febrero de 1936 el denominado Frente Popular y cuantas organizaciones se opusieron a las fuerzas que cooperaron con el Movimiento Nacional, enumerando hasta veinticinco partidos y grupos e incluyendo “todas las logias masónicas” y cualquier otra entidad, agrupación, partido filial o de análoga significación “previa declaración oficial de hallarse, como los anteriormente relacionados, fuera de la ley” (Ley 1939, art. 2.^o). La ley de 15 de noviembre de 1971 declaró expresamente en vigor el artículo 2.^o de la ley de 1939. La vieja ley de 1887 fue sustituida por la de 24 de diciembre de 1964. El Decreto-Ley 7/74, del 21 de diciembre, reguló por primera vez desde 1936 el derecho de asociación política.

La legislación penal de la posguerra se caracterizó por su extremo rigor. El bando militar de 28 de julio de 1936, que extendió la declaración del estado de guerra a todo el territorio nacional, consideraba a quienes celebrasen “cualquier reunión, conferencia o manifestación pública sin previo permiso de la autoridad, y a quienes asistieren, como reos del delito de rebelión militar (por equiparación), lo cual permitía llegar incluso a la pena de muerte. La vigencia del Bando concluyó en fecha no exactamente determinada. Desde luego no estaba en vigor en 1946 (1). Superponiéndose a ésta se dictaron varias disposiciones. Recordaré tan sólo la llamada Ley de masonería y comunismo de 1.^o de marzo de 1940, no derogada de modo expreso hasta la Ley de 15 de noviembre de 1971 (2). La Ley para la seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, donde por primera vez se incriminaron las propagandas ilegales con una extensión y amplitud hasta entonces desconocidas en nuestra legislación, fue incorporada en su totalidad al texto refundido del Código penal de 1944, pero no se

(1) Cfr. mi *Derecho penal español. Parte general*, 5.^a ed. 1976, pág. 147.

(2) Cfr. mi *Derecho penal español. Parte especial*, 6.^a ed. 1975, pág. 653.

derogó abiertamente hasta 1947 (3). Las penas para los directores o promovedores de una reunión o manifestación ilegal podían llegar hasta los doce años (art. 170); las de los fundadores, organizadores o directores de una asociación cuyo fin fuera "la subversión violenta o la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado" eran de doce años y un día a veinte años (art. 174, 1.º, párrafo tercero); la pena de las propagandas ilegales era de seis meses y un día a seis años, pudiendo llegar a los doce años de privación de libertad si concurría el fin de perjudicar el crédito o la autoridad del Estado (arts. 251 y 253).

Esta era la situación en el momento de ocurrir la reforma. Confusión incluso sobre los preceptos penales vigentes en cada momento. Vaguedad (4) en la descripción de las conductas punibles. Defectuosas relaciones de alternatividad, porque en múltiples ocasiones podía estar legitimada también la aplicación de otras disposiciones del propio Código. Y como denominador común, una tremenda severidad. Es preciso, sin embargo, tratar de explicarse (comprender no es justificar) cómo se llegó a esa situación. Para ello hay que retrotraerse a los años en que se afirman y consolidan los criterios que informaron nuestro Código penal hasta la reforma de 1976, es decir, a los años de la guerra civil y de la posguerra. Los partidos políticos y grupos declarados "fuera de la ley" mantuvieron dentro del país una guerrilla que, como de manera maestra ha descrito Cholojov en *El Don apacible* (5) degeneró con el transcurso del tiempo en bandidaje. La España republicana encontró en el exilio importantes ayudas materiales y morales. Los exiliados que combatieron con el General francés Leclerc invaden el país por los Pirineos. Los vencidos consiguen en el exilio un bloqueo que se prolonga largo tiempo y trata de doblegar a España por el hambre. Una política muy activa consiguió dificultar constantemente a todos los niveles nuestras relaciones internacionales, tanto bilaterales como multilaterales. De nada sirvió la neutralidad observada durante la Segunda Guerra Mundial, con indudable beneficio para los aliados. El pluralismo político y la ideología liberal habían triunfado en el mundo occidental dentro del que se encuentra enclavada España geográficamente. La consecuencia fue que los problemas políticos internos se entrecruzaron con los de orden internacional. La seguridad interior del Estado con la seguridad exterior. La solución que se adoptó con las potencias del Eje: ocupación por los ejércitos aliados, no era posible en España ni podía aducirse pretexto alguno para ello, aunque estuviera bien vista en algunos círculos de exiliados. Las reuniones, manifestaciones, asociaciones, propagandas de matiz político discrepante se identificaron así como una amenaza a la independencia del país. Esto per-

(3) Cfr. *op. cit.*, pág. 524, n. 10.

(4) Véanse *Recomendaciones de las Primeras Jornadas de Profesores numerarios de Derecho penal en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1972, pág. 616.

(5) CHOLOJOV, *El Don apacible*, versión castellana de Pedro CAMACHO, Barcelona, ediciones G. P., 1965, *passim*.

mite comprender la dureza de la reacción penal, aun prescindiendo de que las ideas punitivas imperantes no habían sufrido todavía el impacto del repudio general, extendido más tarde contra las penas muy largas privativas de libertad y contra las penas cortas de prisión, que se empieza macar particularmente desde el Congreso de las Naciones Unidas de 1960 en Londres. La inercia, el conservadurismo-jurídico y, acaso, el subconsciente nacional, hicieron el resto.

El sistema severamente represivo estaba condenado al fracaso. Apenas salió el país de la agobiante penuria económica que siguió a la guerra civil, los intercambios internacionales con el mundo occidental aumentaron hasta colocar a España en uno de los más preeminentes lugares del turismo internacional, al tiempo que una gran masa de trabajadores emigró a otros países europeos. La efectividad de las normas punitivas pasó de dudosa a inoperante. Los partidos políticos, no sólo resistieron, sino que proliferaron de modo inaceptable en la clandestinidad (6). La propaganda clandestina de la oposición se repartía abiertamente en fábricas y Universidades, en las que se vendía por el procedimiento de "sírvese usted mismo", la prensa socialista y comunista. El coeficiente de detenciones era insignificante al lado de la enorme magnitud de la cifra negra. De otro lado, las penas impuestas fueron objeto de una mitigación constante, primero por la institución de la redención de penas por el trabajo en 1938 (incorporada al derecho común con el Código de 1944) y luego con una larga serie de indultos generales (7) complementados con una revisión sistemática de las sentencias dictadas, amparándose en lo prevenido en el artículo 2.º del Código penal (por entender que las penas eran excesivas) y en la Circular de 25 de enero de 1940 de la Presidencia del Gobierno, en virtud de la cual se organizó en cada capital de provincia una "Comisión de examen" de penas (8) para unificar criterios.

(6) Según *Equipo de Redacción: España, 200 grupos políticos clandestinos en Plataforma*, núm. 1, del 20 octubre 1975, págs. 8 y ss., los doscientos grupos que mencionan no constituyen la totalidad de los que integran la oposición. BLANCO TOBÍO, *Tescientos quesos en ABC* del 13 de agosto de 1976. afirmaba que las "agrupaciones políticas censadas hasta la fecha en España" son unas trescientas.

(7) Hubo indultos generales en 1945, 1947, 1949, 1952, 1958, 1961, 1963, 1964, 1965, 1971 y 1975. El mismo efecto práctico surtieron las normas sobre libertad condicional, prescindiendo del tiempo que normalmente se requiere para su concesión, que es el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena: en 1940 la libertad condicional se extendió hasta las penas de seis años, en 1941 hasta las de doce años, 1942 a los catorce años y ocho meses, y en 1943 hasta los veinte años. También se dictaron normas ampliando progresivamente hasta los veinte años la libertad provisional. Estas y otras instituciones trataron de conciliar el rigor de la ley con la sensibilidad del país. El cambio de concepciones penitenciarias ha hecho que en los decretos de indulto promulgados a partir de 1961 se haya concedido indulto total del resto de la pena a los condenados a penas privativas de libertad que hubieran cumplido veinte años de reclusión efectiva.

(8) El texto íntegro de la Circular puede consultarse en FERNÁNDEZ ASIAÍN, *El delito de rebelión militar* (¿Madrid, 1943?), págs. 202 y ss.

II

EL PROYECTO

El Consejo de Ministros del día 18 de marzo de 1976 acordó remitir, como se hizo el día 8 de abril, a las Cortes un Proyecto de reforma de los preceptos del Código penal relativos a los derechos de reunión, manifestación, asociación y libertad de expresión, el cual se publicó por decisión del Presidente de las Cortes del día 12 de abril en el Boletín Oficial de las Cortes Españolas, número 1.498, del 19 de abril. El Proyecto constaba de cuatro artículos. Por el primero se proponía la modificación de los artículos 166, 171 (reuniones ilegales), 172, 174 (asociaciones ilícitas), 251 y 253 (propagandas ilegales) del Código; el segundo pretendía reducir las penas previstas en los artículos 132 y 252 (circulación de noticias o rumores falsos, desfigurados o tendenciosos) a las inferiores en grado; el tercero consideraba la conveniencia de adicionar un nuevo artículo, 499 bis a) para castigar específicamente la coacción a una huelga o cierre empresarial; y el cuarto contenía una cláusula derogando los artículos 173, 175 (asociaciones ilícitas) y 268 bis, este último por contener "una presunción impropia de la técnica penal" para el caso de que "no aparecieran los jefes, promotores, organizadores o directores" en los delitos previstos en el Título II del Lib. II (Delitos contra la seguridad interior del Estado). Se presentaron sesenta enmiendas, suscritas por treinta y seis Procuradores en Cortes. Algunos de ellos presentaron varias (Navarro López firmó once; Cristóbal Montes, siete; Moya Clúa y Fernández Carrió, cuatro cada uno; Cercós, Pérez y Martínez de Salinas, dos cada uno). El número de enmiendas no puede entenderse como igual al de los reparos que formularon los enmendantes, porque algunos acumularon varias enmiendas en un único escrito, mientras que otros presentaron cada enmienda por separado.

Prescindiendo por ahora de la nueva figura de coacciones para una huelga o cierre empresarial, hay una característica clara en el Proyecto, a saber, una considerable reducción de las penas, acentuada más tarde en la ley. Una segunda nota muy marcada fue la de eliminar radicalmente la ingerencia de las autoridades gubernativas en la apreciación de cuáles habían de ser las conductas punibles. Desde el Código de 1870 se reputaban reuniones o manifestaciones no pacíficas (9) aquellas que se celebrasen infringiendo las "disposiciones de policía establecidas con carácter general" (10) y ya hemos visto que

(9) Sobre las relaciones con la Constitución de 1869 del que era en el Código de 1870 art. 189, véase GROIZARD, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, vol. III, 1874, pág. 246.

(10) Este supuesto se mantuvo inalterado en los mismos términos que en 1870 en los Códigos de 1932 (art. 176, 1.º) y 1944 (art. 166, 1.º) hasta el texto refundido de 1973. La liberalización de los derechos de reunión y manifestación no se ha producido hasta la Ley 17/1976, que se cita más adelante en el texto.

la Orden Circular de 1939 no exceptuaba de la previa autorización ministerial más que las asociaciones legítimamente constituidas y las procesiones del culto católico (11). En materia de asociaciones el Código de 1944 añadió dos casos: las prohibidas por la autoridad competente y las que se constituyeran sin haber cumplido los trámites exigidos por la ley (12). Todos estos supuestos desaparecieron en el Proyecto, aunque en él se apreciaba un residuo del antiguo artículo 172, 4.º en cuanto a las asociaciones políticas (13). Por lo tanto, trató de conseguir una separación más neta entre el injusto administrativo y el injusto penal. Finalmente, el Proyecto interrelacionó los delitos de reuniones y manifestaciones ilegales, asociación ilícita y propaganda ilegal, tomando como punto de referencia las asociaciones ilegales. Las reuniones, manifestaciones y propagandas pasaban a constituir delito cuando persiguieran los fines consignados para las asociaciones ilícitas (14).

La discusión del Proyecto no fue placentera (15), a pesar de que nada lo hacía presagiar. El Pleno de las Cortes del 14 de julio, día en que se aprobó la ley, estuvo lleno de tensiones e incertidumbre (16). Sin embargo, la Cámara había aprobado el proyecto de ley de asociaciones políticas (Ley 21/1976, de 14 de junio, "B. O. E. núm. 144,

(11) El Tribunal Supremo mantuvo constantemente la vigencia de la Orden de 1939, como, por ejemplo, en la sentencia de 4 febrero 1974. La tesis era insostenible en virtud del principio de jerarquía de las normas, reconocido de modo expreso por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido de 26 de julio de 1957, art. 28, en relación los arts. 25 y 26, porque estaba en contradicción con la ley de 1880.

(12) Art. 172, núms. 3.º y 4.º

(13) Porque, aun suprimiendo el núm. 4.º del art. 172, comprendía en el repertorio de asociaciones ilícitas "las que pretendieran constituirse o actuar al margen de lo establecido en la Ley de Asociaciones Políticas, aun cuando su constitución se encubra en cualquier forma social reconocida por las leyes" (Proyecto, art. 172, 5.º) y "las que cualquiera que sea la forma que adopten, encubran una asociación política disuelta o suspendida de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Asociaciones Políticas" (Proyecto, art. 172, 6.º). No obstante el criterio era más liberal que el mantenido desde 1944, puesto que aludía no a cualquier asociación, sino tan sólo a las asociaciones políticas.

(14) Para los delitos de reunión o manifestación ilícita bastaba que persiguieran cualquiera de los fines previstos en el art. 172 (Proyecto, art. 166, 1.º), pero para las propagandas ilegales se remitía, con criterio más restrictivo, a los recogidos en los números 3.º y 4.º del art. 172 que en el Proyecto eran los fines de subversión violenta, destrucción del orden jurídico, político, social o económico, ataques a la soberanía, unidad o independencia de la Patria o a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional (art. 172, 3.º) y de implantar un régimen totalitario (art. 172, 4.º).

(15) Al escribir estas líneas no se habían publicado todavía los Diarios de Sesiones del Pleno y de las Comisiones correspondientes a los debates, por lo que me atengo a la Prensa diaria que consagró gran extensión a estos temas.

(16) Cfr. Bonifacio DE LA CUADRA en *El País* del 15 julio 1976 ("La sesión plenaria tuvo, junto con otros atractivos, la incertidumbre del resultado —por vez primera en treinta y cinco años de Cortes españolas—..."). El ABC de misma fecha calificó la sesión de "laboriosa y movida" y "no exenta de tensiones". La misma tónica se halla subrayada en todos los grandes rotativos de la prensa diaria.

del 16) por 338 votos a favor, 91 en contra y 24 abstenciones. Importa señalar que esta ley remite la determinación de qué se entiende por asociaciones ilícitas al Código penal (17). También aprobó la ley 17/1976, de 29 de mayo ("B. O. E." núm. 130, del 31), reguladora del derecho de reunión y manifestación, con solos cuatro votos en contra y veinticinco abstenciones. Nada autorizaba a suponer que el Gobierno encontrase dificultades en la reforma del Código penal. No obstante, el Proyecto halló una fuerte oposición. Debíó discutirse el 6 de junio, pero ese Pleno se suspendió a causa de la crisis ministerial provocada por la dimisión de Arias Navarro. Llevado al Pleno del día 9 de junio, precisamente el día en que se aprobó por la mañana la Ley de Asociaciones Políticas, se acordó, en un debate agitado, que volviera de nuevo a la Comisión de Justicia para que dictaminase ajustándose a cinco "líneas fundamentales" (18). La Comisión no necesitó los cinco días que se le otorgaron. Tuvo bastante con los días 21, 22 y 23 de junio para elaborar el nuevo dictamen, que con una "sugerencia" (19) volvió a examinar el Pleno del día 14 de julio, sin duda histórico, en el cual tras tres votaciones (20) se aprobó la reforma por 245 votos a favor, 175 en contra y 57 abstenciones, margen como se ve muy escaso para el Gobierno, sobre todo si se tiene en cuenta que el Gobierno proporcionó 19 de los votos a favor de la modificación del Código penal (21). La oposición obstinada que halló la reforma se centraba en el tema de las aso-

(17) Cfr. Ley 21/1976, del 14 de junio, art. 1.º, núm. 4.

(18) Las llamadas "líneas fundamentales" fueron las siguientes: "1. Aceptación de la modificación del Código penal; 2. Que tal modificación afecte a los derechos de reunión, manifestación, asociación, propaganda ilegal, exposición de las ideas y libertad de trabajo; 3. Que son ilícitas las asociaciones que atenten contra la moral pública; 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 nacional; las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica; las que por disciplina internacional promuevan un Estado totalitario; 4. Que se tipifique toda acción contra la libertad de trabajo; 5. Que se adecuen las penas" (Véase *Ya* del 12 junio 1976).

(19) La "sugerencia" que elevó la Comisión de Justicia a la Presidencia de las Cortes, como alternativa a la fórmula del núm. 5.º del art. 172, se aprobó en su seno por 27 votos a favor, 7 en contra y 3 abstenciones (*Ya* del 26 junio 1976). Su texto era como sigue: "Las que, por su objeto, programa, actuación o circunstancias, atenten a la dignidad o a la libertad humana, o sean contrarias al pluralismo asociativo como medio para la participación política." El texto se votó dos veces en el Pleno. Una para decidir si se votaba incorporarlo al Proyecto, con 226 a favor, 203 en contra y 57 abstenciones, y otra sobre su incorporación al Dictamen con resultado negativo, por 240 votos en contra, 198 a favor y 49 abstenciones (*Ya* del 15 julio 1976).

(20) Las dos primeras votaciones fueron las apuntadas en la nota anterior, la tercera sobre la ley de modificación del Código penal. La propuesta elevada por los cuatro Grupos Parlamentarios a que se alude más adelante en el texto con objeto de prohibir de modo expreso el Partido comunista, no se puso a votación por aplicación estricta del Reglamento de las Cortes por el Presidente de la Cámara (*ABC* del 15 julio 1976).

(21) Menos el Ministro del Aire, que no estaba presente en ese momento (*ABC* del 15 de julio 1976).

ciaciones ilícitas. El informe de la Ponencia (22) había conservado la referencia a los fines de las asociaciones ilegales como nexo entre éstas y las reuniones y manifestaciones ilícitas de una parte, y de otra las propagandas ilegales. Por consiguiente, el *punctus pruriens* se hallaba aquí, tanto más cuanto que la cuestión se relacionaba estrechamente, a su vez, con la de los partidos políticos (23). Esto fue expresado con la máxima claridad en la intervención del Procurador Díaz Llanos, al afirmar que “los citados artículos 172-3 y 173-3 del Código penal hasta hoy vigentes, en relación con el artículo 2.º de la ley de 9 de febrero de 1939 y la ley de 1 de marzo de 1940, han venido invocándose para castigar a los marxistas, troskistas y extremistas en centenares de sentencias del Tribunal Supremo” por lo que, añadía, nadie puede negar que se “suprime la sanción de la ilegalidad y los tipos quedan sin pena alguna” (24). Por eso se devolvió el Proyecto a la Comisión de Justicia el día 9 de junio, y por eso en el Pleno del 14 de julio cuatro Grupos parlamentarios presentaron un escrito dirigido al Presidente de las Cortes, pidiendo que se incluyeran *expressis verbis* en el número 5.º del artículo 172 “en todo caso, los grupos, asociaciones o partidos comunistas, nacionales o internacionales”. El debate estuvo en gran medida dominado por este problema. Aunque la propuesta no prosperó en el sentido de llevar al Código penal un repudio expreso del partido comunista, la Ponencia no se atrevió a llegar a una negativa rotunda. Escrivá de Romaní (de la Ponencia) dijo en el Pleno del 14 de julio que con “el punto 3.º del artículo 172” se podía sancionar “la casi totalidad de las asociaciones o partidos que, políticamente hablando, deben considerarse inadmisibles en cualquier país civilizado, y, concretamente, el partido comunista”, palabras que hizo suyas el Ministro de Justicia antes de la votación (25). Pero, lo cierto es que no hubo condena nominativa de ningún partido político, abriendo a todos una opción para participar en la vida política siempre y cuando respeten lo dispuesto en el Código reformado, que se examina a continuación.

(22) Puede verse el texto del informe de la Ponencia, publicado como anexo en el “Boletín Oficial de las Cortes Españolas”, núm. 1.508, en *Pueblo* del 6 junio 1976.

(23) Porque en la antigua redacción se mencionaba expresamente el artículo 173, 3.º (“Las asociaciones, organizaciones, *partidos políticos* y demás entidades declaradas fuera de la ley y cualesquiera otras de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso”). Al suprimir la vinculación al art. 2.º de la ley de 1939 con la derogación del artículo 173 en bloque, se desprende automáticamente que el mero hecho de pertenecer a un partido político no constituye, sin más, delito, lo que conjugado con el art. 1.º de la ley de asociaciones políticas da como resultado su licitud.

(24) Intervención de Díaz-LLANOS en la sesión del Pleno del 9 de junio de 1976 (*Ya* del día 10 de junio).

(25) Las palabras del Ministro de Justicia fueron éstas: “Queremos decir con toda claridad que el Gobierno asume el dictamen que nos ofrece la Comisión de Justicia” (*ABC* del 17 julio 1976).

III

LA REFORMA

La "Ley 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo" ("B. O. E.") número 174, del 21), sigue fundamentalmente el primer dictamen de la Ponencia, salvo en materia de asociaciones ilícitas que por haber constituido el tema central de las discrepancias merecen ser tratadas en primer lugar.

En materia de *asociaciones ilícitas*, el Proyecto proponía la derogación del artículo 173 y la modificación de los artículos 172 y 174. Respecto al artículo 172, donde se definían, el Dictamen se limitó a prescindir en el número 1.º de la referencia a las buenas costumbres, omitiendo los números 4.º, 5.º y 6.º del Proyecto relativos a la finalidad de implantar un régimen totalitario y a los casos de asociaciones políticas constituidas al margen de la Ley 21/1976 o que encubrieran un asociación disuelta o suspendida con arreglo a la misma ley. Por lo tanto, quedaron reducidos a cuatro los siete casos del Proyecto, a saber, los dos tradicionales (sin la referencia las buenas costumbres) más el de las asociaciones que tuvieran por objeto la subversión violenta, etc., heredado del texto de 944 y el relativo a la discriminación, que carece de antecedentes. Las "líneas fundamentales" aprobadas por el Pleno del 9 de junio dieron lugar a la adición de un número 5.º para incluir las asociaciones que, "sometidas a una disciplina internacional, se propongan implantar un régimen totalitario" (26). El primer Dictamen de la Ponencia dulcificó también las penas previstas en el Proyecto, criterio mantenido por la Ley. Ahora no se impone ninguna pena privativa de libertad superior a prisión menor (seis meses y un día a seis años) y para los meros afiliados, "sean miembros activos o no", de las asociaciones que propugnan la discriminación o son contrarias a la moral pública, la pena es multa de 10.000 a 50.000 pesetas (art. 175, 2.º, nueva redacción); para los que cooperan económicamente o de cualquier otro modo a la fundación, organización o actividades de las asociaciones previstas en los números 2.º, 3.º y 5.º (que tengan por objeto cometer algún delito, la subversión o la implantación de un régimen totalitario) la pena es, alternativamentefi arresto mayor (un mes y un día a seis mesés) o multa de 10.000 a 100.000 pesetas. El problema del partido comunista queda soslayado. Está fuera de duda que el llamado "comunismo nacional" no está sancionado en la ley.

Respecto a las *reuniones o manifestaciones ilícitas*, el primer Dictamen de la Ponencia, seguido, con la única salvedad que luego se

(26) Criticaron el adjetivo "totalitario" por su imprecisión las enmiendas 2 (FUJARDO), 43 (LORING) y 44 (PRIMO DE RIVERA), Sobre los problemas que va a plantear el art. 172, 5.º, véase: RODRÍGUEZ MOURULLO, *Errores técnicos en el Proyecto de ley en El País* del 20 junio 1976.

dirá, por la Ley, se apartó bastante del Proyecto. En éste se prevenían tan sólo dos supuestos, aquellas que tuvieran por objeto alguno de los fines que se enunciaban para las asociaciones ilícitas y las que se celebraran con un concurso “considerable de personas armadas”. Los casos han aumentado hasta cuatro: “que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública”, “que se celebren con el fin de cometer algún delito”, que tengan por objeto “alguno de los fines previstos en el número 3.º del artículo 172” (la subversión violenta etc.), y “aquellas a las que concurra un número considerable de personas (27) con armas, artefactos explosivos (28) u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos”. La única novedad en relación con el Dictamen de la Ponencia es la específica consignación de los “artefactos explosivos”.

Las más importantes variaciones respecto a la anterior redacción y al Proyecto inicial se hallan en la definición de las *propagandas ilegales*. La ley castiga ahora en el artículo 251, con las penas de arresto mayor (29) y multa de 10.000 a 50.000 pesetas, “a los que realicen propaganda de todo género y en cualquier forma dentro del territorio español, o fuera de él, si se tratase de españoles, con alguno de los fines siguientes: 1.º Realizar o proyectar un atentado contra la seguridad del Estado o lesionar los intereses u ofender la dignidad de la Nación española. 2.º Cualquiera de los señalados en los números 3.º 4.º y 5.º del artículo 172”. En el concepto de propaganda incluye la ley, siguiendo el primer Dictamen de la Ponencia, “los dibujos o escritos en paredes, vallas o edificios” (30). Se ha suprimido el tipo cualificado por el “abuso de funciones docentes” (art. 251, párrafo último, redacción anterior). También se ha modificado el artículo 253, que antes permitía elevar la multa hasta cuatro millones de pesetas apreciando las “circunstancias del delincuente, especialmente su situación económica” y también imponer las penas de inhabilitación absoluta o especial en ciertos casos.

Finalmente, la ley acepta el criterio de llevar al artículo 496 (31) las

(27) Las enmiendas 3 (MORENO ARENAS), 11 (NAVARRO LÓPEZ) y 28 (YAGÜE YUS) propusieron la supresión de esta referencia, tradicional por lo demás en nuestro Código, “porque la gravedad o el peligro estriba en la utilización de medios que pongan en peligro la vida”. La enmienda 45 (LÓPEZ HENARES) proponía se diera la cifra convencional de más de diez personas, por la imprecisión que conlleva lo de “número considerable”.

(28) Los “artefactos explosivos” se añadieron el 21 de junio en la Sesión de la Comisión de Justicia. No figuraban, ni en el Proyecto, ni en el primer Informe de la Comisión.

(29) La reducción de la pena de prisión menor que figuraba en el Proyecto responde a las enmiendas núms. 35 (CÉRCOS PÉREZ) y 60 (ESCUDERO y RUEDA).

(30) Parece innecesario desde el momento en que se menciona “cualquier procedimiento que facilite la publicidad”.

(31) En el Proyecto se situaba entre los “delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo”, introduciendo un nuevo art. 499 bis a). Las “Observaciones” de DÍAZ-LLANOS (enmienda núm. 30) indujeron a la Ponencia en su primer informe a trasladar la novedad al art. 496 (coacciones) mediante la adición de dos párrafos. Cuando el Proyecto fue devuelto a la Comisión de Justicia después del Pleno del día 9 de junio, sostuvo DÍAZ-LLANOS que

coacciones para apoyar una huelga, paro o cierre empresarial, mejorando simplemente la redacción y reduciendo las penas privativas de libertad, que en el Proyecto eran de prisión menor y prisión menor en su grado máximo para los casos cualificados por tratarse de personas ajenas al conflicto o “portar armas o instrumentos peligrosos”, penas que ahora son de arresto mayor en su grado máximo (y multa de 10.000 a 100.000 pesetas) y prisión menor, respectivamente.

En cuanto a los *artículos 132 y 252*, para los que el Proyecto proponía sustituir la prisión mayor por prisión menor, la tónica de benignidad se acentúa en la ley sustituyendo, además, las penas de inhabilitación absoluta que esos artículos señalaban por la de inhabilitación especial (32). La ley ha dejado, también, sin contenido los artículos 173 y 268 bis.

La *disposicional adicional* de la ley contiene normas para la aplicación con efecto retroactivo de los preceptos más favorables, estableciendo que cuando se trate de penas de distinta naturaleza sea oído el reo. La *disposición* final ordena que entre en vigor el mismo día de su publicación, que fue el 21 de julio de 1976.

IV

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Destaca como nota positiva, en contraste con la situación anterior, una notable moderación de las penas. Al predominar las penas de prisión menor y arresto mayor será posible en gran número de casos hacer aplicación de la remisión condicional de la pena cuando se trate de delincuentes primarios y se cumplan las condiciones prevenidas en los artículos 92 y siguientes del Código penal. También merece encomio la simplificación y mejor redacción que, en general, han recibido los artículos modificados. Igualmente ha de alabarse la derogación del artículo 268 bis que, como delito de sospecha, contenía una presunción para el caso en que no se hubiera acreditado quien fuera el jefe, promotor, organizador o director, presunción incompatible con una correcta técnica jurídico-penal. Y, asimismo, ha de elogiarse el propósito de eludir a todo trance la transformación automática de meras infracciones administrativas en delito.

debía llevarse al art. 247 (Desórdenes públicos) por razones procesales: para que fueran delitos de competencia del Tribunal de Orden Público, propuesta que no prosperó (*Ya* del 23 de junio de 1976).

(32) El *art. 132* se halla entre los “delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado” y castiga al español que fuera del territorio nacional haga circular noticias o rumores falsos, desfigurados o tendenciosos o ejecute actos de cualquier clase encaminados a perjudicar el crédito o la autoridad del Estado o a comprometer la dignidad o los intereses de la Nación española, y al extranjero que en España realice hechos de la misma clase. El *art. 252* se refiere también a la circulación de iguales noticias, rumores o actos con el propósito de perjudicar el crédito o la autoridad del Estado.

Pero la reforma debió haber sido más profunda y radical. Subsisten graves defectos de ambigüedad e imprecisión (33) difíciles de conciliar con el principio de legalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico-penal. Las raíces de esos defectos se hallan, a mi juicio, en que no se supieron formular con la necesaria claridad las metas político-criminales de la reforma, en el estrépito emocional que rodea estos temas en los momentos actuales y, sobre todo, en una herencia dogmática y jurisprudencial que no ha valorado nunca en su justa medida lo que debe constituir el supuesto básico en la materia. Trataré de explicarme lo mejor posible, tomando como referencia lo que ha sido el nudo polémico de la reforma, a saber, las asociaciones ilícitas.

En la reforma de los preceptos relativos a las asociaciones ilícitas destaca netamente la proscripción de los números tercero y cuarto del viejo artículo 172 y de su corolario, el número tercero del antiguo artículo 173. Es decir, se abandona el sistema de enumerar las asociaciones prohibidas designándolas nominativamente y el criterio de que basta incumplir disposiciones administrativas, tratándose de asociaciones de tipo político, para elevar el injusto administrativo a injusto criminal. De otro lado, tenazmente, como lo demuestra el incidente de la propuesta de los cuatro grupos parlamentarios en relación con el partido comunista, se sostiene que la ilicitud penal debe derivarse de los fines que la asociación en cuestión persiga y no de su nomenclatura. La *ratio legis*, tal como se desprende de los materiales, es inequívoca. Se pretende excluir del juego político tan sólo aquellas asociaciones de tipo extremista. Ahora bien, la consecuencia en el orden técnico debió ser declarar criminales únicamente aquellas asociaciones que tuvieran por objeto la realización de actividades delictivas. Pues con ello hubieran quedado incluidas, no sólo aquellas cuyo objeto fuera la comisión de delitos comunes, sino también las que tuvieran por finalidad la realización de delitos de los llamados políticos, como, por ejemplo, delitos contra la seguridad exterior del Estado, pues la separación por la violencia de una parte del territorio español constituye delito de traición, o delitos contra la forma de Gobierno o las leyes fundamentales como son los ataques por medios ilegales a la Constitución del Estado.

El no haber orientado técnicamente la reforma de las asociaciones ilícitas en esta dirección se debe, como decía antes, en parte al estrépito emocional que acompaña hoy a estos temas. Durante el siglo pasado la preocupación del legislador giraba en torno a las sociedades secretas (34). Actualmente, las organizaciones políticas extremistas, con sus múltiples conexiones internacionales y el empleo

(33) Las primeras opiniones de algunos penalistas (GARCÍA VALDÉS, RODRÍGUEZ MOURULLO, STAMPA BRAUN) al rotativo *El País* del 15 julio 1976 coinciden en denotar la persistencia de la inseguridad jurídica en materia de asociaciones ilícitas.

(34) Véanse los Códigos penales de 1848 (art. 202) y 1850 (art. 206), así como los Proyectos de 1880 (art. 201), 1882 (art. 180) y 1884 (art. 222).

del terrorismo con método de persuasión (35), han trastornado profundamente la conciencia colectiva a nivel nacional e internacional. El Derecho no es pura lógica. Hay un poderoso trastorno emotivo que no debe ser desconocido (36). De ahí el deseo de mencionar con nombres y apellidos las organizaciones que han de reputarse punibles. Acaso opera también un viejo residuo del pensamiento mágico. La impotencia del Estado para acabar con tales organizaciones le lleva a elevar más y más las penas, a dictar repetidas leyes para calmar sus propios temores y los de la colectividad, olvidando la vieja experiencia de que la eficacia de las leyes depende más que de su dureza de su grado de aplicación y olvidando que lo esencial para aplicarlas es descubrir el delito y capturar al delincuente, que escapa aquí con indeseable frecuencia a la ira de la ley. Esa raíz emocional conduce al casuismo, a fórmulas vagas como huidizos son los delincuentes a los que se pretende combatir, y a reiteraciones legislativas.

Finalmente, en toda la materia de asociaciones ilegales gravita el desacierto y deterioro del que debía constituir el único supuesto de ilicitud, a saber, el caso del número segundo del artículo 172. Apareció por primera vez en el Código de 1870. Sin duda sobre el modelo francés. Mas el Código español no limita la asociación de malfaiteurs al modo francés, restringiéndola a los delitos contra las personas o la propiedad (37), sino que le da un carácter más general. La fórmula permanece invariable desde 1870: son ilícitas las asociaciones "que tengan por objeto cometer algún delito". El empleo del singular arrastra a pensar que el delito de que se trata ha de ser concreto y determinado (38), pero una interpretación de tal clase carece de sentido en el contexto del Código, puesto que se halla prevista la conspiración para delinquir. Los tribunales no han hecho uso prácticamente del artículo 172, 2.º. Lo cual no deja de ser lamentable, porque es el único precepto que permite hacer frente a la delincuencia organizada, cada día más importante. Acaso convendría que se acudiera a una fórmula más plástica, como la de asociaciones que tengan por objeto "actividades delictivas, con independencia de la responsabilidad criminal que corresponda por los delitos cometidos". Pero, insisto, la fórmula, que permanece idéntica después de la reforma de 1976, es lo bastante expresiva, a mi entender y con arreglo a la opinión dominante, para comprender todos los casos merecedores de ser penados por la ley. Pues la asociación

(35) La repugnancia que siempre inspiró el aforismo de que el fin justifica los medios ha desaparecido, como lo demuestran los versos de Gabriel CELAYA: "La riada del pueblo / va hacia el bien por el mal / Y, entre escombros, levanta / el nuevo hombre social".

(36) Cfr. mi *Derecho penal español, Parte general*, 5.ª ed. 1976, pág. 11.

(37) Véase el art. 265, redacción dada por la ley de 18 diciembre 1893, del Código penal francés.

(38) Véase, por ejemplo, la tesis de RODRÍGUEZ RAMOS, *Suprimir artículos totalitarios*, en *Informaciones* del 26 junio 1976, equiparando la asociación para cometer algún delito a la conspiración para delinquir.

para delinquir, aun cuando no haya dado comienzo todavía a la ejecución de ningún delito determinado, es algo más que una simple exteriorización de una voluntad criminal, ya que supone el mantenimiento de una organización.

Creo que la proliferación de las figuras de delito en las propagandas ilegales responde a la misma razón: falta de uso de otras prescripciones que serían suficientes para solucionar el problema, sobre todo desde que la reforma de 1944 generalizó la punibilidad de la provocación para delinquir. Las disposiciones penales sobre delitos cometidos por medio de la prensa o la imprenta deberían ser suficientes, sin necesidad de nuevos tipos penales, para la mayoría de los casos que se pretenden sancionar con los delitos de propaganda ilegal. Pues si la propaganda no se refiere o incita a la comisión de hechos delictivos no tiene sentido castigarla, porque carece de él estimar que la realización de lo que propugna el que hace la propaganda es lícito y que el propugnarlo constituye delito. La inaplicación de esos preceptos, que son letra muerta salvo que alguien se sienta afectado por ellos, ha llevado consigo una proliferación que no favorece en nada la claridad. Y, además, hay que tener en cuenta que aparte de lo establecido para la provocación criminal, el Código recoge delitos de propaganda ilegal en los artículos 132, cuya pena se ha reducido a prisión menor con la reforma, y 164 bis, que castiga las propagandas contra los Principios del Movimiento Nacional o que tiendan a derogar o modificar fuera de las vías legales las restantes normas establecidas por las Leyes fundamentales del Reino. Los artículos 251 y siguientes son de todo punto superfluos y vienen simplemente a corroborar la ineficacia de esos preceptos que siguen en el Código aunque no tengan vigencia real.

En cuanto a las reuniones o manifestaciones ilegales no es fácil explicarse, dentro del contexto de la ley, porqué ha de reputarse ilegal una reunión que pretenda alguno de los fines previstos en el número 3.º del artículo 172 y no aquella que tenga por objeto la discriminación racial o la implantación de un Estado totalitario sometido a disciplina internacional.

En cambio, ha sido un acierto ubicar la novedad que se pretendía en orden a la coacción caso de huelgas, paros y cierres empresariales en el artículo 496 y no en el artículo 499 bis *a*) como proponía el Proyecto (39), pero es claro que la nueva figura era y es innecesaria. Es evidente que ha nacido porque no se ha aplicado el delito de coacciones a las que se han producido con abundancia en el curso del año 1976 para obligar, con malos tratos incluso, a secundar las huelgas a obreros que querían entrar al trabajo. La situación no cambiará si, aunque esté prevista una pena más severa, la norma sigue sin encontrar aplicación.

(39) *Vid. supra*, nota 31.

V

¿DESCRIMINALIZACIÓN?

Es muy difícil pronunciarse sobre los efectos que en virtud del principio de retroactividad de la ley penal más favorable tendrá la reforma. El sistema de proscribir nominativamente determinados partidos o grupos políticos tenía la ventaja de su carácter inequívoco. Bastaba para condenar que resultara probada la afiliación o pertenencia al partido prohibido. La reforma, al adoptar un criterio radicalmente opuesto, digno de encomio, no facilita las comparaciones. Desde luego, el efecto beneficioso para el reo es evidente cuando las penas son más reducidas, lo que ocurre, por lo general, como acabamos de ver. Pero decidir si ha habido o no una descriminalización, esto es, qué conductas de las que antes constituían delito han dejado de ser punibles es algo a primera vista complicado. Las esperanzas iniciales de que en el fondo la reforma penal venía a ser una especie de amnistía (40) no se han visto confirmadas (41).

La duda no surge, claro está, en lo que concierne a las asociaciones antes ilícitas por mero incumplimiento de trámites administrativos. Pero el número 4.º del artículo 172 que a ellas se refería permaneció inaplicado en la práctica. El problema se plantea con las asociaciones que siguen siendo ilícitas a causa de sus fines. Entiendo que si nos remontamos a los principios que han inspirado la reforma ha de estimarse que deja de constituir delito el simple hecho de pertenecer a una asociación reputada antes ilícita, cualquiera que haya sido la participación del sujeto, sea como miembro, activo o no, sea como director, organizador o promotor. Pues no es comparable lo que años atrás venían calificando los tribunales de subversión con el concepto de la subversión en estos momentos. Por lo menos existe una duda razonable a la vista de la exteriorización de opiniones políticas que no ha mucho se tenían por subversivas, y sobre todo cuando antes de la reforma han salido a la luz con su genuina filiación política, grupos y partidos que se venían incriminando en el Código. Si esto es así, hay una auténtica descriminalización porque el pertenecer a cualquier grupo, partido u organización ha dejado, en principio, de constituir delito y los fines de esos grupos u organizaciones han de ser reinterpretados en un nuevo contexto político, jurídico y social. Esta opinión, sin embargo, deberá ser confirmada por la jurisprudencia, cosa que no ha ocurrido al parecer hasta ahora.

(40) El Ministro de Justicia, que entonces lo era GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, dijo en el Pleno del 9 de junio: "viene a significar, de hecho, una amnistía de estos delitos políticos". Véase también el editorial de *El país* de 16 julio 1976 titulado: "Esperando la amnistía".

(41) *El país* del 28 julio 1976: "Al parecer, la citada reforma únicamente ha supuesto hasta hora la libertad de siete presos políticos en el ámbito de todo el Estado".

Algunas observaciones críticas sobre «violencia y justicia» (*)

Por el Profesor MANUEL LOPEZ - REY,
Presidente de la Sociedad Internacional de Profilaxis Criminal

Violencia y justicia son términos difíciles de definir, lo cual explica la relación, a veces oculta, que existe entre ambas. Sin pretender agotar la materia ni ofrecer una exposición sistemática de la misma, las siguientes observaciones críticas tratan de poner en claro algunos aspectos de la violencia y de la justicia.

I. LA VIOLENCIA

1. *La noción de violencia.*—Cuando se discute sobre la violencia se tiene la impresión de que casi siempre se hace con referencia a la violencia física y más específicamente a las formas criminales que se dan en los actos de vandalismo, atentados terroristas, manifestaciones y disturbios de toda clase, delitos cometidos por rebeldes o contestatarios, gangsterismo, etc. No cabe duda de que entre estas formas de violencia existen diferencias en cuanto a la finalidad perseguida, pero la mayor parte de las veces menos marcadas de lo que se quiere hacer creer. Muchos, sobre todo autores de actos de violencia, niegan el carácter criminal alegando que se trata de delitos políticos. Sin entrar a examinar ahora este concepto —véase más adelante— digamos que actualmente la racionalización del término político es tan excesiva y desacreditada que el concepto ha perdido casi todo su valor.

Pero junto a la violencia física existe la violencia no-física, llamada también violencia moral, que se ejerce por razones políticas, ideológicas, administrativas, industriales, de trabajo, etc., y en la que desempeña un papel decisivo una jerarquía diversa. La violencia no-física es una acción “presurizante”, difícil de probar, variable

(*) Artículo publicado en “*Etudes Internationales de Psycho-Sociologie Criminelle*”, Núms. 26-27-28, París, 1975, págs. 3 y ss. Traducción del francés por Manuel GALLEGU DÍAZ, Profesor Ayudante de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid.

pero permanente, ejercida por un partido, administración, organización, etc., sobre los miembros del partido, de la policía, de la administración penitenciaria, del ejército, etc., y que da lugar a atentados, torturas, matanzas, brutalidades contra los detenidos, los prisioneros de guerra y tantos otros. La acción "presurizante" se da también en las organizaciones de resistencia, terroristas, en el crimen organizado dentro de las prisiones, etc. Frecuentemente, la violencia física brutal o criminal viene precedida por aquella de carácter "presurizante", lo que hace que la línea de separación entre una y otra no sea siempre fácil de establecer.

Aunque gran parte de estas formas de violencia esté en relación con el problema de la obediencia o de las órdenes de la autoridad, desde el punto de vista criminológico es necesario retener el hecho de que con bastante frecuencia el que obedece está de acuerdo con la orden o mandato dado. Esto quiere decir que la discriminación racial o religiosa, el rechazo de la estructura socio-política existente, la creencia en una misma ideología o reivindicación, el deseo de lucro, etc., son compartidos. Muchas veces también, esta compenetración se ve facilitada o reforzada por leyes de excepción, más frecuentes en los países que se intitulan "anti-imperialistas" que en los llamados "imperialistas". Al decir esto, no me pronuncio por el imperialismo o por el colonialismo. Simplemente quiero señalar el hecho de que, muy a menudo, tan pronto como los dirigentes "anti-imperialistas" alcanzan el poder, instauran regímenes personales o de fuerza que dan lugar a toda clase de violencias semi-oficialmente generalizadas. Ultimamente, el empleo de la violencia ha dado lugar con mucha frecuencia a un círculo vicioso, donde la violencia no ha hecho más que multiplicarse y diversificarse.

La conclusión sería que, aun admitiendo diferencias teleológicas, todas las formas de violencia tienen como objetivo común imponer un punto de vista, una ideología, un régimen, una situación nacional o internacional, o simplemente un acto frente a un tercero, grupo, la comunidad, el gobierno o gobiernos de uno o varios países. Teniendo en cuenta esto, podría definirse la violencia como la acción física o "presurizante" ejercida sobre otros más allá de unos límites justificados, con el fin de obtener un determinado resultado, legítimo o no.

Digo legítimo o no, pues, por sí sola, la legitimidad no justifica la violencia fuera de los límites admitidos, y aún menos la violencia criminal. La dificultad consiste en establecer cuándo la violencia resulta inadmisibles y criminal. Dejando a un lado la llamada exención política, examinada más adelante, la respuesta se encuentra, en principio, en las definiciones de los delitos que dan los códigos penales y en las disposiciones constitucionales de casi todos los países del mundo. Incluso los países que no conocen más que una práctica anti-constitucional se muestran orgullosos, comenzando por sus dirigentes, de contar con artículos que consagran sobre el papel el respeto por los derechos del hombre. A este respecto, hay que hacer notar

que entre los 127 Estados-Miembros de las Naciones Unidas, apenas 30 (23 por 100) pueden ser considerados como verdaderamente democráticos, pero, por supuesto, todos se han adherido de una manera o de otra a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En muchos de estos países, esos derechos son ignorados y, a veces, "legalmente" violados con la ayuda de leyes especiales, pero esa negación y esa violación constituyen una "forma" de reconocimiento de tales derechos. Cuando la policía detiene ilegalmente a la gente, la tortura o la "liquida", es evidente que, tanto los agentes como los que han dado las órdenes o toleran tal estado de cosas, saben muy bien que han cometido crímenes. El número de éstos aumenta casi en todas partes, pues los regímenes de la mayor parte de los países no podrían subsistir sin recurrir a la violencia oficial o semioficial. Hay que añadir que, con bastante frecuencia, esta violencia es ignorada por los tribunales de justicia. Allí donde éstos resisten, la "solución" es, a veces, muy simple. El último ejemplo ha sido la desaparición del *Chief Justice*, tan pronto como protestó contra las violencias cometidas bajo las órdenes de Amin, Jefe del Estado.

2. *Violencia y agresividad*.—La noción que se ha dado de violencia permite hacer una distinción entre ésta y la agresividad. Sin entrar en un examen profundo, podría decirse que la violencia es una de las formas de manifestación del pensamiento, mientras que la agresividad es una forma de comportamiento que puede darse tanto entre las personas como entre los animales, pues es la consecuencia de una reacción caracterológica o emocional, es decir, en gran medida, primaria. Por el contrario, la violencia como forma de expresión para imponer un pensamiento o lograr un fin, puede servirse de otros medios más eficaces. Por eso, muchas veces, está calculada, medida y preparada de antemano, lo cual no suele suceder con la agresividad, frecuentemente de carácter inmediato y ciego. En la mayoría de los casos, la violencia es más una acción que una reacción, a fin de alcanzar un objetivo, mientras que la agresividad es un estado, más o menos circunstancial, que, aun pudiendo repetirse, se desvanece tan pronto como las circunstancias que la provocan desaparecen. La agresividad puede ser desmesurada, sanguinaria; la violencia, más que sanguinaria: brutal, cruel, incluso refinada. Por ello, se vale cada vez más de todos los medios científicos posibles para conseguir el resultado deseado. La reacción agresiva comporta casi siempre dolor físico; la violencia también, pero, por otra parte, puede reproducirlo a discreción —o evitarlo sirviéndose de formas de violencia psicológicas. La violencia puede provocar sentimientos de culpabilidad e, incluso, de responsabilidad, que no se dan en los casos de agresividad. Tales sentimientos explican el deseo de no dejar huellas cuando se emplean algunas formas de violencia, preocupación que es rara en la agresividad.

Las diferencias aquí establecidas no son, sin duda, absolutas,

pero, en su conjunto, son más que suficientes para señalar una distinción bastante clara entre violencia y agresividad.

3. *Violencia y agresión.*—La complicación terminológica aumenta si tenemos en cuenta el hecho de que el concepto de agresión está a menudo mezclado con los de violencia y agresividad en las polémicas y en la literatura.

En general, la agresión significa un ataque, pero el concepto de éste difiere bastante cuando las partes interesadas son individuos, grupos y sobre todo Estados. Así, se habla de agresión económica, financiera, ideológica, etc., que, por su propia naturaleza, nada tienen que ver de ordinario con la violencia o la agresividad aquí consideradas. La conclusión sería que el concepto de agresión depende del marco en el que tiene lugar. En todo caso, el concepto es importante, pues se utiliza no sólo en la criminalidad individual, sino también en la criminalidad de guerra, crímenes contra la humanidad y criminalidad de los Estados.

Por consiguiente, la cuestión con frecuencia discutida, sobre todo en la Asamblea General de las Naciones Unidas, especialmente en 1950, de saber si el concepto es político o legal, tiene una importancia secundaria en gran número de casos. Uno y otro aspecto deben subordinarse a los de justicia, paz y coexistencia pacífica. En verdad, estos tres conceptos desempeñan un papel decisivo en las relaciones sociales, económicas, políticas, etc., entre los individuos, los grupos, las instituciones y los Estados.

Por tanto, el valor del término agresión es más bien instrumental, en el sentido de que nos permite concretar en un solo concepto una variedad de formas —no todas— de la violencia o de la agresividad. Como tal, no necesita ser definido, a no ser de una manera bastante flexible, pues habrá que determinar en cada caso si el ataque puede ser estimado como violencia o como agresividad.

4. *Violencia e investigación.*—En las controversias sobre la violencia, es frecuente hacer referencia a las investigaciones llevadas a cabo sobre la agresión con los seres humanos y los animales. A este respecto, se habla de mecanismos psicológicos y fisiológicos, de reacciones diversas, de estímulos y provocaciones de toda clase, del sentido de posesión, de territorialidad, de proximidad, etc. Todo esto es, sin duda, interesante y, a veces, importante para explicar un comportamiento individual o de grupo entre los animales, pero bastante pobre para explicar, con referencia al hombre, un comportamiento individual o de grupo dirigido a la consecución de un determinado fin socio-político, económico, religioso, etc. Dicho de otra forma, en lo que concierne a la relación entre violencia y pensamiento —véase más adelante— el valor de los experimentos de laboratorio es muy reducido. A esto hay que añadir la frecuente confusión, ya señalada, entre violencia y agresividad. Por eso, aun admitiendo que la vida instintiva desempeña un papel en el compor-

tamiento humano, hay que admitir que en las relaciones sociales, nacionales o internacionales, en las que los intereses, los valores, las ambiciones, el prestigio, la competición, las ideologías, etc., desempeñan un papel tan importante, el instinto puede facilitar la acción, pero no la dirección.

Según esto, parece difícil admitir la tesis de K. Lorenz, *On Aggression*, 1966, según la cual agresión e instinto de lucha son términos intercambiables. En primer lugar, no toda agresión da lugar a una lucha y no toda lucha debe ser interpretada como una agresión. Se puede luchar por razones muy diferentes sin que esté presente en ellas desde el principio el instinto de agresión. Al igual que otros, Lorenz no se preocupa mucho por una precisión conceptual básica. Por otra parte, tiene razón cuando dice que la agresión por sí misma no siempre es diabólica y destructiva, como el psicoanálisis se ha esforzado en demostrar. Además, no está muy claro lo que Lorenz entiende por diabólica y destructiva. Al libro, bien escrito, parece faltarle cierta profundidad, lo que explica la tendencia a la generalización y que el papel del pensamiento no sea debidamente examinado, aunque, repetidas veces, hable de *conceptual thought*, de razón, cultura, etc. El hecho de que en el hombre exista un *killer instinct* no basta para explicar en las relaciones humanas el fenómeno de la violencia y no siempre el de la agresión. No creo que la naturaleza ambivalente de la agresión, según el fin que se persiga, haya sido debidamente considerada por él y por otros autores, pues la agresión no siempre puede reducirse en el hombre a un instinto. Esta distinción era ya patente en *Las Leyes* de Platón. Total que, como muchos otros, Lorenz parece identificar demasiado a menudo agresividad con agresión y aun con violencia.

La ausencia de una aproximación socio-política es también patente en A. Storr, *Human Aggression*, 1968, donde ésta es estudiada en el marco de mecanismos, en los que el dolor, el hambre, el miedo, la rabia, el odio, etc., desempeñan un papel preponderante. Sin embargo, su papel no basta para explicar el de la violencia de hoy —por lo demás no tan diferente de la del pasado desde un punto de vista científico. Hay que añadir que también Storr parece identificar agresividad y agresión.

En suma, la referencia a estos y otros autores tiene un carácter ilustrativo limitado cuando se discute sobre la violencia y la justicia. Las explicaciones dadas por estos autores tienen, sin duda, cierta validez en el estudio de casos individuales, pero, aun cuando algunas características se repitan, su generalización, tratándose de fines socio-políticos, sólo tiene un valor relativo. En conclusión, la investigación sobre la agresión, en realidad sobre la agresividad, no debe sobrestimarse cuando se estudian la violencia y sus problemas.

5. *Violencia y pensamiento*.—Del bosquejo hecho puede deducirse que la principal fuente de violencia, sobre todo en sus formas políticas, es el pensamiento. Por éste entiendo la facultad humana

de imaginar, analizar, comparar, criticar, organizar y decidir. Tal proceso está, sin duda, relacionado con los instintos y las emociones, pero sería ingenuo desde el punto de vista científico reducir el pensamiento a reacciones instintivas o emocionales. Dicho en pocas palabras, la relación pensamiento-violencia da lugar a manifestaciones de conformidad y no conformidad, a veces brutales, a favor o en contra de un estado de cosas a nivel individual, colectivo, nacional e internacional.

Si examinamos la historia —lo cual es bastante raro entre los criminólogos— constataremos que la violencia criminal más o menos política ha existido siempre y que, con toda probabilidad, seguirá existiendo aun cuando lleguen a establecerse estructuras socio-económicas y políticas mejores que las de hoy, ya sean capitalistas o socialistas. La razón es que la evolución, es decir, el pensamiento humano, no se detendrá sino cuando la humanidad haya desaparecido y que ninguna ideología puede esperar, a pesar del aparato brutal de que disponen algunas, que la estructura por ella prometida vaya a ser la última y la mejor. Por eso, afortunadamente la conformidad y la no conformidad estarán siempre con nosotros. Esto no significa que esté permitida la violencia criminal, sino que el derecho a la contestación es necesario para la evolución socio-política de la humanidad. Toda evolución lleva consigo la trilogía poder-pensamiento-violencia, cuyas relaciones internas son a menudo contradictorias. Algunas formas de violencia deben ser, sin duda, rechazadas e, incluso, sancionadas, pero esto no significa que el derecho a autodeterminarse, tanto individual como colectivamente, pueda ser suprimido.

Tal derecho es inalienable y necesario para la preservación de la libertad y dignidad humanas y ha sido reconocido desde hace mucho tiempo. Sin ir demasiado lejos, la tesis de la legitimidad del tiranicidio es difícil de rechazar y ya fue desarrollada por los teólogos españoles, entre los cuales merecen una mención especial los padres Molina y Mariana. Según este último, si una vez advertido insiste el tirano en su política, el país, ejercitando el derecho a la legítima defensa, puede declararle la guerra y si la congregación nacional necesaria a este respecto no puede tener lugar, cualquiera puede darle muerte lícitamente. Claro está que la doctrina era considerada como muy peligrosa por los que, en aquel tiempo, podían ser considerados como los defensores de la ley y del orden. En nuestros días, el tiranicidio podría justificarse todavía más si tenemos en cuenta el número de países miembros de las Naciones Unidas sometidos a toda clase de tiranías. En algunos casos, sin duda, su justificación no sería fácil de establecer, pero en otros muchos sería muy evidente. El problema es más bien de límites, sobre todo en lo relativo a los medios utilizados, pues el sacrificio de víctimas inocentes jamás puede justificarse.

La trilogía aquí sugerida, siempre viva, llega a ser muy activa tan pronto como el poder comienza a ser opresivo, allí donde la situación

existente exige una solución más conforme con el derecho individual y colectivo a la auto-determinación. Pero aquí, hay que repetir, la justificación no puede hacerse extensiva a los asesinatos de los nacionales del país contra el que se combate, aunque desempeñen funciones que nada tienen que ver con la situación que se quiere resolver. Tampoco hay que olvidar que el derecho de todo pueblo a su existencia no puede negar el de otro pueblo a la suya. En resumen, las represalias contra terceros, nacionales o no, del país contra el que se combate, no se justifican y dan lugar a crímenes cuya condición "política" difícilmente puede ocultar una impotencia racionalizada.

Tampoco puede aplicarse la condición de políticos a los delitos cometidos como consecuencia de una ideología o poder personal, de los que la historia en general y la contemporánea en particular nos ofrecen tantos ejemplos. Entre otros, pueden citarse las atrocidades cometidas por el nazismo y el stalinismo, así como las que actualmente se cometen en gran número de países miembros de las Naciones Unidas, atrocidades que, en algunos casos, constituyen genocidios.

La conclusión sería que el término político se ha utilizado de forma abusiva y sigue siéndolo como consecuencia de su condición ambivalente, que por sí misma no basta para justificar todo lo que se hace bajo su etiqueta. Por eso, rara vez se justifica el trato que se pide en favor de los llamados criminales políticos. Hay que notar que en nuestros días el número de víctimas sacrificadas a las ideas políticas, religiosas, etc., supera con mucho a la criminalidad ordinaria, sobre todo contra las personas. El caso de los asesinatos del Ulster lo muestra de forma muy clara. Se cometen bajo la influencia de un pensamiento político y de otros fines personales, en los que la agresividad, el miedo, el odio, el fanatismo, etc., también desempeñan un papel. Señalemos que esta criminalidad que se llama política rara vez es tomada en consideración por la criminología, que todavía sigue limitándose a estudiar una parte muy pequeña de la criminalidad, especialmente la cometida por el que yo llamo el "pobre diablo".

El juego de la trilogía mencionada muestra que, a pesar de estar plenamente justificados, los movimientos por la independencia no bastan para justificar los crímenes que a menudo se cometen para obtenerla. El hecho de que gran número de estos crímenes gocen de la impunidad o a veces sean glorificados no les justifica. También hay que añadir que en gran número de casos los gobiernos de los nuevos países son antidemocráticos y que, para mantenerse, a la vez que proclaman una política anti-imperialista, se entregan a atrocidades, persecuciones, etc., o a formas legales de ejecución penal cuya brutalidad era defendida bajo el imperialismo, el cual debe ser por supuesto repudiado, sea capitalista o socialista.

En lo que concierne a Africa, Ali A. Mazrui, *Violence and Thought*, 1969, subraya en parte el juego de la trilogía aquí esbozada, pero

como él mismo indica, la relación entre pensamiento y violencia no justifica las atrocidades perpetradas. Por otra parte, su referencia a la tesis de Franz Fanon de que la violencia es una experiencia purificadora y una preparación moral, es difícil de admitir.

La creencia en esta catharsis se ha puesto aún recientemente en evidencia en el caso de cuatro negros, miembros de un grupo político, que durante algunos días opusieron resistencia a la policía en una armería de Brooklyn, Nueva York, y repetidas veces manifestaron que su muerte no significaba nada, pues pronto estarían en el Paraíso.

En algunos casos, sobre todo rituales, la violencia brutal y sanguinaria ha sido considerada como el substrato purificador de gran número de sacrificios humanos. Si tenemos en cuenta la repetición de estos actos de purificación, bien rituales o de carácter político, parece que su eficacia purificadora es bastante dudosa, sobre todo si recordamos que tan pronto como los purificados llegan al poder, continúan "purificándose" cometiendo violencias criminales, a la vez que se valen de medios oficiales para consolidar el poder. Por eso, parece faltar también la preparación moral. Dialécticamente, sin duda —véase, por ejemplo, *The Dialectics of Liberation* 1968, editado por D. Cooper— pueden ofrecerse explicaciones, pero su valor histórico y socio-político es, en general, modesto. Aquí basta con decir que si el punto de partida de esta liberación es la tesis de Fanon, Carmichael y otros, según la cual el problema del hombre negro es uno de los "socio-diagnosís", tal arranque, a pesar de toda la simpatía que su movimiento de liberación pueda merecer, es socio-políticamente insuficiente y no justifica los actos de terrorismo. Esto no quiere decir, sin embargo, que esté justificada la política de discriminación americana, pues siempre ha sido contraria a la dignidad y libertad humanas. Si, según los partidarios del *Black Power*, el Tercer Mundo debe rechazar las definiciones impuestas por Occidente, podemos preguntarnos por qué gran número de países negros de Africa siguen sirviéndose de fórmulas políticas de Occidente para mantenerse en el poder, y llegan a convertirse en racistas, si bien la dirección de su racismo es diferente.

Curiosamente, Fanon y Carmichael, que se oponen al psicoanálisis, dada su actitud anti-individualista, mantienen la tesis de una purificación política. Tal purificación puede defenderse tanto en favor de la política inhumana del *apartheid* como en favor de la de expulsión de etnias por el hecho de no ser africanas. ¿No hay aquí una imitación de lo que precisamente se dice aborrecer? La sociedad blanca, de derechas o de izquierdas, capitalista o comunista, está, sin duda, en cierta medida corrompida, pero también la negra si consideramos cómo se conducen los regímenes existentes, valiéndose de la tortura, de leyes penales especiales, de la policía y del ejército, etc., para mantenerse en el poder. En esto no hay nada de original. En lo que afecta a los tiempos remotos, habrá que admitir también que el *rape of Africa* —la violación de Africa— no habría sido posible si

los jefes de tribus o reyezuelos negros no hubieran estado dispuestos a vender a sus súbditos mucho antes de que hubiera comenzado el colonialismo. Si, como ha dicho Fanon, el Tercer Mundo no debe imitar a Europa, parece que este Mundo no es capaz de crear un hombre nuevo. Podrá decirse que este Mundo es todavía joven, pero también se podrá replicar que de la misma manera comenzó América Latina y, después de más de siglo y medio de independencia, el hombre nuevo, igualmente prometido, no aparece por ninguna parte. Se me dirá que el imperialismo y el colonialismo han impedido todo esto, lo cual en cierta medida es verdad. Pero, por otra parte, el análisis incluso superficial de la historia muestra que ambos siguen siendo poderosos aun después de la avanzada desintegración sociopolítica de los países afectados.

La conclusión sería que el término delito político, tan denigrado hoy, no puede ser interpretado como un hecho individual o de un grupo u organización de inspiración política, sino en el marco mucho más amplio de una evolución social y no según una ideología capitalista o socialista. La realidad muestra que el hecho de que un país llegue a ser independiente y miembro de las Naciones Unidas no significa que los pueblos respectivos lo sean. La independencia, indudablemente, debe adquirirse incluso por la violencia, pero sólo la de la entidad país, que frecuentemente suele identificarse con la libertad de actuar de los gobiernos antidemocráticos. En nuestros días, el respeto por la vida y los derechos del hombre está lejos de ser satisfactorio en gran número de países. Por su naturaleza ambivalente, a favor o en contra de los derechos del hombre, el término político jamás llegará a "purificar" la criminalidad política. En realidad, ninguna ideología podrá hacerlo. Por eso, el delincuente "político" debe aceptar el hecho de que, salvo algunas excepciones, no está por encima del criminal de derecho común, que muy frecuentemente posee cualidades individuales y colectivas superiores a las de los llamados criminales políticos.

Hay que distinguir, sin embargo, entre una criminalidad política de arriba y otra de abajo. La primera casi siempre es perpetrada por los gobiernos y sus órganos, particularmente por la policía y el ejército. Con modalidades variadas, se da en los países capitalistas, socialistas e intermedios. A veces, para satisfacción de todos, salvo para las víctimas y sus familias, se la llama a esta criminalidad "incidente" o "purga". En nuestros días, y por las razones ya señaladas, la criminalidad política de arriba aumenta sin cesar. De ella forman parte los crímenes de guerra cometidos en Corea, Vietnam, Bangladesh y, sin guerra, los cometidos por las autoridades de un número cada vez mayor de países.

La criminalidad política de abajo es cometida por los que se oponen a los regímenes existentes, impuestos o no, aunque sean democráticos en el verdadero sentido de la palabra, al arreglo de una situación internacional, al proceder del colonialismo, o de una situación política existente en una parte del país, a la persecución religiosa, etc. Los fines varían, pero los medios empleados y las

atrocidades cometidas, sobre todo en los casos de genocidio, grande o pequeño, son muy frecuentemente los mismos.

Son numerosas las explicaciones psicoanalíticas que se dan de estas formas de violencia, pero todas incompletas, pues intentan explicar un régimen socio-político desde un punto de vista "individualista". Así, el hecho de que el *leader* haya tenido un apego demasiado grande a su madre, que haya regañado a menudo con su padre, que haya sido huérfano, mal instruido, etc. —véase Maurice Latey, *Tyranny, A Study on the Abuse of Power*, 1969— no basta para explicar la naturaleza tan diversa de los regímenes indicados, su funcionamiento y menos aún sus fines. Podemos también preguntarnos si el *leader* no es utilizado por grupos o si las características, que individualmente se asignan a los *leaders*, no están demasiado diseminadas para que puedan estimarse como una explicación suficiente. Según mi propia experiencia, la aceptación y duración de estos regímenes exigen previamente actitudes colectivas no necesariamente idénticas, pero todas favorables, que tampoco pueden explicarse por una coincidencia de características individuales.

Lo mismo sucede, con los matices necesarios, con los criminales políticos de abajo, aunque aquí no se dé la complejidad gubernamental. Sin embargo, la complejidad también existe allí donde hay organizaciones, que tienen como finalidad el terrorismo político. En tales organizaciones, las características personales que propugnan los psicoanalistas pueden darse en un determinado dirigente, pero no en todos, y menos aún en todos los miembros de la organización o gobiernos que, por razones políticas, apoyan o favorecen la acción terrorista. La remisión a la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1972, por gran mayoría, de la cuestión del terrorismo, pone de relieve la complicidad criminal de ciertos países, pero ésta no puede explicarse por tesis psicológicas, psicoanalíticas, etc.

Puesto que aquí no se trata de ofrecer remedios contra la violencia, y menos aún contra el terrorismo y la tiranía —en su libro, ofrece Latey algunos contra ésta—, hay que concluir diciendo que es muy difícil poder cortar el juego de la trilogía poder-pensamiento-violencia. En algunos casos, se da una especie de círculo vicioso, de forma que la violencia de arriba es seguida por la de abajo, y viceversa. El problema parece ser más bien de medios, es decir, de límites, por lo cual es inútil construir teorías. Una solución más razonable sería la extraída del análisis de cada caso, en la cual la consideración de los elementos subjetivos no constituye más que una parte limitada. Total, que la aproximación debe ser esencialmente socio-política, y el respeto de los derechos del hombre recibir la mayor prioridad. Por eso, al perpetrar un acto de violencia por razones que se estiman políticas, el delincuente debe saber que muchas veces se arriesga a ser considerado, con toda razón, como un delincuente común, lo cual no tiene nada de peyorativo. La imagen del delincuente político del siglo XIX era una idealización socio-política, en la que el individuo constituía casi el único elemento considerado. Hay que señalar que, en gran medida, la imagen del delito político

es una creación europea del siglo pasado, el cual refleja, por un lado, la existencia de una serie de regímenes políticos brutales y, por otro, la creencia de que los delincuentes políticos encarnaban una fuerza o renovación democrática, que luego ha sido desmentida, sobre todo a partir de la revolución soviética.

Esto no significa que el delincuente político deba ser tratado de forma más severa que el delincuente común, sino que la condición política no constituye una justificación de carácter general. La primera distinción que habría que hacer sería la de la naturaleza de la ideología y del fin perseguido. Los de carácter antidemocrático o que niegan los derechos humanos del prójimo, de un grupo, de una minoría o de un país, no merecen ninguna justificación. Pero, por desgracia, en la actualidad, con las llamadas democracias populares, no es fácil determinar en qué consiste la condición democrática.

La segunda distinción a establecer es si la violencia viene de abajo o de arriba, pues ésta es mucho más difícil de justificar. La tercera sería la naturaleza de los medios empleados, y la cuarta, el número y condición de las víctimas. Por condición se entiende aquí sobre todo estar o no en relación directa con la situación contra la cual se dirige el acto de violencia, especialmente el acto terrorista. Todo esto, dentro del marco general, nacional o internacional, al que deba referirse la actividad violenta. La tarea no es fácil, pero ha de ser preferida a la de limitarse a una consideración subjetiva del delincuente u objetiva de la ley violada o de una combinación de ambos criterios.

6. *Otros aspectos.*—Como fenómeno socio-político históricamente determinado, la violencia, sobre todo el terrorismo, debe ser estudiada en relación con el desarrollo, el sistema educativo, los conceptos de ley, de orden y las formas de represión, la influencia cada vez más señalada de la tecnocracia, la creciente impersonalidad de las relaciones humanas, sobre todo en las grandes ciudades, el carácter estrecho de la mayoría de las ideologías políticas tanto de derechas como de izquierdas, la excesiva importancia concedida a los niveles materiales de vida, la degradación de la vida sexual cada vez en mayor número de países, el apoyo que todo programa político, educativo, etc., recibe, por consideraciones individualistas, al exigir una mayor "permisibilidad" —apoyo que, hay que señalarlo, es raro en los países socialistas, etc.

Las relaciones entre la violencia y estos factores varían según los países, y sería difícil decir si la violencia está determinada por ellos o viceversa. Con toda probabilidad, las relaciones son mutuas y, por otra parte, los efectos de dichos factores no se limitan a la violencia. Estas relaciones ponen también de relieve algunas características frecuentes en las formas del terrorismo y de la violencia brutal. Una de las características más marcadas de la violencia de nuestros días es la cobardía. Es innegable en la tortura policial, y muy frecuente en las represalias, sobre todo en los asesinatos cometidos contra personas o grupos cogidos por sorpresa —el caso del

Ulster parece batir en un país “desarrollado” todos los récords—, en los crímenes cometidos por jóvenes, preferentemente en grupo, contra personas ya mayores, en la mayor parte de los actos de terrorismo, etc. En gran número de casos, la víctima no tiene otra relación con el acto que la de poseer una determinada nacionalidad, pertenecer a una religión o a un grupo o partido político —o simplemente el azar.

Podrá decirse que la sorpresa es un elemento necesario, pero una cosa es la sorpresa en una guerra o combate, y otra la sorpresa contra peatones, pasajeros, clientes, etc. Hay que notar que esta cobardía refleja una falta de valor para luchar abiertamente contra el “enemigo” a fin de imponer con mayor valentía el ideal u objetivo por el que se dice “combatir”. La racionalización de este término se ha exagerado tanto que en algunos casos los terroristas han sido aclamados, incluso oficialmente, como combatientes, allí donde el combate no existe. Añadamos que este terrorismo cobarde provoca un fenómeno de saturación de la violencia criminal que ya es patente en el Ulster y en el terrorismo palestino. Desde el punto de vista socio-político, tal saturación plantea también la cuestión de la capacidad moral de los dirigentes y “combatientes” para organizar y gobernar un país. A pesar de su “purificación” y preparación moral, las dudas están justificadas.

Otra característica, que favorece la violencia, sobre todo el terrorismo, es la impunidad. Indudablemente, la impunidad depende, en parte, de la forma como se haya organizado la violencia, del lugar donde se haya cometido, de la indiferencia o falta de interés por parte de la policía, de la complicidad general o local, etc., pero, por otra parte, es inherente a la violencia.

En nuestros días, tanto las grandes ciudades, como los lugares aislados del campo, facilitan la impunidad. El fenómeno es interesante, pues según una tesis criminológica, la existencia de medios de comunicación hace disminuir la criminalidad. Así, el bandidaje desapareció en algunos países tan pronto como se mejoraron los medios de comunicación y transporte. Hoy, sin embargo, las grandes ciudades parecen poseer unos y otros en abundancia, y ello no impide la impunidad. Debe haber, por lo tanto, otros factores, entre los cuales se encuentra la indiferencia, es decir, la actitud negativa de “no pertenecer” a la ciudad a pesar de estar viviendo en ella.

Cabría también preguntarse si la tendencia hacia una sociedad erótica, o al menos “erotizada”, no contribuye a aumentar la violencia en el comportamiento humano. Esto no quiere decir que el erotismo o la pornografía sean causas del crimen, sino que las actitudes, que de uno y otra se derivan, pueden contribuir a una propensión a la violencia. El tema requiere una discusión, para la que no dispongo de espacio. Por ello, basta con decir que la desgradación de la vida sexual, como la de cualquier otro aspecto de la vida humana, facilita algunas formas de violencia, individuales o colectivas. Para comprender mejor esto, habrá que recordar que el término se aplica a todas las formas que de una u otra manera conducen al crimen.

Otra correlación posible es la que existe entre ley, orden, represión y violencia criminal. La creencia de que la ley y el orden deben ser preservados a toda costa, conduce a la violencia, sobre todo de arriba, particularmente en los países que gozan de regímenes no democráticos. También puede darse otra posible correlación entre ciertas formas de violencia y la salud moral, tanto individual como colectiva. Así, el tipo de vida impuesto en un momento dado a una minoría, grupo, región, etc., podría ayudar a explicar algunas formas de terrorismo, en las que parece desempeñar un papel evidente el fanatismo religioso o político.

Una tercera fuente de violencia, sobre la cual las investigaciones muestran resultados contradictorios o negativos, es la relación entre la violencia desplegada en los *mass media* y la violencia criminal. En general, los investigadores sostienen que la relación está por demostrar. En mi opinión, esta forma de abordar el problema es errónea, pues ningún factor por sí solo puede ser considerado como causa de un determinado comportamiento criminal. Pero, aunque se utilice el término de correlación, el hecho de que ésta no esté establecida como cabía esperar no significa que la violencia de los *mass media* no ejerza ninguna acción sobre la violencia criminal. Hay que notar que mientras para algunas teorías el crimen es el resultado de un *learning*, es decir, de un aprendizaje, todavía se sigue negando que la violencia pueda ser "aprendida". La casuística criminológica conoce ya bastantes casos, sobre todo entre jóvenes, de actos de violencia delictiva cometidos a imitación de la de la televisión o del cine. Si, por medio de la propaganda audio-visual, se consigue incitar a la gente a comprar determinados productos, a imitar determinadas actitudes, a seguir una moda, etc., podemos preguntarnos por qué la violencia de los *mass media* no puede influir también en el comportamiento de algunas personas llevándolas así, con el concurso de otros factores, a la criminalidad.

Una fuente muy acentuada de violencia, y de violencia criminal muchas veces, se encuentra en las condiciones materiales y psicológicas de las prisiones de gran número de países, en los que se aplican formas de tratamiento primitivas por un personal mal preparado, ignorante o brutal. Tal atmósfera da lugar también a la violencia criminal entre los mismos presos. Recordemos que en muchos países, desarrollados o no, sigue utilizándose la clasificación de instituciones penitenciarias de máxima, media y mínima seguridad. Mientras la seguridad siga estando en la base de la clasificación, habrá que desconfiar siempre del tratamiento impartido. A partir de 1955, en el Congreso de Ginebra, las Naciones Unidas han establecido las bases para clasificar las instituciones en abiertas, semiabiertas y cerradas. Pero basta con mirar los informes anuales de la mayoría de los países, para ver que las instituciones abiertas constituyen una ínfima minoría. La insistencia en la seguridad explica, en gran medida, los motines de las prisiones, cada vez más frecuentes.

Otra fuente de violencia es no sólo la proliferación de la pena capital, sobre todo en los países africanos y árabes, sino el hecho

de haberla convertido en espectáculo público. Este es, entre otros, el caso de Kenya, Uganda e Irak. El ejemplo más reciente es el de Uganda, donde, en febrero de 1973, tuvieron lugar, en varias ciudades, doce ejecuciones ante miles de espectadores. En algunos casos, la multitud gritaba "¡Muera!". Según la misma información, las ejecuciones fueron televisadas, lo que permitió a los países vecinos seguir el espectáculo. Desde hace casi noventa años, no había tenido lugar en Uganda ninguna ejecución pública. También hay que señalar que en Libia, según un decreto de 1972, a los ladrones les serán amputadas las manos. La única concesión hecha a la civilización, si es que puede emplearse esta palabra al hablar de tal progreso, es que las amputaciones habrán de ser hechas con anestesia por doctores, que de pronto se transforman en verdugos.

En nuestros días, por razones muy diversas, y a veces entremezcladas, la discriminación en todas sus formas, sobre todo racial—dirigida contra los blancos a imitación suya— y política, se extiende cada vez más, particularmente en los países africanos y árabes, que siguen ofreciéndose como ejemplo. Frente al racismo de Africa del Sur y Rodesia, se levanta el racismo de otros países contra los blancos, los indios, etc. Las prácticas, más o menos legalizadas, van desde la confiscación y la exacción hasta la simple y pura liquidación, pasando por la tortura y la mutilación.

Podrían, indudablemente, añadirse otras fuentes, pero éstas que acabamos de citar bastan para mostrar que la violencia y el pensamiento se encuentran en estrecha relación.

II. LA JUSTICIA

7. *La noción de justicia.*—En nuestros días, la justicia criminal es criticada en casi todas partes, muchas veces con razón, pero también de una forma que muestra una ignorancia muy difícil de explicar, cuando el crítico es un profesional eminente. Es el caso de Karl Menninger, *The Crime of Punishment*, 1966, donde, según él, "la palabra justicia irrita a los hombres de ciencia, pues ningún cirujano espera a que se le pregunte si una operación de cáncer es justa o no". Parece sorprendente que puedan hacerse afirmaciones de este tipo. El distinguido psiquiatra parece ignorar que la idea de justicia no depende de la de ciencia, aunque las dos estén en relación, particularmente en el caso de las ciencias aplicadas. Tal relación explica por qué, antes de emprender una operación quirúrgica, podemos preguntarnos si es "justa" o no, es decir, si está justificada, y también si, una vez practicada, lo ha sido como debía serlo. Es posible una tercera hipótesis: la de una injusta negativa a operar. Todavía hay que añadir, como muy bien señala Jacques Hochmann en *La relation clinique en milieu pénitentiaire*, 1964, que la idea de justicia desempeña un papel importante en dicho tratamiento. En realidad, en cualquier tratamiento.

La relación entre justicia y violencia siempre ha existido y, con toda

probabilidad, seguirá existiendo por dos razones: 1) para ser efectiva, toda justicia necesita del poder y 2) en muchos casos, la violencia, sobre todo la que viene de abajo, es justiciera, es decir, procura hacer justicia. En ambos casos, el nexo parece ser el poder, público o no, es decir, la facultad de imponer una decisión con el fin de resolver o procurar resolver una situación injusta o considerada como tal. En resumen, justicia y violencia se encuentran con frecuencia relacionadas. El hecho de que el empleo de la violencia sea en justicia legítimo, no significa que allí no se dé violencia, sino que, por determinadas razones, está legitimada, concepto que no siempre coincide con el de justicia.

Al igual que la violencia, la justicia, como ya he señalado en otros trabajos, es una idea —nacida de una necesidad— inherente a todas las relaciones humanas de cierta importancia, entre las cuales se encuentra el crimen. Por consiguiente, la justicia no es un concepto, y menos aún la concreción de una teoría, sino una necesidad de carácter socio-político, circunstancial pero frecuente, que necesita ser satisfecha por una decisión, la cual, por su parte, constituye también una relación social. La decisión puede tomarse por un tribunal, autoridad, individuo, grupo, asociación, asamblea, etc., y su objetivo es enjuiciar la situación existente más que al individuo que la ha provocado. Enjuiciamiento y decisión son actos frecuentes en la vida diaria, pero a veces la situación por juzgar y resolver, provocada por una relación social, es demasiado seria para ser dejada en manos de las personas interesadas. Es el caso del crimen, que requiere la intervención del sistema penal.

Si el crimen es un concepto socio-político históricamente determinado, es evidente que también la justicia encargada de su enjuiciamiento participa de la misma condición y cumple una función semejante. Pero actualmente, por desgracia, falta en gran medida esta correspondencia en la mayor parte de los países. Tal correspondencia quiere decir que así como el crimen, como fenómeno, tiene un carácter inmanente, lo mismo ocurre con la justicia. Ambos son manifestaciones normales y los dos pertenecen al desarrollo del país y a su cultura. Al hablar del crimen y de la justicia, no me refiero sólo a los delitos en particular, es decir como modalidades, ni a la justicia como decisión judicial. La distinción es importante, pues con frecuencia se dice que el crimen no experimenta cambios. Esto es cierto en el sentido de que el crimen, como fenómeno general, ha existido siempre, y seguirá existiendo, aunque el término crimen sea sustituido por otro. En lo que a la justicia respecta, la distinción quiere decir, entre otras cosas, que el caso como precedente, es decir, como *case-law* o jurisprudencia, no representa más que una justicia en cápsulas, cuyo valor para el presente y el futuro es muy modesto, pero siempre exagerado por la concepción lógico-abstracta de la justicia. Este almacenamiento de la justicia constituye también curiosamente un sistema empírico, que, como tal, posee un valor muy reducido. Aquí, quizá sin saberlo, juristas y "metodologistas", es decir, los partidarios de aplicar los métodos empíricos

en las disciplinas humanas, se dan la mano, y los últimos parecen haber sido científicamente aventajados por los primeros.

La condición lógico-formal es también patente en la ley penal —sobre todo en la llamada concepción jurídica del delito—, todavía cultivada con una falta total de imaginación en los países de lengua española, que aún no se han liberado de las tesis importadas de Alemania. En los países de lengua inglesa, la ley penal —en estos países no existe el término derecho penal, lo cual da lugar a consecuencias que he examinado en el pasado, pero que no tengo tiempo de examinar aquí— gira todavía alrededor de la piedra de toque *mens rea*. La cuestión consiste en saber si la ley o el derecho penal son expresión de una serie de normas o, simplemente, de un conjunto de fines necesarios para el desarrollo de un país. No siempre, sin duda alguna, es fácil distinguir entre normas, valores y fines, pero la distinción existe y tiene importantes repercusiones en la concepción de la justicia como necesidad-función y como decisión judicial. Su examen daría lugar a una reducción considerable de la ley penal, a una mayor precisión del concepto de norma, muy maltratado, especialmente por algunos juristas y por los sociólogos americanos, y, sin duda, a una transformación de la decadente criminología “individualista” de nuestros días.

La condición circunstancial de la justicia es el resultado de su carácter inmanente como necesidad constante pero cambiante de las relaciones humanas. Tal fuente es inagotable y explica por qué, a pesar de las afirmaciones de la escuela positiva del derecho, la justicia no puede ser confundida con la ley. Por eso, no necesita de ninguna teoría que las explique y, menos aún, que las justifique. Esto es, sin duda, lo que se ha intentado hacer a lo largo de la historia, y todavía dos libros recientes presentan notables exposiciones sobre las diversas teorías de la justicia. Uno es de Otto A. Bird, *The Idea of Justice*, 1967, en el que se hace la distinción entre la justicia y la idea que los hombres tienen formada de ella. La distinción es correcta, pero, por otra parte, la idea de justicia es esencial para saber a qué atenerse. Bird muestra que todavía sigue viva la controversia sobre las diferentes ideas de justicia. De forma más ambiciosa, John Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, después de exponer las diferentes teorías, parece pronunciarse por una teoría de la justicia de base contractual, que me parece difícil de justificar.

Para ser efectiva, la justicia necesita de un proceso y de una organización. La ley es, sin duda, también necesaria, pero tal necesidad no debe hacer que la ley prevalezca sobre la justicia.

Teniendo en cuenta su condición circunstancial histórica y socio-política, que supera con mucho a la consideración “individualista” del caso criminal, la justicia en general, y la penal en particular, está lejos de ser un ideal o perfecta y no puede reducirse a una fórmula o a una serie de principios, como intenta hacer. Si la justicia es una necesidad inherente a las cambiantes relaciones humanas, es evidente que construirla como un ideal no deja de ser una simple abstracción.

Nuestra concepción de la justicia no significa que deba concebirse de una manera empírica o arbitraria, sino que debe tener en cuenta las exigencias socio-políticas según un sistema, en el que los valores, intereses, fines y actitudes individuales y colectivas, deban ser considerados, en cuanto sea posible, en la evaluación que hay que hacer de la situación. Esta evaluación debe tener, sin duda, en cuenta el bienestar individual y colectivo, pero esta consideración no puede pretender ser prioritaria. Al decir esto, voy contracorriente, sobre todo contra aquellos que siguen identificando al delincuente con el marginado social. No cabe duda que en algunos casos la identificación es válida, pero eso no justifica la generalización pretendida.

La complejidad de la justicia tampoco permite considerarla como expresión de un *consensus* general, social y moral, expresión todavía muy utilizada, pero cuya significación y extensión son muy difíciles de establecer. Como función, la justicia está encargada de resolver una situación, que procuro no identificar con el conflicto, el cual se opone seriamente a una coexistencia pacífica razonable, es decir, una situación, en la que la oposición, la resistencia y aun la violencia, en los límites aquí esbozados, desempeñan un papel, cuya importancia depende de la estructura socio-económica y política existente. Por consiguiente, el *slogan* ley y orden, entendido de forma tan diversa en los países capitalistas y socialistas, debe ser comprendido conforme a exigencias políticas de arriba, pero también de abajo. Sobre la relación justicia y oposición, véase más adelante. En suma, la palabra *consensus* sólo tiene un valor figurativo y, en el mejor de los casos, no constituye más que un porcentaje, cuyo valor es bastante discutible.

Por lo que respecta a la ley penal como guía de la justicia criminal, tampoco se la puede estimar como expresión de un *consensus*, ni aun en los países democráticos, lo cual no significa criticar la verdadera democracia, sino señalar el hecho de que la maquinaria democrático-parlamentaria es, a veces, demasiado complicada para poder hablar de un *consensus* en la discusión y adopción de una ley. Según algunas investigaciones realizadas últimamente, en los países democráticos la acción del gobierno supera con mucho a la acción parlamentaria. Esto es lamentable. Pero la situación es todavía peor en los países, en los que el sistema parlamentario es una farsa. Siguiendo en parte a Rawls, podría decirse que en estos países todo el mundo debe comportarse de una manera "justa", excepto los dirigentes y el partido.

Con mucha frecuencia, se identifican también justicia y *fairness* (equidad). A la última expresión se la considera a menudo como equivalente de imparcialidad, y es lo que quiere decir la expresión *fair trial*, muy utilizada en los países de lengua inglesa. Pero, aun cuando la imparcialidad deba acompañar a la justicia, ésta puede darse sin ser imparcial. Imparcialidad significa también igualdad jurídica. Ahora bien, esta igualdad de carácter formal compensa sólo de manera temporal la desigualdad de origen, es decir, la desigual-

dad socio-económica y política, en la que se encuentran aún la gran mayoría de los criminales que comparecen ante los tribunales. Los que están por encima de esta desigualdad comparecen de forma más rara. Por otra parte, aun siendo una ficción, la igualdad jurídica es esencial y, con toda probabilidad, la única posible, a pesar de las promesas hechas por determinadas ideologías, que tan pronto como llegan al poder resultan tan desiguales como cualquier otra. La misma justicia penal tiene un carácter social, pero esto no significa que deba compensar la desigualdad de origen. Tal compensación no depende de la justicia criminal, aunque ésta deba hacer algo por mejorar "en justicia" la desigualdad de origen. De esto me he ocupado, muy extensamente, en mi trabajo *Planning of the Criminal Justice System with special reference to the Judiciary* en el volumen *A Policy Approach to Planning in Social Defence*, United Nations, 1972. Aquí basta decir que los sistemas actuales de asistencia judicial no pasan de ser pobres remedios, incluso en los países socialistas.

Por eso, el problema de la justicia criminal es que, a menudo, pone frente a frente la desigualdad de origen, con lo que lleva consigo (sobre todo si existe discriminación), y la igualdad jurídica declarada por la ley. Este desafío se ha puesto de manifiesto, sobre todo en Estados Unidos, en numerosos procesos contra miembros de determinados grupos, que se oponen a la estructura socio-económica y política existente. Los acusados, y a veces sus abogados, no han reconocido la autoridad del tribunal y se han comportado de forma insólita. La cuestión es la siguiente: ¿justifica la desigualdad de origen la oposición hecha a la autoridad del tribunal? La respuesta no es fácil. En primer lugar, debe distinguirse entre el principio de igualdad jurídica, que no se discute, y la autoridad del tribunal para encarnarle. Para responder de la mejor manera posible, hay que recordar que la justicia criminal no tiene por finalidad poner remedio a las desigualdades socio-económicas y políticas, sino tenerlas en cuenta "en justicia". Sin entrar en detalles, basta decir que, cada vez en mayor número de casos, los tribunales no encarnaban ninguna justicia, sino un poder socio-político injusto, mientras que en otros casos, a pesar de un vicio socio-político inicial, podía hacerse justicia. No puede darse, por tanto, una respuesta general, sino para cada caso, según las circunstancias y los medios empleados para no reconocer la autoridad del tribunal. A un nivel más general, pero también importante, podemos preguntarnos si los que combaten dicha autoridad no se han aprovechado también en su propio beneficio del sistema que dicen combatir. Podría decirse que la guerra o la resistencia al sistema "justifica" aprovecharse de él allí donde convenga. De acuerdo, pero si se admite tal "justificación", hay que admitir lo propio de parte del sistema para defenderse él mismo y atacar si es preciso.

En todo caso, se ve de nuevo la estrecha relación que existe entre justicia y violencia, relación cuyas formas de manifestación no pueden explicarse de una manera general, científicamente primitiva, por mecanismos individuales de agresión de carácter psico-psiquiátrico

y psicoanalítico, que, desempeñando un papel en determinados casos, no bastan para explicar la condición socio-política de la justicia y de la violencia como consecuencia del papel primordial del pensamiento. En este pensamiento, desempeñan un evidente papel la nación y el ejercicio del poder.

8. *Finalidad de la justicia criminal.*—Durante siglos se ha venido discutiendo el fin de la justicia criminal; como tales, se han señalado la venganza, el castigo, la retribución, la defensa, la protección, la prevención, la corrección, la reforma, la readaptación, etc. En los últimos treinta o cuarenta años, rara vez aparecía mencionada la justicia como fin, en parte como consecuencia de la desorientación científica de la criminología y, en parte también, como resultado de un sistema de justicia criminal cada vez más desacreditado.

A esta pluralidad se la ha criticado como expresión de debilidad metódica, como una falta de solidez científica, etc. Falta de tiempo, y de espacio, no me permiten ocuparme con detalle de esta pluralidad y de las críticas, que a este propósito se me han hecho. Por eso, me voy a limitar a hacer algunas observaciones sobre los aspectos más sobresalientes.

Entre otros Norbert Wiener, *The Human Use of Human Beings*, 1950-1967, se ha pronunciado en contra de esta pluralidad, diciendo que la ley penal debe decidirse, de una vez por todas, entre los fines que enumera: la prevención, el castigo, la expiación, la protección y la reforma. Su razonamiento es que los problemas jurídicos deben contemplarse como problemas de comunicación y cibernética, como cuestiones susceptibles de repetición y control, lo cual permitiría a un abogado predecir con gran probabilidad, sobre la base de técnicas de interpretación de anteriores juicios, lo que el juez fuera a decidir en un caso dado.

Esta concepción de la justicia muestra hasta qué punto pueden desorientarse profesionales inteligentes. Acaso algún día llegue la justicia a standardizarse y administrarse por la informática, es decir, según el tratamiento lógico y matemático de los datos existentes, pero hay que confiar en que su aplicación daría lugar a una rebelión exigiendo una justicia basada en las relaciones humanas y no en un sistema de comunicaciones humanas.

La venganza ha sido señalada como fin de la justicia por muchos autores, que, en general, poseen ideas psicoanalíticas algo desfasadas. Ciertamente, la venganza ha existido, sobre todo encarnada en el talión, pero también desde el comienzo ha sido desvirtuada en la medida de lo posible, según se desprende de algunos textos antiguos. Así ocurre con las prescripciones penales de las Leyes de Eshnume y del Código de Hammurabi —para los textos, véase *The Ancient East*, 1958, editado por James B. Pritchard. Con Las Doce Tablas se acentúa la tendencia a la composición, y la venganza va desapareciendo a medida que la justicia criminal pasa a ser una prerrogativa real. El hecho de que la venganza como sentimiento subsista todavía, no significa que lo sea como fin del sistema

penal. Hay que añadir aún que en determinados casos la venganza puede ser “justa” y que la mayoría de estos casos se dan allí, donde no existe confianza en la justicia criminal. En esta desconfianza es donde hay que ver el origen de la “maffia”.

La prevención, como fin de la ley penal, se niega hoy mucho más que antes. La tesis emitida por los “metodologistas”, según la cual la prevención jamás ha sido demostrada empíricamente, muestra su ingenuidad científica, consecuencia de su desfasado neo-positivismo, pues el método empírico no puede probar todo, y con frecuencia lo que se considera como probado, no lo está. Nadie puede negar que la experiencia es una fuente importante del conocimiento, pero no es la única, es decir, el hecho de que una parte del conocimiento haya comenzado con la experiencia, no quiere decir que comience sólo con ella.

Como toda ley, la penal tiene un efecto preventivo limitado, que no es constante ni idéntico para todos ni para la misma persona en cualquier situación y momento. Pero esto no permite concluir que no exista la prevención penal. Como la justicia y el crimen, la prevención tiene un carácter socio-político, que le impide prevenir cualquier delito cuando quiera y donde quiera. Con el mismo razonamiento, debería suprimirse la ley civil, y otras, puesto que no impiden que gran número de obligaciones sean ignoradas. Si, como experiencia, se suprimieran un día todos los semáforos y la reglamentación de la circulación, podemos preguntarnos si el resultado empíricamente obtenido no mostraría que tanto aquéllos como ésta cumplen una evidente función preventiva. Limitada, sin duda, pero nadie ha pretendido que la prevención penal tenga un carácter absoluto. La razón de ello está en que la prevención penal debe hacer frente a otros factores, que, en su conjunto, son muy a menudo mucho más fuertes que el sistema penal.

El movimiento de nuestros días en contra del castigo —*punishment*— es tan poderoso como mal fundamentado. Esto no quiere decir, sin embargo, que seamos partidarios del *punishment* por sí mismo, sino que los razonamientos que se aducen rara vez pueden tomarse en consideración, pues de ordinario muestran más bien una actitud emocional que un conocimiento socio-político del problema. Así, hablar en términos generales del delincuente como marginado social es ignorar que, aunque esa condición pueda darse en ciertos casos, está ausente en la mayoría de los delincuentes. La traición, el espionaje, los delitos contra la economía, la salud, la seguridad y los medios de producción, los transportes y comunicaciones, públicos o nacionales, la criminalidad organizada, la oficial y semioficial, la llamada política, gran número de homicidios y otros delitos contra las personas y la propiedad, etc., tienen por autores a personas, cuya condición mencionada sería muy difícil de probar, pues no existe.

Podemos preguntarnos si los partidarios de esta tesis y de tesis semejantes, al criticar el elitismo —que, indudablemente, existe— de la justicia criminal, la cual debe reformarse de forma radical, no son

ellos a su vez elitistas, al reducir su imagen del marginado social a un tipo, que sólo representa una minoría criminal bastante modesta.

Muy raramente, sin duda, el *punishment* ha reformado a la gente, y menos aún al criminal. El fin de la corrección o de la readaptación ha sido el producto de una combinación de actitudes humanitarias generosas y de actitudes humanas hipócritas. ¿De qué vale, pues, insistir, sirviéndose primero de la tesis de la equivalencia delincuente-enfermo y hoy de la de delincuente-marginado social, en pedir una readaptación, corrección o reforma, que no puede tener lugar mientras los sistemas socio-económicos y políticos sean los que son en la mayoría de los casos? ¿Podemos creer realmente que la multiplicidad de programas institucionales y no institucionales permitirá contrarrestar los efectos de estos sistemas? Sin duda alguna, en determinados casos, sobre todo a causa de la falta de salud mental, se obtendrán resultados satisfactorios, pero en la gran mayoría la reforma o la readaptación no llegará a tener lugar. Como ya dije en el X Congreso de Defensa Social, París, 1970, en la actualidad, hay que admitir, por razones muy variadas, en parte aquí mencionadas, el derecho a negarse a ser readaptado.

El peligro viene también de parte de los "behavioristas", que, al criticar el *punishment*, se pronuncian a favor del control del comportamiento a través de un control del pensamiento. En un libro reciente, B. F. Skinner, *Beyond Freedom and Dignity*, 1972, después de criticar en dos capítulos, de forma superficial, la tesis del *punishment*, se pronuncia a favor de un sistema de control del comportamiento, que hace tabla rasa de la libertad y dignidad humanas.

Según Robert Jay Lifton, *Thought Reform and the Psychology of Totalism*, 1961, el control del comportamiento a través del pensamiento se practica ya en China, donde el organismo encargado de la función penitenciaria "debe tomar las medidas necesarias para organizar competiciones de corrección, entrevistas individuales, estudio de documentos, discusiones organizadas, a fin de educar al criminal en la admisión de su culpabilidad y en la obediencia a la ley y la información de los acontecimientos corrientes y políticos... para eliminar totalmente todo pensamiento criminal y establecer en el individuo un nuevo código moral". El texto reproduce el de *Chinese Communist Prison Regulations*.

Como ha demostrado J. A. Brown, *Techniques of Persuasion*, 1963, los cambios de comportamiento, las admisiones de culpabilidad y el arrepentimiento de los acusados, en gran número de procesos de la Unión Soviética y de otros países socialistas, tienen su explicación más bien en la presión psicológica que en la tortura física. De la aceptación del punto de vista del partido, se ha pasado ya, por tanto, a la aceptación de un pensamiento condicionado, es decir, impuesto mediante un tratamiento. La película *La Naranja Mecánica* ha popularizado el paso indicado. Por otra parte, H. R. Beech, *Changing Man's Behaviour*, 1969, expresa algunas dudas sobre la posibilidad de cambiar en todos los casos el comportamiento huma-

no. No cabe duda que tiene razón, pero, por otra parte, hay que tener en cuenta que jamás se ha sostenido esa posibilidad.

Siguiendo la trayectoria tradicional, Richard H. Walters y al., *Punishment*, 1972, elaboran un conjunto de estudios, que, aun siendo interesantes, han nacido ya "viejos", es decir, no se dan cuenta de que los problemas creados por las sanciones penales no pueden resolverse siguiendo sólo las tesis "behavioristas", por lo demás a veces contradictorias.

También, sin duda alguna, el *punishment* de nuestros días, sobre todo la prisión, da lugar a una desintegración de la personalidad. S. Cohen y L. Taylor, *Psychological Survival*, 1972, han demostrado esto de forma que, aun no estando tan bien fundamentada como piensan, debe tomarse en consideración por los que se obstinan en mantener la tesis de la readaptación del delincuente detenido. Su tesis no prueba que la prisión deba suprimirse, sino que su aplicación debe transformarse casi radicalmente. Hay que señalar que las Reglas Mínima de las Naciones Unidas, 1955, para el tratamiento de los detenidos, sin ser ignoradas, no se aplican en la mayoría de los países. El fracaso no se arreglará nombrando un comité de expertos, que se encargue de revisar esas reglas o de hacerlas adoptar por una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, o de darlas la forma de una convención internacional, como se sugirió en el Congreso de Kyoto, 1970. Los tres procedimientos están bastante desacreditados y su resultado más evidente será ocultar, una vez más, el fracaso de los gobiernos, fracaso debido en gran medida a la naturaleza antidemocrática de la mayor parte de los regímenes políticos existentes. Digo en gran parte, pues en algunos países democráticos tampoco se aplican las reglas, a no ser de manera muy limitada. El único remedio posible, sugerido por mí al Secretariado, agosto 1972, sería el nombramiento de una comisión de investigación sobre la aplicación de las Reglas en unos cuantos países, elegidos desde un punto de vista geográfico y político, pero, aun cuando el Secretariado osara llevarlo a cabo, la última palabra la tendrían siempre los gobiernos y el Comité de Expertos semigubernamental.

La eficacia del tratamiento sigue siendo discutida de forma tradicional, metodológica y, a veces muy erudita, pero con una falta notable de sentido histórico y socio-político. Entre los numerosos ejemplos, es digno de citarse el conjunto de estudios publicados bajo el título *The Effectiveness of Punishment and other Measures of Treatment*, 1967, Consejo de Europa, pues el volumen constituye en gran medida un caso notable de "déjà vu" en el campo de la investigación criminológica. Así, decir que se da una interacción entre el tratamiento y el tratado, que en cada marco institucional existen diferentes formas de *subcultura*, que éstas influyen sobre los detenidos, que en toda institución se dan dos sistemas culturales, el de los detenidos y el del personal, que muy pocos detenidos "internalizan" las reglas que rigen el comportamiento externo, que hay

delinquentes ocasionales y reincidentes, que la prisión debe evitarse en lo posible, etc., suscita cuestiones, que afectan a la deformación profesional, a la decadencia de la criminología, a la falta de imaginación y a la desorientación actual de los programas de investigación criminológica, a nivel nacional o internacional.

De conformidad con la trayectoria de la criminología actual, los trabajos del volumen examinado tienen, sin duda, su mérito, y el de Wilkins plantea cuestiones, que desgraciadamente no pueden examinarse aquí. Basta con decir que las notas hechas en el apéndice B sobre la predicción de la *deterrence* (detección) dan la impresión de que la distinción entre prevención general y prevención especial no se ha tomado debidamente en consideración. También ponemos en duda la tesis, según la cual las personas "behave in a somewhat consistent manner" (1), pues, aun admitiendo que esto sea verdad, el problema aparece cuando tal coherencia debe ser definida, establecida y localizada. Por eso, la conexión que afirma que existe entre *deterrence* y predicción requiere un análisis, que no se ha hecho. De otra forma, debería haberse distinguido entre *deterrence* en general y *deterrence* en particular, así como las diversas formas de predicción a ella correspondientes y que conciernen a la criminalidad como fenómeno general; la especial, que afecta a una persona que puede cometer cualquier delito, y la más específica, que afecta a la que sólo puede cometer un "tipo" de delitos. También su conclusión, según la cual "tan pronto como un objeto es definido —adhesión de una etiqueta— la definición no cambia el objeto definido", requiere especificaciones, que, por desgracia, no se han hecho. En todo caso, habrá que decir que una definición y una etiqueta son dos nociones bastante diferentes. El hecho de definir un delito no da lugar a ninguna etiqueta en gran número de casos y en otros puede ser muy diferente según las personas o grupos que pongan la etiqueta. La afirmación de que la definición no cambia la naturaleza del objeto definido parece ignorar que en la vida de relaciones humanas el término objeto tiene una validez relativa y que, si se acepta, hay que admitir también que en un mismo "objeto" se da una pluralidad de "objetos". Parte de éstos pueden, sin duda, ser ignorados, pero no todos. Así, el hecho de definir la homosexualidad como delito, de definirla como tal sólo cuando concurren determinadas circunstancias y no definirla como delito en otros casos, significa modificaciones del objeto. Me hubiera sorprendido si al hablar de objeto hubiera pensado Wilkins simplemente en el objeto desde el punto de vista material o físico, pues tal aproximación, aunque válida en determinadas disciplinas naturales, no lo es en las ciencias humanas, en las que la aproximación socio-política parece ser esencial en gran número de casos.

En cierta medida, podría decirse que gran parte de los criminólogos de hoy, sobre todo los que son más bien metodologistas, son

(1) "Se conducen de forma poco coherente."

prisioneros de una concepción de la criminología, que, haciendo gala de ser cada vez más científica —ilusión muy frecuente—, no llegan a realizar, ya que en su mayor parte es aún una criminología del siglo XIX. Las conclusiones de la IX Conferencia de directores de institutos de criminología, *Perception of Deviance*, 1972, Consejo de Europa, no hacen más que confirmar tal juicio, confirmado a su vez por la incapacidad de la criminología para ofrecer una contribución, que pueda utilizarse en la elaboración de una política criminal razonablemente eficaz. Dichas conclusiones dan la impresión más bien de seguir una moda terminológica en la trayectoria de una criminología, todavía considerada individualmente, que de tener una noción clara del problema de la criminalidad de nuestro tiempo y del futuro inmediato. ¿A quién corresponde, pues, la responsabilidad de dar de lado al lastre e intentar crear una nueva criminología?

9. *La justicia como único fin de la justicia criminal.*—No se trata de ningún tópico, sino de la afirmación de un propósito relegado desde hace mucho tiempo en la pluralidad de fines, que se asignan a la justicia criminal por parte de ideas humanitarias, la moral o la religión, determinadas ideologías y un conjunto de asertor psicológicos, sociológicos, criminológicos, etc.

Desde un punto de vista socio-político y lógico, el único fin posible de la justicia criminal es la justicia. Por ésta, no debemos entender la de nuestros días, constituida por una extraña mezcla de abstracciones y remedios para una prevención y un tratamiento, que tampoco corresponden a las necesidades socio-políticas actuales. La readaptación o la corrección y la mayor parte de los fines ya señalados, deben, sin duda alguna, tomarse en consideración, pero siempre subordinados a la justicia, a la necesidad de satisfacer la requerida por las relaciones humanas, cuya interpretación individualista no es la única que puede hacerse.

¿En qué consiste, por tanto, la justicia? Si es necesaria una definición, me voy a servir de la de las *Institutionis Iustiniani*, que produce la del *Digesta Iustiniani*, y cuyos antecedentes se encuentran ya en Cicerón, Platón y otros. Justicia, según esta definición, es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo. Bird considera que tal definición pertenece al grupo de las teorías, que estiman la justicia como un derecho natural. El término natural es difícil de fijar y no se va a discutir aquí. Basta decir que para mí la definición tiene la ventaja de adaptarse muy bien a mi concepción de la justicia como necesidad inherente a las relaciones humanas. Esta concepción difiere bastante de la del derecho natural, pues en contraste con ésta, no estimo que el bienestar de la sociedad constituya su aspecto más significativo. Al servirme de tal definición, no pretendo resucitar el pasado, sino expresar mi pensamiento tan clara y brevemente como me es posible.

En la sociedad romana, la vida era bajo muchos aspectos tan complicada como la nuestra; el derecho penal tal como lo entende-

mos nosotros, incluso en los países de influencia inglesa, no existía; la pena tenía más bien un carácter pecuniario bastante variado, teniendo casi siempre a una compensación, es decir, a satisfacer lo que era "debido", incluso en los casos que hoy estarían considerados como bastante graves o graves; en los *crimina publica*, no estaba excluida la idea de compensación, pues la *expiatio* de la pena contenía en el fondo la de *satisfactio*, que también significa pagar; en algún caso las sanciones penales no tienen por finalidad la corrección o readaptación del delincuente; aunque el número de *crimina publica* aumentara bajo el imperio, el número total de actos delictivos era relativamente reducido y el procedimiento en gran medida privado; finalmente, la comunidad participaba de manera directa y variada en la administración de la justicia, incluso bajo el imperio.

Tales características, que varían, pero se mantienen bastante constantes, eran la consecuencia socio-política de la importancia atribuida al concepto de obligación en las relaciones sociales, lo que da lugar a actitudes individuales y colectivas de expectativa muy generalizadas, pues a cada uno le estaba permitido actuar de forma más o menos establecida de antemano, o pagar una compensación en el caso de que se comportase de forma diferente. La limitada extensión del "derecho penal" romano explica que sólo algunos juristas se ocupen en sus escritos de cuestiones penales. No cabe duda de que la desigualdad en la ejecución de las penas, según que el condenado perteneciese a la clase superior de los *honestiores* o a la clase inferior de los *humiliores*, sometidos éstos a una mayor severidad, debe considerarse como contraria al principio de igualdad ante la ley de nuestros días. Pero, por otra parte, hay que admitir que, en numerosos países, este principio es a menudo ficticio, y que en otros el trato penal privilegiado, en relación con la condición social del detenido, es bastante frecuente. Por eso, si tenemos en cuenta los siglos transcurridos, el progreso penal de nuestros días no guarda siempre la debida proporción.

Según mi punto de vista, debe volver a entrar la idea de justicia en la justicia criminal, de la que ha estado y aún sigue estando ausente desde hace mucho tiempo. Esta justicia debe basarse en la idea de obligación, como expresión de un conjunto de relaciones y expectativas entre los mismos individuos y también entre ellos y la comunidad. En resumen, tal reintegración significa:

- a) Una reducción considerable del ámbito del derecho penal;
- b) Introducción de un sistema de compensaciones, indemnizaciones y prestaciones, que, en gran medida, vendría a ocupar el puesto de sanciones penales. Su efectividad estaría asegurada por un sistema combinado de seguros, Cajas y contribuciones;
- c) Consideración de la responsabilidad penal en relación con expectativas individuales-colectivas, según la condición, situación y papel de cada uno en la sociedad y en la estructura

- socio-política vigente, y no según la culpabilidad y responsabilidad individuales en cuanto autor de un acto aislado;
- d) Abandono de las ideas de corrección o readaptación, lo cual no impide tomar las medidas adecuadas para mejorar las capacidades físicas, las aptitudes mentales y las disposiciones personales del delincuente, a fin de permitirle vivir, en la medida de lo posible, sin entrar en conflicto con la ley penal; y
 - e) Transformación del sistema penal en un sistema de justicia social penal, en la que el profesionalismo de los que de ella se ocupan no es siempre esencial.

Podrá decirse que, en cierta medida, lo que acaba de sugerirse existe ya en algunos países. Sin negar que aquí y allí se han introducido reformas para reducir la ley penal, organizar Cajas de indemnización, mejorar un poco la deplorable condición de la asistencia judicial, etc., todo esto se ha realizado dejando casi intacto el sistema penal de nuestros días y es, precisamente, su reforma radical la que se encuentra implícita en las sugerencias hechas, de las que me he ocupado desde hace algún tiempo en varios trabajos, ya mencionados en parte aquí. Tal reforma significa que son las relaciones humanas, y no la persona del delincuente, las que vienen a constituir el eje alrededor del cual debe girar todo el sistema penal. El fin de esta justicia social penal no será compensar la desigualdad socio-económica y política —que debe reducirse en la medida de lo posible—, sino valorar un comportamiento según una expectativa socio-política, a fin de devolver a la víctima y a la comunidad lo que les es “debido”. Esto, hay que repetirlo, no significa una vuelta al pasado e ignorar al delincuente, sino que tanto la criminología como la justicia criminal deben dejar de concebirse “individualmente”.

10. *Justicia e injusticia.*—La falta de justicia no siempre significa una injusticia, mientras que ésta indica la ausencia de la primera.

Por su naturaleza “relacional”, la justicia no se presta a imágenes o modelos. Aquéllas, al existir en los Palacios de Justicia, no representan más que una deformación conceptual y funcional, y los modelos se pierden rápidamente en el pasado, dada la condición histórico-circunstancial de la justicia para ser verdaderamente justicia.

Otro aspecto de la relación entre justicia e injusticia es que si ambas vienen muy a menudo vinculadas a la ley, tanto una como otra son independientes de ésta. Por tanto, justicia, injusticia y legalidad son tres conceptos diferentes, pero si se permite una generalización, por lo demás modesta, y con todo el respeto que la escuela positiva del derecho puede merecer, podría decirse que la injusticia se asocia más a menudo a la ley que a la justicia.

La condición “relacional” de la justicia no significa, como todavía se dice, que consista en conciliar las necesidades y deseos de cada uno con el interés general. Además de dejar fuera la idea de

obligación ya esbozada, esta tesis suele dar lugar al compromiso, que, por su propia naturaleza, es una combinación de justicia-injusticia, que no puede ser asumida por la justicia.

Desde hace siglos, justicia e injusticia han venido asociadas con el poder, y de esta asociación, la injusticia ha sido la más beneficiada. La razón es doble: por un lado, el poder puede organizar la justicia criminal tan defectuosamente que la injusticia llegue a ser normal y, por otro, el poder se sirve de la justicia con fines políticos. En ambos casos, la justicia criminal se convierte en fuente de violencia y criminalidad, tanto de arriba como de abajo.

También puede ser debida la injusticia criminal a la incompetencia, negligencia y errores de los encargados de aplicarla. A pesar de los esfuerzos realizados por mejorar la preparación profesional de la gente de toga, la incapacidad todavía es muy frecuente en muchos países. En lo que a los expertos concierne, quizá todos sean competentes, pero sus opiniones contradictorias muestran, o bien que su sentido de la justicia es muy reducido o inexistente, o que las disciplinas que representan descansan todavía sobre bases bastante débiles.

La separación entre injusticia criminal no-intencional e intencional, no siempre es fácil de hacer, lo cual facilita la expansión de dicha injusticia. En la exposición que sigue —por lo demás, breve y *ad exemplum*—, vamos a denominar a la primera, injusticia criminal por defecto, y a la segunda, injusticia criminal instrumental:

A) *Injusticia criminal por defecto*.—Los casos, que frecuentemente conducen a la violencia y criminalidad, tanto dentro como fuera del sistema penal, son los siguientes:

- a) Brutalidad y tortura policiales, sobre todo en las policías especiales, como consecuencia de la falta de selección y formación profesional;
- b) Abuso de la prisión preventiva y defectuosa reglamentación de la caución, lo que hace que en gran número de países sean enviadas cada año a prisión miles de personas por períodos muy cortos. Un gran porcentaje de personas detenidas no son condenadas y, luego, en la mayoría de los países, no está prevista ninguna indemnización. Los casos de Francia y otros países son más bien excepcionales. Combinado con un procedimiento lento, explotado en beneficio suyo por la "gente de toga", el abuso de la prisión preventiva explica que en numerosos países la mayoría de la población penal esté compuesta por detenidos, que esperan a ser juzgados. En América Latina, el porcentaje oscila entre el 60 y el 80 por 100. El récord corresponde a Venezuela, con un 85 por 100 en 1972, seguida de cerca por Colombia, Perú y Argentina. En Méjico, la situación no es mejor, pero dado que se trata de un país, en el que las estadísticas criminales no existen o se publican de modo fragmentario, las cifras son difíciles de establecer:

- c) Lamentable condición de la asistencia legal o judicial, a pesar de los esfuerzos realizados en algunos países, como Inglaterra y Estados Unidos, por mejorarla, esfuerzos casi siempre obstaculizados por los intereses profesionales de la "gente de toga";
- d) Constante abuso de las penas privativas de libertad, sobre todo de corta duración, que, además de no readaptar a nadie, dan lugar a un creciente desprecio por la justicia criminal, constituyen una poderosa fuente de violencia y criminalidad, y son muy costosas. En 1971, en Zambia, el porcentaje de detenidos condenados a menos de seis meses era del 54 por 100. Si, por pena corta privativa de libertad, entendemos la inferior a un año, el porcentaje es del 80 por 100. Cuando visité Nigeria en 1970, los detenidos condenados a menos de seis meses constituían casi el 70 por 100 de la población penitenciaria total, y en Kenya, donde, en 1971, visité los establecimientos más importantes, el porcentaje de detenidos por menos de seis meses era alrededor del 75 por 100. En Argentina, las estadísticas parecen considerar los dos años como límite de la pena corta, un período difícil de explicar, pero que parece corresponder a la duración media del proceso penal. En 1970, el porcentaje de detenidos condenados a menos de dos años era del 74 por 100. En Francia, según el Informe General de la Administración Penitenciaria correspondiente al Ejercicio de 1971, la proporción de detenidos condenados a menos de un año se acercaba al 44 por 100. En Inglaterra —excluida Escocia—, según el *Report of the Prison Department, Statistical Tables, 1971*, el número de personas ingresadas, condenadas a períodos inferiores a un año, era del 62 por 100. Según mi propia investigación, y con las reservas necesarias, podría decirse que la media de la población penal mundial diaria no era inferior en 1970 —excluidos los presos políticos— a dos millones, de los cuales no menos de 1.300.000 eran condenados a menos de seis meses, en realidad la mayor parte a menos de tres meses. Hoy, con toda probabilidad, estas cifras son más elevadas. Si tenemos en cuenta que en la mayor parte de los países se deduce la totalidad o gran parte del período de prisión preventiva, podemos preguntarnos en qué consisten la corrección o la readaptación recomendadas y proclamadas por todas partes;
- e) Condiciones muy poco satisfactorias, con frecuencia francamente malas, en la organización de la *probation* y de la libertad condicional, *bajo palabra*, en la mayor parte de los países, incluidos los Estados Unidos. En Venezuela, casi nunca se aplica la libertad condicional. Con una población penal diaria entre 14.000 y 15.000 durante los últimos cinco años, el número de detenidos, que se han beneficiado de la libertad condicional, ha sido de 15;

- f) Condiciones materiales deplorables en la mayor parte de las prisiones del mundo, comenzando por algunos países desarrollados como Estados Unidos, donde, por otra parte, siguen construyéndose prisiones enormes, llamadas a veces "complejos", ejemplo seguido desgraciadamente por los países menos desarrollados. A esto hay que añadir la mentalidad de las administraciones penitenciarias, que todavía siguen clasificando las instituciones, según su seguridad, en prisiones de máxima, media y mínima seguridad, en lugar de clasificarlas en instituciones cerradas, semi-abiertas y abiertas, lo cual no sólo presupone una mentalidad diferente, sino también un tratamiento socio-político más humano que el ofrecido por programas científicamente elaborados. El número creciente de motines en las prisiones de Estados Unidos, Francia, Inglaterra, etc., muestra que, por diversas razones, el tratamiento institucional cerrado, necesario sólo para una minoría de delincuentes, debe ser transformado de forma radical. No cabe duda que aquí y allí se han hecho progresos, pero la institución de máxima seguridad —en algunos países, como Africa del Sur, se poseen de *ultra-maxima security prisons*—, todavía constituye el eje alrededor del cual siguen girando la mayoría de los países. Algunos motines se han precipitado, sin duda alguna, por la condición "de protesta" de una parte de la población penal. Este ha sido el caso, entre otros, de la prisión de Attica, Nueva York, que, siguiendo un eufemismo terminológico muy de moda en los Estados Unidos, se llama *Attica Correctional Facility*. Según el informe oficial de la investigación sobre el motín, esta "facilidad" contaba con una población de 2.243 detenidos y las condiciones, de todo orden, estaban muy lejos de ser correccionales. Conforme a la publicación de la American Correctional Association, *Correctional Institutions and Agencies*, 1971, había ese año en Estados Unidos 93 prisiones con poblaciones penitenciarias entre 1.000 y 5.000 detenidos. El récord está establecido por la prisión de Los Angeles con cerca de 11.000 detenidos, la mayor parte condenados a menos de un año. El número de prisiones con capacidad entre 500 y 1.000 es todavía más elevado. Una parte bastante importante de todas estas prisiones se han construido en los últimos veinte años. A partir de 1955 las Reglas Mínima de las Naciones Unidas sugieren la capacidad máxima de 500 detenidos. Las excepciones más notables al sistema de la gran prisión se encuentran en los países escandinavos y en los Países Bajos;
- g) Procedimiento penal basado aún en criterios de los siglos XVIII y XIX. Esto explica no sólo la lentitud del procedimiento, sino también, en una medida apreciable, la corrupción de la "gente de toga" en muchos países, que se mencionan más adelante. Basta mirar los códigos de procedimiento

penal para darnos cuenta de que su contenido no corresponde a las necesidades jurídicas de nuestro tiempo. Como garantía de los derechos humanos, han fracasado; de otro modo no podrían explicarse los plazos, los abusos de la caución, etc. Los ejemplos son numerosos y entre ellos merecen considerarse los códigos de Francia, Italia, España, Ecuador, Venezuela, India y Japón, pues, poseyendo modalidades diversas, todos representan un tipo de procedimiento, que debe ser transformado radicalmente. Las reformas llevadas a cabo en la República Federal de Alemania, aunque suponen un progreso, no son suficientes. En Méjico y Argentina, la pluralidad de códigos asegura todo, excepto una justicia rápida y honrada.

- h) Un sistema jurisdiccional de los tribunales basado todavía en criterios y estructuras socio-económicas y políticas de los siglos XVIII y XIX. Podemos preguntarnos si las jurisdicciones de las Salas de lo Criminal, Tribunales de Apelación, Tribunales de Casación, Altos Tribunales de Justicia, etc., están justificadas en nuestros días. Los tribunales penales deben sin duda alguna existir, pero no en la forma actual. Una parte, por lo demás profundamente renovada, podrá conservarse, pero el resto debe suprimirse.

Esto plantea la cuestión, apenas discutida en la actualidad, de la planificación de la justicia teniendo en cuenta el desarrollo socio-económico y político. Pero tener en cuenta no significa, sin embargo, que haya de ser absorbida por este desarrollo, pues la justicia criminal, como aspecto de la justicia en general, tiene una finalidad propia, que no debe equipararse a un desarrollo guiado frecuentemente por ideas políticamente erróneas o antidemocráticas.

Notemos que, aun siendo con frecuencia imponente, como los Palacios de Justicia donde a veces se aloja, la justicia criminal actual carece de sentido socio-político, es decir, que, en lugar de realzar la libertad y dignidad humanas, las reduce y aun las destruye. Entre otros ejemplos, podría citarse el de Dakar, Senegal, donde se me indicó que debía visitar el nuevo y magnífico Palacio de Justicia, pero donde se me negó la autorización para visitar la prisión.

B) *Injusticia criminal instrumental*.—Bajo sus dos formas principales: injusticia criminal por razones políticas y por razones personales, ha existido desde siempre. Por justicia política se entiende aquí el empleo intencional de la maquinaria de justicia criminal con fines ideológicos, entre los que se incluyen las ambiciones personales de un dictador o de un grupo. En los períodos revolucionarios también se habla de una justicia política, y a este efecto se crean tribunales especiales, comités o *juntas*, que se encargan de liquidar lo más rápidamente posible a la gente. Este procedimiento puede dar los

resultados deseados; pero, sin embargo, no se trata ahí de justicia, sino muy frecuentemente de una criminalidad ordinaria, aun cuando por razones políticas se la exalte o se la considere como medio de "purificación" o de "preparación moral". También las guerras civiles proporcionan numerosos casos de criminalidad, que a veces se proclama como formando parte de una cruzada, en la que el fanatismo religioso y el militarismo desempeñan un papel importante.

Como ha señalado Otto Kirchheimer (*Political Justice*, 1961), el proceso criminal político es un instrumento, cuyo fin es evitar futuros obstáculos. Siguiéndole en amplia medida, las tres modalidades más importantes del proceso político son: el proceso relativo a un delito de derecho común cometido con una finalidad política, pero dirigido de una manera políticamente beneficiosa para una determinada ideología; el proceso político clásico, mediante el cual es enjuiciado el comportamiento político de un enemigo, con el fin de eliminarle de la palestra política; y el proceso político manipulado a fin de deshacerse de personas, sobre todo colegas o miembros del mismo partido. Las tres modalidades se han utilizado en todos los países y en todas las épocas, pero en nuestros días los países socialistas, sobre toda la Unión Soviética, deben ser considerados no sólo como los que con más frecuencia emplean la tercera modalidad, sino también como los autores de su perfeccionamiento.

Normalmente la justicia criminal política se vale de los tribunales ordinarios, pero también de leyes penales de excepción, cuya finalidad declarada es la protección del Estado, la unidad nacional, el orden público, etc. También la jurisdicción militar se encarga con frecuencia de hacer efectiva esta "justicia criminal". Esa legislación especial es abundante en los países antidemocráticos como España, Portugal y en la mayor parte de los países latino-americanos, africanos e, incluso, en algunos asiáticos. Por otra parte, se da también en algunos países democráticos como Francia. En los países socialistas esa legislación es más rara, pues los códigos penales suplen las disposiciones adecuadas. Así, el artículo 70 del Código penal de la R. S. F. S. R., que tiene sus análogos en la mayoría de los códigos penales de la Unión Soviética, se ocupa de las maquinaciones o propaganda antisoviética, lo cual permite enviar gente a prisión y, más recientemente, a clínicas psiquiátricas. Una disposición semejante se encuentra en los artículos 106 y 107 del Código penal de la República Federal Alemana de 1968.

También es evidente la injusticia criminal en los casos de *apartheid* o de cualquier otra discriminación legalizada. No olvidemos que entre justicia y legalidad existe bastante a menudo una distancia considerable.

La injusticia criminal por razones privadas está muy extendida bajo diversas formas en Africa, Asia y América Latina. En algunos países de ésta, está ya bastante comercializada, y esta comercialización se acepta como "normal". Entre otros países, éste es el caso de Ecuador, Perú, Colombia, Guatemala, Venezuela y Brasil. En lo que

a Perú concierne, H. H. A. Cooper, *Crime, Criminals and Prisons in Peru*, 1971, en el *International Journal of Offenders Therapy*, confirma lo que los peruanos conocen muy bien, es decir, que el sistema penal está a favor de los privilegiados y gentes sin escrúpulos. En Venezuela la comercialización existe y, como experto encargado de estudiar el sistema penal de dicho país, me esforcé en señalarlo en 1972 con la mayor diplomacia. Esto no quiere decir que en estos dos países, como en los demás, no haya entre la gente de toga personas honradas. En los países latino-americanos, la corrupción y la comercialización se ven facilitadas por una serie de factores, de los cuales los más significativos son: un sistema penal con un procedimiento que, a pesar de ciertas reformas, de ordinario basadas en concepciones superadas, pero expuestas con erudición, pertenece al pasado; por la inestabilidad política, que, salvo excepciones, ha fortalecido estructuras socio-económicas y políticas reaccionarias, aun cuando se hagan llamar revolucionarias, lo cual explica la continuidad de los sistemas penales, cuyo carácter represivo y de clase se disimula bajo reformas "avanzadas", que en la mayoría de los casos quedan sobre el papel; por una inestabilidad judicial, aun cuando exista cierta estabilidad política; por una deformación profesional, que comienza en las Facultades de Derecho y alcanza su plenitud en el ejercicio de la abogacía; y en algunos países, por la existencia en gran parte de la población de ancestrales actitudes de sumisión, que aceptan la injusticia criminal como un hecho normal que hay que soportar.

III. RECAPITULACION

1. *Violencia y oposición*.—La violencia, como fenómeno socio-político, es difícil de suprimir, pero susceptible de ser reducida y controlada. Está en relación directa con el derecho a imponer ideas diferentes de las existentes o impuestas. Por eso, la explicación de la violencia y la oposición, y por supuesto de la imposición, es en gran medida independiente de las explicaciones etiológicas de carácter individual ofrecidas por psicólogos, psiquiatras y sociólogos. Estas explicaciones tienen, indudablemente, cierto valor, pero de ordinario se exageran y son debidas no sólo a una deformación profesional, sino también a la debilidad científica e histórica de la psicología, de la psiquiatría y de la sociología.

Un ejemplo palpable lo tenemos en el caso del Ulster. Allí, la violencia se muestra brutal y criminal, no porque los individuos estén inclinados a ella por una privación de amor maternal, falta de salud mental y conflicto cultural, sino como consecuencia de la acción del pensamiento sobre el comportamiento, individual y colectivo. Estas teorías, al igual que otras, pueden indudablemente contribuir a explicar este comportamiento, pero, como fenómeno socio-político, es evidente que no bastan para explicar la violencia en general y menos aún la violencia criminal.

En un libro, por otra parte de interés, Henry V. Dicks, *Licensed Mass Murder, A sociopsychological study of some SS Killers*, 1972, confirma, aunque no sea ésta exactamente su intención, lo que acaba de decirse. Las atrocidades nazis no pueden explicarse por procesos individuales, es decir, por la ausencia de una infancia feliz, inadaptación, etc. Aunque válidas en algunos casos, todas estas explicaciones, por otra parte científicamente algo dudosas, no bastan para explicar la violencia criminal de los nazis, ni la complicidad de la mayor parte del pueblo alemán. Entre otras cuestiones, podemos preguntarnos si no habían gozado gran parte de estos criminales de una infancia feliz y de un amor maternal, mientras que otros, habiendo carecido de uno y otra, se opusieron a estas brutalidades criminales. Por esta razón, sorprende ver cómo Dicks recurre todavía a las tesis de Bowlby, tan combatidas por otros y de las que yo me he ocupado (véase *Crime, An Analytical Appraisal*, capítulo 3).

El caso reciente de Uganda, con su violencia criminal colectiva, puesta en marcha por un dirigente, sin duda anormal, muestra también cómo siendo él mismo un elemento importante, no es sino la expresión de un pensamiento ya existente. Por eso, su personalidad, como la de las personas que están a su alrededor, no son más que aspectos limitados del problema. La relación entre el pensamiento y la criminalidad colectiva tiene en Uganda un carácter esencialmente socio-político, que la psicología y la psiquiatría no pueden explicar suficientemente. Es evidente que, desde hace mucho tiempo, existía en Uganda un movimiento de oposición muy fuerte contra la condición y el papel de otros grupos de la población, hindúes y blancos sobre todo. Pero esta oposición tiene muy poco que ver con el amor maternal, el conflicto individual y otras tesis psicoanalíticas.

Sobre el terrorismo hay que señalar como notable la resolución n.º 3034 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, juntamente con las discusiones, pues el conjunto muestra cómo el pensamiento también desempeña un papel decisivo en el terrorismo criminal, que, en realidad, es practicado por una serie de gobiernos, que proclaman los derechos del hombre y el derecho de los pueblos a la independencia. Estas referencias son evidentemente válidas, pero no hay que dejarse engañar por ellas; en realidad, la resolución no se opone a la criminalidad terrorista. Por eso, su influencia es innegable, y la misma no puede explicarse, por no citar más que un ejemplo, por la falta de amor maternal en quienes propusieron enmiendas y votaron la resolución y en los que, de lejos, enviaban instrucciones, sino como consecuencia de factores socio-políticos, que, por supuesto, una persona, grupo o partido pueden personificar, pero jamás, como factor, explicar.

Violencia y oposición están, por tanto, en estrecha relación, y la última puede venir provocada por razones muy diversas. Así, la oposición en la Unión Soviética es actualmente diferente de la que existe en Uganda o en otra parte.

Aunque lleguen a crearse estructuras socio-económicas y políticas

más justas que las del capitalismo y socialismo, es evidente que la violencia, si bien reducida, tendrá siempre que existir, en parte como expresión de un pensamiento de oposición o, simplemente, de una falta de conformidad. La violencia, la oposición y la no conformidad son necesarias en algunos casos, pero eso no quiere decir que siempre estén justificadas. Y aun cuando lo estén, ello no significa que la llamada delincuencia política tenga derecho a un tratamiento privilegiado, pues la justificación política no basta para justificar los crímenes cometidos para hacerla valer. A esto hay que añadir que la violencia no es expresión de una manifestación subcultural de un grupo o clase, tesis que, aparte de no estar justificada ni científica ni históricamente, acentúa la condición de sirvienta que la criminología adquiere en el pensamiento profesional de algunos criminólogos.

2. *Justicia y oposición.*—La justicia forma parte de toda relación humana con significación política, es decir, de la vida de relación en sociedad según exigencias históricas. Por otra parte, la justicia se interpreta de forma diferente sobre todo por los que tienen a su cargo, como función del Estado, su aplicación. Es, por tanto, la expresión de una necesidad constante, de un pensamiento, que justifica esperar en un determinado comportamiento cuando hagan su aparición ciertas circunstancias. La justicia, dicho brevemente, es una forma de expectativa ampliamente aceptada por una comunidad en un momento histórico determinado. Esta expectativa debe, indudablemente, ser sometida a limitaciones teniendo en cuenta otras expectativas, pero, en todo caso, se trata de una necesidad, que hay que satisfacer lo más completamente posible, satisfacción que tiene un carácter más histórico que funcional. La justicia, por consiguiente, no puede estar monopolizada por la gente de toga, aunque ésta sea, en cierta medida, necesaria. Esto quiere decir que la transformación de lo que aún llamamos administración de justicia es indispensable y que habrá que deshacerse de ciertas imágenes de gentes de toga, así como dejar de lado la primacía atribuida a la readaptación como fin de la justicia criminal.

También habrá que tener en cuenta que en muchos crímenes, sobre todo en la criminalidad del pobre diablo, y no en la de arriba, se hace frecuentemente justicia. Aunque, sin duda, de forma brutal o ilegal, lo cual muestra una vez más la relación entre violencia y justicia, así como la distinción entre ésta y la legalidad. Pero en estos casos, sin embargo, el papel del pensamiento es procurar satisfacer la necesidad de justicia. La explicación parece ser mejor que la suministrada por las tesis etiológicas psicoanalíticas. Así, si X ha dado muerte a Y, la satisfacción de esta necesidad puede contribuir a comprender el acto de forma más clara que la ausencia de amor maternal o paternal, el conflicto cultural o una condición mental afirmada por un experto y contradicha por otro.

La satisfacción de esta necesidad debe seguir hoy un procedimiento establecido por la ley, pero sucede que en muchos países la admi-

nistración de justicia es incapaz o está corrompida. Por eso, surge el dilema y a veces se prefiere un sistema personal de administrar justicia. Esto no es, en principio, recomendable, pero su utilización no destruye, en muchos casos, la condición justiciera del acto.

En muchos países los regímenes políticos dan lugar a una oposición, que no es más que una exigencia de justicia o del derecho a expresar un punto de vista diferente. En todos los países, la oposición política no sólo es necesaria, sino saludable. Sin embargo, en algunos países socialistas esto no está permitido, lo cual ha dado lugar, para evitar en parte el oprobio causado por la criminalidad política oficial del pasado, a que la violencia sea sustituida, con relación a la oposición política, por la implantación de clínicas psiquiátricas con el auxilio de psiquiatras o de una psiquiatría socialista. De numerosos casos hemos sido informados por la prensa. En todo caso, Vladimir Boukovsky, *Une nouvelle maladie mentale en U. R. S. S.: l'opposition*, 1971, nos aporta detalles.

3. *Carácter estructural de la violencia y de la justicia.*—Violencia y justicia se alían y se oponen con frecuencia, pues ambas forman parte de una estructura socio-política muy amplia, en la que otros elementos desempeñan importantes papeles. Esto explica la naturaleza permanente y al mismo tiempo variable de la violencia y de la justicia, explicación que no pueden proporcionar las tesis etiológicas de carácter individual o los conceptos de ley y orden.

La justicia criminal se encuentra hoy en crisis, debido en gran parte a la naturaleza de los regímenes socio-políticos existentes. En todas partes se han hecho indudablemente progresos, pero siempre han tenido lugar sin tocar el armazón de los actuales sistemas penales. Su reforma es indispensable, pero no consiste en crear una justicia criminal preventiva o un derecho anti-criminal. Las ideas que animan estas tesis son evidentemente generosas, pero erróneas. No son más que residuos neopositivistas de la justicia en general y del delincuente en particular.

Para los particulares de la justicia preventiva, el estado peligroso, o mejor aún la peligrosidad del delincuente, es la llave maestra que permite decir todo y construir muy poco. Baste decir aquí que, de la misma manera que gran parte del comportamiento humano no tiene nada que ver con la personalidad del actor, de la misma manera el crimen cometido nada tiene que ver con mucha frecuencia con la personalidad del autor. De hecho, el crimen cometido va a veces contra esta personalidad.

Como toda posición *anti*, el derecho anti-criminal sirve de muy poco. Hay que añadir que también podría postularse un derecho anti-civil, anti-comercial, anti-social, anti-internacional, etc. No cabe duda que estos derechos necesitan ser reformados, pero ello no significa que deban desaparecer o que deban tener a su lado o frente a ellos otros derechos opuestos. Si anti-criminal quiere decir que no hay actos criminales o que no existe el delincuente, es evidente que esta con-

cepción, o bien tiene un concepto elitista del crimen y del criminal, o bien no se da cuenta de la realidad socio-política.

La solución consistiría en la creación de estructuras socio-políticas más justas. Podrá decirse que esto no depende del sistema penal o de la criminología. Es cierto, pero sólo en parte, pues uno y otra pueden formularse y elaborarse de manera que no sean la sirvienta de las actuales estructuras socio-políticas. La tarea no es fácil, sobre todo en los países de una fuerte tradición jurídico-penal y criminológica. Por desgracia, toda demora no hará sino acrecentar la violencia criminal y reducir al mínimo la justicia.

La caución penal

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Doctor en Derecho. Magistrado

SUMARIO: I. Definiciones y terminología.—II. Génesis y desarrollo de la caución penal. 1. El derecho británico. A) La recognizance de los sospechosos en el Estatuto de Eduardo VII, B) La recognizance preventiva sin necesidad de infracción penal anterior. C) La recognizance preventiva sumada a la pena o en sustitución de ésta. D) La recognizance como pena condicional. E) La recognizance procesal. 2. El Derecho germano continental. 3. El Derecho italiano.—III. Naturaleza jurídica. 1. El dilema pena-medida de seguridad. 2. La caución y la remisión condicional. 3. La caución y la sumisión a vigilancia de la autoridad. 4. Resumen sobre la naturaleza material de la caución. 5. El criterio formal en el Derecho comparado.—IV. Clasificación.—V. La caución del vigente Código penal italiano.—VI. La caución del vigente Código penal suizo.—VII. La nueva caución en los países socialistas. 1. Unión Soviética, Checoslovaquia, Bulgaria y Polonia. 2. República Democrática Alemana.—VIII. Consideración especial de la caución española. 1. Antecedentes hasta el siglo XIX. 2. El movimiento codificador. A) El Código de 1822. B) El Código de 1928. C) Los Códigos de 1848-50, 1870, 1932 y 1944. 3. Problemática de la caución en el vigente Código penal. A) Naturaleza. B) Ambito de aplicación. C) El fiador abonado. a) Concepto. b) El fiador colectivo. c) Modo de constitución. d) Muerte, enajenación y cambio de fiador. D) Determinación de la responsabilidad económica del fiador. E) Duración de la caución. F) El inicio del cómputo. G) Posible ejecución simultánea con otras penas. H) Las reglas generales para la aplicación de las penas. a) El problema de la divisibilidad. b) Posición que se mantiene sobre la divisibilidad jurídica de la caución. c) La escala 3 del artículo 73 del Código penal. I) La ejecución del mal. J) El abono de la prisión preventiva. K) El destierro sustitutorio. L) Breve resumen crítico.

1. DEFINICIONES Y TERMINOLOGIA

La caución dista mucho de ser una institución uniforme, lo que repercute en las dificultades con que tropieza cualquier intento de de-

finición. El jurista se ve en la alternativa de elegir entre una definición amplísima y, como tal, poco menos que inservible, u otra muy prolija, que trate de abarcar sus variadas posibilidades de contenido e incluso naturaleza.

En principio, la caución se identifica con toda medida encaminada a asegurar o garantizar el cumplimiento de una obligación (1). Una definición en esta línea resulta válida para cualquier rama del Derecho, pública o privada, sustantiva o adjetiva.

Nosotros limitamos el presente estudio a la caución dentro del Derecho penal, y más concretamente en el Derecho penal sustantivo, como sanción (pena o medida) directamente orientada a la lucha contra la criminalidad. Pese a ello, el problema de la definición subsiste. Los autores, aun cuando se refieran a un mismo ordenamiento positivo, o a normativas muy similares, discrepan entre sí, utilizando formulaciones incompletas, en las que se destaca un elemento u otro, o se incurre en evidente vaguedad.

En el aludido panorama, y concretándonos a España, pueden citarse las definiciones de Quintano Ripollés, Silvela y Cuello Calón. Para Quintano la caución es «el compromiso tendente a asegurar la inejecución posterior de algo que se previene» (2). Destaca, pues, este jurista lo que de compromiso, promesa u obligación tiene la institución examinada, pero silencia cuanto a las garantías se refiere. Silvela, por el contrario, carga el acento en este segundo punto, escribiendo que la caución de conducta «no es más que la fianza que se presta de que no se cometerá el delito con que se amenazó» (3). Como muestra de definición integradora vale la de Cuello, para quien caución es «el compromiso contraído por el delincuente de que en el porvenir tendrá buena conducta y ha de abstenerse de determinados hechos», pero añade que «el compromiso ha de ir acompañado de la prestación de una fianza pecuniaria o personal que responda de la futura conducta del delincuente» (4, 5).

En realidad—como se verá con mayor detenimiento al estudiar la historia de la caución y su naturaleza, así como las distintas regulaciones del Derecho comparado—el compromiso, incluso cuando su incumplimiento desemboca en un perjuicio económico, no tiene que ser garantizado necesariamente. De otro lado, el afianzamiento no siempre va precedido de promesa formal, aunque, en definitiva,

(1) DÍAZ-PALOS: *Caución. Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, T. III, 1951, pág. 778.

(2) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, pág. 336.

(3) SILVELA: *El Derecho penal, estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, T. I, Madrid, 1874, pág. 324.

(4) CUELLO CALÓN: *Penología*, Madrid, 1926, pág. 219.

(5) El propio CUELLO CALÓN, en su obra *Derecho penal*, Parte General, 10.^a edición, pág. 767, da ya una definición más completa, según la cual “la caución consiste en el compromiso contraído por el delincuente de observar buena conducta en el porvenir, del que responde mediante la prestación de una fianza pecuniaria”.

al dejarse a la iniciativa del sancionado la prestación de garantías, y en atención al propio espíritu de la institución, quepa sostener la existencia del compromiso. No se amenaza sólo con las posibles consecuencias que se garantizan, sino que se actúa en dos partes, primero imponiendo una obligación y luego, aceptada ésta, asegurándola convenientemente.

Nótese que el compromiso contraído encierra por lo general un contenido negativo. Unas veces se trata de evitar la comisión de determinado delito. Otras, sólo se aspira a lograr que el sancionado observe buena conducta, pero aun así prevalecen los rasgos negativos, por cuanto la buena conducta se interpreta como ausencia de mal comportamiento o como abstención de realizar actos ilícitos, o simplemente peligrosos en relación con la persona y circunstancias del reo, sean o no punibles.

Resumiendo nuestra postura, definiríamos la caución como compromiso, expreso o tácito, de buen comportamiento, entendido por lo general como inexecución de infracciones penales, garantizado o no por el propio delincuente o un tercero, con conminación o sin ella, para uno u otro, de sufrir determinado quebranto económico si el sancionado faltare a su obligación, y contraído en cumplimiento de resolución judicial de fondo, enmarcada en la lucha contra la criminalidad.

Los ordenamientos positivos acostumbra a prescindir de toda definición, ocupándose sólo del contenido y efectos de la caución.

Por lo que hace a la denominación, el muestrario ofrece gran variedad. El Código chileno de 1874 (art. 23) y el hondureño de 1906 (artículos 24 y 46) se inclinan por la palabra «caución», sin más aditamentos. El Código mejicano de 1871 (art. 166), así como el de 1931 (arts. 24 y 44) (6), el paraguayo de 1914 (art. 86) y el uruguayo de 1933 (arts. 100 y 101) se refieren a la «caución de no ofender». El Código venezolano de 1926 contiene la pena de «caución de no ofender o dañar». En el Código boliviano de 1834 se emplea la expresión «obligación de dar fianza de buena conducta» (art. 28), mientras que el Código colombiano de 1936 (arts. 42 y 55) presenta, más brevemente, una «caución de buena conducta» y el peruano de 1924 (art. 38) una «caución de buena conducta» y otra «de no delinquir». El Código de Defensa Social cubano de 1936 (arts. 51 y 52) prevé la «caución de probidad» como sanción aplicable igualmente a las personas naturales y a las jurídicas.

En nuestra Patria, el Código de 1822 (arts. 28 y 79) parece haber sido inspirador de la terminología del Código boliviano de 1834. También en aquél aparece la pena denominada «obligación de dar fianza de buena conducta». Posteriormente, los Códigos de 1848-50 (artículos 24 y 43), 1870 (arts. 26 y 44), 1932 (arts. 27 y 43) y 1944 (arts. 27 y 44) se conforman con la voz «caución», que se mantiene en el texto revisado de 1963. La única excepción en esa

(6) Texto según D. de 31 de diciembre de 1943.

constante viene representada por el Código penal de 1928 (art. 90), en el que se acoge «la caución de conducta».

Fuera del ámbito de habla española, el Código italiano de 1930 (artículos 237 a 239), como su antecesor (art. 27) o el Proyecto Ferri de 1921 (arts. 65 y 66), se pronuncia por la «caución de buena conducta» («cauzione di buona condotta»). En Suiza han echado raíces las denominaciones de «Friedensbürgschaft» y «cautionnement preventif», como sinónimas en alemán y francés, respectivamente (artículo 57). Sin embargo, la traducción literal de ambos términos al castellano no sería idéntica: «garantía de la paz», por un lado, y «caución preventiva», por otro. El Código penal de la República Democrática Alemana de 1968 utiliza el vocablo «Bürgschaft», en la línea del Código suizo, pero omitiendo la referencia a la paz (art. 31).

En el Código napolitano, del que parece que la caución pasa a nuestro Código de 1848, aquélla recibe el nombre de «pena de garantía» (art. 31).

En el Derecho inglés se emplea la expresión «recognizance» o «reconocimiento», al igual que en los Estados Unidos, y, particularmente, en el Código de procedimiento penal de Nueva York (artículos 84 y siguientes). Adelantemos que la «recognizance» constituye en verdad el nacimiento de una obligación, con independencia de que sea o no acompañada por alguna garantía.

Por nuestra parte creemos que el nombre de «caución» debe emplearse para denominar a la sanción en su totalidad, mientras que los vocablos «fianza» o «garantía» han de reservarse para el aseguramiento del compromiso contraído. Aquel término y éstos se encuentran en la relación del todo con la parte. La «fianza» o «garantía» se sitúa dentro del contenido de la «caución».

II. GENESIS Y DESARROLLO DE LA CAUCION PENAL

Son numerosos los autores españoles que señalan como origen de la caución penal el sistema romano de cauciones en el ámbito privativo (7). Como antecedentes más remotos suelen citarse la «cautio muciana» del Derecho hereditario y, sobre todo la «cautio de bene vivendo». Alvarez y Vizmanos, aunque sin pronunciarse sobre los orígenes, estiman que nuestra caución merece esa segunda denominación con sólo atender a su finalidad (8).

En el extranjero se acostumbra a reconocer, por el contrario, que la «cautio de bene vivendo» o «de non offendendo» es una construcción romanística (9), medieval (10) o del Derecho interme-

(7) Autores y páginas citados en las notas 1, 2 y 3.

(8) ALVAREZ Y VIZMANOS: *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid, 1848, pág. 261.

(9) GOLDSCHMIDT: *Strafen (Haupt u. Nebenstrafe) und verwandte-Massregeln...* En *Vergleichende Darstellungen...* Allg-Teil, Band/4, Berlín, 1908, pág. 348.

(10) FROSALI: *Sistema Penale Italiano*, Parte 1.^a, T. III, Turín, 1958, pág. 579.

dio (11). Según Schierlinger, tal doctrina habría comenzado con la protección de la mujer contra las sevicias del marido (12).

De todos modos, constituye opinión común, dentro y fuera de España, que ha sido en las islas británicas donde esta sanción adquirió un desarrollo más amplio (13).

A continuación nos ocuparemos del Derecho anglosajón, para seguir con el germano continental y concluir con una breve referencia a Italia. De los escasos antecedentes españoles trataremos en el capítulo dedicado especialmente a nuestra caución.

1. *El Derecho británico.*

Dadas las peculiaridades características del Derecho anglosajón, no sorprende que con frecuencia las viejas formas de la institución que examinamos continúen vigentes hoy día. Según J. E. Williams (14), reconocizances son «solemnnes promesas o vínculos, asumidos ante un Tribunal o funcionario público, por los cuales una persona se ata a sí misma al cumplimiento de alguna obligación». La forma del reconocimiento consistiría en la aceptación, frente a la Reina, de un débito cuyo pago depende del no cumplimiento de la obligación. Añade A. M. Wilshere (15) que su objeto es «asegurar la paz o la buena conducta, o la realización de algún acto, como la presentación en juicio, y por consiguiente la recognizance contiene la cláusula de quedar sin efecto al cumplirse la condición especificada».

Señalemos que bastantes de las recognizances propiamente dichas pueden constituirse tanto con garantías como sin ellas («with or without sureties»).

He aquí una somera exposición del cuadro de recognizances.

A) La recognizance de los sospechosos en el Estatuto de Eduardo VII.

Las recognizances de más solera son sin duda las de paz («surety to keep the peace») y buena conducta («surety for good behaviour»), que, aunque persentan numerosos puntos comunes, pueden imponerse conjuntamente porque no coinciden entre sí. Se ha dicho que con ellas la vieja garantía solidaria y general entre todos los hom-

(11) MANZINI: *Tratatto di Diritto Penale Italiano*, 2.^a Ed., Turín, 1943, pág. 319.

(12) SCHIERLINGER: *Die Friedensbürgschaft 1877*, pág. 68 y ss.

(13) PACHECO: *Derecho penal* (estudios), 5.^a Ed., Madrid, 1881, pág. 348.

FERRER SAMA: *Comentarios al Código penal*, T. II, Murcia, 1947, pág. 226.

PUIG PEÑA: *Derecho penal*, 5.^a Ed., T. II, Parte General, Vol. 2, pág. 406.

CÓRDOBA y otros: *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, T. II, pág. 85.

(14) J. H. WILLIAMS: *The English Penal System in Transition*, London, 1970, pág. 283.

(15) WILSHERE: *The elements of Criminal Law and Procedure*, 4.^a Ed., London, 1935, pág. 31.

bres de una comunidad, ya en desuso, renace con carácter individual. Lo cierto es que de las repetidas recognizances se habla por primera vez en el capítulo 18 de las Leyes de Eduardo el Confesor (16), y más tarde en el Estatuto de Eduardo III, Justices of the Peace Act. 1361, todavía en vigor. A su tenor: «En cada condado de Inglaterra debe asignarse para el mantenimiento de la paz un señor, y con él tres o cuatro de los más valiosos del condado... y deben tener el poder de exigir de todos aquellos que no sean de buena fortuna, en el lugar donde puedan ser encontrados, suficiente garantía de su buena conducta para con el Rey y su pueblo» (17).

A lo largo de los siglos la única codificación en esta materia ha sido la Summary Jurisdiction Act de 1879, si bien antes se regulaban por escrito algunos extremos, como la ejecución forzosa, objeto de la Criminal Law Act de 1826.

B) La recognizance preventiva sin necesidad de infracción penal anterior.

Si bien las recognizances del Estatuto o Justice of the Peace Act. de 1361 se contraen también a supuestos de comportamiento predelictual, nos referimos ahora a la recognizance aplicada, no ya a quien disfruta de mala fama en general, sino a quienes amenazan a otro o por la gravedad de sus manifestaciones ponen en peligro la paz pública.

Según la Summary Jurisdiction Act de 1879, cualquier corte de jurisdicción sumaria puede acordar, a petición de parte y por vía de justicia preventiva, imponer a una persona la oportuna recognizance de mantener la paz u observar buena conducta frente al solicitante. Este es el caso de quien jura que otro le ha amenazado con causarle a él, a su esposa o hijos algún daño corporal, o con incendiarle sus bienes (así R.v.Dunn, 1840) (18).

Se ha aceptado igualmente que cabe exigir recognizance a quien mediante sus actos o de palabra pone en peligro la paz pública (19).

C) La recognizance preventiva sumada a la pena o en sustitución de ésta.

No faltaron, antes del siglo XIX algunos ejemplos de recognizance postdelictual, encaminada a evitar la comisión de ulteriores infracciones penales. Valgan de botón de muestra las previsiones de la Ley de Hechicería de 1795 («Witchcraft Act 1795») (20).

Es, sin embargo, a partir de 1861 cuando, de mano de las Consolidation Acts, se extiende en Gran Bretaña la recognizance impuesta como consecuencia de una infracción criminal. Si el delito cometido

(16) PHILIPPE GRAVEN: *Le cautionnement preventif* (these), Basen, 1963, pág. 20.

(17) Ver también BLACKSTONE: *Commentaire sur les lois anglaises*, París, 1823, Vol. VI, págs. 87 y ss.

(18) GLAMVILLE WILLIAMS: *Criminal Law, The General Part*, 2.^a Ed., London, 1961, pág. 714.

(19) Ver WISE v. DUNNING (1902) K. B. 167; así como la Magistrates Court Act 1952.

(20) PAULIAN: *La recognizance dans le droit anglais*, París, 1911, páginas 50 y ss.

fuera grave (felony), la recognizance para mantener la paz, con o sin garantías, actúa como sanción conjunta. Por el contrario, en el supuesto de delitos menos graves o «misdemeanors», la recognizance, en su doble versión de paz y buena conducta, con o sin garantías, puede ordenarse conjuntamente con la penalidad básica o en sustitución de la misma, tanto de oficio como a instancia de parte (21).

Cabe la prisión hasta un año, si el reo no se aviniera a la promesa o la caución no fuera prestada, bien entendido que esta privación de libertad actúa como simple medio coactivo, quedando sin efecto cuando la recognizance se presta del modo establecido (22).

Recientemente, el esquema tradicional ha sido modificado por la Criminal Law Act de 1967, a cuyo tenor el trato de las felonies se asimila al de los misdemeanors (23).

D) La recognizance como pena condicional.

Al mismo tiempo que la recognizance se utiliza como sanción conjunta de la pena correspondiente a la infracción criminal, o como puro y simple sustitutivo de la misma, se va desarrollando el empleo de esta figura en la línea de una remisión condicional. Después del veredicto de culpabilidad, pero sin imposición aún de la pena, se aplaza hasta fecha ulterior el pronunciamiento sobre la condena, obligándose el reo mediante la recognizance a comparecer el día que se le señale. En caso de buena conducta, la remisión temporal se transforma en definitiva.

Según Ph. Graven (24) hasta 1879 —y más concretamente hasta la Summary Jurisdiction Act de ese año— no se refleja en el Derecho escrito esta forma de recognizance. Se desarrollaría en la First Offender Act de 1887 y, sobre todo, en la Probation of Offenders Act de 1907 (25).

La recognizance permite al Tribunal, cuando estime que la pena no tendrá efectos beneficiosos sobre el reo, dados sus buena conducta, edad, antecedentes, estado mental, etc., obligarle a contraer aquella obligación por un tiempo no superior a tres años. A cambio, el delincuente queda en libertad. La innovación principal de la repetida Ley de 1907 consistió en admitir la posibilidad de acordar la vigilancia de un «probation officer» o ayudante de prueba, así como la imposición de ciertas reglas de conducta.

Es opinión general que la infracción de la promesa en que la recognizance consiste debe ser probada con el mismo cuidado que la imputación de un crimen (26).

E) La recognizance procesal.

En la esfera procesal penal existen también muestras de recognizances impuestas a querellantes, acusadores, testigos y, sobre todo, al

(21) WILSHERE: *ob. cit.*, págs. 31 y 32.

(22) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, págs. 26 y ss.

(23) J. E. WILLIAMS: *ob. cit.*, pág. 283.

(24) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 28.

(25) Para el derecho posterior véase la *Criminal Justice Act*, de 1948..

(26) J. E. WILLIAMS: *ob. cit.*, pág. 283.

propio acusado, con el fin de asegurar su presencia física cuando el procedimiento lo requiera.

Con la independencia de las viejas colonias británicas la caución ha sido recogida en buen número de Códigos: así, en Africa del Sur, Federación Malaya y Sudán.

También ha aceptado la caución el Derecho israelí. De acuerdo con las Leyes del Estado de Israel (art. 26 del tít. 8.º, 1954) el Tribunal, al imponer una pena, puede además condenar al reo a comprometerse a no cometer nuevos delitos en el plazo de tres años, y ello con o sin garantías.

Se prevé que éstas, en su caso, puedan consistir en una cantidad de dinero, que no supere el importe de la multa a pagar si la promesa no fuera cumplida (27, 28).

2. *El Derecho germano continental.*

En opinión de Schierlinger y Goldschmidt, la caución de conducta o «Friedensbürgschaft», tiene un viejo origen germánico, siendo recogida en el artículo 176 de la *Constitutio Criminalis Carolina*. Según ambos autores la institución encontraría cierto respaldo en la cautio de «non offendendo» desarrollada por la doctrina romanística. Algunos ejemplos habrían llegado al siglo XIX. Así, la caución prevista para las amenazas en el artículo 171 del StGB de 1841, de Hesse, y en los artículos 280 a 283 del StrGB de 1845, de Baden. O con carácter general, como medio de evitar la pena de sumisión a vigilancia de la autoridad, en los artículos 29 a 31 del citado texto de Baden y en el artículo 20 del KrGB hamburgués de 1869.

Un proyecto de 1875 trató de llevar al Código penal una amplia normativa de la caución, aplicable a las amenazas, provocación a la riña, resistencia contra el poder del Estado, supuestos de lesiones, daños, perturbaciones de la paz pública y —ya dentro de los crímenes o delitos graves exclusivamente— en los casos de inducción, ofertas para la ejecución y tentativas. El proyecto no tuvo éxito y la caución continuó y continúa marginada del Código penal alemán.

Ha sido en Suiza donde esta institución se ha consolidado, cuando los últimos vestigios de la tradición nacional parecían abocados a la extinción.

Al decir de Thormann y von Oberbeck (29), la caución regulada en el artículo 57 del Código penal vigente representa «la reanimación de una antigua institución de origen germano, que se ha mantenido en los Derechos anglosajones y que tuvo también validez en Suiza como parte integrante del orden pacífico». En igual sentido se expresó el

(27) R. HERZ: *Strafen u. Strafvollzug in Israel*, ZStW, 1971, Band 83, Heft 3, págs. 918 y 919.

(28) Posiblemente se deba también a la influencia inglesa la caución prevista en el artículo 69 del Código penal islandés de 1940.

(29) THORMANN y VON OBERBECK: *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, T. I, Zürich, 1940, pág. 204.

Consejo Federal en su mensaje de apoyo al Proyecto de Código penal de 1918.

Pfenniger (30), uno de los adalides del renacimiento de la caución en Suiza, llega a sostener que la «Friedensbürgschaft» es de origen no ya germánico, sino más exactamente helvético, y que existió en los valles alpinos siglos antes de penetrar en Alemania. Pese a ello, se reconoce generalmente que, por lo que hace al moderno Derecho codificado, la caución de conducta—denominada con frecuencia «cautio de pace tuenda»—descansa en el Derecho británico (31).

Volviendo a los viejos antecedentes autóctonos, recuerda Ph. Graven (32), que en caso de riñas, y con objeto de conseguir el cese de la disputa, se requería a las partes para que presentaran una promesa de paz o «Friedensgelöbnis». Este tipo de promesa se reservaba por lo común para las personas de honor y su única garantía solía ser la palabra empeñada, acudiéndose muy pocas veces a la garantía o caución propiamente dicha. La «Friedensgebot» u orden de mantener la paz se reservaría para las gentes del pueblo y los extranjeros, exigiéndose un depósito, si bien pudiera permitirse que el indigente se limitara a prestar juramento. Subsidiaria o sustitutivamente se acudiría a la privación de libertad.

Recoge también el mismo autor (33) la caución en caso de amenazas, que, nacida en el ámbito procesal y reconocida en los Estatutos del obispo Hildebrand de Riedmatten, de 1571, fue desarrollándose lentamente. Así, si el amenazado se presentaba con un testigo ante el Juez, asegurando la realidad de las amenazas y su temor a ser herido o muerto, se exigía del amenazante el compromiso de no ejecutar el hecho anunciado, sirviendo de garantía su propia palabra de honor, o acudiéndose a un depósito suficiente para, en su caso, pagar la multa y las reparaciones.

A comienzos del siglo xx, o sea al prepararse los Anteproyectos de 1908 y 1915, los últimos restos del antiguo derecho de paz («Friedensgelöbnis» y «Friedensgebot») se conservaban en algunas legislaciones cantonales, si bien sumidos en un desuso casi total (34).

Según el artículo 261 del Landbuch de Uri, el Juez podía exigir del reo de amenazas, condenado a pena de multa, la promesa de paz o «Friedensgelöbnis», cuyo incumplimiento se castigaba a su vez como

(30) P. PFENNINGER: *Das Strafrecht in der Schweiz*, Berlín, 1890, páginas 125 y ss.

(31) STOSS: *Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts*, Basilea y Ginebra, 1892, págs. 175 y ss.

CLERC: *Le cautionnement preventif en droit penal suisse*. *Rev. de Dr. pénal et Criminologie*, mayo 1958, pág. 376.

PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 16.

(32) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 35.

(33) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 34.

(34) HAFTER: *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, Berlín, 1926, página 385.

JIMÉNEZ DE ASÚA: *La Unificación del Derecho penal en Suiza*, Madrid, 1916, págs. 307 y ss.

PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 36.

falso testimonio. En Glarus, así como en los dos cantones que llevan el nombre de Appenzell, se castigaba la desobediencia a la orden de mantener la paz o «Friedensgebot», dada por la autoridad, e incluso por un particular, al iniciarse la pendencia. En Zug se prevé para los delitos de amenazas bien la prestación de una fianza, bien la vigilancia policial, además o en lugar de la pena. En Obwalden cabe igualmente imponer al amenazante la prestación de garantía personal o patrimonial. En los Grisones se admiten, tanto para los supuestos de amenazas, como para el allanamiento de morada, el juramento manual y la prestación de una garantía (35).

De la caución en el vigente Código penal trataremos por separado. Digamos, sin embargo, que a la influencia suiza parece deberse la caución del Código penal etiope del famoso jurista ginebrino Jean Graven.

3. *El Derecho italiano.*

Los autores italianos sostienen que la caución de buena conducta o de «non delinquendo» estuvo muy extendida en el Derecho intermedio. Según los Estatutos de Pistoia, de 1217, «omnes, homines et foeminas, qui Potestati videbuntur convenientes, et omnes vassallos vel vasallas Pistoii, a XIV annis in antea, se non facere furtum, nec taleam, nec incendium, nec vastum, nec furtum». A tenor de la Constitución de Pisa, quien invadiere o perturbare la posesión de otro debería jurar abstenerse de toda perturbación posterior, «et si non iuraverit, quandiu in contumacia non iurandi steterit, nullum publicum etc. habeat». Herculano se ocupa de esta institución en su obra «De cautione de non offendendo», publicada en Venecia el año 1569. Anteriormente, en el siglo XIII, podían encontrarse referencias a la misma sanción en las «Com. ad Constit. utriusque Siciliae», de Isernia (36).

En el artículo 27 del Código penal italiano de 1889 se concede al Juez la facultad de imponer una caución de buena conducta al condenado a cuyo favor se haya acordado sustituir la pena por represión judicial. Desde entonces la caución no ha dejado de estar presente en el movimiento codificador italiano. Fue recogida en el Proyecto Ferri de 1921, y se mantiene en el Código penal vigente. En otro apartado nos ocuparemos de la normativa actual.

(35) Sobre el juramento manual o "Handgelübdes" ver QUINTANO RIPOLLÉS y HEILPERN: *Diccionario de Derecho comparado*, pág. 203.

(36) MANZINI: *Trattato...*, págs. 319 y 320.
FROSALI: *ob. cit.*, pág. 579.

III. NATURALEZA JURIDICA

1. *El dilema pena-medida de seguridad.*

La opinión común sostiene que el renacimiento de la caución en el siglo XIX se debe en buena parte al deseo de erradicar las penas cortas privativas de libertad o disminuir su aplicación (37). Resulta significativo, sin embargo, que ya esta realidad histórica sea interpretada de diversas maneras en relación con la naturaleza de aquella institución.

Quintano Ripollés escribe que la caución ha hecho su entrada en el Derecho penal moderno «como un sustitutivo de las penas cortas privativas de libertad primero, y como medida de seguridad, después» (38). Parece sostener así que las penas sólo pueden ser sustituidas por penas, lo que no es totalmente cierto, ya que en el cuadro general de la lucha contra el delito la condena condicional, por ejemplo, se ha revelado como un medio eficaz en esa dirección, a la vez que se sitúa en las terceras vías. Muy distinta es la posición de Díaz-Palos, quien asegura que «el moderno Derecho sancionador ve en la caución más que una pena, uno de los sustitutos de las penas cortas privativas de libertad... y, sobre todo, una excelente medida de seguridad» (39). Ahora nos corresponde argüir que nada se opone a que los breves encarcelamientos sean sustituidos por otras penas, antes al contrario, tal proceder es el más corriente, como se comprueba con el avance de la multa dentro de la pequeña y media criminalidad.

Creemos, pues, que el problema de si la caución es pena o medida de seguridad debe desligarse de tal función sustitutiva. Lo que en verdad interesa es el resultado de contrastar dicha sanción con las notas distintivas de la pena, por una parte, y la medida de seguridad, por otra. En esa línea —y en un terreno puramente doctrinal— no hay duda de que la caución descansa más en la peligrosidad que en la culpabilidad, tiene un carácter más defensivo que retributivo, y se orienta más hacia la prevención especial que hacia la general. No puede sorprender, por tanto, que, aparte de algún autor como Pacheco (40) —quien, con base en nuestro Derecho positivo y sin entrar realmente en el problema, se refiere a la caución como pena—, los tratadistas españoles se nieguen a reconocerle tal naturaleza.

Mientras Groizard se limita a afirmar que la caución «no es, en el propio y riguroso sentido de la palabra, una pena» (41), la mayoría de nuestros comentaristas apuntan a las «medidas». Saldaña escribe que «la caución no debe ser pena común, sino común medida» (42).

(37) GOLDSCHMIDT: *ob. cit.*, pág. 427.

SALDAÑA: *La reforma del Código penal*, 2.^a Ed., Madrid, 1920, pág. 128.

SÁNCHEZ-TEJERINA: *El Derecho penal español*, Madrid, 1942, pág. 382.

PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 406.

(38) QUINTANO RIPOLLÉ: *ob. cit.*, pág. 336.

(39) DÍAZ-PALOS: *ob. cit.*, pág. 778.

(40) PACHECO: *ob. cit.* págs. 348-349.

(41) GROIZARD: *El Código penal de 1870*, Burgos, 1872, T. 2, pág. 247.

(42) SALDAÑA: *ob. cit.*, pág. 128.

Ferrer Sama estima que se trata de «medida no punitiva» (43). Cuello Calón señala que no tiene carácter de pena, «sino más bien el de una pura medida preventiva» (44). En opinión de Quintano Ripollés, «si existe una sanción que merezca el dictado de medida de seguridad es, a buen seguro, ésta», añadiendo que la misma naturaleza tienen también las demás pseudopenalidades de la Sección 2.^a, del Capítulo III, del Título III, del vigente Código penal, cuyo epígrafe debería rezar: «penas que no lo son» (45). Díaz-Palos asegura que «la caución, en Derecho penal, es, al igual que en las demás ramas jurídicas, medida de prevención o aseguramiento» (46). Rodríguez Devesa sigue un criterio formal, calificando a la caución de pena o de medida de seguridad, según se refiera a la del Código o a la de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (47).

Muy curiosa es la postura de Silvela, quien incluye la caución entre «las medidas de precaución y seguridad ajenas casi a esta rama del Derecho (Penal)» y añade que «no puede mirarse sino como medio puramente civil de seguridad de que el daño, si se causa, será reparado» (48).

Recientemente, Córdoba parece aceptar para la caución la naturaleza de medida de seguridad, cuando pretende que el reo observe buena conducta en general, pero no si su finalidad consiste en evitar la comisión de un determinado delito. En este último caso considera que «no será el estado de peligrosidad el fundamento de su imposición, sino el peligro concreto que representa por la posible comisión de un hecho». La consecuencia es entonces que «la medida de seguridad queda reducida a la consideración de mera medida cautelar análoga a las propias del proceso» (49).

Se admite corrientemente que la caución, pena o medida de seguridad, es una sanción pecuniaria (50), pero no faltan algunas matizaciones. Cuello Calón advierte que «recae más bien sobre la propiedad del fiador» (51). Silvela, aunque escribe que la caución «recae principalmente sobre la propiedad» (52), expresa sus reservas. Así, al comentar el Código penal español de 1870, clasifica sus penas en diez grupos, y en el décimo sólo incluye la caución. Esta actitud segregadora se confirma al titular uno de sus capítulos «De la ejecución de las penas que recaen sobre la propiedad, y de la caución y reprensiones» (53).

(43) FERRER SAMA: *ob. cit.*, T. 2, pág. 225.

(44) CUELLO CALÓN: *Penología*, pág. 221.

(45) QUINTANO RIPOLLÉS: *ob. cit.*, pág. 336.

(46) DÍAZ-PALOS: *ob. cit.*, pág. 778.

(47) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, Parte General, Madrid, 1973, págs. 736, 808 y 826.

(48) SILVELA: *ob. cit.*, T. 2, págs. 345-346, y T. 1, pág. 324.

(49) CÓRDOBA: *ob. cit.*, T. 2, págs. 109-110 y 185.

(50) PACHECO: *ob. cit.*, pág. 349.

SALDAÑA: *ob. cit.*, pág. 128.

(51) CUELLO CALÓN: *Penología*, pág. 51.

(52) SILVELA: *ob. cit.*, T. 2, pág. 555.

(53) SILVELA: *ob. cit.*, T. 1, págs. 345-346, y T. 2, pág. 514.

Nosotros, si hubiéramos de renunciarnos por un término u otro del dilema pena-medidas de seguridad, lo haríamos a favor del segundo. La necesidad o conveniencia de acudir a la caución se encuentra en relación directa con la peligrosidad del sujeto, y no con su culpabilidad.

El intento de Silvela, que trata de reconducir la caución al ámbito civil, olvida que el destino de los importes obtenidos por la realización de las garantías no deja de ser cuestión accesoría. Lo fundamental en la caución no es asegurar el cobro de posibles indemnizaciones futuras, sino, según los distintos ordenamientos, conseguir que el peligroso observe buena conducta en general o, al menos, se abstenga de incurrir en nuevo delito. La caución se orienta particularmente a prevenir la comisión de nuevas infracciones penales, e incluso la denominada de buena conducta aspira, aunque de forma indirecta, a ese mismo fin. Ni se trata de asegurar la ejecución del castigo que en su caso corresponda al nuevo hecho criminal, ni de operar como fianza o pieza anticipada de responsabilidad civil.

Con mayor simpatía vemos la aguda observación de Córdoba, en el sentido de que la caución no descansa siempre en una peligrosidad general, sino en la inclinación a un delito individualizado. Creemos, sin embargo, que toda medida de seguridad encierra por definición una finalidad cautelar, y que en ese marco carece de importancia que el peligro sea de dirección única, múltiple o general. En cualquier supuesto la caución constituye un medio de lucha contra el delito, una verdadera sanción penal —pena o medida de seguridad— que se inserta en el Derecho sustantivo. No debe caerse en espejismos procesales.

Compartimos, en principio, la doctrina que atribuye carácter pecuniario a la caución. Cuando la garantía no se presta en metálico, pudiera utilizarse la expresión «patrimonial», como más amplia, pero en definitiva el importe de aquélla se fija en dinero, y en dinero se traduce la realización en su caso. Nuestras reservas se centran precisamente en el supuesto de *afianzamiento por tercero*, con lo que ello implica de desplazamiento en cuanto al verdadero sujeto pasivo de la sanción. Ahora bien, como quiera que esta posibilidad se recoge con especial nitidez en el Derecho español vigente, nos remitimos a lo que se dirá en el estudio concreto de su caución.

Con todo, aun prescindiendo de cuál sea el bien jurídico más directamente afectado, el problema de la naturaleza de la caución ofrece una complejidad bastante mayor que la que pudiera verse en la repetida alternativa pena-medida de seguridad. Por un lado, debe depurarse el concepto de medida de seguridad; por otro, conviene subrayar que la oposición entre aquellas dos formas o clases de sanción ni es total, ni deja de presentar figuras intermedias.

Las medidas de seguridad propiamente dichas sólo son imponibles tras la comisión de delito, aunque se entienda por tal la mera ejecución antijurídica de los elementos del tipo, al margen de la existencia o no de causas de inimputabilidad, de inculpabilidad, personales de exclusión de pena o de excusas resolutorias. El sujeto activo del delito será o no culpable, pero la acción ha de ser antijurídica. Por el contrario,

las medidas basadas en la peligrosidad social predelictual—conocidas como medidas preventivas, para evitar confusiones—no pertenecen al Derecho penal, y ello aunque fueran impuestas por los órganos judiciales, como algunos autores pretenden (54).

En cuanto a las zonas de contacto entre las penas y las medidas de seguridad, ya puso de relieve Liszt (55) la existencia de un sector común a ambas especies de sanciones, que funcionan como círculos secantes, por lo que la calificación debe depender de la prevalencia de unas notas u otras. Recientemente, Cerezo (56) recuerda que para determinar la naturaleza de las consecuencias del delito hay que atender, además de al fin prevalente, a su fundamento. Si éste viene representado por la entidad del injusto y la culpabilidad, estaremos en presencia de la pena. Si el fundamento radica en la peligrosidad del reo, deberá hablarse de medida de seguridad. Así, una misma sanción puede variar de naturaleza a tenor del condicionamiento concreto de su aplicación y duración.

Que la caución es, en el mejor de los casos, una medida de seguridad «sui generis», no necesita larga explicación. Más aún, diríase que, una vez admitido que la caución, como cualquier medida de seguridad, descansa en la peligrosidad del sujeto y se propone la defensa social general o la protección de un tercero, acaban los puntos de contacto.

Sabido es que, como se lee en la resolución del X Congreso Penitenciario Internacional de Praga, «las medidas de seguridad tienden a corregir al delincuente a eliminarlo o a quitarle las posibilidades de delinquir» (57). La Comisión internacional penal y penitenciaria acordó, por su parte, el 6 de julio de 1951, sustituir la denominación «medidas de seguridad» por las de «medidas de defensa social» o «medidas de protección, educación o tratamiento», conceptos más extensos, capaces de abarcar también a las que no se proponen la eliminación o separación física del peligroso.

Planteadas así la cuestión, dichas medidas tienden a conseguir la readaptación del peligroso a la vida social (medidas de curación, corrección y educación) o su segregación de la misma (medidas de seguridad propiamente dichas). Pues bien, a poco que se repare en tal distinción, se observa que en ella sólo se reflejan dos de los tres medios tradicionalmente admitidos para obtener la prevención especial: la educación (corrección y resocialización), como motivación indirecta, mediata y psicológica, y el rechazo directo, inmediato y físico representado por la muerte, el encarcelamiento o el destierro del delincuente. Falta toda referencia a la intimidación, que, pese a integrarse en el ámbito de la motivación espiritual, no tolera confusión con la corrección. El distinguo se halla en que, mientras que con la intimidación se

(54) RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.*, pág. 805.

SALDAÑA: *ob. cit.*, pág. 431.

(55) LISZT: *Tratado de Derecho penal*, traducción de JIMÉNEZ DE ASÚA, T. 3, Madrid, 1917, pág. 199.

(56) CEREZO MIR: *Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I, ANUARIO DE DERECHO PENAL*, T. 25, pág. 781.

(57) *Actes*, volumen I B, pág. 45.

logra la prevención especial provocando el nacimiento o fortalecimiento de una actitud egoísta que plasma en el respeto de las leyes como mal menor, la corrección aspira a conseguir idéntica meta merced a una motivación positiva, es decir, mediante el juego de estímulos sociales y altruistas que lleven al delincuente a reconciliarse de buena gana con la comunidad jurídica.

Recordemos que los medios para alcanzar la prevención especial, en relación con las diversas categorías del delincuente, se ordenan del siguiente modo:

- a) Intimidación de quienes no precisan de corrección.
- b) Corrección de quienes necesitan de corrección y son corregibles.
- c) Aseguramiento de los delincuentes incorregibles (58).

Son estas consideraciones las que explican la oposición a la multa como medida de seguridad. La multa —sanción económica y pecuniaria por excelencia— ni corrige ni asegura. Sólo intimida. De ahí que, pese a las ventajas que desde el punto de vista crematístico significa para el estado, sean numerosos los ordenamientos que no la incluyen en su arsenal de medidas (59). También en el Derecho penal juvenil, de orientación claramente educativa, la multa, como sanción intimidatoria, carece de sentido. En esa línea, y pese a que, como señala Lange (60), hoy los jóvenes suelen disponer de ingresos propios y en consecuencia ha disminuido el riesgo de que sus multas sean pagadas por los padres, en Alemania el vigente Código de los Tribunales para la Juventud (*Jugendgerichtsgesetz*) de 4 de agosto de 1953, no incluye la multa en ninguno de los tres grupos de sanciones que recoge: Medidas educativas («*Erziehungsmassregeln*»), medios correctivos («*Zuchtmittel*») y penas (en realidad una sola, la pena juvenil o «*Jugendstrafe*», que es una privación de libertad en establecimientos especializados).

Si de la multa pasamos a las sanciones patrimoniales en general, tampoco escasean los autores que, como Florián (61), tachan de aberrante su utilización como medida de seguridad, por cuanto la mejora, la educación y la corrección del sujeto sólo pueden obtenerse con medidas de carácter personal.

Ph. Graven distingue dos clases de medidas, unas disuasorias —que él denomina preventivas— y otras como medidas educativas. Estas últimas, que el citado autor estudia en una triple vertiente, como sustitutivas de penas, en caso de condena condicional y en relación con la

(58) LISZT: *Strafrechtliche Aufsätze u. Vorträge*, Berlín, 1905, I. Band, pág. 166.

MAURACH: *Deutsches Strafrecht*, allg. Teil, 4. Aufl. Karlsruhe, 1971, página 383.

HELLMER: *Erziehung u. Strafe*, Berlín, 1957, pág. 184.

(59) Ver documentación en OLESA: *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951.

(60) LANGE: *Das Rätsel Kriminalität*, 1971, pág. 91.

(61) FLORIAN: *Parte Generale del Diritto Penale*, Milán, 1934, n. 758.

libertad condicional, apuntan inequívocamente a las terceras vías de la lucha contra la delincuencia (62).

2. La caución y la remisión condicional

Desde tres ángulos cabe analizar las relaciones entre la caución y la remisión condicional: A) Como sustituta de alguna pena. B) Como sanción remitida en sí misma. C) Paradójicamente, como sustitutoria de la pena o sanción prevista a nivel legislativo para el caso de que la caución misma resulte inviable.

A) En páginas anteriores nos hemos ocupado de la *recognizance* como pena condicional dentro del Derecho británico. Baste decir ahora que el parentesco con la remisión no ha pasado desapercibido entre los autores continentales. En nuestra Patria, Saldaña propuso que la reforma legislativa tomara la caución, «que ampliará como medida previa en su efecto, para suspender la condena, supliendo por facultad del Juez a muchas penas de libertad, condicionalmente», añadiendo que «en función con la condena condicional —de tristes resultados—, y con la libertad condicional, esta caución condicional será eficazísima» (63). Más modernamente, Quintano Ripollés asegura que la *recognizance* inglesa tiene «una finalidad ejecutiva y procesal que la emparenta, más bien que con nuestra caución, con la libertad provisional bajo fianza o con el «*sursis*» francés» (64).

Ph. Graven distingue dos posibilidades: Por un lado, el caso de que el tribunal se pronuncie sobre la pena e, impuesta ésta, su ejecución sea sustituida por la caución. Por otro, el de que se remita el pronunciamiento mismo de la pena, acudiéndose a la caución tan pronto se establezca la culpabilidad del reo. Estima dicho jurista que en el primer supuesto, el que pudiera parecer más próximo a la condena condicional, se aparta de dicha institución porque, si las obligaciones contraídas por el autor fueran violadas, no cabrá ya el cumplimiento de la pena y sí, únicamente, exigir el pago de la deuda a que la caución se contrae. En el segundo supuesto, la infracción de sus deberes por parte del reo conllevará tanto el pago de la deuda como el pronunciamiento sobre la pena (65).

Nosotros distinguiríamos más bien entre la caución que sustituye a otra sanción de forma definitiva y aquella en la que la sustitución viene condicionada por el éxito de la propia caución, y esto con independencia de que el Tribunal se limite a fijar la culpabilidad, sentando así las bases para una sanción aún no determinada, o llegue incluso a

(62) También ANTOLISEI reconoce que la intimidación se corresponde más con el concepto de pena que con el de medidas de seguridad. De ahí que pretenda colocar, junto a las medidas de seguridad para incorregibles, una pena correccional en régimen de sentencia indeterminada, que sería en realidad una figura mixta, con rasgos de medida de seguridad, y una pena intimidatoria al estilo tradicional, perfectamente individualizada a nivel de sentencia. Ver *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, vol. XI, 1933, págs. 129 y ss.

(63) SALDAÑA: *ob. cit.*, pág. 128.

(64) QUINTANO RIPOLLÉS: *ob. cit.*, pág. 337.

(65) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, págs. 164-165.

la concreción penal, con publicidad o sin ella (66). Mientras que la sustitución definitiva nos enfrenta con una caución pura y simple, sin mezcla de remisión condicional en cuanto a la pena sustituida (unas veces después de haber sido ya individualizada, y otras todavía en génesis), el caso de liberación provisional y dependiente del buen fin de las obligaciones cubiertas por la caución nos merece un juicio muy distinto. Creemos que en este segundo ejemplo la sanción sustituida se encuentra en realidad suspensa bajo la condición, pero, así como es frecuente que la remisión definitiva se produzca por el solo transcurso del tiempo sin comisión de nuevos hechos criminales —y no habría obstáculo en modificar este último requisito, reemplazándolo por la referencia a un delito concreto o ampliándolo al deber de observar buena conducta en general— en el caso ahora examinado se inserta en la remisión, como nuevo elemento esencial, una multa también remitida. Con otras palabras, el precio de la suspensión condicional de la pena primitiva es la imposición de otra sanción, la multa, remitida conjuntamente.

B) Las últimas líneas del anterior apartado reflejan la vieja observación de que la caución en sí se identifica con la condena condicional de una multa. Goldschmidt (67) cita una amplia bibliografía en esa dirección (68) y se pregunta hasta qué punto, admitida tal identidad —sobre todo cuando no se exige afianzamiento alguno— tiene sentido acudir a éste «disfraz» en relación con dicha pena pecuniaria. Precisamente el reconocimiento de tal naturaleza le lleva a rechazar la caución como pena, tanto principal como accesoria.

Sin adelantar nuestra posición respecto al Derecho patrio, pensamos también que precisamente en esa constitución de garantías radica la única diferencia sensible, pero accidental, entre la multa suspendida y la caución en aquellos ordenamientos que, como el español, al enjuiciar los delitos, prevén imperativamente el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que puedan derivarse de una condena, incluido el pago mismo de la multa. Entonces el afianzamiento de la multa —procesal y exigible con anterioridad a la condena— carece de paralelo en la caución, cuyas garantías, vengán o no precedidas de una promesa formal por parte del reo, nunca se prestan contra su voluntad. La caución, con promesa expresa o sin ella, descansa en la colaboración del sancionado, a quien se concede un cierto crédito moral.

C) Sabido es que el fracaso de la caución no tiene por qué llevar necesariamente a una sanción subsidiaria, si bien esto sea lo normal en el Derecho comparado. Entonces, observando con detenimiento el juego de la normativa, resulta sencillo concluir que esa sanción subsidiaria

(66) La condena con reserva de pena, admitida sólo para las multas en la nueva Parte General del Código penal alemán (artículos 59 y 59 a), según la 2.^a Ley de Reforma de 1969, implica la determinación de la pena (lo que asemeja esta institución a la condena condicional continental), pero se reserva la publicación de la condena ya individualizada (lo que hasta cierto punto la aproxima al derecho inglés). Sus antecedentes inmediatos se hallan en el Proyecto de 1934 y 1936, de Gürtner, y en el Proyecto Alternativo de 1966.

(67) GOLDSCHMIDT: *ob. cit.*, págs. 430 y ss.

(68) HIPPEL, ROSENFELD, ASCHROTT y LISZT.

opera como pena directa y primaria, cuya sustitución definitiva por una multa remitida condicionalmente (la caución) queda en principio al arbitrio del condenado; y decimos «en principio», porque de la forma particular en que se articule la caución en cada país (como simple promesa o con garantías de prestación más o menos difícil) dependerá que aquella voluntad determine libremente la sustitución o haya de ser acompañada de circunstancias objetivas, como la posesión de bienes de fortuna o la amistad con personas solventes.

Volveremos sobre este punto al ocuparnos de la naturaleza de la caución española.

Advirtamos también, antes de acabar este epígrafe, que la construcción de la caución como condena condicional es independiente de que nos movamos en la esfera de las penas o en el ámbito de las medidas de seguridad. La nueva Parte General del Código penal alemán constituye reciente y autorizado ejemplo de ordenamiento que admite la remisión de ambas clases de sanción.

3. *La caución y la sumisión a vigilancia de la Autoridad*

Aunque, como se ha visto, la caución es tenida generalmente por sanción pecuniaria, mientras que el sometimiento a la vigilancia de la Autoridad no participa de tal carácter, no hay duda del íntimo parentesco entre las dos medidas. Se busca con ambas que el sancionado se comporte correctamente en libertad, y en ese sentido sólo hay entre una y otra circunstancias diferencias de matiz. La vigilancia desempeña una función más readaptadora que intimidante, a la inversa de lo que ocurre con la caución como sanción pecuniaria.

La realidad es que los Códigos acostumbran incluir ambas sanciones en un mismo grupo, y su naturaleza suele resolverse conjuntamente (Códigos penales de Chile, Honduras, Venezuela, Bolivia, Cuba, Español de 1822, etc.). El Código uruguayo llega incluso a utilizar la sujeción a la vigilancia de la autoridad como medida sustitutoria cuando no se prestare la fianza (art. 101).

Las opiniones discrepan respecto a las ventajas de una u otra sanción. Groizard lamentó que la sujeción a la vigilancia, pena accesoria en los Códigos de 1848 y 1850, desapareciera en el de 1870, pues creía que el recorte de algunos derechos del penado —por ejemplo, en relación con los registros domiciliarios— siempre sería preferible a la pérdida de la libertad. Entendió, sin embargo, que la caución, que venía a reemplazarla, ofrecía notables ventajas sin participar de los inconvenientes: «En la sujeción a la vigilancia de la autoridad el lazo que une al penado con la Ley nace especialmente de motivos de desconfianza que se intenta combatir con el temor y ciertas precauciones constantes: en la caución se habla más que a nada al honor y a la lealtad, y se descansa en que los lazos de la sangre, los de la amistad u otros idénticos, han de ser causa suficiente para que el penado renuncie a sus malos propósitos. Allí hay algo que lastimará en ocasiones la dignidad del hombre: aquí la combinación y enlace de ideas, en cierto modo encontradas, quitan toda dureza a la prescripción penal. Entre la sujeción

a la vigilancia y la caución hay, y con esta fórmula expresamos cumplidamente nuestro pensamiento, la distancia que existe entre lo que verdaderamente es, o anda muy cerca de ser, una pena y lo que en rigor no merece tal nombre» (69).

Fuera de España —y por citar un solo ejemplo— Goldschmidt creyó que las preferencias dependen del concepto y estructura de la vigilancia, distinguiendo entre una vigilancia de la policía («Polizeiaufsicht») y otra protectora («Schutzaufsicht») (70). Nosotros pensamos que la comparación en abstracto carece de sentido, dado que a las diferentes clases de vigilancia se une la variedad aún mayor de cauciones. Además, lo que nos interesa ahora no es comparar eficacias o expresar preferencias, sino examinar sus respectivas naturalezas.

La distinción de ambas figuras resulta evidente —aparte la similitud de fines— si a la vigilancia de la Autoridad se opone sólo la caución como multa condicionada. Luego, los contornos comienzan a diluirse cuando la multa remitida condicionalmente va acompañada de determinadas reglas de conducta: no visitar establecimientos de bebidas, evitar ciertas compañías, etc. Y el proceso continúa con la intervención de ayudantes de prueba, etc. Con todo, permanece por lo general una última nota diferenciadora: el carácter pecuniario de la caución.

La brecha en la línea divisoria se produce como resultado de la vieja y equivocada doctrina que ve en las penas pecuniarias, y particularmente en la multa, excepciones al principio de personalidad a ultranza. Algunos autores subrayaron incluso la gran ventaja que, en su opinión, podía significar el pago por tercero (71). No ha de sorprender entonces que en el afianzamiento más extendido, el procesal, pocos distingos se hayan hecho según se trate de garantizar el pago de las costas e indemnización, por un lado, y las multas por otro. En España, donde el pago por tercero todavía se admite como cosa normal y cuenta con el visto bueno de la Fiscalía del Tribunal Supremo (72), la pieza de responsabilidad es única y el fiador personal —y posible pagador de la multa en su día— es siempre bienvenido.

La doctrina expuesta se ha reflejado, como no podía ser menos, en la normativa de la caución. Si la suma que el sancionado ha de pagar por incumplimiento de su compromiso podrá ser entregada por tercero, parece lógico que para garantizar su cobro valgan las mismas clases de fianza que para la multa o cualquier otra deuda. Este

(69) GROIZARD: *ob. cit.*, T. 1, págs. 127 y ss., y T. 2, pág. 248.

(70) La «Polizeiaufsicht» desapareció del Código penal alemán en la reforma de 1969. Hoy entre las medidas de aseguramiento y mejora se recoge la «Führungsaufsicht» o vigilancia de conducta (artículos 68 y ss.).

(71) DE MIGUEL GARCILÓPEZ: *Derecho penal, Parte General*, Madrid 1940, pág. 320.

JARAMILLO: *Novísimo Código penal*, Salamanca, 1928, vol. I, libro I, página 237.

P. MONTES: *Derecho penal español*, 2.^a ed., 1929, pág. 379.

(72) Memoria de 1906 y Memoria de 1942. en relación esta última con la Consulta 6.

error, sufrido en muchas legislaciones, destaca con mayor nitidez cuando, como en la caución de los Códigos penales españoles, con la excepción del de 1928, sólo se admite la fianza personal y ésta es al mismo tiempo elemento esencial de la sanción. Por si fuera poco, el artículo 44 de nuestro Código penal vigente sigue la línea tradicional de no limitarse a exigir fiador personal, sino que utiliza una fórmula tan amplia como ambigua: «La pena de caución obligará al reo a presentar un fiador abonado que se haga responsable de que no se ejecutará el mal que se trata de precaver, obligándose a entregar, si se causare, la cantidad fijada en la sentencia» (73).

De lo que haya de entenderse por «fiador abonado» nos ocuparemos al estudiar detalladamente la caución española, pero digamos ahora, por un lado, que bajo aquel vocablo suele comprenderse una doble solvencia, pecuniaria y moral a la vez, y por otro, que los bienes del sancionado nunca se verán afectados de manera directa por tal caución. No importan aquí las posteriores repeticiones, al igual que la posible repetición de lo pagado por la multa de otro no devolvería a ésta el carácter personal que, como pena, le corresponde.

Bajo esta perspectiva, y estimando, con Cuello Calón, que la incidencia económica recae sobre el tercero, falla cualquier intento de considerar esta caución como pena pecuniaria impuesta al reo. A lo que en verdad se condena al culpable es a someterse a la presunta influencia bienhechora de una persona particular, escogida por él y aceptada por el Tribunal. El afianzamiento económico, o al menos la obligación contraída por el fiador de abonar cierta suma si su intervención no produjera el resultado apetecido, no constituye pena ni medida de seguridad, pues ni el pagador fue parte en el juicio, ni el abono descansa en su culpabilidad o peligrosidad. Se tratará únicamente de una sanción extrapenal, operante al margen de aquellos conceptos e impuesta por el fracaso objetivo de la misión encomendada.

Es cierto que los ordenamientos positivos orientados en esta dirección no especifican cuáles sean las atribuciones del fiador en cuanto a vigilancia y control, pero ello no significa que no existan, sino que nacen y se insertan en la relación de mutua confianza entre sancionado y fiador. Teóricamente nada se opone a una regulación explícita. Cuestión distinta es que el fiador pueda o no dejar de serlo, a petición propia, si tropezara con dificultades en su tarea o desconfianza de su buen éxito.

4. *Resumen sobre la naturaleza material de la caución*

1.º La caución normal, en la que el comportamiento que se trata de prevenir repercute directamente sobre la fortuna del sancionado,

(73) En términos análogos, y con el "fiador abonado" como único garante, se pronuncian numerosos Códigos iberoamericanos: artículo 76 del boliviano de 1834, artículo 46 del chileno de 1874, artículo 46 del hondureño de 1906 y artículo 86 del paraguayo de 1914.

es una medida «sui generis», por cuanto: a) Descansa más en la peligrosidad que en la culpabilidad del sujeto. b) Se propone la prevención especial antes que la general. c) Se aparta de las medidas de seguridad en sentido estricto, dado que en la caución privan los efectos intimidatorios, representados por el quebranto económico, sobre los resocializadores y segregadores.

2.º La repetida caución tiene carácter pecuniario, en atención a ser el patrimonio del sancionado el bien jurídico sobre el que gravita y se estructura como multa remitida condicionalmente.

3.º Dicha caución es incompatible, en buenos principios, con el afianzamiento o abono por tercero, al igual que sucede con la propia multa.

4.º Tal caución sólo adquiere función resocializadora al transformarse en institución mixta mediante la aceptación de elementos ajenos, al estilo de las reglas de conducta, vigilancia, asignación de ayudantes de prueba, etc., utilizados con esa misma finalidad en el ámbito de la suspensión de condena.

5.º Cuando en la caución sólo se admite el afianzamiento, y pago en su caso, por tercero —y sobre todo, si se exigen de éste ciertas cualidades morales y de ascendencia sobre el sancionado— no cabe hablar de medida pecuniaria y sí de una sanción en la línea de la vigilancia por la policía o Autoridad, cuyo control cede paso a la multiforme influencia de un particular. Esta caución, que es la del vigente Código penal español, pierde buena parte de su eficacia intimidatoria a cambio de cierto valor readaptador, capaz de situarla entre las medidas de seguridad (74).

6.º Lo dicho en el número anterior vale con más razón aún para las nuevas formas de caución que, como puede verse en los ordenamientos de algunos países orientales, se desarrolla sin contenido económico alguno —ni frente al sancionado, ni frente al fiador—, con la sola preocupación de que éste, por lo general la propia colectividad de trabajadores a la que pertenece el culpable, sea capaz de cumplir la misión resocializadora que se le confía (75).

5. *El criterio formal en el Derecho comparado*

En los ordenamientos positivos la caución es incluida unas veces entre las penas y otras, más numerosas, entre las medidas de seguridad. No faltan tampoco ejemplos en los que se le reconoce naturaleza propia, encuadrándola bajo el ambiguo título de «Otras medidas», o se la utiliza al margen de la clasificación de sanciones.

De los vigentes Códigos italianos y suizo —este último partidario de la rúbrica «otras medidas»— nos ocuparemos especialmente en otro apartado, exponiendo, aunque sea a grandes rasgos, sus respectivos conceptos y normativas de la caución. Junto al examen que ya se hizo

(74) Es la naturaleza que la nueva Parte General del Código penal alemán reconoce a la "Führungsaufsicht" (artículos 61, 68 y ss.).

(75) Ver infra la nueva caución de la República Democrática Alemana.

del Derecho británico, el estudio de esta sanción en dichos Códigos, así como las aportaciones doctrinales en uno y otro país, nos servirán de contrapunto y ayuda en el estudio final de la caución española. De ahí que ahora nos limitemos a pasar breve revista a algunos Códigos iberoamericanos, en los que la caución aparece regulada bajo fuerte influencia española.

Según Jiménez de Asúa (76), la caución es pena en Bolivia, Colombia, Chile, Honduras y Venezuela, mientras que en Cuba, México, Paraguay, Perú y Uruguay se configura como medida de seguridad. El resto de los autores españoles se conforma con citar los Códigos de Colombia, Perú y México, viendo en ellos tres ejemplos de la caución como medida de seguridad (77).

Acudiendo directamente a los textos legales se observa lo siguiente:

El Código boliviano de 1834, cuyo artículo 28 divide sus penas en corporales, no corporales y pecuniarias, incluye la obligación de dar fianza de buena conducta entre las no corporales, junto a la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades.

El Código chileno de 1874 no enumera la caución en sus relaciones de penas, recogidas en el artículo 21, y por lo que hace a las accesorias en el 22, sino que le dedica un precepto especial, el artículo 23, a cuyo tenor: «La caución y la sujeción a la vigilancia de la Autoridad podrán imponerse como penas accesorias o como medidas preventivas en los casos especiales que determina este Código y el de Procedimiento». Se reconoce, pues, a la caución una naturaleza variable.

El Código colombiano de 1936 declara en su artículo 42: «Son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, las siguientes: ... La caución de buena conducta...».

El Código hondureño de 1906 (texto según D. de 20 de enero de 1931) distingue, en su artículo 24, entre penas aflictivas, no aflictivas, correccionales, comunes y accesorias. En el grupo de las comunes sitúa la caución, junto a la sujeción a vigilancia y la multa».

En Venezuela, el Código de 1926 recoge la caución en la larga lista de penas no corporales, entre las que se cuentan también la sujeción a la vigilancia de la Autoridad pública, la multa y el comiso.

El Código de Defensa Social cubano de 1936 clasifica las «sanciones» imponibles en principales y accesorias, tanto respecto a las personas naturales como a las personas jurídicas, y en ambos supuestos coloca la caución de probidad en el segundo grupo, a continuación de la vigilancia de Autoridad (artículos 51 y 52). Luego, en el artículo 589, regula esta sanción bajo la rúbrica de «medidas de seguridad patrimoniales», que comprende también la confiscación especial y la clausura de establecimientos.

En México, el artículo 24 del Código Penal de 1931 (texto según

(76) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Códigos penales iberoamericanos*, Caracas, 1946.

(77) FERRER SAMA, PUIG PEÑA, QUINTANO RIPOLLÉS y DÍAZ-PALOS.

el D. de 31 de diciembre de 1943), incluye la caución de no ofender en la relación indistinta de penas y medidas de seguridad.

En Perú, el Código penal de 1924 se ocupa de la caución en el Título IV del Libro I, dedicado a las penas, medidas de seguridad, etcétera, pero curiosamente no aparece en el artículo 10, pese a que allí se enumeran «las únicas penas y medidas de seguridad que pueden imponerse».

El Código uruguayo de 1933 clasifica, en su artículo 92, las medidas de seguridad en curativas, educativas, eliminativas y preventivas, grupo este último integrado por la caución de no ofender y la vigilancia de la Autoridad (artículo 100).

Digamos, por último, que es posible encontrar en los Códigos iberoamericanos alguna muestra muy interesante de caución sustitutoria de otra sanción. A tenor del párrafo 1.º del artículo 86 del Código paraguayo de 1914, «en la tentativa de delito que no merezca más de dos años de penitenciaría y en las amenazas, la pena podrá ser sustituida, a petición del interesado, por la caución de no ofender». Y, en el párrafo 3.º se añade, «si el que otorgó la caución comete la infracción de que se trate, a más de sufrir el máximo de la pena correspondiente, perderá la cantidad dada como fianza».

Fuera ya de toda sustitución, los artículos 38 y 40 del vigente Código peruano parecen ver en la caución una sanción pecuniaria remitida condicionalmente, puesto que la restitución o cancelación de la fianza, o su pérdida en beneficio de la Caja de indemnizaciones depende del comportamiento del reo durante «el período de prueba».

Más claro aún era el Código mejicano de 1871, cuya caución une a la promesa de no cometer el delito la de abonar la multa en su caso. De acuerdo con su artículo 166, «llámase caución de no ofender la protesta formal que en ciertos casos se exige al acusado, de no cometer el delito que se proponía y de satisfacer, si faltare a su palabra, una multa (sic) que fijará el Juez previamente...». Pero el legislador no se conforma con esta declaración sobre la multa, antes al contrario, dispone que su «pago se garantizará con bienes suficientes o con fiador idóneo por el plazo que el Juez fije». Creemos difícil dar con un ordenamiento en el que se reconozca más claramente la naturaleza de la caución como multa remitida bajo condición (78).

IV. CLASIFICACION

La clasificación de la caución tiene mucho de visión calidoscópica, lo cual no puede sorprender tras la lectura de las páginas anteriores. Los diferentes criterios seguidos para esta labor se entrecruzan hasta ofrecernos innumerables combinaciones. Pensamos, sin embargo, que esta variedad de enfoques ofrece la ventaja de proporcionar una imagen de la caución mucho más rica de la obtenida mediante el estudio del modelo acogido en cada legislación concreta. Más adelante será

(78) Recuérdese lo dicho más arriba sobre el Derecho israelí

llegado el momento de individualizar la caución o cauciones de algunos ordenamientos, como el italiano, el suizo, los de algunos países socialistas y, naturalmente, el español.

Veamos las clasificaciones más importantes, prescindiendo de las cauciones procesales.

A. Por su naturaleza:

De acuerdo con el Derecho comparado y la doctrina cabe referirse a la caución como medida preventiva predelictual, pena, medida de seguridad y medida «sui generis». Sobre su semejanza íntima con una multa suspendida condicionalmente puede verse el capítulo anterior.

B. Por el bien jurídico afectado:

Procede colocar junto a las formas de caución como sanción pecuniaria, la caución como pena similar a la vigilancia por la Autoridad.

C. Por sus elementos esenciales:

Cabe distinguir entre la caución constituida por simple compromiso, (sin perjuicio de que su incumplimiento implique o no consecuencias económicas), la caución garantizada y el afianzamiento sin necesidad de promesa previa expresa.

D. Por la clase de garantía:

El afianzamiento puede ser en metálico, real o personal. A su vez, el personal admite tres variantes, según se mueva sólo en el ámbito económico, en el moral o en ambos.

La caución puede ir acompañada también de un ayudante de prueba, al estilo del «probation officer» inglés, o del «Bewährungshelfer» alemán.

E. Por su finalidad:

La caución se dirige en ocasiones a asegurar la buena conducta general del sancionado. Otras, la no comisión de infracciones delictivas. Otras, la no ejecución de un delito determinado. Y otras, por último, a conseguir el respeto de ciertas reglas de conducta, al estilo de las «Weisungen» del Código penal alemán, o las obligaciones especiales del artículo 38 del Código penal peruano.

F. Por su esfera de aplicación:

Puede construirse, teóricamente, una larga serie de posibilidades. Sólo como ejemplos deben citarse la caución en caso de amenazas, la impuesta por delito intentado o frustrado, y la destinada a impedir cualquier clase de daño.

G. Por su forma de empleo en relación con otras sanciones:

1. La caución puede ser sanción principal o accesoria. En el primer caso cabe sea impuesta bien como sanción única, bien como conjunta.

2. Desde otra perspectiva, la caución admite una imposición directa, como prevista de forma inmediata a nivel legal, y otra indirecta, sustituyendo a otra sanción, bien a nivel legal, bien a nivel judicial.

H. Según su imposición sea o no imperativa:

La caución se divide en preceptiva y facultativa.

I. Por su mayor o menor determinación:

La caución puede ser determinada o indeterminada, en relación

con su duración, con su cuantía o con ambos elementos. El número de combinaciones nos dará el de los términos de esta clasificación.

J. Por su gravedad:

Esta división pertenece, más bien, al ámbito de las penas. En ese marco la caución puede ser pena grave, leve o común (por referirnos sólo a los ordenamientos con tripartición de infracciones criminales). El criterio distintivo ha de recaer, si no queremos conformarnos con una división formal, en los citados elementos cuantitativo y temporal, considerados conjunta o separadamente.

V. LA CAUCION DEL VIGENTE CODIGO PENAL ITALIANO

La caución de buena conducta se halla regulada, como medida de seguridad patrimonial, en los artículos 237 a 239 del vigente Código penal italiano (79). Consiste en el depósito, en la Caja de Multas, de una suma de dinero entre 8.000 y 160.000 liras, según los límites fijados en el artículo 6 del Decreto de 28 de octubre de 1947. Se admite también sustituir el depósito por garantía hipotecaria o fianza personal y solidaria.

La imposición de la caución presupone la constatación judicial de la peligrosidad social del sujeto, pero aquélla no es preceptiva, sino discrecional. De acuerdo con las normas del Código penal sólo procede en los casos siguientes:

a) Cuando la persona en estado de situación vigilada (que no debe confundirse con la situación del liberado condicional) incumple las obligaciones inherentes a aquélla (artículo 231).

b) Cuando, concluida la asignación a una colonia agrícolá o Casa de trabajo, el Juez no considere oportuno utilizar la libertad vigilada (párrafo 2.º del artículo 230).

c) Cuando se infringe la prohibición de frecuentar tabernas y establecimientos públicos de bebidas alcohólicas, y el Juez prefiere la caución a la repetida libertad vigilada (artículo 234).

d) Cuando el condenado por contravención de juego de azar sea habitual o profesional del mismo, y el Juez estime conveniente añadir junto a la libertad vigilada la caución de buena conducta (artículo 230, número 3, y artículo 718 del Código penal).

La sanción que nos ocupa puede ser impuesta tanto por el Juez de conocimiento, en la misma sentencia condenatoria, como posteriormente por el Juez de ejecución, si la Ley lo consintiere (artículos 205 y 236 del Código penal). Su duración, que se inicia con el día en que se presta la caución, no puede ser superior a cinco años ni inferior a uno. Se prevé expresamente la revocabilidad de la caución, no sólo mediante decreto del ministro de Justicia, en cualquier momento, sino también por decreto del Juez de ejecución, una vez transcurrido el plazo mínimo, si se considerara desaparecido el estado de peligrosidad.

En el supuesto de que no se efectúe el depósito de la suma, o no

(79) Sólo el comiso la acompaña en este grupo de sanciones.

se preste la garantía real o personal, el Juez sustituye la caución por la libertad vigilada (artículo 238).

Ha de notarse que, pese al nombre, en realidad el sujeto peligroso no asume el deber de observar buena conducta en general, sino el de no incurrir en nuevos delitos o contravenciones penadas con arresto.

Si durante el cumplimiento de esta medida la persona a ella sometida comete una de aquellas infracciones, la suma depositada o garantizada se entrega definitivamente a la Caja de Multas. En caso contrario, se devuelve el depósito o se cancela la fianza. Cuando está última tiene carácter personal, se extingue «ope legis».

El término primeramente fijado no es prorrogable, rechazándose el reexamen de la peligrosidad en perjuicio del sancionado.

La transgresión del compromiso contraído no permite ni acudir a otra medida de seguridad como sustantivo, ni renovar la propia caución (80).

Lamenta Manzini la escasa aplicación de esta medida, dadas las condiciones económicas de la mayoría de los delincuentes, y vista la dificultad de encontrar personas solventes que se hallen dispuestas a prestar fianza a favor de condenados socialmente peligrosos (81).

VI. LA CAUCION DEL VIGENTE CODIGO PENAL SUIZO:

La denominada «Friedensbürgschaft» o «cautionnement preventiv» del vigente Código penal suizo se sitúa en la rúbrica «Otras medidas», acompañada por el comiso (82), el destino o uso a favor del perjudicado (83), la publicación de la sentencia y la inscripción en el Registro Penal.

La normativa legal se contiene en un solo artículo, el 57. A su tenor, la caución solo puede imponerse en dos supuestos: A) Si existen razones para temer que quien ha proferido la amenaza de cometer un crimen o delito la cumpla efectivamente. B) Si el que ha sido ya condenado por un crimen o delito manifiesta la intención de repetirlo.

En el primer caso suele interpretarse ampliamente la noción de amenaza, que no siempre ha de tipificarse como delito de tal nombre (artículo 180). Esa es la opinión de Thormann y von Oberbeck (84), así como la de Schwander (85). También Ph. Graven, saliendo al paso de la identificación postulada por Zürcher (86) y Matter (87) antes:

(80) MANZINI: *Trattato...*, pág. 319 y ss.

FROSALI: *ob. cit.*, págs. 578 y ss.

ANTOLISEI: *Manual de Derecho penal*, Buenos Aires 1960, págs. 576-577.

BETTIOL: *Derecho penal*, Parte General, Bogotá 1965, págs. 796-797.

(81) MANZINI: *Instituciones...*, pág. 250.

(82) En su doble forma de "Einziehung gefährlicher Gegenstände" o "confiscation d'objets dangereux" (artículo 58) y "Verfall" o "devolution à l'Etat" (artículo 59).

(83) "Verwendung zugunsten des Geschädigten".

(84) THORMANN y VON OBERBECK: *ob. cit.*, pág. 205.

(85) SCHWANDER: *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, Zürich, 1964, reimpresión 1969, pág. 276.

(86) ZÜRCHER: *Motifs 1908*, 96. PV. 2.^a Com. exp. I, 342.

(87) MATTER: *Die Friedensbürgschaft (These)*, Zürich, 1909, págs. 111 y ss.

de la vigencia del presente Código, hace hincapié en las diferencias. Por un lado, «el artículo 180 requiere una amenaza grave, pero no necesariamente la amenaza de cometer una infracción, mientras que el artículo 57 se aplica en caso de amenaza de cometer una infracción, sin que sea preciso que tal amenaza sea grave». Por otro, «en caso de infracción del artículo 180 el Juez interviene por la sola razón de que se ha proferido la amenaza..., pero lo que justifica la actualización del magistrado en el caso del artículo 57 no es la amenaza en sí, sino la convicción de que existe un riesgo de que se ejecute, si no acudiera a la caución». Entiende igualmente que si el legislador sólo hubiera pensado en el delito de amenazas, lo habría manifestado así, sin duda alguna, en el texto del repetido artículo 57 (88).

En el segundo supuesto no es preciso que se haya amenazado con ese ulterior crimen o delito, bastando una conducta que refleje con claridad la intención en dicho sentido, como ocurre, por ejemplo, con las acciones preparatorias. Resulta indiferente que la voluntad de repetición se manifieste al tiempo de la condena o más tarde.

La imposición de la medida es facultativa, pero el Juez ha de actuar a petición de la parte en peligro.

La caución consiste en la exigencia de la promesa de no cometer el hecho y, si el Juez lo estimare oportuno, en el requerimiento para que el sujeto preste adecuada fianza.

No regula el Código la forma de la promesa, pero la doctrina considera que es suficiente documentar la respuesta afirmativa a la pregunta sobre tal extremo. El importe de la garantía se determina al arbitrio del Juez, si bien éste deba fijar una cifra lo suficientemente alta como para asegurarse de que el sancionado cumplirá su palabra. Muy buena acogida tuvo entre los juristas la decisión del Tribunal Cantonal de San Gallen, de 6 de septiembre de 1955, según la cual habrá de atenderse a «la credibilidad de la persona, la fuerza de la voluntad criminal, la gravedad del crimen o delito con que se amenaza y la capacidad económica del sujeto» (89).

Al Juez le corresponde decidir también sobre la forma que adoptará la garantía, o más exactamente sobre la clase de los objetos a depositar, pues aquí radica una de las peculiaridades de la caución suiza. Contrariamente a lo que sucede en los derechos de inspiración anglosajona, en los que el sancionado se compromete a pagar al Estado determinada suma de dinero si incumpliera sus obligaciones o realizara el mal que se trata de evitar, el afianzamiento del Código penal helvético implica el depósito inmediato —o en el plazo que se señale— del metálico, títulos o joyas, según haya sido la elección judicial. Eso sí, tal depósito constituye la única exigencia legal, siendo indiferente se realice por el propio interesado o por un tercero (90).

(88) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 44.

(89) SCHWANDER: *ob. cit.*, pág. 277.

PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 73.

(90) PG. GRAVEN: *ob. cit.*, págs. 71 y 72.

La caución tiene necesariamente, y por disposición del citado artículo 57, una duración de dos años. Los autores, ante el silencio del Código, discrepan acerca del momento en que se inicia el cómputo. Thormann y von Oberbeck (91) creen que ha de partirse del día de la firmeza de la resolución. Schwander (92) y Ph. Graven (93) se pronuncian por la fecha de prestación de la fianza.

Aunque la garantía real acompañe generalmente a la promesa, ello no es preceptivo. El párrafo 1.º del artículo 57 del Código penal indica que el Juez «podrá exigir del interesado la promesa de no cometerlo (el crimen o delito) y obligarle a prestar adecuada seguridad (94), lo que ha sido interpretado como que son dos las posibilidades sucesivas que se abren ante el Juez: una, la de exigir o no la promesa; otra, la de, en caso afirmativo, acudir o no al afianzamiento. Como además el párrafo 2.º de ese mismo artículo dispone que «cuando (el sujeto) rehuse tal promesa o no preste maliciosamente la garantía en el plazo fijado, el juez podrá conminarle con arresto de seguridad», cabe concluir que la caución suiza puede ser impuesta a un insolvente, si bien, como es lógico, en tal caso lo normal sea prescindir del afianzamiento. Parece igualmente que si, por una u otra razón, se hubiera acordado la prestación de garantía y ésta no tuviera lugar por la insolvencia no dolosa del interesado, faltaría la malicia precisa para que el Tribunal acuda a la conminación con la privación de libertad (95).

Si se ejecutara el mal o la infracción criminal, se produce la confiscación automática de lo depositado, admitiéndose la adjudicación al perjudicado, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 60 del Código penal. En otro caso, se acuerda la devolución (96).

No es fácil determinar la naturaleza jurídica de la caución suiza. Ya Jiménez de Asúa, al ocuparse del Anteproyecto de 1915, escribió que la caución, como la confiscación de objetos peligrosos, los abonos al lesionado, la publicación de la sentencia y el casillero judicial podían estimarse «medidas de prevención» (97).

De acuerdo con Thormann y von Oberbeck, esta caución constituye una «medida con carácter preventivo», y no una pena, ni siquiera accesoria. No presupone una condena, aunque éste sea el caso más frecuente. Schwander ve en ella una «medida de seguridad preventiva», encaminada a impedir que una persona aparentemente peligrosa cometa un crimen o delito, es decir, una infracción penal muy grave o grave, en la tripartición del ordenamiento helvético.

Para Ph. Graven, la actitud del Código, que engloba la caución bajo la rúbrica de «otras medidas» (artículos 57 a 62), separándola de

(91) THORMANN y VON OBERBECK: *ob. cit.*, pág. 206.

(92) SCHWANDER: *ob. cit.*, pág. 277.

(93) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, págs. 70 y 71.

(94) El carácter real de ésta se desprende del párrafo 3.º.

(95) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 74.

(96) SCHULTZ: *Einführung in den Allg. Teil des Strafrechts*, Bern, 1973, págs. 149-150.

(97) JIMÉNEZ DE ASÚA: *La unificación...*, págs. 306-307.

las medidas de seguridad propiamente dichas (artículos 42 a 45), refleja el propósito legal de no pronunciarse sobre la naturaleza de una institución que admite diversas apreciaciones. Opina, sin embargo, que la naturaleza de la caución «es mixta, sin ser equívoca» (98). Cifrándose al supuesto más corriente, el de la promesa acompañada de afianzamiento, cree que el elemento moral —la manifestación de voluntad en el sentido de no querer realizar los hechos pedidos— juega un papel secundario, y en ocasiones, aislado de las garantías, podría ser contraproducente, al acentuar la desconfianza legal hacia el sujeto, incitándole quizá a la rebeldía. El elemento patrimonial sería, a su entender, el más sobresaliente, como se observa en la frecuencia con que la legislación comparada denomina medidas patrimoniales a figuras de características análogas a las de la caución suiza.

Subraya Ph. Graven en la faceta patrimonial—y frente a los ordenamientos anglosajones— que la medida helvética no representa un simple reconocimiento de deuda, sino un depósito, una verdadera confiscación, que se convertirá o no en permanente, según la conducta del sancionado. Con todo, y pese a opinar, por un lado, que las consideraciones patrimoniales no juegan ningún papel en las medidas de seguridad, y que, por otro, la privación de libertad es elemento esencial de aquéllas, piensa que la identidad de fin, o sea, la prevención del crimen, sitúa a la caución más cerca de tales medidas de seguridad que de las «otras medidas» (99), que la acompañan en su ubicación legal.

La doctrina y la escasa jurisprudencia son unánimes en cuanto a la naturaleza coercitiva del arresto de seguridad o «Sicherheitshaft», que, como se vió al reproducir el párrafo 2.º del artículo 57, se impone siempre al sancionado que no prestara promesa, y puede imponerse al que no presta la fianza, dependiendo de que su comportamiento sea o no malicioso. Hafter, estudiando los antecedentes inmediatos del actual Código, habla de «Zwanghaft» o arresto coercitivo (100). Thormann y Von Oberbeck rechazan tenga naturaleza de pena —no atribuida siquiera formalmente en el texto legal— y lo califica de medida coercitiva o «Zwangsmassnahme» (101). De forma parecida, Schwander le atribuye la naturaleza de una pena coercitiva o «Beugestrafe» (102). En realidad los juristas suizos—entre ellos los citados—, al aceptar ese carácter coercitivo del arresto de seguridad rompen el dilema penas-medidas de seguridad (103).

Con mayor profundidad se ocupa del tema Ph. Graven, preguntándose si estamos en presencia de una pena por desobediencia o de una «astreinte». Su respuesta es categórica a favor de la segunda, pues a

(98) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 12.

(99) PH. GRAVEN, *ob. cit.*, págs. 13, 14 y 15. Ver supra el apartado sobre la naturaleza de la caución.

(100) HAFTER, *ob. cit.*, pág. 386.

(101) THORMANN y VON OBERBECK, *ob. cit.*, pág. 206.

(102) SCHWANDER: *ob. cit.*, pág. 277.

(103) También tiene carácter puramente coercitivo el arresto por impago de multa en Francia.

la naturaleza de pena se opondría el carácter facultativo de la imposición (pese a ser, en su caso, pena única), la anomalía de que una pena se imponga en precepto de la Parte General y no en la Especial), la existencia de un artículo dedicado especialmente a la tipificación y condena de la desobediencia (artículo 292) y, si se estimara que el artículo 57 sustituiría al 292 por razón de especialidad, las consecuencias que de ello se derivarían, como la posible aplicación de la remisión condicional, la agravación por la concurrencia de circunstancias, etc. El problema no sería, ni mucho menos, académico, pues entiende Graven que, si se admitiera para este arresto la consideración de pena, habría de cumplirse una vez impuesto, aunque el interesado se aviniera a prestar la promesa o fianza. Hace suyas este autor las palabras de Logoz, según las cuales «la detención no es aquí una pena, sino un medio de coerción, por lo que su aplicación debe cesar con la obtención del fin, y lo más tarde a los dos meses», añadiendo que «la detención es un astreinte destinada a forzar la voluntad del interesado, y no sanciona ni una infracción independiente ni, claro está, la insolvencia o aislamiento social» (104).

La caución helvética no parece haber tenido la aceptación práctica que sus defensores esperaban. Frey afirma que «la criatura nació muerta» y «es hoy una pieza de museo sin importancia real». Cree que en todo caso se trata de una institución incapaz de contribuir a la lucha contra las penas cortas privativas de libertad, pero sus críticas se dirigen principalmente a su imposición a instancia de parte. En su opinión, «una medida de seguridad cuya imposición depende de la voluntad de un particular es un monstruo legislativo en nuestro sistema de sanciones» (105).

VII. LA NUEVA CAUCION EN LOS PAISES SOCIALISTAS

La preocupación del Derecho socialista por la readaptación del delincuente, unida al deseo de una mayor participación de la sociedad en la Administración de Justicia, ha plasmado en una variada intervención de entidades administrativas, agrupaciones y, sobre todo, de las empresas nacionalizadas, unas veces en el ámbito de la condena condicional, y otras en novedosas formas de caución. Posiblemente haya sido la República Democrática Alemana, el país donde este movimiento ha rendido sus principales frutos, pero cualquier exposición quedaría incompleta sin una referencia a la Unión Soviética y a algunas otras naciones del denominado Bloque Oriental.

1. Unión Soviética, Checoslovaquia, Bulgaria y Polonia.

Aunque se asegura que la caución ya existió en la Unión Soviética en 1924, parece que, tras el silencio de los Principios Fundamentales

(104) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, págs. 76 a 79.

(105) FREY: *Ausbau des Strafsystems*, ZStW, 1953, Band 65, Heft 1, pág. 17.

para la Legislación Penal de las Repúblicas de la Unión, de 1958, el precedente inmediato de tal sanción, en su forma actual, se encuentra en el artículo 5 del Proyecto de Ley «sobre la revalorización del papel de la sociedad en la lucha contra los infractores de la legalidad comunista», de 1959.

Hoy, el Código de la República Socialista Rusa de 2 de octubre de 1960, no sólo recurre a organizaciones sociales y empresas colectivas para, sin exigirles declarar su voluntad de afianzar, confiarles la reeducación del condenado condicional (artículo 44), sino que en su artículo 52 regula una verdadera caución, a caballo del Derecho penal sustantivo y del procesal.

Se trata en este segundo caso de una condena remitida en la línea del sistema noruego, o sea, con sobreseimiento del proceso, y en la que constituye requisito esencial la garantía o afianzamiento por parte de un «colectivo» socialista. En realidad esta caución soviética se adelanta al proceso en sentido estricto, marginándolo y renunciando anticipadamente a la pena. Sólo cabe respecto a infracciones de escasa trascendencia y reducida peligrosidad social, cuyo autor, además de reconocer el hecho y su culpabilidad, haya observado buena conducta y carezca de antecedentes penales (106).

En Checoslovaquia, el Código penal de 29 de noviembre de 1961 prevé la caución como medio de, en determinados supuestos, prescindir de la pena, según la institución que los alemanes conocen como «Absehen von Strafe», en la línea del perdón judicial (párrafo 1.º b, del artículo 58). Se emplea también en relación con la libertad condicional.

El Código penal búlgaro de 16 de marzo de 1968, aunque con rasgos propios, sigue el ejemplo soviético de sobreseimiento condicionado por la caución, al igual que ocurre con el Código penal polaco de 19 de abril de 1969 (artículos 27 y siguientes). En este último se dispone además que la suspensión condicional de la ejecución de la pena ya impuesta puede hacerse depender de la caución prestada por algún organismo, sociedad o, incluso, persona particular (107).

2. República Democrática Alemana.

La caución o «Bürgschaft» de la República Democrática Alemana ha sido vista como un compromiso tanto jurídico como moral, al que, precisamente por su naturaleza mixta, no cabe calificar de pena, ni principal, ni complementaria. Por otro lado, al quedar sometida a la voluntariedad e iniciativa del fiador —por lo general una fábrica o explotación colectivizada («Kollektiv») — se subraya cómo su utilización equivale a una resolución conjunta del Tribunal y de la empresa socialista, con lo que ello significa de popularización de la Justicia o, si se prefiere, de acercamiento de ésta al sano y responsable sentir popular.

(106) FELDBRUGGE: *Sowjet Criminal Law*, págs. 245 y ss.

(107) SAGEL-GRANDE: *Die Entwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsentzug in Strafrecht der DDR*, Berlín, 1972, págs. 239-240.

Nacida la caución germano-oriental en el Decreto de la Administración de Justicia de 4 de abril de 1963, ha sido mantenida y desarrollada en el vigente Código penal de 12 de enero de 1968. Si hacia afuera, hacia el fiador, simboliza la colaboración entre Pueblo y Estado, en relación con el culpable ha de facilitar su reeducación, respetando su voluntad y sin coacción alguna.

El garante será comúnmente una «colectividad socialista», pero no se excluye que la caución pueda correr a cargo de una comunidad de vecinos o de una agrupación deportiva. En casos muy especiales, sobre todo tratándose de un reo joven, se admite la caución de una persona individual, que pueda servir de ejemplo al afianzado.

Es de notar que la caución no funciona en la República Democrática Alemana como requisito o complemento de una condena condicional, sino como medio de conseguir que al culpable se le imponga únicamente una pena no privativa de libertad. Tras la oferta del presunto fiador, acompañada del plan de medidas en que se concretará su futura labor, y una vez obtenida la aprobación del Tribunal, el compromiso de caución se hace por escrito. Su duración normal es de un año y la entidad o persona garante, aunque obligada a informar periódicamente y comunicar cualquier incumplimiento por parte del reo respecto a sus propios deberes o reglas de conducta derivadas de aquel plan, no contrae responsabilidad jurídica alguna si no se alcanzan los fines deseados. En este último supuesto es posible cancelar la caución, con los efectos consiguientes:

Parece que los delitos más usualmente favorecidos por la caución han sido los culposos, seguidos de las infracciones contra la propiedad y la honestidad, lesiones y determinados delitos de resistencia o injurias al Estado. Se estima que en todos ellos la mejor terapia es el fortalecimiento de la conciencia cívica del reo, y ello a través de una reeducación que, como ésta, tiene, además de las virtudes ya dichas, la de resultar en extremo económica.

Obsérvese que la caución de la República Democrática Alemana carece por completo de componentes patrimoniales. Es curioso que tal circunstancia la aproxime un poco a la caución española, que, como se verá en su momento, une a la garantía pecuniaria—cuyo peso gravita sobre tercero—la consistente en la integridad y ejemplaridad del fiador, así como en su beneficiosa influencia sobre el reo. Por decirlo con palabras de nuestro Código, el fiador germano-oriental basta con que sea moralmente «abonado» (108).

(Continuará)

(108) Ver BIEBL y POMPOES: *Nj* 68, págs. 520 y ss. Idem DÄHN: *Sozialistische Arbeitskollektive, y SCHLEGEL: Gedanken zu einer stärkeren, differenzierten Mitwirkung gesellschaftlicher Kräfte im Strafverfahren.*

El delito de estupro - incesto

LORENZO MORILLAS CUEVA,
Profesor adjunto interino de Derecho
penal en la Universidad de Granada

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—I. *Determinaciones previas*. 2. *Consideraciones de Derecho comparado*. 3. *Codificación española*.—II. EL TIPO DEL ARTÍCULO 435.—1. *Objeto de protección*. A) Bien jurídico protegido en los delitos de incesto. B) Su protección real en nuestro Código penal. A') Emplazamiento sistemático. B') Objeto jurídico. 2. *Elemento objetivo*. A) Sujetos del delito. B) Conducta típica. C) Diferencia con figuras afines. A') Con otras modalidades de estupro. B') Con la violación. C') Con los abusos deshonestos. D') Con los matrimonios ilegales. 3. *Elemento subjetivo*. 4. *Punibilidad*. 5. *Especiales formas de aparición*. A) La consumación y el problema de las formas imperfectas. B) Concurso de delitos. A') Concurso ideal. B') Concurso real. C) Pluralidad de acciones y unidad de delito. La problemática del delito continuado. D) La circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 y la agravante específica del artículo 452 bis g). 6. *Consecuencias jurídicas del delito*. A) Pena. B) Responsabilidad civil especial. C) Extinción de la responsabilidad criminal: el perdón de la ofendida.—III. CONCLUSIONES.—1. *Conclusiones de "lege data"*. 2. *Conclusiones de "lege ferenda"*.

I. INTRODUCCION

1. DETERMINACIONES PREVIAS

Según recoge Seelig "el incestuoso menosprecia la «barrera del incesto», que prohíbe, en nuestro círculo de cultura, el tráfico sexual entre parientes próximos, especialmente en las líneas ascendente y descendente"¹. La forma incestuosa aparece de esta manera impregnada de múltiples consideraciones en atención generalmente al agente que la realiza, al medio donde se produce y a la ideología que la sustenta.

Es indudable que el hecho incestuoso se ofrece con caracterís-

1. SEELIG, ERNESTO, *Tratado de Criminología*. Traducción castellana y notas de José María Rodríguez Devesa. Madrid 1958, pág. 143.

ticas criminológicas y sociológicas de especial consideración. La mayoría de las veces son encontradas anomalías psíquicas que interfieren notablemente en el comportamiento incestuoso del sujeto. Particularmente coincidentes son los estudios realizados por diversos autores en el sentido de apreciar en estos delincuentes una llamativa cifra de individuos con base psicopatológica ².

Esclarecedor en este aspecto es el estudio llevado a cabo por Plaut ³ que sobre 63 casos de incesto con propia hija, registra, en base al grado de inteligencia de los autores, los siguientes datos: 3 están sobre el nivel medio, 8 en el nivel, 33 por bajo y 19 son endebletes mentales o imbéciles ⁴.

Más analítico, Von Hentig distingue el tipo de los asociales de los seniles, alcohólicos y esquizoides y plantea —acertadamente— la posibilidad de amor y ternura en las relaciones incestuosas de los individuos comprendidos en el primer grupo ⁵.

No es nuestra idea al constatar estos y otros datos que más adelante podremos argumentar en relación al complejo problema de la culpabilidad, el intentar desviar la atención primordial de tales supuestos tan cercanos a estados patológicos, en sugerencias sobre la culpabilidad del autor ni, por ahora, introducir en el orden jurídico-penal ningún principio fundamentalmente nuevo que altere la idea matriz de culpabilidad que debe regir en el Derecho penal actual, sólo intentamos una llamada de atención sobre la complejidad y características de la mayoría de los sujetos incestuosos que, inevitablemente, deberá incidir a la hora de completar las situaciones legales para los supuestos de inimputabilidad e imputabilidad disminuida y, en el mejor de los casos, en el momento de replantearse la propia posibilidad legal del delito de incesto.

Junto a los aspectos biológicos citados no son menos interesantes dentro del fenómeno incestuoso las posibles causas sociales que lo determinan. En la mayoría de los casos, los factores sociales, tales como promiscuidad familiar, viudedad, abandono de la esposa o

2. Vid. WULFFEN, ERICH, *Der sexual Verbrecher* (Siebente Unveränderte Auflage). Berlín 1920, pág. 631; VON HENTIG-VIERNSTEIN, *Untersuchungen über den Inzest*. Heilderberg 1925, págs. 7 y ss.; PLAUT, PAUL, *Der Sexualverbrecher und seine Persönlichkeit*. Stuttgart 1960, págs. 82 y ss.; SIMSON, GERHARD y GEERDS, FRIEDRICH, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte*. München 1969, págs. 415-416.

3. PLAUT, PAUL, *Der Sexualverbrecher...*, cit., pág. 94.

4. A parecidas conclusiones llegó VIERNSTEIN en sus investigaciones sobre los penados por este delito en el establecimiento penal de Straubing (Baviera), al constatar que sólo un 16 por 100 no tenían rasgos patológicos, siendo los restantes sujetos anormales. Vid. VON HENTIG-VIERNSTEIN, *Untersuchungen...*, cit., págs. 10 y ss. También el Dr. Kubo, citado por Hirano, investiga sobre el tema, aunque sus deducciones manifiestan un número inferior de individuos anormales. De 36 casos analizados en establecimientos médicos y sociales de Hiroshima, cinco se revelan con síntomas de esquizofrenia y ocho evidencian perturbaciones psico-patológicas. Vid. HIRANO, RYUICHI, *Les offenses a la famille et à la moralité sexuelle en droit japonais*, en "Revue Internationale de Droit Penal", año 1964, pág. 916.

5. HENTIG, HANS VON, *El Delito*, tomo II, Madrid 1971, págs. 338-339.

aislamiento en lugares apartados aparecen como causa influyente en la realización del hecho. En este sentido, Von Hentig llega a la conclusión de que, “a veces, somos nosotros mismos lo que creamos efectos nocivos extremos nacidos del mundo circundante y que rebasan la capacidad de resistencia del hombre medio”⁶. Si reflexionamos sobre un ejemplo —citado por el propio Von Hentig— podemos advertir toda la trascendencia de esta afirmación: “Un sujeto de 50 años, viudo, dormía con su hija de 23 años y dos hijos de tres y seis años en una sola cama.” Consecuencia: incesto.

Estas dos notas, médica y sociológica, que inciden la mayoría de las veces en su realización, se pueden ver incrementadas con un tercer factor de discusión: la reprobación social del hecho.

Es constatable que la idea de orden se diferencia radicalmente de cultura a cultura. Como afirma Herrmann “entre las distintas culturas se dan las mayores diferencias, en especial en las concepciones sobre la moral sexual”⁷. No obstante ser el incesto uno de los temas de la vida íntima más condicionado por tabús y aparecer dirigido por “influencias sociales —sobre todo educativas— que han ido creando, en el curso de la Historia de la Humanidad, un horror al incesto; horror que encontramos en la mayoría de los hombres, aunque, por motivos difícilmente explicables, no en todos ellos”⁸, su disvalor social presenta diferentes acepciones. Para König “las formas de la vida sexual cambian enormemente con las distintas clases y estratos sociales, lo que permite, en consecuencia, inferir una valoración muy diversa de lo sexual”⁹. Revelador es el testimonio de Von Hentig al explicar como “el campesino tiene que enfrentarse a los problemas sexuales de forma distinta, más despreocupada, más natural, e incluso más brutal, que el hombre de la ciudad. Juzga con menos severidad numerosas acciones inmorales que se realizan en los graneros o en los establos durante las largas noches de invierno. Existe una pequeña criminalidad sexual de aldea, que no se aprueba, pero que tampoco se divulga, y sólo en raros casos se denuncia. Los niños del campo son en estas cosas precozmente maduros, las campesinas envejecen de forma prematura y el adulterio del padre se critica únicamente cuando comienza a derrochar la herencia de sus hijos. Aumenta el peligro de incesto cuando la mujer cae enferma, la hija entra en la adolescencia y la familia vive aislada”¹⁰.

En consecuencia, “el horror al incesto —afirmamos con Bauer—

6. HENTIG, HANS VON, *El Delito*, cit., tomo III, pág. 30.

7. HERRMANN, FERDINAND, *El Derecho Penal Sexual desde el punto de vista etnológico. Sexualidad y Crimen*. Versión de la 3.^a ed. alemana, por Enrique Gimbernat, pág. 132.

8. BAUER, FRITZ, *El Derecho Penal Sexual en la actualidad. Sexualidad y Crimen*, cit., pág. 20.

9. KÖNIG, RENÉ, *Delitos contra la honestidad y problemas de la conformación de la vida sexual en la sociedad presente. Sexualidad y Crimen*, cit., pág. 367.

10. HENTIG, HANS VON, *El Delito*, cit., tomo I, págs. 290-291.

no tiene nada que ver con una «voz de la sangre»; como la conciencia del hombre, tampoco el respeto por la barrera del incesto es algo innato, sino adquirido”¹¹.

Por ello, un planteamiento sereno del tema, sin prejuicios apriorísticos, deberá tomar en consideración todos los índices que posibiliten una adecuada interpretación del problematismo que engendra en sí la idea de incesto.

El enfrentamiento doctrinal con tan sugestivo tema se ha realizado desde divergentes puntos de vista. Carrara impugna su punición cuando tenga lugar con consentimiento¹². Pessina y Puglia —siguiendo a Carrara— sólo reconocen a la circunstancia de parentesco el valor de una agravante especial para los delitos contra el pudor o la honra sexual¹³. También Garraud parece situarse en análogas premisas¹⁴. En España, Groizard es igualmente contrario a su punición, alegando que el incestuoso, al pecar gravemente contra Dios, contra la moral y contra el grito de su propia conciencia, ultraja la dignidad del género humano, no la de las leyes¹⁵.

Este planteamiento omisivo brillantemente defendido por el sector doctrinal citado, se ve modernamente reconsiderado por algunas de las más actuales y progresistas manifestaciones criminológicas que ven en las severas regulaciones tradicionales factores de regresión que no propician las finalidades a cumplir.

No obstante todo ello, es en la actualidad absolutamente mayoritaria la doctrina que se define —desde una variada y multiforme gama de posibilidades— por una sanción penal para los hechos incestuosos, aludiendo generalmente a razones de índole familiar, social o individual¹⁶.

11. BAUER, FRITZ, *El Derecho Penal Sexual...*, cit., pág. 20.

12. CARRARA, FRANCISCO, *Programa de Derecho Criminal*. P. E. vol. III. Buenos Aires 1946, págs. 439 y ss.

13. Vid. PESSINA, EURICO, *Elementi di Diritto Penale*, II, Marglieri di Gius 1833, parágrafo 151; PUGLIA, FERDINANDO, *I reati di Libidine e contro il buon costume*. Nápoles 1886, pág. 94.

14. GARRAUD, R., *Traité du Droit Penal Français*, tome IV (troisième édition). París 1924, págs. 489 y ss.

15. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, *El Código penal de 1870*, tomo V, Salamanca 1893. Págs. 146 y ss.

16. En este sentido, y entre otros, vid. MANFREDINI, MARIO, *Dei Delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, en “Trattato di Diritto Penale”, 2.ª ed., vol. IX, Milano 1921, págs. 205 y ss.; PISAPIA, DOMENICO, *Delitti contro la Famiglia*. Torino 1953, págs. 574 y ss.; MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho Penal*. P. E., vol. IV, Bogotá 1955, págs. 208 y ss.; MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal*. P. E., traducción de la 4.ª ed. alemana por A. Finzi. Buenos Aires 1959, págs. 118 y ss.; MANZINI, VICENZO, *Trattato di Diritto Penale*, vol. VII, Torino 1951, págs. 731 y ss.; ANTOLISEI, FRANCESCO, *Manuale di Diritto Penale*. P. E., 5.ª ed., Milano 1966, pág. 343; QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Curso de Derecho Penal*, II, Madrid 1963, págs. 391 y ss.; CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Derecho Penal*, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, tomo II, P. E., vol. 2.º, 14 ed., Barcelona 1975, págs. 617 y ss.; DIEGO DÍAZ-SANTOS, MARÍA DEL ROSARIO, *Los delitos contra la familia*. Madrid 1973, págs. 346 y ss.; POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *Introducción a los delitos contra la honestidad*. Sevilla, 1975, págs. 66 y ss.; SÁINZ CANTERO, JOSÉ ANTONIO, *Derecho Penal*, II, U. D./2. UNED. Madrid 1974, pág. VIII/12;

2. CONSIDERACIONES DE DERECHO COMPARADO

Una rápida aproximación al Derecho comparado nos muestra esencialmente tres grupos diferenciados en cuanto a la forma de considerar el incesto dentro de su normativa legal: a) Códigos que no tipifican expresamente las relaciones incestuosas. b) Códigos que no previenen el incesto como tal infracción, pero lo presentan en forma de agravante específica o como variedad de otro delito de parecida configuración. c) Códigos que tipifican las relaciones incestuosas como delito autónomo.

El incesto no aparece regulado en los Códigos penales de URSS, Japón, Paraguay, San Marino, Luxemburgo y Bolivia. Esta afirmación no hay que entenderla en el sentido de su no punición en cualquier caso, sino en el de su especificación legal. Indudablemente, en los Códigos citados el incesto como tal no se castiga, pero existen supuestos incestuosos contenidos en tipicidades más genéricas. En este sentido, el Código penal boliviano agrava en su artículo 423 la seducción de mujer cuando el autor sea "... persona a quien esté encargada la guarda, asistencia o educación de la ofendida, aprovechándose de sus funciones...". Igualmente el Código penal de Paraguay recoge en el artículo 320 "el que simulando un casamiento válido o abusando de facilidades ocasionales o familiares o por medio de maquinaciones dolosas, capaces de sorprender la buena fe, consigue el goce sexual, fuera del matrimonio, de una mujer virgen menor de 16 años". No cabe duda que en ambos Códigos se castigan relaciones sexuales que conocemos como incestuosas, aunque no sea éste el motivo de su punición.

Muy próximos a este planteamiento omisivo, algunos Códigos penales utilizan una fórmula eminentemente restrictiva. Así, bajo la variedad de agravante específica, los Códigos penales de Bélgica y Mónaco lo regulan como agravante de un atentado al pudor¹⁷; el Código penal de Argentina, de violación y estupro¹⁸; de un delito sexual de concubinato el de Ecuador¹⁹; de un delito contra la libertad y el honor sexual, el de Perú²⁰ y, por último, el Código penal portugués, como agravante de los crímenes contra las buenas costumbres²¹. Otro grupo de países lo recoge como variante de diferentes delitos. Se identifican con esta modalidad los códigos penales de Francia²², Holanda²³, Guatemala y el Salvador²⁴.

Una tercera área de países —la más numerosa— regula el incesto

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español*. P. E., 6.ª ed., Madrid 1975, pág. 161.

17. Arts. 372 y 327, respectivamente.

18. Arts. 122 y 123.

19. Art. 494 en relación al 493.

20. Art. 199.

21. Art. 398.

22. Como variante de un delito de atentado al pudor. Art. 331.

23. Como variante de un delito contra las buenas costumbres Art. 249.

24. Siguiendo la tradicional regulación de la codificación española, como variante de estupro. Arts. 332 y 396, respectivamente.

como un delito propio. La autonomía propicia su incursión en diferentes epígrafes: *a*) Como atentado contra las costumbres. Lo admiten de esta manera los Códigos penales de Austria (art. 131), Finlandia (cap. XX, párrs. 1 y ss.), Grecia (art. 345), Liechtenstein (artículo 131), Noruega (art. 207), Polonia (art. 175), Suecia (cap. VI, artículo 5), Uruguay (art. 276), Venezuela (art. 381). *b*) Como atentado contra la familia. Con esta configuración se tipifica en los Códigos penales de Alemania (art. 173), Dinamarca (art. 210), Irlanda (art. 190), Italia (art. 564), Suiza (art. 213), Yugoslavia (art. 198), Brasil (art. 258), Colombia (art. 357), Cuba (art. 492) y en la Ley Criminal para Groenlandia (art. 49). *c*) Como atentado contra el orden de las familias y la moralidad pública. Chile (art. 364) y Nicaragua (art. 440) siguen este epígrafe. *d*) Como infracción sexual. Lo regulan así los Códigos penales de Rumanía (art. 203) y Méjico (artículo 272). *e*) Como atentado contra la libertad y la dignidad del hombre: Checoslovaquia (art. 245). *f*) Como atentado contra la honestidad. Siguen parecida formulación el Código penal español, pero autonomizan el delito de incesto, los Códigos penales de Costa Rica (art. 226) y Puerto Rico (art. 275).

Una segunda clasificación la podemos establecer atendiendo al grado de amplitud con que se regula la punición del incesto.

En este sentido castigan de forma muy abierta los Códigos penales de Puerto Rico y Finlandia. El Código penal portorriqueño en su artículo 275 incluye a las personas que se hallen dentro de los grados de consanguinidad en que los matrimonios son declarados nulos²⁵. Parecida amplitud presenta el Código penal finlandés²⁶. No menos extensa es la punición del incesto en los Códigos penales de Italia, Venezuela, Colombia, Chile, Nicaragua y Costa Rica²⁷ al incluir como agentes del delito a los ascendientes, descendientes, afines en línea recta y hermanos. El Código penal polaco recoge a los que tengan relaciones sexuales con parientes en línea recta, hermanos o bien con persona a la cual esté ligado por adopción²⁸.

Más reducida y cuantitativamente más utilizada es la fórmula que limita la tipicidad del incesto a los ascendientes, descendientes y hermanos. Siguen esta vía intermedia los Códigos penales de Alemania, Grecia, Noruega, Uruguay, Dinamarca, Groenlandia, Irlanda, Suiza, Yugoslavia, Brasil, Rumania, México y Checoslovaquia²⁹.

Existe un tercer planteamiento esencialmente restrictivo y que coincide en general con el de los Códigos que admiten el incesto

25. Se consideran, a efectos del Derecho puertorriqueño, matrimonios incestuosos: "Los matrimonios entre padres e hijos, ascendientes y descendientes en todos los grados, entre hermanos de padre y madre y medio hermanos, y entre tíos y sobrinas o tías y sobrinos, son incestuosos y nulos desde su origen, ya fuere legítimo o ilegítimo el parentesco.

26. Cap. XX. §§ 1 y ss.

27. Arts. 564, 381, 357, 364, 440 y 226, respectivamente.

28. Art. 75.

29. Arts. 173, 345, 207, 276, 210, 49, 190, 213, 198, 258, 203, 272, 245, respectivamente.

como agravante o variedad de otras tipicidades. Incluimos aquí los Códigos penales de Suecia, Cuba, Portugal, Argentina, Guatemala y el Salvador³⁰, que reducen el contenido legal de los hechos incestuosos a las relaciones sexuales entre ascendiente con descendiente y entre hermanos, y los de Francia, Bélgica, Mónaco, Turquía y Holanda³¹, que sólo recogen las habidas entre ascendiente y menor.

Desde distinta perspectiva es posible distinguir en razón a la penalidad varias formas de castigar el incesto, atendiendo principalmente a graduaciones de edad.

Algunos Códigos establecen una pena sensiblemente superior cuando el incesto es cometido por ascendiente (Códigos penales de Grecia, Noruega, Suecia, Alemania, Irlanda, Cuba y Méjico); otros aumentan la pena si el incesto se realiza con descendiente menor de 16 años (Código penal de Suiza) o menor de 18 (Código penal de Dinamarca e Irlanda) o por persona mayor con menor de 18 (Código penal de Italia y Brasil).

Otro matiz a tener en cuenta es el adoptado por ciertos Códigos en el sentido de no considerar específicamente sujetos agentes del delito a los descendientes que no hayan llegado a una determinada edad. Así, el Código penal griego no castiga al descendiente menor de 17 años que haya participado en el incesto³²; los Códigos penales de Noruega, Dinamarca y Groenlandia al menor de 18 años³³; mientras que el propio Código penal noruego incluye también en la no-punición a los menores de 21 años incitados por un pariente en línea ascendente³⁴. Con parecido sentido, el Código penal alemán e irlandés no castigan a los parientes en línea descendente y hermanos cuando sean menores de 18 años³⁵ y el Código penal danés evita la imposición de pena al que sea menor de 16 años en el incesto entre hermanos³⁶.

Por último, determinados Códigos exigen para la realización del delito de incesto la producción de escándalo público. Contienen este requisito los Códigos penales de Italia, Uruguay y Venezuela³⁷. En el Código penal de Cuba el escándalo público actúa como agravante específica recogido por el propio artículo 492 regulador del delito de incesto.

Esta ojeada de conjunto al Derecho comparado demuestra las considerables diferencias en cuanto a la definición, contenido y extensión que el delito de incesto manifiesta en los diversos Códigos penales analizados.

Como respuesta al pluralismo legislativo en torno al tema, el IX Congreso Internacional de Derecho penal (La Haya, 1964) opta

30. Arts. 5 (Cap. VI), 492, 398, 122 y 123, 332, 396, respectivamente.

31. Arts. 331, 372, 327, 417, 249, respectivamente.

32. Art. 345.

33. Arts. 207, 210, 49, respectivamente.

34. Art. 207.

35. Arts. 173, 190, respectivamente.

36. Art. 210.

37. Arts. 564, 276, 381, respectivamente.

por una postura intermedia entre las legislaciones que admiten una formulación amplia y las concepciones que eliminan completamente de la ley penal el delito de incesto, recomendando en su Resolución II que en los países donde el incesto esté incriminado esta infracción debe ser limitada a las relaciones entre ascendientes y descendientes, entre hermanos y hermanas³⁸.

3. CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

A pesar de que el delito de incesto ya fue ampliamente definido en nuestro derecho medieval, el Código penal de 1822 omite su concreción típica.

Es el Código de 1848 el que lo introduce en nuestra codificación penal. Lo regulaba como una modalidad del delito de estupro en el artículo 356 dentro del Capítulo III ("Del estupro y la corrupción de menores") del Título X ("Delitos contra la honestidad"). Decía el mencionado artículo en su redacción completa: "El estupro de una doncella mayor de 12 años y menor de 23, cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de 23 años. El estupro cometido por cualquier otra persona interviniendo engaño, se castigará con la pena de prisión correccional. Cualquier otro abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias, será castigado con la prisión correccional."

El Código penal de 1870 mantuvo intacta la redacción y planteamiento sistemático de la figura de incesto. Sólo cambió la numeración del Capítulo (IV) y del Título (IX) —la terminología empleada sigue siendo exactamente igual— y la pena a imponer (prisión correccional en su grado máximo y medio).

La gran variante dentro de la línea tradicional seguida por nuestra codificación penal en relación al delito que nos ocupa la presenta el Código penal de 1928. En este Código el delito de incesto quedó bajo el mismo Título referido a los delitos contra la honestidad, si bien en un Capítulo dedicado al incesto y estupro notablemente diferente en su concepción al correspondiente del Código anterior.

El planteamiento autonomista del Código de la Dictadura en referencia al incesto llevó a redactar el artículo 603 de la siguiente manera: "El incesto será castigado: 1) El de ascendiente con sus descendientes, con la pena de seis meses a seis años de prisión a los primeros y el grado mínimo de la misma pena a los segundos. 2) El de afines en línea recta y el de hermanos, ya sean germanos, ya uterinos, ya consanguíneos, con la de dos meses y un día a un año de prisión. Con las mismas penas, respectivamente, serán castigadas las

38. Vid. *Le IX Congrès International de Droit Penal*, en "Revue International...", cit., 1964, pág. 1129.

relaciones impúdicas entre las personas expresadas en los números anteriores. Si los hechos comprendidos en este artículo tuvieran lugar, con escándalo público, se impondrá la pena en su grado máximo.”

El Código penal de 1932 vuelve a los planteamientos desarrollados por los Códigos de 1848 y 1870. Introdujo, sin embargo, como novedad, la separación en un artículo independiente de lo que continuaba —con la misma redacción de sus antecesores citados— siendo una modalidad de estupro. Así, el artículo 438, dentro del Capítulo III (“Estupro y corrupción de menores”), Título X (“Delitos contra la honestidad”), tipificaba: “En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el que cometiére estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de 23 años.”

La actual redacción sin modificar desde la primitiva de 1944 es exactamente igual a la del Código de 1932 y, por tanto, semejante en su proyección y contenido a la de los Códigos de 1848 y 1870. Pudiéndose afirmar que está en vigor la tipología concebida para el Código de 1848.

II. EL TIPO DEL ARTICULO 435

1. OBJETO DE PROTECCIÓN

La variedad con que el delito de incesto ha sido tratado por las distintas legislaciones conlleva inevitablemente a una encendida polémica entre los estudiosos que pretenden indagar sobre su objeto jurídico; cuestión que consecuentemente incide en valoraciones dispares sobre su objetividad jurídica, en razón a la multiplicidad de acepciones sistemáticas que puede poseer la figura en estudio.

Con esta perspectiva, nos apresuramos a dividir el análisis sobre el objeto de protección en dos frentes. Uno, el que marca su estudio genérico; otro, el que nos impone su específica regulación en nuestro ordenamiento penal.

A) Bien jurídico protegido en los delitos de incesto en general.

En este sentido hemos de enumerar las siguientes opciones doctrinales —confrontadas con alusiones críticas— que han alcanzado una mejor fortuna:

a) En un momento histórico se pretendió considerar el delito de incesto como una ofensa a la religión. Carrara ya se manifestó en contra de esta opinión³⁹. También Salvagno Campos se planteó el problema para llegar a la conclusión de que “esta razón ha sido hoy relegada, como es lógico”⁴⁰.

Efectivamente, las argumentaciones que fundamentaban tal pretensión, basadas en que el incesto ataca preceptos religiosos, nada pue-

39. CARRARA, FRANCESCO, *Programa...*, cit., P. E., vol. III, págs. 442-443.

40. SALVAGNO CAMPOS, C., *Los delitos sexuales*. Montevideo 1934, página 390.

den influir en la determinación del bien jurídico protegido en la actualidad en cuanto, por un lado, en la casi totalidad de las legislaciones vigentes no se castigan en abstracto las ofensas a la religión, por el contrario, lo esencialmente protegido es el derecho de la persona a la libertad religiosa; por otro, es inadmisibles tan sólo volver a replantear la afortunadamente superada identificación entre delito y pecado.

b) Otros han querido ver la razón de la incriminación en los peligros que amenazan a la prole nacida de las relaciones incestuosas⁴¹. Esta conveniencia eugenésica viene planteada por los graves daños que —según ciertos sectores médicos— puede producir la consanguinidad en las uniones sexuales con respecto a los hijos: concepciones imperfectas, partos monstruosos, enfermedades en la descendencia, etc.

Tal posibilidad ha sido rebatida por diversos autores. Wulffen plantea la réplica con argumentaciones basadas tanto en la existencia de relación sexual entre animales parientes, la cual no les degenera, como la constatable posibilidad de actuaciones incestuosas entre personas que no producen dichas anomalías⁴².

Utilizando un planteamiento diferente —basado en la aceptación inicial de la pretensión aludida— Salvagno Campos llega a parecidas conclusiones: "...ello —dice— es cierto también, pero, por desgracia, tan nocivo carácter, aunque constante, no es a su vez exclusivo de la repugnante conjunción incestuosa y, por tanto, tampoco alcanza a darnos la razón de su particular incriminación, si no se castigan al mismo tiempo todas las otras uniones sexuales que encierran del mismo modo el triste peligro de la degeneración de la especie. Si la ley ha de sacar sólo de tal fundamento la autoridad necesaria para limitar en alguien su derecho a la libertad sexual, fuerza sería que se castigaran también y por igual las uniones sexuales en que actúan los avariosos, los epilépticos, los ebrios consuetudinarios, etc., cuyas taras según lo ha comprobado igualmente la ciencia, se transmiten lo mismo a la prole"⁴³.

Modernamente Mezger incide —con mayor moderación— en la acertada teoría de negar dicho fundamento. Para el autor alemán el criterio eugenésico es exacto sólo hasta cierto punto, porque, de acuerdo con los últimos resultados de la investigación científica, la prole incestuosa no es inevitablemente mala, sino que puede acumular características naturales malas, ya existentes en los progenitores⁴⁴.

c) Una gran parte de la doctrina se inclina por considerar el incesto como delito contra la familia.

41. Langle estima como base fundamental de este delito "el interés social de poner dique a los terribles males que esas uniones producen en la raza". Vid. LANGLE RUBIO, EMILIO, *Código penal de 17 de junio de 1870*. Madrid 1915, pág. 516. En igual sentido, Vid. POZZOLINI, *Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*. Milán s/f., pág. 105.

42. Vid. WULFFEN, ERICH, *Der Sexual Verbrecher*, cit., pág. 629.

43. SALVAGNO CAMPOS, C., *Los delitos...*, cit., págs. 391-392.

44. MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal*, cit., P. E., pág. 120.

Este acuerdo resaltado por un amplio espectro del pensamiento penal es necesario matizarlo en base a sus posibles alternativas. En este sentido, dentro de la fórmula abstracta de familia, para Manzini, se está protegiendo “el interés del estado de salvaguardar la familia en su esencia y en su función ética”⁴⁵. Pisapia considera protegida la moral familiar⁴⁶ y Mezger justifica su castigo “en el deseo comprensible de que la familia no se contamine con relaciones sexuales y de asegurar así un ámbito sin ingerencias sexuales”⁴⁷.

La defensa de la familia como objeto de protección en el delito de incesto —que se muestra con más fundamento que las tesis anteriores— igualmente se ha visto sometido a debate por varios autores. Fue Groizard el primer exponente de una crítica que con cierta habilidad rechaza semejante configuración. Argumenta de la siguiente manera: “el adulterio, el concubinato, la bigamia, son eminentemente delitos contra el orden familiar, porque perjudican directamente los derechos del cónyuge inocente; lo son la mayor parte de los hechos que se clasifican en los libros y en los Códigos, bajo la rúbrica del estado civil de las personas, porque hieren los derechos de los hijos y de los demás miembros que constituyen la sociedad doméstica. Pero nada de esto resulta con claridad en el incesto. Cuando el padre y la hija cohabitan con libérrima voluntad, estando el primero viudo y la segunda todavía soltera, ¿qué entidad familiar sufre y padece en su decoro, por este acto infame y repugnante?”⁴⁸.

Salvagno Campos también manifiesta su disconformidad en cuanto entiende que “si bien el incesto puede atacar las bases y derechos de la familia, ello no constituye un daño constante que pueda ser tenido como invariable de la acción y que sirva para darnos la pauta de que siempre nos hallamos en presencia de un delito, ante cualquier caso de incesto”⁴⁹.

d) Es también defendida con relativo éxito por algunos autores la tesis de que el bien jurídico objeto del delito es el pudor colectivo. Desde este punto de vista, Salvagno Campos admite “se puede reconocer en el incesto una actividad antisocial de la libido, lesiva para la organización social de la familia: en tal sentido constituiría siempre un delito sexual natural al que la ley no puede atribuirle en abstracto los caracteres legales de delito. Este surge cuando esa actividad antisocial de la libido, manifestándose externamente, llega a invadir un fuero de interés legalmente susceptible de protección: la moral ambiente. En consecuencia, no podríamos hallar legalmente

45. MANZINI, VINCENZO, *Trattato...*, cit., vol. VII, pág. 738.

46. PISAPIA, DOMENICO, *Delitti contro la Famiglia*, cit., pág. 588. En igual sentido, MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho Penal*, cit., P. E., vol. IV, página 208.

47. MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal*, cit., P. E., pág. 120.

48. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, *El Código penal...*, cit., tomo V, pág. 150.

49. SALVAGNO CAMPOS, C., *Los delitos...*, cit., págs. 390-391.

la razón de la incriminación del incesto en ningún derecho de la familia, sino en el bien jurídico del bien social”⁵⁰.

La mayoría de estos planteamientos —que están, en contra de lo que una primera aproximación podría hacer pensar, generalmente muy próximos a los que afirman la protección de la familia como interés tutelado— son propuestos por autores que requieren el requisito de escándalo público para hablar legalmente del delito de incesto.

B) Su protección real en nuestro Código penal.

A') Emplazamiento sistemático.

El legislador español —manteniendo la tradicional trayectoria de este delito en nuestra codificación— ha incluido el artículo 435 en el capítulo III del título IX entre los delitos de estupro y corrupción de menores dentro de los delitos contra la honestidad.

El albergue legal proporcionado por el Código proyecta una serie de consecuencias a tener en cuenta:

a) El delito de incesto se manifiesta en su punición actual como una modalidad del delito de estupro con prevalimiento, concordante con el resto de las figuras de análoga naturaleza recogidas en el capítulo.

Avalan la afirmación anterior los siguientes datos: la remisión que el propio legislador hace —cuando establece la pena— al artículo 434, la utilización al definir la conducta típica del término estupro, la ausencia de cualquier cita al “nomen juris” de incesto, la referencia explícita hermana o descendiente y, sobre todo, su inclusión en el capítulo III del título IX.

b) La opción que establece el legislador inmersa —en referencia a las clasificaciones aludidas cuando analizábamos el Derecho comparado— en una acepción restrictiva, crea más problemas que ventajas y configura una formulación híbrida de vaga e imprecisa interpretación.

c) La naturaleza de dependencia con que se muestra el delito de incesto mediatiza y distingue —con referencia a las posiciones mayoritarias sobre el tema— tanto su fundamento como la averiguación del bien jurídicamente protegido y todos los elementos que dan vida al tipo.

B') Objeto jurídico.

Si en términos generales el bien jurídico que debe ser protegido a través de la represión incestuosa se presenta difícil, en nuestro ordenamiento penal el problema se complica y a la vez limita precisamente por su emplazamiento sistemático.

A dos líneas fundamentales podemos reducir los criterios seguidos en nuestra doctrina. Para unos, se hace preciso identificar el bien jurídico protegido en el artículo 435 como análogo al general defendido para los delitos de estupro, del cual no es sino una modalidad.

50. SALVAGNO CAMPOS, C. *Los delitos...*, cit., págs. 395-396. En igual sentido, MANFREDINI, MARIO, *Trattato di Diritto Penale*, cit., vol. IX, pág. 202.

La opinión disidente considera el incesto como delito autónomo —a pesar de su sistematización y contenido— y, consecuentemente, introduce la idea de un bien jurídico exclusivo y distinto al del estupro.

Al contrario de lo manifestado por algún autor el pensamiento mayoritario actual parece inclinarse por esta segunda formulación.

Así, Cuello Calón —quizá pensando en situaciones abstractas— considera como primera razón que justifica el castigo del incesto “la lesión de orden moral y jurídico familiar, cuya conservación requiere la abstención de relaciones sexuales entre las personas ligadas por íntimos vínculos de sangre”⁵¹. Parecida opinión mantiene Quintano Ripollés al afirmar “no es tanto la honestidad la razón de ser de este delito como la *commixtio sanguinis*, el atentado contra los vínculos naturales de consanguinidad”⁵². Sáinz Cantero se refiere a la moral sexual familiar⁵³. Postura que parecen mantener Polaino Navarrete⁵⁴ y Diego Díaz-Santos⁵⁵.

Rodríguez Muñoz-Rodríguez Devesa igualmente llegan a la conclusión de que el artículo 435 no es propiamente un delito contra la honestidad, sino contra el orden familiar. “El legislador —dicen— protege en este lugar la pureza de costumbres de la familia como institución que se considera fundamental para la sociedad”⁵⁶. Sin embargo, Rodríguez Devesa, añade —acertadamente— en la última edición de su Tratado, que “en el contexto sistemático en que se encuentra el delito, este bien jurídico pasa a un segundo plano, para anteponerse la presunción de la falta de libertad con que la hermana, la hija o el hijo, se suponen que acceden a los requerimientos del hermano, padre o madre”⁵⁷. Más claramente Casabó Ruiz no duda en afirmar como bien jurídico protegido la libertad sexual de la mujer⁵⁸.

La jurisprudencia tampoco es extraña a esta dicotomía que enfrenta a la doctrina. Si analizamos la línea jurisprudencial seguida por nuestro más alto Tribunal nos enfrentamos a los siguientes datos: “... el incesto socava los cimientos de la organización familiar...”⁵⁹, “... en el acceso carnal que se logra con mujer mayor de doce años

51. CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Derecho Penal*, cit., tomo II, P. E., vol. II, pág. 618.

52. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Curso...*, cit., tomo II, pág. 392.

53. SÁINZ CANTERO, JOSÉ ANTONIO, *Derecho Penal*, II, cit., U. D./2, página VIII/6.

54. POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *Introducción...*, cit., pág. 70.

55. DIEGO DÍAZ-SANTOS, MARÍA DEL ROSARIO, *Los delitos...*, cit., pág. 350.

56. RODRÍGUEZ MUÑOZ-RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, tomo II, P. E. Madrid 1949, págs. 268-269. En parecido sentido, vid. BERISTÁIN, ANTONIO, *Les infractions contre la famille et les mœurs en droit espagnol*, en “*Revue Internationale...*”, cit., 1964, pág. 600.

57. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho penal...*, cit., P. E., página 161.

58. CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., *El parentesco adoptivo en el Código Penal Español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, año 1972, página 105.

59. Sentencia de 23 de marzo de 1944.

prevaliéndose del ascendiente que tiene sobre ella por relaciones de parentesco, autoridad, jefatura o cualquier otra en que la última no se encuentra con plena libertad moral para reaccionar frente a su seductor, la tipicidad de las distintas modalidades de esta figura delictiva es única: el consentimiento prestado por la mujer por esa situación de inferioridad en que se encuentra o por engaño...”⁶⁰, “... que el delito de estupro-incesto del artículo 435 del Código penal, defiende por encima de todo bien protegido la “commixtio sanguinis”, lesionada por los sujetos que yacen ligados por relación muy cercana de consaguinidad...”⁶¹, “... lo realmente trascendente en el estupro incestuoso es el quebranto de los vínculos que la sangre común crea”⁶², “... el bien jurídico protegido, además de la eventual libertad sexual de la mujer, es el orden familiar, tan gravemente quebrantada por el repugnante atentado a los más íntimos vínculos creados por la sangre...”⁶³.

Entendemos una vez hechas estas aproximaciones al pensamiento doctrinal y jurisprudencial que —al ser consecuentes con nuestros propios planteamientos de dependencia— debemos interpretar el sentido legal con una clara tendencia a proteger en el artículo 435 el bien jurídico común a los delitos de estupro, es decir, la libertad sexual de la mujer.

Es evidente que al tipificar el legislador el delito de estupro, trata de impedir que en la relación sexual entre varón y mujer la voluntad de ésta se halle intimidada o disminuida por una serie de variables circunstancias, tales como edad, maniobras engañosas, vínculos familiares o relaciones existentes entre ambos sujetos, cada una de las cuales proyecta una actividad criminal, como modalidad de estupro.

Al definirse legalmente el comportamiento incestuoso como el estupro con hermana o descendiente, lo que nuestro Código hace —como apuntó Groizard acertadamente— “es castigar con diferente nombre, con el nombre de estupro, el delito que las leyes romanas y nuestras antiguas leyes han conocido, descrito y castigado con el nombre de incesto. Aparte de que esto es llevar la confusión a las doctrinas, desnaturalizando títulos distintos de delincuencia”⁶⁴. Pero no queda en esta hábil afirmación de Groizard la relatividad del planteamiento, sino que, al mismo tiempo, está apuntando una nueva valoración del tipo: la sumisión a todos los efectos de una figura que podría ser perfectamente autónoma a una categoría de subordinación sobre la razón determinante de la presunción legal de ausencia de consentimiento válido por parte del sujeto pasivo cuando entre él y el sujeto activo hay una relación parental de las recogidas por el artículo. Tal incomprensible actitud atomiza las dificultades

60. Sentencia de 4 de junio de 1960.

61. Sentencia de 27 de junio de 1967.

62. Sentencia de 20 de octubre de 1971.

63. Sentencia de 6 de febrero de 1976.

64. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, *El Código Penal*..., cit., tomo V, págs. 147-148.

de interpretación, pero evidencia una intención clara de mantener el incesto en la forma reiteradamente aludida.

Lo que parece inclinar a la doctrina en busca de otros bienes jurídicos —postura que en esta parcela compartimos— es la dificultad que cuesta comprender la presunción legal que sostiene el delito de estupro incestuoso. Se nos hace difícil suponer —en aquellos casos no recogidos por otras tipologías menos específicas— que la relación parental pueda condicionar a la mujer hasta el extremo de recurrir a la defensa penal. Con arreglo a la idea que tenemos de la mujer actual, no necesita de esta “pseudo-protección”, que en nada la beneficia y en mucho la perjudica. En todo caso, nuestro Código debería guardar esa defensa para las instituciones (familia, sociedad), como con excelente visión de futuro propugnan las tesis autonomistas.

En resumen, rechazamos los planteamientos de independencia del bien jurídico protegido en el estupro incestuoso no por desacertados, sino por encontrarlos más dirigidos a un hipotético deber ser que a la realidad de nuestra resbaladiza tipificación legal. Defendemos, por contra —con los argumentos dados— que al margen de la posible existencia incidental de otros bienes jurídicos (moral sexual, vínculos de consanguinidad, etc.) el primordial objeto de protección que el legislador ha querido defender en el artículo 435, es la libertad sexual de la mujer.

2. ELEMENTO OBJETIVO

A) Sujetos del delito.

Sostiene Manzini que el incesto es un delito bilateral⁶⁵. Por tanto, su naturaleza reclama dos autores (un hombre y una mujer unidos por un especial vínculo de parentesco).

No es ese, sin embargo, al margen de presentarse como una interpretación correcta —cuando se trata de indagar sobre los sujetos del incesto en términos abstractos—, el tratamiento que deducimos de nuestro Código penal.

La concreción específica de quiénes pueden ser sujetos activos y pasivos está relacionada absolutamente con la alternativa elegida en el momento de determinar el bien jurídico objeto del delito. Si admitimos el incesto como variedad de estupro —tal es nuestra postura— y resaltamos como objeto de protección en el artículo 435 la libertad sexual de la mujer, tenemos que ser consecuentes y reducir —por la propia naturaleza del delito— la posibilidad de ser sujeto activo al hermano y ascendiente varón, mientras que la cualidad de sujeto pasivo puede corresponder única y exclusivamente a la hermana o descendiente hembra.

La tesis contraria, al mantener la protección de un bien jurídico abstracto y colectivo (familia, sociedad) difícilmente puede escapar

65. MANZINI, VICENZO, *Trattato...*, cit., vol. VII, pág. 734.

de las redes inseguras de la duda. En estos autores necesariamente el delito debería tener carácter bilateral, actuando —en todo caso— de sujeto pasivo un ente colectivo. Lo contrario sería caer en la incongruencia inaceptable de jugar como sujeto activo el que al mismo tiempo, por imposición legal, sería titular del bien jurídico protegido.

Sobre tales planteamientos nos extraña que algunos de nuestros más calificados autores caigan en la inconsecuencia de ver quebrantada con la comisión del artículo 435 primordialmente la familia y luego, a la hora de fijar los sujetos del delito, omitan el carácter bilateral de la infracción. ¿Es que sólo atenta contra el orden sexual familiar el varón que yace con su hermana con libre voluntad de ambos? ¿No atenta igualmente contra tan preciado bien la hija mayor de edad que libremente realiza el acto carnal con su padre? La indecisión doctrinal viene determinada porque el legislador realmente no protege a la familia, ni a su orden sexual, ni a la *commixtio sanguinis*, sino a lo que él, en términos generales, llama —confusamente— honestidad y que se puede concretar en este caso en la libertad sexual de la mujer, protegida —eso sí— en base a una resbaladiza y criticable presunción legislativa.

El confusionismo legal —a veces incrementado por la doctrina— es puesto de relieve con la agudeza que le caracterizaba por Quintano Ripollés. “Ha de ser —dice— el delito del artículo 435 un yacimiento consentido, lo que plantea la cuestión de la responsabilidad que a cada sujeto concierne, torpemente resulta en el texto. Median-do cierta coacción, aunque no la de violencia o intimidación, que destruiría el delito, el sujeto que la sufre puede merecer el calificativo de “víctima” y esquivar el de coautor; pero si el acuerdo es pleno y la voluntad libérrima, uno y otro deberían ser responsables. La redacción del artículo, especialmente al aludirse a “hermana”, en femenino, parece dar a entender que el sujeto activo puede ser sólo un varón; pero cabe que una hermana mayor corrompa a un hermano menor, con diferencia de edad y condición bastante para suponer en aquélla una responsabilidad total y activa. Tampoco se prevé el caso, monstruoso pero posible, de yacimiento con ascendiente. Supuestos todos impunes por atípicos”⁶⁶. En efecto, mientras la regulación del Código sea —en este aspecto— tan desafortunada, no hay otra opción que considerar sujetos activos únicamente a los varones y como pasivos a las hembras.

En esta argumentación coincidimos plenamente con Casabó-Ruiz⁶⁷. Con otros —la mayoría— nos identificamos en cuanto a los sujetos, pero discrepamos en su origen: el bien jurídico protegido⁶⁸.

66. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed. Madrid 1966, pág. 799.

67. CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., *El parentesco adoptivo en el Código Penal Español*, en ANUARIO..., cit., págs. 108-109.

68. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Curso...*, cit., pág. 392; CUELLO-CALÓN, EUGENIO, *Derecho Penal*, cit., tomo II, P. E., vol. II, pág. 619; PUIG

Por contra, Rodríguez Devesa —con el que partimos de semejante bien jurídico— extiende, sin embargo, la cualidad de sujeto activo al hermano, padre o madre y, en consecuencia, la de pasivo a hermana, hija o hijo ⁶⁹.

La sentencia de 23 de marzo de 1944 viene en ayuda de nuestros planteamientos al atribuirle al delito de estupro-incesto un carácter unipersonal estimando que la ley sólo pena al estuprador y no a la estuprada, que es el sujeto pasivo del acto punible.

Delimitado el principal problema que plantean los sujetos en orden al delito que analizamos, debemos dirigir nuestra atención a consideraciones más específicas. Son las siguientes:

a) Es innecesario reiterar que el artículo 435 exige una relación de parentesco para la existencia del delito.

Para Bajo Fernández, el parentesco “se deriva del hecho natural de la procreación o de un vínculo jurídico creado por la voluntad de las partes. En el primer caso se encuentran las relaciones de consanguinidad. En el segundo, el matrimonio y la adopción” ⁷⁰.

Atendiendo a esta exacta referencia tenemos que cuestionar aquí dos problemas fundamentales: el parentesco consanguíneo y la adopción. Es excluido taxativamente por el propio artículo el parentesco por afinidad.

En relación al primer tema, el tipo no se refiere a la naturaleza legítima o ilegítima del parentesco. Nuestro Código no sigue un criterio uniforme. En algunos artículos adjetiviza el parentesco consanguíneo con los términos de legítimo, ilegítimo o natural (ejemplos: artículo 405 —“... ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos...”—; artículo 8, número 5 —“... ascendientes, descendientes o hermanos legítimos, naturales...”—). Esto, que podría servir de argumentación para limitar aquellos casos en que no exista mención expresa alguna, sólo a los legítimos ⁷¹, se ve erosionado por la fijación en otros artículos únicamente del calificativo de legítimos (ejemplo: artículo 468) ⁷².

Planteada la cuestión en base a la irregularidad del Código llegamos a la conclusión de que, en términos generales, no es factible una solución unitaria para todos los supuestos. Por el contrario, habrá que estar al caso concreto para indagar sobre la voluntad de la ley.

En el supuesto que nos ocupa parece indudable que tiene cabida

PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, 6.^a ed. P. E., tomo IV, Madrid 1969, página 78.

69. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal...*, cit., P. E. página 161.

70. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, *El parentesco en el Derecho Penal*. Barcelona 1973, pág. 22.

71. Posible argumento: cuando el legislador quiere incluir a los ilegítimos o naturales, lo dice textualmente.

72. Según el anterior planteamiento, sería innecesario citar la legitimidad, puesto que se presumiría al no decirse nada en contra. No sigue esta línea el legislador, con lo que rompe con cualquier conclusión de carácter general sobre el tema.

tanto el parentesco legítimo como ilegítimo. Motiva esta afirmación la certeza —atendiendo al bien jurídico protegido— de que al legislador le interesa en el artículo 435 el vínculo de sangre en la medida en que puede manifestarse como condicionante a la libertad sexual de la mujer; pareciendo indiferente, por tanto, que la procreación biológica se dé o no dentro del matrimonio.

Por el mismo motivo el tipo alcanza igualmente tanto a los hermanos de doble vínculo, como aquéllos unidos sólo por vínculo materno (uterino) o paterno (consanguíneos).

Diferente situación, aunque movida por soluciones semejantes, presenta la posible admisión como sujetos de la hermana o descendiente —*sensu contrario*: hermano y ascendiente— por adopción.

No existe ningún impedimento formal —al igual que ocurría en los supuestos anteriores— para suscitar una respuesta afirmativa. No obstante, como apunta Casabó Ruiz, “para resolver el problema resulta necesario atender al bien jurídico que se protege, pues de entender que es la evitación de la *comixtio sanguinis*, tan sólo alcanzará a los consanguíneos; en cambio, si se considera que es la libertad sexual de la mujer, nada impide que puedan asimismo considerarse comprendidos los hermanos y descendientes adoptivos”⁷³.

Al presentarse a lo largo de este trabajo reiteradamente nuestra opinión sobre el objeto de protección contenido en el artículo 435 creemos queda perfectamente clara la postura afirmativa que sustentamos.

b) La figura del estupro-incesto a diferencia no sólo del tipo recogido en el artículo 434, sino también del artículo 437 y los supuestos de prevalimiento del 436 no exige en la ofendida ni doncellidad ni honestidad⁷⁴, mostrando una vez más la incongruencia y debilidad de la terminología de delitos contra la honestidad utilizada por el legislador para dar vida al título donde están contenidas conductas como éstas. Por tanto, como dice Puig Peña, “es dable catalogar incesto el ayuntamiento con hija o hermana ramera”⁷⁵.

c) El sujeto pasivo ha de ser mayor de doce años. Al contrario de lo que sucede con los demás delitos de estupro, no existe límite máximo de edad, por tipificarlo así el propio artículo.

La cita, “aunque sea mayor de 23 años”, utilizada con referencia al sujeto pasivo por el Código en el artículo 435, se nos muestra, en atención al bien jurídicamente protegido y a la presunción legal que lo sustenta, como excesivamente arriesgada. Distinta opinión tendríamos si el legislador protegiera claramente la familia, entonces el máximo de edad para que existiera delito podría ser rechazable.

B) Conducta típica.

73. CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., *El parentesco adoptivo en el Código Penal Español*, en ANUARIO..., cit., pág. 99.

74. Como apuntaba Groizard: “Cuando la ley no distingue ni califica, no deben los llamados a aplicarla distinguir ni calificar tampoco”; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, *El Código Penal...*, cit., pág. 147.

75. PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, cit., P. E., tomo IV, pág. 79.

Al castigar el artículo 435 “el que cometiere estupro con su hermana o descendiente”; el estudio de la conducta típica queda reducido —una vez delimitado el sujeto activo y pasivo de la infracción— exclusivamente al análisis del vocablo estupro.

No existe acuerdo unánime en nuestra doctrina cuando se trata de situar el verdadero alcance y contenido del concepto. Varias han sido las corrientes de opinión que han manifestado su postura ante el tema. La más amplia —aquella que identifica estupro con el simple yacimiento carnal ilícito— ha de ser rechazada sólo con una primera ojeada, puesto que la terminología de estupro es servidora únicamente de una modalidad individualizadora de yacimiento ilegítimo. Tampoco es admisible el planteamiento que reduce la consideración de estupro en exclusiva al yacimiento engañoso. Un ligero repaso al actual contenido del Capítulo III, Título IX, del Libro II de nuestro Código niega de inmediato la excluyente naturaleza engañosa de dicha figura delictiva.

Como situación ecléctica una gran parte de nuestra doctrina propone la consideración valorada del término estupro con un contenido más amplio que el simple de engaño. Así, entre nuestros más tradicionales comentaristas, Vizmanos y Alvarez Martínez lo definen como “el acto carnal o ilícito en que interviene seducción”⁷⁶, Pacheco como “el goce de una doncella, conseguido por seducción”,⁷⁷ y Groizard, como “la fornicación de una mujer honesta mediante seducción o engaño”⁷⁸. Modernamente, Rodríguez Devesa lo entiende como “el acceso carnal con mujer honesta y libre (no casada), conseguido por seducción real o presunta”⁷⁹. Aunque todas las definiciones citadas están en una línea más real con el auténtico contenido legal, no llegan a completar un concepto absolutamente válido.

La investigación gramatical tampoco ayuda excesivamente a una interpretación correcta del concepto. Por el contrario, entendemos que actualmente el sentido atribuido por el diccionario de la lengua y su configuración jurídico-penal aparecen disociadas.

La voz estupro es definida gramaticalmente como “acceso carnal del hombre con doncella mayor de 12 años y menor de 23, logrado con abuso de confianza o engaño. Aplícase también por equiparación legal a algunos casos de incesto”. En una segunda acepción recogida por extensión relata: “se decía también del coito con soltera núbil o con viuda, logrado sin su libre consentimiento”.

Ninguna de las definiciones hasta aquí enunciadas deja satisfecha nuestra opinión sobre el estupro. Al defender a lo largo de este trabajo la idea del incesto como variedad de estupro y, en consecuencia,

76. VIZMANOS, TOMAS MARÍA y ALVAREZ MARTÍNEZ, CIRILO, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, 2.^a ed. Madrid 1853, pág. 376.

77. PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, *El Código penal concordado y comentado*, 5.^a ed., tomo III, Madrid 1881, pág. 130.

78. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO, *El Código Penal...*, cit., tomo V, pág. 140.

79. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal...*, cit., P. E., página 158.

asimilarlo a los demás tipos del Capítulo, sus rasgos característicos necesariamente habrán de ser tenidos en cuenta en el momento de definir el estupro como concepto general válido para todas sus modalidades.

De esta forma, somos contrarios a ciertas notas tradicionalmente características en la definición de estupro y que no hacen sino desvirtuar su contenido al abarcar sólo algunos tipos integrados en el conjunto de la figura delictiva. Así —comentando únicamente los referidos en las definiciones expuestas—, la doncellez no se exige ni en el artículo 435, ni en el 436 y 437; el engaño no interviene en los artículos 434, 435, 436, números 2.º y 3.º —aquí se manifiesta sólo como agravante de la pena—, y 437; la honestidad y el límite máximo de edad para ser ofendida están excluidos en el estupro-incesto.

Como dice Puig Peña, “no quedan más notas comunes que la ilegitimidad, que lo distingue de la simple fornicación, y la ausencia de violencia, que le separa del delito de violación”⁸⁰. Con tales argumentaciones es absolutamente necesario la construcción de un concepto más abierto y general.

En esta línea para el propio Puig Peña constituye estupro “todo acceso carnal ilegítimo no acompañado de violencia”⁸¹. La definición acertada en su sencillez por mostrar el fundamento donde se debe apoyar una exacta concepción del estupro legal, peca, sin embargo, de excesivo simplismo. Más clarificadora es la interpretación que hace Casabó Ruiz al entender por estupro, en general, “el yacimiento con mujer cuya libertad para determinarse sexualmente aparece condicionada”⁸². El sentido utilizado por Casabó en la definición lo podríamos suscribir casi en su totalidad por la identidad de nuestros planteamientos globales con ella. Sin embargo, se nos muestra incompleta al omitir el mínimo de edad de la mujer y utilizar aislado el vocablo “condicionada”, que deja margen abierto a una hipotética inclusión de formas violentas de condicionamiento propias de la violación.

Atendiendo a semejantes puntualizaciones podemos definir descriptivamente el estupro como el yacimiento con mujer mayor de 12 años, cuya libertad sexual se muestra condicionada por engaño o seducción ilícita no violenta⁸³.

Destacamos de esta definición los siguientes datos a desarrollar:

a) Yacimiento. Por yacer entiende Rodríguez Devesa la cópula o conjunción carnal en un sentido amplio; es decir, “para la consu-

80. PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, cit., P. E., tomo IV, pág. 71. Olvida la edad —que más adelante comentaremos—, también elemento diferencial con la violación.

81. PUIG PEÑA, FEDERICO, *Derecho Penal*, cit., P. E., tomo IV, pág. 71.

82. CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., *El parentesco adoptivo en el Código Penal Español*, en ANUARIO..., cit., pág. 108.

83. No es preciso hacer mención expresa que diferencie el estupro con el núm. 2.º del artículo 429, al venir referido en la definición dada, en cuanto entendemos no se puede condicionar la libertad sexual del que no la tiene (mujer privada de razón o sentido).

mación basta la *conjunctio membrorum*, no siendo necesaria ni la *immissio seminis*, ni que la *immissio penix* sea completa”⁸¹.

La jurisprudencia amplía la correcta interpretación citada. Así, la sentencia de 26 de enero de 1976 resume la opinión de nuestro Tribunal Supremo sobre el tema. Matiza: “... en lo que concierne a la dinámica comisiva, que haya yacimiento, lo que implica cópula carnal que, según las sentencias de este Tribunal de 10 de febrero de 1923 y 18 de junio de 1935, no es menester ser perfecta, bastando la introducción del pene en la vagina aunque no sea completa o seguida de eyaculación, y siendo idóneos para integrar el concepto tanto el llamado *coitus interruptus*, como el realizado con preocupaciones neomalthusianas”. La aludida sentencia de 18 de junio de 1935 es —en la misma línea— aún más explícita al destacar: “el acceso carnal, principal elemento del estupro, representa un concepto más amplio que el coito fisiológico, pues mientras éste se halla integrado por la introducción del pene y la eyaculación seminal dentro de la vagina, aquél no necesita que concorra esta última circunstancia, siendo indiferente a tales efectos, que el coito se realice con fines anticoncepcionales, que constituya un *coitus interruptus*, o que se halle integrado por una serie de actos que fisiológicamente se pueden estimar constitutivos de un coito imperfecto”.

En otro sentido, el yacer implica una relación heterosexual. Los sujetos del delito necesariamente han de ser un hombre con la madurez para la cópula (activo) y una mujer (pasivo). Las relaciones homosexuales o, mejor, lesbianas —en atención al sujeto pasivo— no serán constitutivas legalmente del delito de estupro. En el caso concreto del estupro-incesto, la homosexualidad entre ascendientes-descendientes y hermanos, y el lesbianismo entre ascendiente-descendiente y hermanas se manifestarán atípicos como tales.

b) El sujeto pasivo del yacimiento ha de ser mujer mayor de 12 años, para diferenciarse del mismo sujeto de la violación.

c) La libertad sexual de la mujer —objeto común de protección en las distintas tipologías de estupro— tendrá que aparecer condicionada por engaño o seducción ilícita no violenta. La forma de engaño la recoge el artículo 436, número 1.º. Dentro de la seducción ilícita no violenta recogemos todos los demás tipos de estupro denominados de prevalimiento. En concreto, en el delito de estupro incestuoso la seducción ilícita no violenta se presume *iuris e de iure* por el legislador, al entender que la voluntad de la mujer estará ineludiblemente viciada para el yacimiento por el parentesco establecido en el artículo 435.

C) Diferencias con figuras afines.

A') Con otras modalidades de estupro.

Hemos venido indicando que los presupuestos comunes a todas las modalidades de estupro son el bien jurídico protegido y el acceso carnal ilícito no violento. A partir de estos dos puntos de coinciden-

84. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARIA, *Derecho penal...*, cit., P. E., página 152.

cia cada una de dichas modalidades se caracteriza por poseer notas específicas y peculiares que la distinguen de las demás.

Con la idea de establecer criterios diferenciadores entre las diversas variantes y el estupro incestuoso hemos clasificado aquéllas, a efectos puramente metodológicos, de la siguiente manera: *a)* Estupro simple de engaño (art. 436-1.º). *b)* Estupro de prevalimiento. Acoge: el prevalimiento autoritario o doméstico (art. 434), prevalimiento de la edad de la ofendida (art. 436-3.º), prevalimiento o abuso de la situación de angustiosa necesidad de la ofendida (art. 437), prevalimiento patronal o laboral (art. 437).

a) El estupro incesto difiere del estupro simple de engaño en la cualificación de los sujetos (art. 436-1.º: cualquier hombre; artículo 435: ascendientes o hermanos)⁸⁵, en la edad de la ofendida (artículo 436-1.º: mayor de 16 años y menor de 23; art. 435: mayor de 12 años) y en la necesidad de engaño para el tipo del artículo 436-1.º (el art. 435 no lo exige).

Si en una hipotética situación de hecho ambas figuras fueran aplicables, el problema del concurso aparente de normas se resolvería por la relación de especialidad. Siendo la ley especial, el artículo 435 concretado por la relación de parentesco y la general, el artículo 436, número 1.º.

b) Con el estupro de prevalimiento autoritario o doméstico se diferencia en la especificación de los sujetos (el art. 434 exige para ser sujeto activo ser Autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada. El artículo 435 sólo ascendiente o hermano), en la edad de la ofendida (art. 434: mayor de 12 años y menor de 23; art. 435: mayor de 12 años) y en la cualidad de doncella exigida por el artículo 434 para la ofendida (el art. 435 no hace mención a este requisito).

La posibilidad de conflicto entre ambos supuestos es grande, puesto que se proyectan sobre parcelas muy semejantes. Es fácilmente previsible que los ascendientes o hermanos sean tutores y la ofendida sea doncella comprendida entre los 12 y los 23 años. El Código penal viene a complicar aún más esta situación con una absurda equiparación de penas. Desde ese momento el artículo 68 se hace inaplicable. Nos encontramos ante una relación de alternatividad, tan deficientemente solucionada por nuestro derecho cuando las penas son semejantes.

c) Con el estupro de prevalimiento de la edad de la ofendida se distingue en los sujetos (art. 436-3.º: cualquier hombre; art. 435: ascendiente o hermano), en la edad de la ofendida (art. 436-2.º: de 12 o más años y menor de 16; art. 435: mayor de 12 años) y en el requisito de honestidad exigido por el artículo 436-3.º (el art. 435 lo omite).

85. Al referirnos a los sujetos, hacemos mención del agente; debe entenderse que si el activo es ascendiente, el pasivo será descendiente; si patrón el activo, obrero el pasivo. etc.

Por iguales motivos que aludíamos en el estupro simple de engaño, en caso de conflicto de normas entre el artículo 435 y el artículo 436, número 3.º, se aplicará el estupro incesto por estar en relación de especialidad.

d) Con el estupro de prevalimiento o abuso de la situación de angustiosa necesidad de la ofendida se diferencia en el sujeto (artículo 436-2.º: cualquier hombre; art. 435: ascendiente o hermano), en la edad de la ofendida (art. 436-2.º: mujer mayor de 12 años y menor de 23; artículo 435: mayor de 12 años), en la exigencia en el artículo 436-2.º, de acreditada honestidad en la ofendida (el art. 435 no la reclama) y en el requisito de abuso de situación de angustiosa necesidad en la ofendida, que caracteriza el artículo 436-2.º (no lo menciona el art. 435).

En cuanto a un posible concurso de normas se resolverá igualmente por una relación de especialidad.

e) Con el estupro de prevalimiento patronal o laboral se muestra desigual en los sujetos (art. 437: patrono o jefe prevalido de esta condición; art. 435: ascendiente o hermano), en la edad de la ofendida (art. 437: mujer menor de 23 años —mayor de 12—; artículo 435: mayor de 12 años), en la exigibilidad por parte del artículo 437 del requisito de acreditada honestidad (omitido por el art. 435) y en la necesaria relación de dependencia que manifiesta el artículo 437 (diferente al artículo 435).

En la probabilidad de una colisión de normas entre ambos preceptos, existirá una relación de especialidad. En ella, la norma general será el artículo 437 y la especial el artículo 435.

B') Con la violación.

La violación y el estupro-incesto tienen, esencialmente, en común que la conducta típica se realiza por medio de un acceso carnal ilegítimo con mujer.

Sin embargo, mantienen la diferencia fundamental de que en la violación se actúa siempre sin o contra la voluntad del sujeto pasivo, sea a través de violencia —cuando se usare fuerza o intimidación (art. 429, núm. 1.º)—, sea abusando de su inconsciente estado —cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa (núm. 2.º)—, sea por su edad —cuando fuere menor de 12 años cumplidos (núm. 3.º)—. Por el contrario, en el estupro-incesto concurre esa voluntad, aunque lograda por vías irregulares, esto es, prevaleciendo el agente de la relación de parentesco existente entre ambos, cuya mera existencia hace presumir a nuestro legislador una superioridad moral que resta libertad al consentimiento prestado por la víctima.

Por tanto, si al yacer la hermana o descendiente se encuentra sometida su voluntad por una de las causas descritas en el artículo 429, no tendrá aplicación el estupro-incesto, al manifestarse la conducta constitutiva de un delito de violación. Estamos, pues, ante un concurso aparente de normas penales solucionado por una rela-

ción de especialidad —cuyas características de concreción son precisamente las circunstancias referidas por el artículo 429— que margina cualquier posibilidad de admitir ambas figuras en concurso ideal de yacimiento violento con descendiente o hermana.

C') Con los abusos deshonestos.

Si en la violación el punto básico de coincidencia con el estupro-incesto es la acción de yacer ilegítimamente, en los abusos deshonestos, por el contrario, puede haber total identidad en todos los elementos, excepto en la conducta típica de yacimiento.

La diferenciación, pues, entre el artículo 435 y los abusos deshonestos del artículo 436, último párrafo, se manifiesta exclusivamente en que aquél exige la conjunción carnal, mientras estos comprenden sólo “los actos *contra natura* y aquéllos distintos del coito, por los que el agente intenta satisfacer sus apetitos libidinosos”⁸⁶.

D') Con los matrimonios ilegales.

La posible identidad entre figuras tan dispares viene cuestionada por la probabilidad de contraer matrimonio ilegal, con impedimento dirimente no dispensable de parentesco consanguíneo en los grados reconocidos por el artículo 435 y el consecuente yacimiento.

La incidencia de ambas circunstancias mostrará la concurrencia de dos normas en dos supuestos aparentemente distintos: los matrimonios ilegales (art. 472) y el estupro-incesto (art. 435). Sin embargo, la posibilitación de un concurso de delitos se nos muestra lejana. Al engendrar el matrimonio las naturales y lógicas relaciones sexuales entre los contrayentes, parece prudente considerar la conducta incestuosa consumida por la más amplia del matrimonio ilegal, castigando solamente por esta última figura; por más que nuestro legislador se empeñe en sancionar con igual pena ambos preceptos⁸⁷.

3. ELEMENTO SUBJETIVO

La figura recogida por el artículo 435 es eminentemente dolosa. El dolo —elemento subjetivo necesario para que el delito de estupro incestuoso resulte una infracción punible— consiste en la voluntad consciente y libre de efectuar el acto sexual con el conocimiento de las relaciones de parentesco existentes entre el sujeto agente y la víctima.

Introducimos de esta manera los dos elementos que constituyen el dolo penal: la consciencia y la voluntad del hecho punible. El elemento intelectual o cognoscitivo se desdobra en un previo conocimiento de los hechos —relación de parentesco— y en la captación por parte del actor de su significación valorativa, en cuanto conciencia de la ilicitud del injusto; el elemento emocional o volitivo, porque lo querido en la conciencia se admite por la voluntad,

86. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal...*, cit., P. E., página 162.

87. En el sentido aludido, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Comentarios...*, cit., pág. 800.

encaminada a la realización delictiva —voluntad consciente y libre de efectuar la relación carnal.

Las cuestiones derivadas del error —como causa de ausencia de culpabilidad— pueden llegar a tener relevante importancia en este delito que, a pesar de manifestarse esencialmente objetivo, precisa el elemento personal del conocimiento del vínculo.

Algunos autores consideran que el error acerca de la existencia o grado del parentesco excluye el delito. Discrepamos de esta opinión por entender de necesaria aplicación las consideraciones generales sobre el error vigente en nuestra doctrina. Si el error es esencial, no vencible, no existe problema en admitir la exclusión de responsabilidad criminal. Si, por el contrario, el error es esencial y vencible —supuesto de difícil hipotización práctica, pero constatable en cuanto pretensión teórica— puede engendrar la imprudencia genérica del artículo 565.

Se puede matizar, entonces, que el artículo 435 es eminentemente doloso en su tipología, pero admite la posibilidad teórica de una comisión culposa por error esencial vencible sobre el vínculo de parentesco exigible por la propia infracción.

Las particulares condiciones del ambiente social donde generalmente se producen las relaciones incestuosas —tema al que aludíamos en la primera parte de este trabajo— no pueden tener influencia específica —según el sistema actual— en el momento de determinar la imputabilidad y responsabilidad criminal del individuo. Sólo pueden servir —desgraciadamente— como llamada de atención y reflexión sobre una realidad sociológica que la propia comunidad engendra y que, por tanto, tiene el deber de afrontar y solucionar.

4. PUNIBILIDAD

El artículo 433 del Código penal fija para los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y raptó una condición de procedibilidad basada en la imposibilidad de iniciar el proceso si no existe denuncia de la persona agraviada, o del cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho por este orden. Por los menores de dieciséis años podrán denunciar los hechos el Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores. Igualmente, el Ministerio Fiscal podrá denunciar y el Juez de Instrucción proceder de oficio en los casos que consideren oportuno en defensa de la persona agraviada, si ésta fuere del todo punto desvalida.

La necesidad legal para perseguir el delito de estupro-incesto de denuncia de alguna de las personas a las cuales hemos aludido, manifiesta ineludiblemente el carácter de delito privado que le atribuye la propia Ley y muestra —una vez más— la realidad del bien jurídico protegido. No cabe duda que si el bien jurídico protegido a través del precepto tuviere carácter colectivo (familia, matrimonio,

sociedad...) sería inexplicable la razón legal para desarrollarlo como delito perseguible sólo a instancia de parte.

La legitimación de parte que aparece claramente desarrollada por el artículo 443, necesita, no obstante, por la especial naturaleza del delito que nos ocupa, alguna puntualización:

a) El inciso "por este orden" del párrafo primero habrá que interpretarlo de forma lata y poco rígida. Así, la sentencia de 10 de junio de 1964 precisa "debe interpretarse en el sentido de que a las personas citadas en ulteriores lugares les está atribuida la legitimación para denunciar cuando las personas enunciadas con anterioridad no existan y, cuando, aun existiendo, no están en condiciones de decidir por sí mismas si, en interés de la ofendida, es oportuno presentar la denuncia; debe, además, entenderse que la persona o personas que anteceden al guardador de hecho en dicha escala no están en condiciones de tomar la decisión tanto en el caso de que por una causa legal se hallen incapacitados para omitir válidamente una declaración de voluntad, como en la hipótesis de que por cualquier circunstancia, de hecho, no puedan adoptar tal resolución oportunamente o con la inteligencia y libertad necesarias".

La misma sentencia ejemplifica en el supuesto que conoce de agraviada con déficit mental. Ocurre que "no puede entrar en cuenta el padre por haber sido el mismo el autor del delito; y tampoco podía entenderse que la madre gozaba *in actu* de la serenidad de juicio precisa, porque, aparte de la obediencia debida al marido, su autonomía personal estaba mediatizada al converger en ella el deber de protección de su hija y el de auxilio a su cónyuge, razones que permiten desplazar la carga de la decisión sobre los hombros de los hermanos de la ofendida, cuya denuncia resulta admisible".

b) El concepto de desvalimiento del párrafo tercero hay que entenderlo no tanto como ausencia de pariente, sino como falta de amparo.

La sentencia de 27 de junio de 1967 se mueve en esta línea al afirmar que el desvalimiento "no puede circunscribirse a actuación sustitutiva, sólo para el supuesto de inexistencia de los parientes citados, sino que opera cuando concurriendo éstos, no protejan, tutelen o amparen, debiendo hacerlo racionalmente, a la mujer ofendida o incapaz".

5. ESPECIALES FORMAS DE APARICIÓN

A) La consumación y el problema de las formas imperfectas.

La infracción recogida en el artículo 435 no presenta excesivos problemas en el momento consumativo. Al igual que la mayoría de las tipicidades de análoga naturaleza —se puede plantear como excepción el tipo del artículo 436, número 1.º, que, de acuerdo con la sentencia de 17 de diciembre de 1960, "...lo integran dos elementos: el de yacimiento y engaño, y preciso es la realización de:

los mismos para que el delito quede completo...” —, el hecho delictivo queda consumado desde el momento mismo del yacimiento.

Cuando las dificultades devienen en importantes es a la hora de precisar la viabilidad de las figuras imperfectas. La problemática está estrechamente hilvanada con otras áreas de semejante configuración al estupro incestuoso —estupro, en general, y violación—. Las respuestas, por tanto, serán la mayoría de las veces comunes.

Podemos resumir en tres las incidencias más importantes que afectan la determinación de la tentativa y frustración en el caso que nos ocupa:

a) La amplitud con que definíamos el concepto de yacimiento lleva implícitamente una intromisión —caso del coito no perfecto— en esferas más propias de las formas imperfectas.

b) Al diferenciarse el estupro-incesto de los abusos deshonestos del artículo 436, último párrafo, en el yacimiento del sujeto, la constatación de si un hecho se debe conminar como forma imperfecta del artículo 435 o como abuso deshonesto no violento, presenta importantes dificultades, a tenor de las semejanzas que manifiestan ambas figuras.

c) El tercer problema lo matiza —en caso de admisión de formas imperfectas— la siempre sutil distinción entre tentativa y delito frustrado, tal como los acoge el artículo 3.º del Código penal.

El primer aspecto es una cuestión de exclusiva predeterminación del concepto de yacimiento. Como nuestra postura sobre el tema está recogida en páginas anteriores, baste aquí mostrar las previsibles connotaciones que un planteamiento amplio puede tener sobre las formas imperfectas.

En cuanto al segundo tema de reflexión es evidente que las conductas externas de las formas imperfectas de estupro-incesto y las de los abusos deshonestos no violentos puedan llegar a ser las mismas. No obstante, nuevamente tenemos que acudir al criterio diferenciador entre estupro y abusos deshonestos —el acceso carnal— para resolver la coincidencia. Si los actos realizados se encaminan al yacimiento —ánimo de yacer—, habrá tentativa o frustración; si, por el contrario, no persiguen tal fin, serán constitutivas de abusos deshonestos.

Acertadamente remacha esta idea Quintano Ripollés a propósito de la violación⁸⁸: “toda violación presupone actividades deshonestas que le sirven de inevitable camino, como las lesiones al homicidio; y, como en este caso, la violación subsume a los abusos, incluso en sus formas imperfectas, siendo el signo diferencial entre ambas figuras, la de violación imperfecta o la de abusos perfecta, la existencia o no de ánimo de yacer”⁸⁹.

Por último, para resolver el problema diferencial entre tentativa

88. La cita es igualmente válida para los delitos de estupro y, en especial, para el delito de estupro-incesto en relación con los abusos deshonestos del artículo 436, último párrafo.

89. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Curso...*, cit., tomo II, pág. 351

y frustración habrá que estar al supuesto de hecho en concreto, no pudiéndose apuntar más criterios de distinción que los generales contenidos en el artículo 3.º del Código penal.

La opinión jurisprudencial en delitos semejantes se muestra contradictoria⁹⁰. En referencia al delito de estupro-incesto sólo conocemos una sentencia que se plantea la posibilidad de forma imperfecta. En ella —sentencia de 4 de junio de 1960—, el Tribunal Supremo no duda en castigar como tentativa del artículo 435 al padre que “trató de realizar el coito con la niña, levantándole el viso y tocándole con la mano sus órganos genitales y diciéndole que no tuviera miedo, que no le haría nada, sin que llegara a realizar su intento por haber huido atemorizada la niña”.

En definitiva, y a pesar de todas las dificultades enunciadas, creemos factible la posibilidad de admitir la comisión del delito tipificado en el artículo 435 en grado de tentativa y frustración.

B) Concurso de delitos.

A') Concurso ideal.

a) El escándalo público toma, en relación a los delitos de incesto, distintas variantes. Como recordaremos, en los Códigos penales de Italia, Venezuela y Uruguay, para que el incesto pueda ser reprimido como delito, tiene que haber producido necesariamente escándalo público. En Cuba se configura como agravante específica del delito de incesto. Sin embargo, en la mayoría de los países se presenta distinto y autónomo. En esta última forma lo tipifica el Código penal español.

La más importante conexión con el estupro-incesto es precisamente su fácil concurrencia en concurso ideal de delitos. Efectivamente, como manifiesta la sentencia de 23 de marzo de 1945, “el delito de escándalo público no está subsumido en el incesto... tienen, pues, estos dos delitos esferas distintas y radios de acción diferentes, menos extenso el del primero que el del segundo, y no son incompatibles entre sí, porque puede darse el uno sin que se dé el otro...”. Por tanto, si la acción incestuosa tipificada en el artículo 435 se divulga o hace pública, convergen a través de una sola acción dos delitos diferentes: el estupro-incesto y el escándalo público.

Una nueva y grave contradicción se desprende de la posibilidad indicada. La jurisprudencia no duda en considerar —cuando concu-

90. En el delito de violación, el Tribunal Supremo considera la existencia de frustración cuando los procesados ejecutaron un acto carnal con la ofendida, no pudiendo completarlo por apercibirse de que se acercaba gente al sitio en que estaban (sentencia de 28 de febrero de 1894), cuando existe eyaculación prematura (sentencia de 29 de diciembre de 1959 y 15 de octubre de 1968), cuando no se produce el yacimiento por desproporción de los órganos genitales del ofensor y de la ofendida (sentencias de 17 de noviembre de 1922, 20 de abril de 1950, 14 de noviembre de 1961, 21 de diciembre de 1961 y 13 de mayo de 1974). Considera tentativa de igual manera, cuando existe desproporción entre los órganos sexuales (sentencia de 2 de mayo de 1959 y 10 de abril de 1968) y cuando se produce eyaculación prematura (sentencia de 15 de noviembre de 1963).

rren ambos delitos—sujeto activo del estupro-incesto sólo al varón, y al varón y a la mujer del escándalo público⁹¹. ¿Cómo puede pasar de víctima de un delito a sujeto activo del otro? ¿En base a qué circunstancias se castiga a la mujer por la publicidad de un acto donde ella es considerada la ofendida? Las respuestas habría que buscarlas en la deficiente redacción del artículo 435.

A tenor precisamente de la pobre regulación del incesto en nuestro Código penal, la jurisprudencia utiliza el escándalo público como motivo subsidiario para rellenar las evidentes lagunas que la tipificación legal manifiesta (incesto entre descendiente y ascendiente, incesto conocido sin denuncia de parte legitimada, etc.).

b) El yacimiento con hermano o ascendiente contagiándole enfermedad a través del coito integra un concurso ideal entre el estupro-incesto y los delitos de lesiones.

c) Igualmente puede presentarse el delito de estupro-incesto en concurso ideal con el adulterio del artículo 449 y el amancebamiento del artículo 452.

B') Concurso real.

La pluralidad de hechos constitutivos cada uno de delito imposibilita cualquier especificación con respecto a una determinada infracción.

El delito de estupro-incesto no es una excepción y, a efectos procesales, podrá entrar en concurso real con cualquier otro delito cometido por el mismo sujeto activo. Por tanto, para su estudio habrá que estar a las normas generales recogidas en los artículos 69 y 70 de nuestro Código penal.

C) Pluralidad de acciones y unidad de delito. La problemática del delito continuado.

Es frecuente en la realización de ciertos delitos —entre ellos los sexuales y, más concretamente, el de estupro-incesto, para cuya consumación se precisa del yacimiento con consentimiento de ambos sujetos, aunque se presuma viciado el de la ofendida— que la acción se repita dándose los mismos supuestos de hecho. Ante tal posibilidad, el jurista tiene que tomar una actitud. ¿Se deben castigar tantos delitos cuantos actos sexuales se hayan realizado o, por el contrario, se puede admitir la existencia de un solo delito a pesar de la repetición de la conjunción carnal? ¿Se realiza un solo delito de estupro-incesto con un solo acto carnal o con muchos?, en definitiva, ¿existe pluralidad de acciones y unidad de delito o estamos ante un auténtico concurso real homogéneo de delitos?

La respuesta es controvertida y se muestra íntimamente relacionada con el planteamiento general que hagamos sobre el delito continuado. Institución que, al estar movida eminentemente por la doctrina y la jurisprudencia, deja vía libre a las más subjetivas interpretaciones.

Nuestra jurisprudencia, que mantiene una línea definitoria sobre el delito continuado poco clara, tampoco, en consecuencia, es uni-

91. Sentencia de 13 de febrero de 1957.

forme en la apreciación concreta de dicha figura en el delito que nos ocupa. Como dato cuantitativo son mayoría las sentencias de estupro-incesto que se inclinan a considerar una unidad de delito⁹², siempre que exista unidad del bien jurídico lesionado, unidad del tipo básico realizado con todas las acciones reunidas por la abrazadera de la continuidad y unidad del sujeto pasivo.

Aunque esto puede ser una solución aceptable al problema planteado, necesita, sin embargo, algunas matizaciones.

Una excesiva rigidez —con las circunstancias actuales— en la elaboración y aplicación de los requisitos citados como constitutivos —según la jurisprudencia— del delito continuado, puede llevar a situaciones tan poco razonables como las que se pueden deducir de la sentencia de 7 de junio de 1965.

Trata dicha sentencia el supuesto de un padre que realiza numerosos yacimientos con su hija a partir de tener ésta ocho años de edad y hasta hallarse próxima a cumplir los 16. Se presenta, pues, el problema de si tales hechos constituyen varios delitos de violación y varios de estupro-incesto o uno solo de violación o uno de violación y otro de estupro-incesto. Al admitir la sentencia la teoría del delito continuado, la dificultad se reduce a las dos últimas hipótesis.

Afirma en sus considerandos que en el delito continuado “cada una de las acciones, considerada aisladamente, ha de reproducir el supuesto del tipo penal, aunque acaso varíen secundariamente entre sí por las posibles cualificaciones y privilegios que especialicen el tipo genérico. Este requisito no se da en el caso enjuiciado, porque el yacimiento del padre con su hija mayor de 12 años, hecho recogido en el Resultando de la sentencia, no puede subsumirse en el tipo de violación definido en el número 3.º del artículo 429 del Código penal, que requiere que el sujeto pasivo sea menor de 12 años cumplidos, por lo que, de acceder al recurso, quedarían por el nexo de la continuación dos acciones, a su vez continuadas, la segunda de las cuales no realizaría el tipo, supuestamente básico de la violación. A este resultado se opondría igualmente que, aparte de razones procesales, sirve de fundamento a la teoría del delito continuado, cual es el de la adecuación de la pena al injusto cometido, porque entonces será merecedor de igual castigo el padre que, con el consentimiento de su hija, sana mental, yace con ella antes de alcanzar los 12 años, que el que sin solución de continuidad prosigue el contacto carnal después de cumplir la hija esa edad, y hasta podría llegarse al absurdo de pretender la impunidad del padre que viene haciendo vida marital con su hija desde que contaba con menos de 12 años, si la monstruosidad es descubierta después de cumplir la mujer los 27 años, pues podría alegarse la prescripción de la violación y, con la misma falta de fundamento, la impunidad del estupro incestuoso por ser mera continuación de la violación prescrita”.

Esta vía, que en la sentencia aparece como absolutamente razo-

92. En esta línea, sentencias de 4 de junio de 1960, 7 de junio de 1965 y 6 de marzo de 1972. En contra, sentencia de 6 de diciembre de 1972.

nable al hacerla criterio general, puede llevar al lado opuesto y castigarse con mayor pena —reclusión menor y prisión mayor— al individuo que realice el acto sexual una sola vez con su hija de 11 años y 10 meses y lo vuelva a realizar otra vez con ella misma pasados cuatro meses, que al sujeto que mantiene en veinte ocasiones conjunción carnal con su hija menor de 12 años —sólo reclusión menor—. Ello, en lógica jurídica, es inadmisibile.

Por otro lado, la sentencia de 6 de diciembre de 1972 mantiene la postura contraria, que niega el delito continuado, al castigar al sujeto como autor de cuatro delitos de estupro incestuoso, tantos cuantos fueron los actos de aquella naturaleza realizados. A pesar de la importancia de tal resolución, no da ninguna razón que la fundamente. Sí lo hace la sentencia de 11 de noviembre de 1971 a través de un supuesto de incesto —no tipificado— violento (violación), cuya realidad es perfectamente adecuada al caso que nos ocupa.

En los considerandos de las sentencias nuestro Tribunal Supremo, ante la afirmación por parte del recurrente de constituir los hechos un delito continuado, responde: "... alegación que no puede ser aceptada, porque la teoría del delito continuado nació bajo el principio de favorecer al reo, y que se integró jurídicamente a base de la concurrencia de ciertos requisitos, a los que se refiere el recurso, doctrina que ha sido y es muy discutida en el orden científico y práctico, ha sido últimamente objeto de una dirección jurisprudencial nueva, sobre todo a partir de la sentencia de 22 de marzo de 1966 y muchas posteriores, en el sentido de que tal doctrina, en permanente evolución, debe tender a buscar con ella la realización de la justicia al caso concreto y así poder implantar mejor la defensa social, prescindiendo de algunos formulismos, para aplicarla o no en cada caso examinado, es decir, buscando un arbitrio judicial fundado en aplicar al caso los principios superiores de Justicia y, desde este punto de vista, es notorio que en el que se juzga, de gravedad extrema, pues contempla el caso repetido de un incesto por la vía de la violación, debe juzgarse con el prudente arbitrio que dicho caso requiere, que no debe perder de vista ni los dictados supremos de la moral ni los principios básicos de derecho, para poder graduar la sanción adecuada, conforme a cuyos criterios debe valorarse este caso realmente excepcional, dejando aparte un principio que por su sola aceptación es de índole benévola, no adecuado al que se debate.

Esta nueva orientación jurisprudencial⁹³ viene a complicar un poco más la posibilidad de enumerar unas reglas generales que sirvan de base en el momento de plantearnos el problema suscitado en el epígrafe. No obstante, entendemos, hasta tanto se produzca la solución idónea —formulación legal del delito continuado—, que la vía más satisfactoria es la iniciada por el Tribunal Supremo y apuntada por Sáinz Cantero en el sentido de "estar al caso concreto, dejando

93. Sustentada por la ya citada sentencia de 22 de marzo de 1966 y análogas de 8 de junio de 1967, 28 de enero de 1968, 3 de mayo de 1968, 19 de junio de 1968 y 24 de noviembre de 1969.

al arbitrio judicial la decisión no sólo de si los hechos se asemejan más al delito simple o al concurso correspondiente, sino al estudio de la personalidad del delincuente, al efecto de imponerle las penas que en justicia le correspondiesen”⁹⁴.

D) La circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 y la agravante específica del artículo 452 bis g).

Dentro del estudio de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, para cuya incidencia en el delito que nos ocupa habrá que atender a las reglas generales establecidas por los artículos 9.º y 10 del Código penal, merece especial atención la circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 y la específica del artículo 452 bis g).

Es reiterada la jurisprudencia que considera acertadamente a la circunstancia del artículo 11, inherente al delito del artículo 435 y, por tanto, sin calidad agravadora genérica. Así lo recoge la sentencia de 24 de junio de 1975 al entender erróneo aplicar dicha agravante genérica, “pues en el estupro-incesto el parentesco es de por sí calificador del hecho, ya que de no mediar esta relación parental se trataría de un tipo de estupro que habría, para ser punible, de reunir las condiciones y requisitos que la Ley exige para cada uno de los tipos que describe, y estando insito y siendo consustancial el parentesco en la concepción de este delito es notoriamente inaplicable la agravante genérica”. Más técnica es la explicación dada por la sentencia de 6 de diciembre de 1972 al estimar no puede tenerse en cuenta “una vez que el legislador ya tomó la resolución parental que unía al reo con su nieta —sujeto pasivo de la infracción... para describir el tipo penal contenido en el artículo 435 del Código penal, de modo que se da el segundo de los tres supuestos enumerados en el artículo 59, calificados por la doctrina de inherencia expresa y que convierte al precepto sancionador del incesto en norma principal respecto de la contenida en el artículo 11, que viene así a actuar como norma subsidiaria expresa sólo para los tipos cuya entrada en juego lo permita”.

La reforma de 1963 incorporó en el Capítulo VIII, bajo el artículo 452 bis g), una agravante específica, que no es más que una variante cualificada de las agravantes genéricas de parentesco y abuso de funciones, aplicable a todo el Título IX. En lo referente al artículo 435, la inherencia aludida para la circunstancia mixta de parentesco no obsta para la aplicación de la específica del artículo 452 bis g)⁹⁵, ya que éste no supone “un criterio antagónico, sino dispar, diferente y diverso”⁹⁶, pues lo que pretende es “castigar con la pena en grado máximo en todos los delitos comprendidos en el Título IX,

94. SÁINZ CANTERO, JOSÉ ANTONIO, *Derecho Penal*, I, UNED. Madrid 1974, pág. XXVIII/10.

95. En este sentido, sentencias de 7 de junio de 1965, 22 de mayo de 1971, 6 de marzo de 1972 y 24 de junio de 1975.

96. Sentencia de 24 de junio de 1975.

cuando el ascendiente lo perpetrare abusando de la autoridad que la Ley le confiere”⁹⁷.

La tipicidad del artículo 452 bis g) supone una curiosa figura de prevalimiento en dos escalones. En el primero, el legislador presume que el simple parentesco en los grados establecidos en el artículo 435 —o la tutoría, magisterio, etc., del artículo 434— vicia necesariamente la voluntad de la ofendida; por el segundo, se objetiviza un nuevo prevalimiento —necesariamente distinto al presumido— consistente en aprovecharse de la autoridad que posee el sujeto activo sobre la víctima. Mientras el primero siempre se presume (art. 435), el segundo se debe constatar en el supuesto de hecho (art. 452 bis g)).

6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

A) Pena.

Para la fijación de la pena del estupro-incesto, nuestro Código remite al artículo 434. Conminando, por tanto, con idéntica sanción a la establecida para este precepto, es decir, prisión menor.

Extraña la equiparación punitiva que el legislador establece entre ambas infracciones, de donde parece deducirse —como apunta Quintano Ripollés— “que igual sanción merece quien estupra a su criada menor que quien estupra a su propia hija también menor, absurdo que raya en lo monstruoso”⁹⁸.

Particularmente a tener en cuenta en el momento de la determinación de la pena es la excepción que a las normas generales sobre punición de la complicidad —artículo 53— recoge, como disposición común a los delitos contenidos en el Título IX del Libro II, el artículo 445 al tipificar: “Los ascendientes, tutores, maestros o cualesquiera personas que, con abuso de autoridad o encargo, cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena señalada para los autores”. “Los maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud, serán, además, condenados a inhabilitación especial”. Se trata, pues, de una auténtica equiparación entre autoría y complicidad.

Si nos planteamos la penalidad del incesto desde perspectivas generales, podemos observar que una —cada vez más numerosa parte de la doctrina extranjera —en cuyos Códigos se protege generalmente un bien jurídico distinto al protegido en el Código español— se manifiesta contraria a la pena de prisión de larga duración, al no ser medida apropiada para combatir el incesto. En esta dirección se expresa Blau al considerar que “la destrucción definitiva de la familia está generalmente provocada precisamente por la condena del padre a una pena de larga reclusión, y el efecto de pre-

97. Sentencia de 24 de junio de 1975.

98. QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Comentario...*, cit., vol. I, pág. 800.

vención general y especial de la incriminación del incesto es mucho más ineficaz que en cualquier otro delito"⁹⁹.

Atendiendo a semejantes consideraciones, la más moderna criminología recomienda como alternativa válida la aplicación de medidas estatales, sociales y económicas, dirigidas a terminar con las causas y motivaciones que producen y facilitan el hecho incestuoso.

B) Responsabilidad civil especial.

Paralelamente a la regulación general que en nuestro Código posee la responsabilidad civil dimanante del delito, el legislador ha incluido, para los reos de violación, estupro o rapto, en el artículo 444, tres supuestos especiales: 1.º) Dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda. 2.º) Reconocer la prole, si la ley civil no lo impide. 3.º) En todo caso, mantener a la prole.

C) Extinción de la responsabilidad criminal: el perdón del ofendido.

Junto a las causas genéricas de extinción de la responsabilidad criminal reguladas en nuestro Código penal (art. 112), el artículo 443 recoge como disposición común referida a los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto el perdón del ofendido, que viene a ampliar expresamente lo contenido en el artículo 112, número 5.

De este modo, el citado artículo tipifica en sus párrafos 4.º y 5.º: "en los delitos mencionados, el perdón expreso o presunto del ofendido, mayor de 23 años, extingue la acción penal o la pena impuesta o en ejecución. El perdón no se presume, sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor. El perdón del representante legal, protector o guardador de hecho del menor de edad y el del ofendido, mayor de 21 años y menor de 23, necesita, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o al ofendido el Ministerio Fiscal".

III. CONCLUSIONES

1. CONCLUSIONES DE "LEGE DATA"

a) El incesto no es en nuestra legislación penal un delito con sustantividad propia. Constituye una modalidad de estupro, incluido entre los delitos contra la honestidad del Título IX.

b) El carácter híbrido que su específica regulación le concede, coloca su estudio en un callejón de difícil salida: por la forma, no permite una interpretación amplia que lo relacione con las figuras autónomas de incesto que rigen en derecho comparado; por el fondo, se presume alejado de los demás tipos de estupro.

⁹⁹. BLAU, GÜNTHER, *Les infractions contre la famille et les mœurs en droit allemand*, en "Revue Internationale...", cit., 1964, pág. 431.

c) En atención a su situación y contenido legal no cabe ninguna duda que el legislador pretende proteger en el artículo la libertad sexual de la mujer, viciada —según presunción legal— por la relación de parentesco contenida en el artículo 435.

d) La propia naturaleza del delito reduce la tipicidad al vaciamiento con mujer descendiente o hermana. Se muestra, en este sentido, como un delito unilateral, en contra del carácter más propicio a estas infracciones de la bilateralidad, donde serían culpables todos los que consienten. La exclusión de la mujer como sujeto pasivo y la tipicidad del incesto con ascendientes lleva a manifestar serias incongruencias.

e) La necesidad de denuncia por parte legitimada y la posible extinción de la responsabilidad criminal por perdón de la parte ofendida o persona legalmente capacitada para ello, manifiesta el carácter privatista que este delito posee en nuestro derecho, lo que excluye cualquier primacía de bienes jurídicos de naturaleza colectiva.

2. CONCLUSIONES DE "LEGE FERENDA"

Cuando tratamos de sintetizar unas conclusiones futuribles que pongan punto final a este trabajo, las posibles respuestas se nos acumulan —como el propio delito— confusas. Sin embargo, una deviene esencialmente clara: la urgente y necesaria reconsideración legal del tipo contenido en el artículo 435. Se precisa clarificar y determinar la imperfecta homología con que se introduce el incesto en nuestra legislación. Sobre tres caminos se puede lograr el cambio:

a) Continuando en la idea que orienta actualmente los delitos contra la honestidad. En este supuesto se integraría en los estupros de prevalimiento del artículo 434, sin ninguna concesión —como ahora sucede— a la sustantividad del incesto (omisión de edad máxima en la ofendida y de la honestidad).

b) Creando un delito autónomo cuya inserción inevitablemente estaría bajo un epígrafe nuevo de "delitos contra la familia". Para ello, sería necesario extender el tipo a las relaciones sexuales entre ascendientes y descendientes, hermanos y hermanas, transformándolo en una infracción de carácter bilateral y pública.

c) Haciendo una profunda reforma de nuestro Derecho penal sexual, que evite la tradicional consideración de la mujer como criatura débil e inexperta predestinada al abuso y al engaño del macho fornicador, imagen que afortunadamente no corresponde a la mujer que hoy vive en nuestra sociedad, y reduzca al mínimo las parcelas reprimidas criminalmente, para así garantizar un más adecuado desarrollo del individuo en una sociedad libre y sin prejuicios. En este contexto los casos graves de incesto estarían abarcados suficientemente por otras tipologías y, en último caso, cuando se manifestara un fuerte quebranto a las vivencias sociales actuaría como un atentado a la sociedad.

La elección depende, evidentemente, de la ideología con que nos enfrentemos al tema.

SECCION LEGISLATIVA

DERECHO DE REUNION

LEY 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del Derecho de reunión.

I. La ordenación legislativa de las libertades públicas es una de las tareas más delicadas —y, al tiempo, una de las más trascendentales— de cuantas competen a una comunidad política. Una tarea, por lo demás, cuyas dificultades se acrecientan al referirse a un derecho público subjetivo de naturaleza tan singular como es el de reunión.

Toda regulación de los derechos de los ciudadanos, clave de arco en la construcción del Estado de Derecho, debe perseguir la consecución de un triple y problemático equilibrio. Equilibrio, en primer lugar, entre el aseguramiento de la intangibilidad del contenido esencial del derecho y la salvaguardia de la libertad ajena y de la paz pública. Equilibrio, también, entre la garantía negativa del derecho y su garantía positiva; esto es, entre la mera consagración de una esfera de actuación inmune a las inmisiones del poder público y la adopción de medidas por este mismo poder tendentes a asegurar la posibilidad efectiva de ejercicio de la libertad. Y equilibrio, por último, que se refleje en la justa distribución de competencias y poderes entre la Administración, la organización judicial y los propios ciudadanos, tanto en lo que afecta a la garantía de la libertad cuanto a la defensa del orden público.

Obviamente, el contenido concreto de este triple equilibrio ha de ser replanteado en función de los condicionantes singulares de cada coyuntura histórica; replanteamiento tanto más necesario hoy por cuanto el vigente ordenamiento jurídico no proporciona ya respuestas válidas a tales condicionantes.

Es un hecho indiscutido, en efecto, que las normas contenidas en la Orden circular de la Subsecretaría del Interior de veinte de julio de mil novecientos treinta y nueve, dictadas en un momento histórico en el que la necesidad aconsejó canalizar todas las energías sociales a la magna tarea de la reconstrucción nacional, constituyen hoy más un obstáculo que un instrumento idóneo para la promoción y el encauzamiento de nuestro desarrollo político. Pero es igualmente notorio que el punto de partida tampoco puede situarse en la ya casi centenaria Ley de Reuniones de mil ochocientos ochenta; una Ley excelente, que hace honor a la envidiable perfección legislativa de nuestro siglo XIX, pero en la que ha hecho profunda mella la evolución tecnológica y, sobre todo, el cambio social motivado por el proceso de urbanización.

La presente Ley, por tanto, se sitúa en este doble orden de coordenadas: proporcionar una respuesta históricamente satisfactoria al triple haz de equilibrios en la configuración del derecho de reunión, y adecuar su regulación a las exigencias de una sociedad urbana y tecnológica, en la que la solidez de los poderes públicos no se muestre incompatible con el establecimiento de una convivencia democrática.

II. La Ley entraña un reto o, si se quiere, una apuesta sobre la madurez del pueblo español y sobre su capacidad de autocontrol en el ejercicio del derecho de reunión. La confianza en la certidumbre de dicha apuesta constituye, en definitiva, la justificación última de las premisas que inspiran todo el articulado de la Ley, la redefinición de los límites de lo lícito y lo ilícito, de lo libre y lo reglamentado en materia de reuniones; la fijación de un nuevo criterio de reparto de poderes entre las autoridades gubernativas y los propios ciudadanos en orden al control del correcto ejercicio del derecho; y el establecimiento de disposiciones tendentes a garantizar positivamente el uso de la libertad de reunión.

III. La primera de las directrices a que acaba de aludirse es, justamente, la práctica de una importante corrección de límites, tanto entre lo lícito y lo ilícito como entre lo libre y lo reglamentado.

La distinción entre lo lícito y lo ilícito en materia de reuniones viene a entrañar una sustancial innovación respecto de la situación precedente. En la Ley, la licitud de las reuniones sólo viene flanqueada por dos límites: en su origen, por la Ley penal, único límite connatural a todo tipo de libertades públicas; por ello, y de acuerdo con su artículo primero, se estiman fines lícitos de las reuniones los que no estén sancionados por las leyes penales. Y, en su ejercicio, el límite viene constituido por los supuestos previstos en el artículo once, entre los que deben destacarse tanto la infracción a los preceptos de la propia Ley cuanto la perturbación grave en el tráfico urbano o en el orden público. Con todo ello se ha pretendido reducir la constricción del derecho a supuestos rigurosamente obvios, supuestos que constituyen límites normales, que no limitaciones, de la libertad de reunión.

Atención especial ha merecido también la distinción entre los ámbitos de lo libre y de lo reglamentado. En el primero se inscriben las que convencionalmente se denominan reuniones privadas, de acuerdo con el artículo segundo, dos, de la Ley, las cuales comprenden tanto las estrictamente privadas o domiciliarias cuanto las celebradas en su ámbito doméstico por las diversas entidades jurídico-privadas. Todas ellas quedan excluidas de la regulación de la presente Ley, lo cual no entraña la creación de un vacío normativo, sino la mera remisión —en el caso de las reuniones privadas no domiciliarias— al ordenamiento legal o estatutario de cada una de las entidades correspondientes.

IV. Punto capital de la Ley es el establecimiento de un nuevo criterio en el reparto de poderes de control sobre el ejercicio del derecho, reparto que se concibe sobre la directriz de un considerable aligeramiento de las potestades de fiscalización de la autoridad gubernativa, cuya intensidad resulta hoy innecesaria.

Así, en primer lugar, la Ley arranca de una primera distinción de las reuniones públicas según que se celebren en lugar cerrado o abierto, fórmula esta que se ha preferido a la diferenciación —tradicional, pero ambigua—, entre las reuniones “*stricto sensu*” y las manifestaciones. En definitiva, ambas clasificaciones son sustancialmente coincidentes, por cuanto el rasgo definitorio de la manifestación es, justamente, la de ser una reunión que se celebra en lugar abierto de uso público. Y es este dato de carácter abierto del lugar y su carácter público lo que determina que las llamadas tradicionalmente manifestaciones quedan sujetas a un régimen de autorización, cuya mayor severidad respecto del de mera comunicación previa establecida para la reuniones en lugares cerrados se justifica precisamente en su mayor publicidad e incidencia en los aspectos colectivos de la vida urbana.

Ahora bien, con el establecimiento de esta dualidad de regímenes no se opera un mero retorno al “*status*” normativo de la Ley de mil ochocientos ochenta, sino que la redefinición de las potestades gubernativas se completa con un intento de enumeración exhaustiva de las posibles restricciones al ejercicio del derecho (supuestos de prohibición previa o de denegación de autorización, artículo sexto; limitaciones a las reuniones en lugares abiertos, artículo diez; causas de suspensión y disolución, artículo once), con la consiguiente reducción sustancial del margen de apreciación que se atribuye a las autoridades administrativas y la mayor eficacia que ello conlleva, necesariamente, del sistema de control jurisdiccional que se establece.

Por último, y en la misma línea, cabe destacar la importante modificación, introducida por el artículo octavo, que elimina prácticamente la figura del Delegado gubernativo obligatorio en las reuniones que se celebren en lugar cerrado, en aras de una mayor espontaneidad y libertad en el ejercicio del derecho. Ello viene contrapesado, sin embargo, con la mera posibilidad de la presencia física de la autoridad gubernativa, a título de observación, cuando las especiales circunstancias de una reunión lo aconsejen, y con la paralela atribución a los promotores de la reunión de la responsabilidad del mantenimiento del orden para el caso de que no se solicite la asistencia del Delegado gubernativo. La libertad de decisión que de esta manera se otorga a los organizadores viene compensada con la carga del ejercicio de las facultades que, de otra forma, corresponderían a la autoridad.

V. La tercera y última línea maestra en que se mueve la regulación contenida en la Ley radica en el establecimiento de garantías positivas del ejercicio de la libertad de reunión. A esta premisa responden, en primer término, las normas tendentes a desplazar sobre los propios ciudadanos el control del correcto uso del derecho (como la contenida en el artículo octavo, ya comentado, y en el artículo noveno), y, en segundo término, las dirigidas a reforzar las posibilidades efectivas de su disfrute pacífico, como la prohibición de portar armas y objetos similares en las reuniones (artículo noveno), la intimación penal a los perturbadores (artículo doce, apartado segundo) y, sobre todo, la configuración legal.

de la autoridad gubernativa como organización activamente garante del lícito ejercicio del derecho de reunión, no como instancia de exclusiva potencialidad limitadora del mismo (artículo doce, apartado primero). Y, sobre todo este esquema de garantías, la cobertura constituida por la fiscalización jurisdiccional de las actividades administrativas a que dé lugar la presente Ley. Fiscalización jurisdiccional sin fisuras ni exclusiones de ningún tipo y que viene reforzada adicionalmente con una exigencia expresa de motivación de todos los actos administrativos de gravamen en materia de libertad de reunión, incluso de aquellos que por su naturaleza verbal o puramente fáctica, no parecen en principio susceptibles de ello.

Tales son las directrices fundamentales a las que responde la presente Ley. Un texto que pretende relevar con dignidad a una normativa casi secular y a una legislación excepcional ya superada, y que únicamente persigue sintonizar con los requerimientos de la sociedad española de rez y cuya riqueza plural exige cauces de expresión que no resulten innecesarios; una sociedad políticamente en trance de lograr su madurez; suficientes o perturbadores, así como un ordenamiento de los derechos humanos que corresponda al nivel de nuestra civilización y a los deseos de desarrollo ordenado del proceso político hacia unas estructuras de poder plenamente democráticas.

En su virtud, y de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, vengo en sancionar:

CAPITULO PRIMERO

Ambito de aplicación

Artículo primero.—Uno. El derecho de reunión para fines lícitos, reconocido en el párrafo primero del artículo dieciséis del Fuero de los Españoles, se ejercerá conforme a las prescripciones de la presente Ley.

Dos. Son fines lícitos, a los efectos del apartado anterior, los que no estén sancionados por las leyes penales.

Artículo segundo.—Uno. A los efectos de la presente Ley se entiende por reunión la de más de veinte personas.

Las reuniones pueden ser privadas o públicas.

Dos. Son reuniones privadas:

- a) Las que convoquen y celebren en su domicilio las personas físicas.
- b) Las que celebren las Sociedades civiles y mercantiles, Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones, Cooperativas, Comunidades de propietarios y demás Entidades legalmente establecidas en sus locales sociales, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus socios o miembros.
- c) Las que celebren los profesionales colegiados con sus clientes, en sus despachos o estudios, para fines estrictamente profesionales.

Las reuniones privadas no estarán sometidas a los requisitos establecidos en la presente Ley.

Tres. Son reuniones públicas las no incluidas en el apartado anterior, ya se celebren en lugar cerrado o mediante el estacionamiento o la circulación por lugares abiertos al uso público, en forma de manifestación, marcha, séquito, cortejo o cualquier otra modalidad similar.

Artículo tercero.—Uno. Están 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 segundo del artículo dieciséis 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, así como los entierros.

c) Las de carácter electoral.

d) Las reuniones reguladas por la legislación sindical.

e) Las que celebren las Asociaciones de estudiantes en los Centros docentes correspondientes.

f) Las sujetas a la legislación de espectáculos públicos.

g) Cualesquiera otras reuniones reguladas por Leyes especiales.

Dos. Las reuniones comprendidas en el apartado anterior se registrarán por su legislación específica.

CAPITULO II

Requisitos para la celebración de reuniones públicas

Artículo cuarto.—Uno. Para celebrar una reunión pública en local cerrado bastará con ponerlo en conocimiento, por escrito, del Gobernador civil de la provincia en que aquélla hubiera de celebrarse, con una antelación mínima de setenta y dos horas.

Dos. 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 cuya intervención esté prevista de antemano, así como si se prevé la celebración de coloquio.

d) Firma del promotor o promotores de la reunión. Cuando ésta fuere 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.

Tres. La Autoridad gubernativa expedirá un recibo acreditativo de

la entrada de la comunicación, que servirá como medio de prueba de la fecha y hora de presentación de aquélla.

Cuatro. Cuando, a pesar de la información aludida en el apartado dos, 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 aclararlo; el plazo a que se refiere el apartado uno no comenzará a contarse hasta que se reciban los datos y documentos solicitados.

Artículo quinto.—Uno. Para celebrar una reunión en lugar abierto al uso público se requerirá la autorización previa del Gobernador civil de la provincia.

Dos. La solicitud de autorización se presentará con una antelación mínima de diez días naturales 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, cuando, además del estacionamiento, se pretenda la circulación por las vías públicas.
- d) Nombre, apellidos, domicilio y número del documento nacional de identidad de quienes convocaron la reunión, de quienes hubieren de dirigirla, de los oradores y, en su caso, del representante de la persona jurídica promotora, así como el nombre y domicilio social de ésta.
- e) Firma del promotor o promotores de la reunión y, en su caso, del representante de la persona jurídica promotora.

Tres. El Gobernador civil podrá recabar el informe previo de la Alcaldía del Municipio en el que la reunión haya de tener lugar y resolverá sobre la solicitud de autorización, notificándose a los interesados con una antelación mínima de cinco días naturales, respecto a la fecha señalada para su celebración.

Cuatro. La autorización se entenderá concedida si la resolución no hubiere sido notificada expresamente en el término establecido en el apartado anterior.

Artículo sexto.—Uno. La Autoridad gubernativa podrá prohibir la celebración de reuniones previstas en local cerrado o denegar la autorización para las que hayan de celebrarse en lugares abiertos al uso público en los casos siguientes:

- a) Cuando la comunicación o solicitud carezcan 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 existan 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 once de la presente Ley, en los cinco años anteriores a la fecha en que el acto hubiere de tener lugar.

Dos. 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.

Tres. Ninguna reunión que precise la comunicación o autorización previas podrá anunciarse ni convocarse sino luego de presentar aquélla o de obtener ésta.

Artículo séptimo.—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 civiles.

CAPITULO III

Ordenación y disciplina de las reuniones

Artículo octavo.—Uno. En las reuniones que se celebren en locales cerrados estarán presentes delegados de la autoridad gubernativa, cuando se solicite expresamente por los promotores o, cuando lo hicieran aconsejable los fines de la reunión, número previsible de asistentes u otras circunstancias similares.

Dos. Los delegados que asistan a las 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 a suspender la reunión si hubiere causa para ello.

Artículo noveno.—Uno. Las reuniones habrán de desarrollarse en todo momento de modo pacífico, debiendo velar por ello sus promotores, directores o presidentes.

Dos. Los asistentes a las reuniones 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 en las leyes penales.

Artículo diez.—Las reuniones en lugares abiertos al uso público estarán sujetas a las siguientes limitaciones:

a) La autoridad gubernativa podrá alterar el horario y el itinerario proyectado o el lugar fijado 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 importantes en la circulación y tráfico o daño en las personas, en las cosas o en los servicios públicos; la autoridad velará especialmente por evitar la aproximación de los reunidos o manifestantes a los edificios públicos, sedes de representaciones diplomáticas o consulares o instalaciones militares.

b) No podrán dar lugar a la ocupación de edificios públicos o particulares o locales de pública concurrencia.

c) No podrán utilizarse carteles, pancartas o cualquier género de anuncios extraños al objeto de la reunión.

Artículo once.—Uno. La autoridad gubernativa y sus delegados suspenderán y, en su caso, procederán a disolver las siguientes reuniones:

a) Las que se celebren con incumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos por esta Ley.

b) Las legalmente convocadas en que se altere alguna de las circunstancias sustanciales consignadas en la comunicación, solicitud de autorización o resolución otorgando ésta.

c) Las que en su desarrollo produzcan una obstrucción y perturbación graves en la circulación por las vías públicas.

d) Las que perturben gravemente el orden público.

Dos. 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

Artículo doce.—Uno. Los promotores o directores de reuniones podrán solicitar de la autoridad gubernativa el auxilio y protección precisos para el ejercicio de sus derechos.

Dos. Quienes impidieren, perturbaren o menoscabaren de algún modo el lícito ejercicio de los derechos regulados en la presente Ley incurrirán en las responsabilidades legales que correspondan.

Artículo trece.—Uno. 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.

Dos. Las resoluciones serán susceptibles de recurso de alzada ante el Ministro de la Gobernación, cuya decisión pondrá fin a la vía administrativa y podrá ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Quedan derogadas la Ley de quince de junio de mil ochocientos ochenta, la Orden circular de la Subsecretaría del Interior de veinte de julio de mil novecientos treinta y nueve 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.

Dada en el Palacio de la Zarzuela a veintinueve de mayo de mil novecientos setenta y seis.

DERECHO DE ASOCIACION POLITICA

LEY 21/1976, de 14 de junio, sobre el Derecho de Asociación Política.

El principio de autolimitación y delimitación coordinada, elemento medular de todo Estado de derecho, exige que el ejercicio de cada uno de los derechos y libertades, civiles y políticos, consagrados por el ordenamiento jurídico, sea objeto de una regulación clara y precisa, ya que únicamente un deslinde nítido de su campo de acción, sin artificios ni reservas de poder por parte del Estado, garantiza efectiva y suficientemente el ejercicio normal y democrático de tales derechos y de tales libertades.

Dentro de nuestro marco institucional, el derecho de libre asociación para fines lícitos es reconocido y declarado con toda firmeza por el artículo dieciséis del Fuero de los Españoles. El desarrollo institucional y normativo de esta libertad así proclamada se hace hoy especialmente necesario en el plano de la acción política, campo de singular trascendencia para el Estado y la comunidad toda, y cuya misma naturaleza, como nos lo muestra la realidad, reclama una participación activa, libre e institucionalizada de todos los grupos que encarnan distintos programas, actitudes ideológicas, aspiraciones y creencias existentes en la sociedad española actual en torno a las cuestiones relativas a la organización, gestión y administración de la cosa pública y, en general, a la actividad política.

Para atender al imperativo jurídico de garantizar debidamente su libre y efectivo ejercicio, la presente Ley viene a regular el derecho de asociación política con criterios amplios y flexibles, pero también precisos, pretendiendo una adecuada coordinación entre los principios de organización, libertad y eficacia. En tal sentido, el ejercicio de este derecho no encontrará otras limitaciones que las exigibles en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, del orden público constitucional y del respeto a los derechos y libertades de todos los ciudadanos, proscribiéndose tan sólo, en consecuencia, aquellas asociaciones que estén tipificadas como ilícitas en el Código penal. Así, pues, más que de una descalificación legal, se trata, en definitiva, de sancionar una realidad de autoexclusión por parte de aquellos grupos políticos que pretendan plasmar la libertad de asociación en actividades y procedimientos calificables de delictivos, según el Derecho común. La enunciación de los fines de las asociaciones políticas que ofrece el texto legal muestra la

inequívoca trascendencia de las actuaciones previstas como propias y legítimas, así como el amplísimo marco de participación, en que tal actuación puede proyectarse.

La Ley establece un proceso de constitución de asociaciones políticas en el que, junto a la simplificación y agilización máxima de los trámites administrativos, resaltan a su vez: la absoluta libertad en cuanto a composición de la base asociativa, la determinación de un sistema de previa comunicación e inscripción registral, la garantía de que una denegación de reconocimiento sólo pueda fundamentarse en criterios objetivos (siendo, en todo caso, recurrible ante una instancia jurisdiccional) y la consagración de un régimen de abierta autonomía, en lo relativo a programas políticos y normativa estatutaria de las asociaciones, materias estas últimas en las que la Ley se limita a exigir aquella claridad indispensable que asegure tanto el carácter libre y consciente de la adhesión de los asociados como la índole netamente democrática de las normas que rijan las estructuras de gestión y administración de los organismos asociativos. Por otra parte, y como consecuencia del resuelto respeto a la autonomía de las asociaciones que regula la Ley, en materia de denominaciones, sólo prescribe que éstas sirvan para identificar y distinguir unas entidades de otras y que no sean contrarias al ordenamiento institucional. Quiere ello decir que los grupos, asociaciones o partidos políticos que se constituyan al amparo de la presente Ley serán genéricamente asociaciones políticas, pudiendo autodenominarse específicamente según la forma que consideren más oportuna, sin más limitaciones que las señaladas.

Idénticos criterios de libertad y autonomía han determinado la ausencia de requisitos legales en cuanto al número de asociados y a la concreta organización y distribución territorial de las asociaciones, y configurado, con la amplitud que se les reconoce, el derecho a formar federaciones, a cualquier nivel territorial, sin detrimento de la respectiva personalidad de las asociaciones que se federen, así como a establecer coaliciones con fines determinados que, por su carácter circunstancial, no habrán de implicar la creación de nuevas Entidades asociativas.

Ha constituido especial preocupación de la Ley la transparencia y la máxima limpieza en lo que se refiere al régimen económico-patrimonial de las asociaciones políticas, con el fin de evitar, en defensa de la sociedad, del Estado y de la propia libertad de asociación, que se desvirtúen sus auténticos objetivos políticos, y que sean convertidos en meros instrumentos de grupos económicos o sirvan a finalidades ideológico-políticas que escapen a la voluntad y a los intereses de la comunidad política española.

En materias tan delicadas y de tanta trascendencia práctica como son las relativas a responsabilidades y sanciones, exigibles y aplicables a las asociaciones, de cuyo tratamiento es obvio que depende en buena parte el carácter democrático de la regulación que nos ocupa, la Ley atribuye a una Sala del Tribunal Supremo, con la composición común de estas Salas, la competencia para la imposición de las sanciones más graves de

suspensión y disolución, aplicables sólo cuando las asociaciones realicen actividades que determinen su ilicitud conforme al artículo primero, lo que supone una nueva remisión al Código penal, o cuando reciban fondos procedentes del extranjero o de Entidades o personas extranjeras; de ese modo, la potestad sancionadora del Gobierno queda reducida a la imposición de multas, que son, en todo caso, recurribles ante la mencionada Sala del Tribunal Supremo; estos principios componen todo un sistema institucional equilibrado y democrático, de salvaguardia del ejercicio libre y normal del derecho de asociación política.

Se inspira, pues, la presente Ley en un escrupuloso respeto hacia la realidad del pluralismo político, cuyo reconocimiento fundamenta la regulación de aquel derecho y que no puede ser desvirtuado por el intento de adscribir las asociaciones políticas a prefijados esquemas doctrinales e ideológicos. Por lo cual, siempre que su actuación se produzca respetando el ordenamiento constitucional y las formas y procedimientos democráticos, los grupos, asociaciones o partidos políticos que nazcan o se acojan al amparo de la presente Ley tendrán garantizada la participación, en régimen de libertad, justicia e igualdad, en la siempre renovada tarea colectiva de construir una España más justa, libre y democrática.

En su virtud, y de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, vengo en sancionar:

Artículo primero.—*Ambito y fines.*

Uno. El derecho a asociarse libremente para fines lícitos, reconocido en el artículo dieciséis del Fuero de los Españoles, se ejercerá, en cuanto tenga por objeto la acción política, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

Dos. Las asociaciones que se constituyan a tal efecto tendrán como fines esenciales contribuir democráticamente a la determinación de la política nacional y a la formación de la voluntad política de los ciudadanos, así como promover su participación en las instituciones representativas de carácter político mediante la formulación de programas, la presentación y apoyo de candidatos en las correspondientes elecciones y la realización de cualquier otra actividad necesaria para el cumplimiento de aquellos fines.

Tres.—Las asociaciones conformarán su actuación a las Leyes Fundamentales del Reino y, en particular, a los principios de respeto a la soberanía, unidad, integridad, independencia y seguridad de la nación y a la libertad de los ciudadanos.

Cuatro. Son asociaciones ilícitas las tipificadas como tales en el Código penal.

Artículo segundo.—*Promoción y constitución.*

Uno. Podrán promover asociaciones políticas todos los españoles mayores de edad que estén en el pleno uso de sus derechos civiles y políticos.

Dos. La constitución de una asociación acogida a la presente Ley

requerirá la previa comunicación al Ministerio de la Gobernación, a la que se acompañarán los siguientes documentos:

a) Acta notarial constitutiva de la Comisión promotora de la asociación con la relación nominal de sus miembros y datos personales de identificación de los mismos.

b) Declaración programática de la asociación y Estatutos por los que habrá de regirse.

c) Declaración de acatamiento al ordenamiento constitucional y compromiso de ajustar su actuación y organización interna a las formas y procedimientos democráticos.

Tres. En el plazo máximo de dos meses, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de la Gobernación, procederá a incribir la asociación en el Registro que se crea a tal efecto o denegará su inscripción en resolución motivada que podrá ser impugnada ante la Sala del Tribunal Supremo prevista en el artículo octavo.

Si la documentación presentada adoleciese de algún defecto formal, el Ministro de la Gobernación concederá a la Comisión promotora un plazo para su subsanación, que no excederá de quince días, bajo advertencia de archivo en caso de incumplimiento.

Sólo podrá dictarse resolución denegatoria cuando de los datos y documentos obrantes en el expediente se desprenda objetivamente la ilicitud de la asociación conforme a lo dispuesto en el artículo primero o cuando exista infracción de los preceptos de esta Ley.

Cuatro. La inscripción determina 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.

Artículo tercero.—*Declaración programática y Estatutos.*

Uno. La declaración programática a la que hace referencia el artículo segundo, dos, de la presente Ley, deberá precisar las directrices y objetivos políticos de la asociación.

Dos. Los Estatutos regularán al menos los siguientes extremos:

a) Fines 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. En todo caso, los asociados tendrán derecho a 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 y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por sus órganos rectores.

g) El régimen disciplinario de los asociados y causas por las que se pierda tal condición, entre las que habrán de figurar la decisión motivada de los órganos rectores ratificada por la Asamblea General y la renuncia escrita.

h) Patrimonio, recursos económicos y procedimientos 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, de Tesorería, e Inventarios y Balances, cuyo contenido se fijará reglamentariamente.

Tres. La reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en el artículo segundo, tres.

Artículo cuarto.—*Patrimonio y régimen económico.*

Uno. Las asociaciones políticas podrán adquirir, administrar y enajenar los bienes y derechos que resulten necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Dos. Los recursos económicos de las asociaciones políticas estarán constituidos por las cuotas, las aportaciones voluntarias de sus miembros, los rendimientos de su patrimonio, los productos de las actividades de la asociación, las donaciones, herencias, legados y subvenciones que reciba y los créditos que concierte.

Las colectas que realicen las asociaciones se efectuarán de forma que pueda identificarse el origen de los fondos recaudados.

Tres. Los Libros de Tesorería, Inventarios y Balances, deberán contener, en la forma que reglamentariamente se determine,

a) El inventario anual de todos los bienes.

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.

e) La cuenta de gastos, especificando su aplicación.

Cuatro. Dentro de los tres primeros meses de cada año, las asociaciones 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, para su traslado inmediato al Tribunal de Cuentas del Reino, a los exclusivos efectos de comprobar su autenticidad y legitimidad.

Dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, el inventario y las cuentas de ingresos y gastos deberán hacerse públicos y puestos en conocimiento de todos los asociados, los cuales, además, podrán examinar en cualquier momento los libros y la contabilidad de la asociación.

La Sala del Tribunal Supremo previstá en el artículo octavo o el Tribunal de Cuentas del Reino podrán acordar de oficio, a instancia de parte o del Ministerio de la Gobernación, la inspección de los libros y contabilidad de la asociación.

Cinco. En los Presupuestos Generales del Estado podrán consignarse las cantidades adecuadas para subvencionar a las asociaciones políticas. La distribución de la subvención se efectuará conforme a los criterios objetivos que se establezcan por Ley.

Seis. Se prohíbe toda recepción de fondos procedentes del extranjero o de Entidades o personas extranjeras.

Artículo quinto.—*Estructura territorial y Federaciones.*

Uno. Las asociaciones políticas podrán establecer Secciones que, bajo la dependencia de los órganos rectores, las representen y actúen en el ámbito territorial correspondiente.

Dos. Las asociaciones podrán constituir Federaciones a cualquier nivel territorial, sin pérdida de su propia personalidad jurídica y quedarán sometidas, en cuanto a su funcionamiento y régimen jurídico, a lo dispuesto en esta Ley para las asociaciones.

Tres. Las asociaciones y Federaciones podrán establecer coaliciones con fines determinados, sin que ello suponga la creación de una nueva Entidad jurídica independiente.

Artículo sexto.—*Responsabilidad.*

Uno. Las asociaciones políticas responderán de los actos de sus socios cuando éstos actúen en su representación, conforme a los Estatutos.

Dos. Serán sancionados con suspensión de uno a tres años o disolución de la asociación, según la gravedad y demás circunstancias apreciadas por la Sala del Tribunal Supremo prevista en el artículo octavo:

a) Las actividades que determinen la ilicitud de las asociaciones conforme a lo establecido en el artículo primero.

b) La recepción de fondos procedentes del extranjero o de Entidades o personas extranjeras.

Tres. En los supuestos contemplados en el número anterior, el Gobierno podrá acordar la suspensión con carácter provisional, que, en el

plazo de un mes, será confirmada o revocada por la Sala del Tribunal Supremo mencionada. Durante los tres meses anteriores a la fecha fijada para la celebración de las elecciones generales y, en todo caso, a partir de su convocatoria, la suspensión provisional sólo podrá ser acordada por la referida Sala del Tribunal Supremo.

El Gobierno pondrá en conocimiento de la Sala los hechos que, de conformidad con el número dos de este artículo, puedan dar lugar a la disolución de la asociación.

Cuatro. Las resoluciones de la Sala acordando la suspensión o disolución de una asociación serán comunicadas al Ministerio de la Gobernación, para su constancia en el Registro de Asociaciones y efectos pertinentes.

Cinco. Cualquier infracción de lo dispuesto en esta Ley, distinta de las mencionadas en el número dos, será sancionada por el Gobierno, a propuesta del Ministro de la Gobernación, con multa de hasta cinco millones de pesetas.

Las sanciones se impondrán previa incoación de expediente por el Ministerio de la Gobernación, en el que se dará audiencia a la asociación interesada.

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.

Contra la resolución del Gobierno cabrá recurso ante la Sala del Tribunal Supremo prevista en el artículo octavo.

Seis. La responsabilidad civil y penal de las asociaciones políticas y de sus miembros se exigirá ante los Tribunales de Justicia ordinarios, de acuerdo con las legislación sustantiva y procesal común.

Artículo séptimo.—*Extinción de las asociaciones políticas.*

Uno. Son causa 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 de la Sala del Tribunal Supremo prevista en el artículo octavo.
- d) La no concurrencia a dos elecciones sucesivas convocadas con carácter general.

Dos. La extinción dará lugar a la cancelación de los asientos correspondientes a la asociación extinguida que obren en el Registro de Asociaciones Políticas.

Artículo octavo.—*Garantías jurisdiccionales.*

Una Sala del Tribunal Supremo conocerá de todos los asuntos contenciosos que puedan plantearse al amparo de esta Ley. El procedimiento se regulará por Ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Las asociaciones políticas constituidas provisional o definitivamente al amparo del Estatuto aprobado por Decreto-ley siete/mil novecientos setenta y cuatro, de veintiuno 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 tercero y cuarto de la presente Ley.

Segunda.—Se autoriza al Gobierno para establecer, con carácter provisional, el procedimiento al que se ajustará la Sala mencionada en el artículo octavo, hasta tanto se cumpla lo dispuesto en el segundo párrafo del mismo.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Queda derogado el Decreto-ley siete/mil novecientos setenta y cuatro, de veintiuno de diciembre, por el que se aprobó el Estatuto Jurídico del Derecho de Asociación Política.

Segunda.—El Gobierno dictará las disposiciones que requiera la ejecución y desarrollo de la presente Ley.

Dada en Madrid a catorce de junio de mil novecientos setenta y seis.

CODIGO PENAL

LEY 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo.

Uno. 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 ido hipertrofiando determinados tipos de delito, y están necesitados, por ello, de una más nítida configuración como última exigencia del principio de legalidad.

Dos. Por lo que se refiere a los delitos de reunión o manifestación ilícitas, la nueva redacción que se da al artículo ciento sesenta y seis 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 régimen del derecho de reunión, por otra. Por razones de orden técnico, en este artículo y en el ciento setenta y uno 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 tercero, que, a pesar de sus viejos precedentes en nuestro Derecho histórico, entraña una clara contradicción al principio de culpabilidad.

Tres. En cuanto al delito de asociación ilícita, la nueva redacción del artículo ciento setenta y dos contiene la enumeración de todos los tipos que merecen sanción penal. Se mantiene en los números primero y segundo, siguiendo la tradición de nuestros Códigos, las contrarias a la moral y las que tengan por objeto cometer algún delito. El número tercero pretende coordinar la norma penal con el régimen jurídico sancionado en la Ley sobre Asociaciones Políticas. El número cuarto 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. El número quinto, siguiendo la pauta de otros ordenamientos europeos, persigue en principio, la defensa de los postulados fundamentales de una ordenación democrática del Estado.

Cuatro. Se suprime el contenido actual del artículo ciento setenta y tres, ya que sus descripciones o están incluidas en los nuevos tipos del artículo ciento setenta y dos, o son innecesarias.

Cinco. Los artículos ciento setenta y cuatro y ciento setenta y cinco se destinan ahora exclusivamente a establecer las penas del delito de asociación ilícita descrito en el artículo ciento setenta y dos. 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 incluyen normas específicas sobre grados de ejecución o sobre estimación 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.

Seis. 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 doscientos cincuenta y uno

en el sentido de suprimir la enumeración que contiene, sustituyéndola por una referencia a los fines del número tercero del artículo ciento setenta y dos, manteniendo al propio tiempo el contenido del número cuatro del artículo doscientos cincuenta y uno.

La modificación de las penas producidas en este artículo aconseja adecuar las previstas en los artículos ciento treinta y dos y doscientos cincuenta y dos para conductas asimilables.

Se suprime el artículo doscientos cincuenta y tres, en cuanto al primer párrafo, por la excesiva cuantía de la multa que establece.

Siete. 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 cuatrocientos noventa y seis, añadiendo dos nuevos párrafos al texto actualmente vigente.

Ocho. Por último, al producirse la derogación del artículo ciento setenta y tres se utiliza la fórmula de dejar sin contenido tal precepto, ya empleada a partir del texto revisado de mil novecientos setenta y tres del Código penal, con vistas a no perturbar la sistemática enumerativa del articulado. No así respecto del artículo doscientos sesenta y ocho bis, que también se deroga por contener una presunción impropia de la técnica penal y cuya supresión no altera el orden del articulado.

Nueve. La obligada retroactividad de la Ley penal en cuanto favorezca al reo, proclamada en el artículo veinticuatro del Código, se desarrolla en la disposición adicional ordenando la actuación de oficio de los Tribunales y Juzgados y distinguiendo los efectos, según se hayan ejecutado o no las sentencias firmes dictadas.

En su virtud, y de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, vengo en sancionar:

Artículo primero.

Se modifican los artículos ciento sesenta y seis, ciento setenta y uno, ciento setenta y dos, ciento setenta y cuatro, ciento setenta y cinco, doscientos cincuenta y uno y doscientos cincuenta y tres del Código penal, que quedarán redactados en la forma siguiente:

"Artículo ciento sesenta y seis. Son reuniones o manifestaciones ilícitas:

Primero. Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública.

Segundo. Las que se celebren con el fin de cometer algún delito.

Tercero. Las que se celebren con alguno de los fines previstos en el número tercero del artículo ciento setenta y dos.

Cuarto. Aquellas a las que concurra un número considerable de personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos."

“Artículo ciento setenta y uno. Los que concurrieren a reuniones o manifestaciones llevando armas, artefactos explosivos 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.

Los Tribunales, atendiendo a los antecedentes del sujeto, circunstancias del caso y características del arma o instrumento portado, podrán rebajar en un grado la pena señalada en el párrafo anterior.”

“Artículo ciento setenta y dos. Son asociaciones ilícitas:

Primero. Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública.

Segundo. Las que tengan por objeto cometer algún delito.

Tercero. 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, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional.

Cuarto. Las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica.

Quinto. Las que, sometidas a una disciplina internacional, se propongan implantar un sistema totalitario.”

“Artículo ciento setenta y cuatro. En los casos previstos en los números segundo, tercero y quinto del artículo ciento setenta y dos, se impondrán las siguientes penas:

Primero. A los fundadores, directores y presidentes de dichas asociaciones, las de prisión menor, inhabilitación especial y multa de veinticinco mil a doscientas cincuenta mil pesetas.

Segundo. A los miembros activos, la de prisión menor.

Tercero. A los meros afiliados o participantes, la de arresto mayor.

Cuarto. A los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase favorecieren la fundación, organización o actividad de dichas asociaciones, las de arresto mayor o multa de diez mil a cien mil pesetas.”

“Artículo ciento setenta y cinco. En los casos previstos en los números primero y cuarto del artículo ciento setenta y dos se impondrán las siguientes penas:

Primero. A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de arresto mayor, inhabilitación especial y multa de diez mil a cien mil pesetas.

Segundo. A los afiliados, sean o no miembros activos, y a quienes cooperen en cualquiera de las formas previstas en el número cuatro del artículo anterior, multa de diez mil a cien mil pesetas.”

“Artículo doscientos cincuenta y uno. Se castigará con las penas de arresto mayor y multa de diez mil a quinientas mil pesetas a los que realicen propaganda de todo género y en cualquier forma dentro del territorio nacional, o fuera de él si se tratase de españoles, con alguno de los fines siguientes:

Primero. Realizar o proyectar un atentado contra la seguridad del

Estado, perjudicar su crédito, prestigio o autoridad o lesionar los intereses u ofender la dignidad de la Nación española.

Segundo. Cualquiera de los señalados en los números tercero, cuarto y quinto del artículo ciento setenta y dos.

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 dibujos o escritos en paredes, vallas o edificios, los discursos, la radiodifusión u 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 número segundo del párrafo primero de este artículo.

Los Tribunales, en atención a las circunstancias y gravedad de los hechos, podrán imponer la pena privativa de libertad superior en un grado a la establecida en el párrafo primero de este artículo."

"Artículo doscientos cincuenta y tres. 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 especial."

Artículo segundo.

Las penas de prisión mayor e inhabilitación absoluta que establecen los artículos ciento treinta y dos y doscientos cincuenta y dos, párrafo primero, del Código penal, se sustituyen, en ambos casos, por las de prisión menor e inhabilitación especial, respectivamente, sin perjuicio de las demás establecidas.

La referencia que hace el artículo doscientos cincuenta y dos, párrafo segundo, a la pena de prisión menor se entenderá hecha a la de arresto mayor, sin perjuicio de las demás que se señalan.

Artículo tercero.

El artículo cuatrocientos noventa y seis del Código penal quedará redactado en la forma siguiente:

"Artículo cuatrocientos noventa y seis. El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de diez mil a cien mil pesetas.

Incurrirán en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de diez mil a cien mil pesetas los que actuando con violencia o intimidación, en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial.

Serán castigados con la pena de prisión menor los que, actuando en

la forma prevista en el párrafo anterior, fueren ajenos al conflicto o portaren armas o instrumentos peligrosos."

Artículo cuarto.

Se derogan los artículos ciento setenta y tres y doscientos sesenta y ocho bis del Código penal, que quedaron sin contenido."

DISPOSICION ADICIONAL

Los Tribunales y Juzgados procederán de oficio, oído el Ministerio Fiscal, a rectificar las sentencias firmes no ejecutadas, total o parcialmente, y dictadas conforme a los preceptos del Código penal derogados o modificados por la presente Ley, en las que con arreglo a las nuevas normas hubiera correspondido al reo la absolución o una condena más beneficiosa para la aplicación taxativa de sus preceptos y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En caso de tratarse de penas de distinta naturaleza será oído el reo.

Cuando se tratare de sentencias firmes ejecutadas y hubiera correspondido la absolución, conforme a los nuevos preceptos del Código penal, los Tribunales y Juzgados dispondrán la anulación de las notas de condena de los Registros en que consten tales antecedentes.

DISPOSICION FINAL

Esta Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a diecinueve de julio de mil novecientos setenta y seis.

AMNISTIA

REAL DECRETO-LEY 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía.

La Corona simboliza la voluntad de vivir juntos todos los pueblos e individuos que integran la indisoluble comunidad nacional española. Por ello, es una de sus principales misiones promover la reconciliación de todos los miembros de la Nación, culminando así las diversas medidas legislativas que ya, a partir de la década de los cuarenta, han tendido a superar las diferencias entre los españoles. Tal es el caso de la reintegración de los derechos pasivos a los militares sancionados después de la pasada contienda, de los distintos indultos concedidos y de la pres-

cripción, por ministerio de la ley, de todas las responsabilidades penales: por hechos anteriores al uno de abril de mil novecientos treinta y nueve.

Al dirigirse España a una plena normalidad democrática, ha llegado el momento de ultimar este proceso con el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado en la plena convivencia fraterna de los españoles. Tal es el objeto de la amnistía de todas las responsabilidades derivadas de acontecimientos de intencionalidad política o de opinión ocurridos hasta el presente, sin otros límites que los impuestos por la protección penal de valores esenciales, como son la vida e integridad de las personas.

De otra parte, el complejo contenido de las leyes penales militares y la amplitud y variedad de los supuestos a que han sido aplicadas obligan a dictar normas que, sin menoscabo del espíritu de este Real Decreto-ley, armonicen el olvido y la total abolición del delito en que la amnistía consiste, con las facultades inherentes al Poder público que ha de velar en todo momento por la mejor organización y moral militar de las instituciones armadas.

En su virtud, a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día veintiocho de julio de mil novecientos setenta y seis, en uso de la autorización conferida por el artículo trece de la Ley Constitutiva de las Cortes, texto refundido aprobado por Decreto de veinte de abril de mil novecientos sesenta y siete, y oída la Comisión a que se refiere el apartado primero del artículo doce de la citada Ley,

D I S P O N G O :

Artículo primero.—Uno. Se concede amnistía por todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código penal o en leyes penales especiales no mencionadas en el apartado siguiente, en tanto no hayan puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas o el patrimonio económico de la Nación a través del contrabando monetario, ya se hayan cometido dentro o fuera de España, siempre que la competencia para su conocimiento corresponda a los Tribunales españoles.

Dos. Se concede también amnistía por los delitos de rebelión y sedición tipificados en el vigente Código de Justicia Militar, así como los previstos en los artículos trescientos quince a trescientos dieciocho, ambos inclusive, del propio Código y los equivalentes a cualquiera de ellos en los derogados Códigos de Justicia Militar y Penal de la Marina de Guerra. Respecto de los delitos incluidos en leyes especiales complementarias de tales Códigos, se estará a lo dispuesto en el apartado anterior.

Tres. Se amnistía igualmente a los prófugos y desertores, sin perjuicio de la situación militar que por su edad les corresponda.

Cuatro. También son amnistiados los que por objeción de conciencia se hubieren negado a prestar el servicio militar en los términos previstos en el artículo trescientos ochenta y tres bis del Código de Justi-

cia Militar. La amnistía no comprenderá, sin embargo, la incapacidad del condenado, mientras no se rehabilite, para ingresar al servicio de la Administración Militar y para obtener permiso de tenencia y uso de armas.

Cinco. La amnistía se extiende a los quebrantamientos de condena de los delitos amnistiados y no comprende los delitos de injuria o calumnia perseguidos a instancia del ofendido, salvo que medie perdón de éste.

Seis. La amnistía de los delitos y faltas mencionadas en los apartados precedentes alcanza a los cometidos con anterioridad al día treinta de julio de mil novecientos setenta y seis.

Artículo segundo.—Uno. La amnistía otorgada dejará siempre a salvo la responsabilidad civil frente a los particulares, que podrá exigirse por el procedimiento que corresponda.

Dos. En todo caso, subsistirá el comiso del cuerpo y efectos del delito.

Artículo tercero.—Uno. Las infracciones administrativas cometidas hasta la fecha señalada en el artículo primero con la misma intencionalidad, quedan amnistiadas, con exclusión de las tributarias de cualquier tipo.

Dos. No será aplicable la amnistía al militar que hubiere causado baja en el servicio por resolución no judicial, si bien podrá solicitar, si no lo tuviere concedido, el haber pasivo a que hace referencia el artículo octavo de este Real Decreto-ley.

Artículo cuarto.—Uno. La amnistía se aplicará en cada caso por las autoridades judiciales correspondientes, con audiencia del Ministerio Fiscal y a instancia de parte. Aunque no hubiera mediado ésta, la aplicación de la amnistía se hará de oficio en los procedimientos en tramitación y a los penados que estén cumpliendo condena.

Dos. La Administración aplicará la amnistía de oficio en los procedimientos administrativos en tramitación y a instancia de parte en cualquier caso.

Artículo quinto.—Uno. Los Jueces y Tribunales decretarán, con sujeción a las normas procesales en vigor, la extinción de la responsabilidad criminal en las causas ya calificadas o sentenciadas y el sobreseimiento libre de las actuaciones en cuantos procedimientos se estén instruyendo por los delitos y faltas a los que se refiere el artículo primero del presente Real Decreto-ley.

Dos. Las causas que se estén tramitando contra militares procesados y aún no juzgados, por delitos a los que alcance esta amnistía, se continuarán hasta que recaiga sentencia definitiva y consiguiente aplicación de oficio de aquella gracia, sin perjuicio de la concesión inmediata de la situación de libertad provisional.

Tres. En relación con los procesados o sentenciados en situación de rebeldía que soliciten la aplicación de la amnistía, en tanto se resuelve sobre ésta, quedará en suspenso la orden de busca y captura desde que se presenten a cualquier autoridad en territorio nacional o a un Cónsul español en el extranjero.

Artículo sexto.—Acordada la aplicación de la amnistía, se ordenará de oficio la cancelación de los antecedentes penales a todos los efectos, aunque el condenado hubiere fallecido.

Artículo séptimo.—Uno. Contra las resoluciones judiciales y administrativas, dictadas en aplicación del presente Real Decreto-ley, podrán interponerse los recursos establecidos en la legislación vigente.

Dos. La resolución ministerial que ponga fin a la vía administrativa requerirá previo dictamen del Consejo de Estado, en caso de discrepancia entre la propuesta de resolución y el informe de la Asesoría Jurídica.

Artículo octavo.—Los militares a quienes sea aplicada la amnistía no serán por ello reintegrados en sus empleos ni carreras, de las que seguirán definitivamente separados, cuando hayan sido condenados a penas que produzcan la pérdida de empleo, separación del servicio o pérdida de plaza o clase; no obstante, tendrán derecho a percibir el haber pasivo que pueda corresponderles, con arreglo al empleo que tuvieren en la fecha que cometieron el delito amnistiado, pudiendo acogerse al sistema de pensiones regulado por las leyes de doce de julio de mil novecientos cuarenta y trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Artículo noveno.—Uno. Los funcionarios repuestos en su condición de tales por virtud de la amnistía serán reincorporados al servicio y obtendrán destino conforme a las normas en vigor, sin perjuicio de su derecho a pasar a otras situaciones.

Dos. Los funcionarios repuestos sólo tendrán derecho al percibo de haberes por el tiempo en que hubieren prestado servicio efectivo, si bien el tiempo en que estuvieron separados será computable a todos los efectos de antigüedad.

Tres. La amnistía de la pena accesoria militar de suspensión de empleo no comprenderá el efecto especial de pérdida de puestos ya producida dentro de su categoría con arreglo a las disposiciones administrativas aplicables.

Artículo décimo.—Por los Ministerios respectivos se dictarán las normas complementarias precisas para la rápida y exacta aplicación del presente Real Decreto-ley.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—No procederá indemnización ni restitución alguna en razón de las sentencias penales o resoluciones, penas o sanciones administrativas comprendidas en la amnistía.

Segunda.—A los efectos de este Real Decreto-ley se entenderán como militares los comprendidos en el artículo trece del Código de Justicia Militar.

Del presente Real Decreto-ley se dará cuenta inmediata a las Cortes.

Dado en La Coruña, a treinta de julio de mil novecientos setenta y seis.

CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.**a) CIRCULARES**

CIRCULAR NUM. 1/1975

**EXTENSION A TODOS LOS PRÓCEDIMIENTOS PENALES
DEL FUERO ESPECIAL DE AUTORIDADES**

Con motivo de un caso concreto que se suscitó ante el Tribunal Supremo —sin que por circunstancia especial quedara resuelto— esta Fiscalía, en Circular número 1/1951, de 14 de julio (Memoria 1952, página 171), y con la finalidad de fijar la posición que en lo sucesivo había de mantener el Ministerio Fiscal, analizó la cuestión de si las Leyes de 9 de febrero de 1912, reguladoras del llamado “Fuero Parlamentario” y la de 22 de febrero de 1941, referida al “Fuero de Jerarquías”, impiden o no la intervención de los Jueces Municipales y Comarcales en los supuestos de que se atribuyan a Procuradores en Cortes y Consejeros Nacionales hechos que, como constitutivos de falta, están comprendidos en el Libro III del Código Penal; entonces se llegó a la conclusión de que era preceptiva sólo en caso de delito de intervención exclusiva y excluyente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, no extendiéndose a las faltas el privilegio de fuero.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico ha cambiado en este punto. La Base novena, núm. 32, párrafo segundo de la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases Orgánicas de la Justicia, establece que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo continuará con su competencia actual “y conocerá asimismo de los procedimientos penales en relación con las personas que por ley tengan atribuido este fuero”. En el régimen anterior la competencia de la Sala Segunda se contraía en esta materia a las *causas por delito*, expresión más restringida que la actual de *procedimientos penales*, que, al no distinguir, permite la inclusión de las faltas en aquella esfera competencial. Está, pues, claro el criterio extensivo del legislador, que ha de regir aun cuando no exista todavía texto articulado de la Ley Orgánica de la Justicia.

Recientemente, en caso sometido a la decisión del Alto Tribunal, resuelto en Auto de 11 de diciembre de 1974, se ha declarado competente para conocer de una falta de imprudencia simple en la que aparece como denunciado un Procurador en Cortes; y para que llegue a conocimiento de cuantos integran el Ministerio Fiscal se transcriben los considerandos de la expresada resolución:

“CONSIDERANDO: Que, por más que no siempre se haya seguido el mismo criterio de extensión a las faltas del alcance del fuero personal que, por obvias e inveteradas razones reverenciales y de reforzada garantía, dentro de la esencial igualdad ante la Ley, reserva a esta Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo el conocimiento de los hechos pu-

nibles atribuidos a determinadas categorías de imputados, revestidos de relevante autoridad o rango, entre quienes figuran los representantes en Cortes, es pertinente —por paridad y aun superabundancia de razón— reafirmar ahora la inclusión en la mentada regla de las infracciones penales de inferior entidad, sin que a ello obste la parvedad de la materia, como tampoco el argumento, válido para otros supuestos, de que lo excepcional debe ser entendido en sentido restrictivo, ya que la cuestionada particularidad competencial no responde a miramiento subjetivos de favor, sino a consideraciones garantizadoras de índole trascendente y de orden público, que no ya a los propios aforados, sino a toda la colectividad interesan, en términos que no admiten desvirtuación, desviaciones ni paliativos.

CONSIDERANDO que, a mayor abundamiento, es de hacer notar que el criterio aquí mantenido está en la misma línea de lo que —con relación a Autoridades judiciales y en orden de cosas afin al contemplado por cuanto se refiere a la prestación de testimonio— el artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal releva a los superiores de la comparecencia a tal fin ante los inferiores, que deberán acudir al despacho de aquéllos para recibir sus pertinentes declaraciones.

CONSIDERANDO que, en conclusión y en obediencia a la concertada normativa contenida en los artículos primero y segundo de la Ley de 9 de febrero de 1912, en relación con el vigente Reglamento de las Cortes Españolas, de 15 de noviembre de 1971, vigente en la materia, es preceptivo el conocimiento por esta Sala de la posible falta de imprudencia simple, imputada.”

Como las razones en que se apoya esta resolución parecen completamente fundadas y se acomoda a normas expresas de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia, a ellas deberán atenerse los Fiscales ante hechos que puedan revestir las características de simples faltas imputables a las personas que sean titulares del referido privilegio, modificándose así el contenido doctrinal de la Circular de esta Fiscalía 1 de 1951, de 14 de julio.

Madrid, 15 de febrero de 1975.

CIRCULAR NUM. 3/1975

CRITERIOS DE INTERPRETACION SOBRE EL DECRETO-LEY DE 26 DE AGOSTO DE 1975

Publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 27 de agosto de 1975 el Decreto-Ley núm. 10/1975, de 26 de agosto, estableciendo normas sustantivas procesales, y administrativas encaminadas a la prevención del terrorismo, se hace preciso, al objeto de unificar el criterio que debe presidir siempre la actuación del Ministerio Fiscal, dictar instrucciones sobre su interpretación y ello aun cuando el Decreto-Ley se caracteriza por su precisión y rigor jurídicos. La notable trascendencia de alguna de sus disposiciones obligan a este examen, con el que se pretende la exégesis

de las normas más claras y la fijación del sentido y alcance que los Fiscales deban dar a otras con el fin de marcar una única línea interpretativa.

En general, debe destacarse que su contenido fundamental responde a la obligada defensa de la sociedad frente a la escalada progresiva de la violencia, para lo cual actualiza figuras delictivas que desde el pasado siglo existen en nuestra legislación penal, acomodándolas a las circunstancias actuales y desarrollando de manera detallada las formas de participación en el favorecimiento del terrorismo; debe notarse asimismo que la norma, animada tan sólo por el propósito de defensa de la sociedad, de la paz y del orden institucional, contiene disposiciones con vigencia temporal, precisamente en razón de las limitaciones de derechos establecidos.

A continuación se exponen, sistematizadas, las materias que, dentro del estricto campo de la jurisdicción ordinaria, ofrecen un mayor interés y en las que debe desenvolverse la actividad del Ministerio Fiscal, destinatario único de esta Circular.

I. CUESTIONES GENERALES

A) Según la disposición final primera, el Decreto-Ley entró en vigor el 27 de agosto de 1975, día en que se publicó en el "Boletín Oficial del Estado", lo que determina automáticamente su aplicación a los delitos e infracciones administrativas que puedan cometerse a partir de ese momento.

El Decreto-Ley carece de reglas de transición y como en esta materia no rigen principios generales, sino que la aceptación de la retroactividad o de la irretroactividad está en función de la naturaleza de la norma, son precisas las siguientes puntualizaciones:

a) En el orden sustantivo habrá de observarse el sistema de la retroactividad de lo favorable a que da acogida el artículo 24 del Código Penal. Como el Decreto-Ley unas veces crea figuras de delito y en otras ocasiones sanciona con más rigor los delitos preexistentes, es claro que debe partirse de la irretroactividad. Sin embargo, hay excepciones. El artículo 5.º representa un supuesto claro de retroactividad, pues la excusa absolutoria que en él se recoge puede beneficiar a determinadas personas por hechos realizados antes de la entrada en vigor de la norma siempre que se den los requisitos que imperativamente exige dicho artículo; se está aquí, pues, en presencia de un caso típico de retroactividad, puesto que indudablemente favorece al reo no sólo por razones objetivas del desarrollo cronológico de la conducta punible, sino también por los fines que se persiguen con la instauración de esta causa de exención de responsabilidad.

Relacionado con la materia de la aplicabilidad o no del Decreto-Ley a hechos anteriores puede estar el caso de revistas y publicaciones periódicas —semanales o quincenales— no diarias que, al objeto de su distribución por el territorio nacional, se reparten con fecha anterior a la

que en ellas se fija. A los efectos de las infracciones definidas en los artículos 10 y 19 habrá que considerar como fecha de comisión la que aparece consignada en la publicación y no la real de su difusión.

b) El artículo 12, tras haber señalado que las causas por delitos comprendidos en el Decreto-Ley, competencia de la jurisdicción ordinaria, se tramitarán por el procedimiento de urgencia, dispone en su último párrafo que "la tramitación se ajustará a las normas procesales aplicables a cada caso con las especialidades que expresan los artículos siguientes". De esta manera se establecen por vez primera especialidades en el procedimiento de urgencia, pero sin hacer referencia expresa a normas o criterios transitorios, por lo que se plantea este tema para los procesos que se hallen en tramitación a la entrada en vigor del Decreto-Ley. Realmente la aplicación de la ley nueva a un proceso concreto no es caso típico de retroactividad, sino de carácter del proceso, pues al componerse de una serie de actos, es natural que los no realizados al promulgarse la nueva disposición modificativa se rijan por ésta, si se considera sobre todo que es doctrina admitida que el procedimiento de tutela de los derechos es materia que en cada caso regula el Estado como conviene a los intereses generales. A tenor de esta idea, las especialidades que introduce el Decreto-Ley se aplicarán cuando llegue su momento, independientemente de cuándo haya iniciado el proceso; los comenzados bajo la ley anterior deben continuar conforme al procedimiento actual, siendo válidos los actos realizados durante el sistema procesal modificado.

Pero es que aun aceptando que la posible concurrencia de leyes procesales con diverso contenido en un proceso determinado origine un supuesto de verdadero derecho intertemporal, los actos procesales pendientes, así como sus efectos futuros, estarán regidos exclusivamente por la ley posterior. En el caso del Decreto-Ley se trataría de una aplicación retroactiva tácita de la ley procesal, pues tal situación es la que mejor se acomoda al sentido y al carácter de sus preceptos que, en cuanto normas de orden público, afectan al interés general de la Sociedad y del Estado.

Por último, indiquemos que para las leyes de estricto carácter procesal, y a falta de precepto expreso, la jurisprudencia ha sostenido su retroactividad. La sentencia de 26 de junio de 1884 declaró que es principio de derecho que las leyes de competencia y de procedimiento como de interés público tienen efecto retroactivo, por lo que deben tramitarse conforme a la presente Ley (se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882) las causas incoadas con posterioridad a su promulgación. En sentencia de 29 de septiembre de 1924 se afirma de modo tajante la retroactividad de la Ley procesal al decir que "las leyes procesales tienen efecto retroactivo y deben de aplicarse con preferencia a las que modifican o reforman si no está autorizada la opción, por suponer mayor protección de los derechos en litigio". En el mismo sentido de que las leyes procesales en cuanto ordenadoras del proceso se aplican normalmente a los procedimientos en curso, las sentencias de 14 de diciembre:

de 1923, 25 de mayo de 1925, 24 de diciembre de 1940, 27 de febrero de 1941, 24 de octubre de 1944, etc.

c) El artículo 16 dispone un nuevo régimen interno respecto a las comunicaciones de los presos y detenidos no incomunicados. Dada la naturaleza de la norma, que no encaja en las propiamente procesales y es ajena a la actuación del Ministerio Fiscal, habrá de estarse a las instrucciones que pueda dictar la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

d) Los artículos 13 y 14 tienen un plazo temporal de vigencia de dos años, como se establece en la disposición final segunda del Cuerpo Legal. Por supuesto que tales medidas especiales (detención, registro, etcétera.) se aplicarán inmediatamente cuando tengan por causa cualquiera de los delitos comprendidos en el Decreto-Ley, pues, aparte de representar una actuación procesal, entrañan una suspensión de garantías, cuyo *dies a quo* coincide con el de la publicación del Decreto-Ley.

B) En cuanto al ámbito de aplicación en sus órdenes material y formal, señalamos que el artículo 1.º, párrafo 1.º, que lo determina, hay que relacionarlo con el artículo 11, que establece la competencia atribuida a diversos órganos jurisdiccionales; con el artículo 4.º, en cuanto supone una agravación específica para determinados delitos y formas de participación, y con el artículo 19, que establece las infracciones que caen bajo la competencia de la Administración, sin perjuicio de la responsabilidad criminal a que hubiere lugar.

Delimitando dicho ámbito de aplicación, es de notar que las disposiciones del Decreto-Ley se refieren exclusivamente:

a) A los delitos contenidos en los artículos 260 a 264 del Código Penal.

b) A los delitos enunciados en el artículo 4.º del Decreto-Ley (asociaciones subversivas y propagandas ilegales) en cuanto representan una agravación específica de la responsabilidad para los delitos definidos en los artículos 173 y 251 del Código Penal.

c) A los delitos previstos en el artículo 294 bis, en sus diferentes apartados, del Código de Justicia Militar.

d) A los delitos de los artículos 6, 7 y 10 del Decreto-Ley, algunos de nueva tipificación, y a las

e) Infracciones administrativas, como son las contenidas en los artículos 19 y 20 del Decreto-Ley.

No están incluidos, por consiguiente, en el Decreto-Ley los delitos de depósito de armas (art. 257) ni el de tenencia ilícita de armas (artículos 254 a 256 del Código Penal); sin embargo, en los casos en que puedan quedar absorbidos por el artículo 264 será aplicable el Decreto-Ley.

II. EXAMEN DE LAS MÁS IMPORTANTES CUESTIONES DE NATURALEZA SUSTANTIVA

A) *La agravación de la responsabilidad en los delitos de terrorismo determinada por la condición del sujeto pasivo*

Como cuestión previa al examen de las figuras de delito señaladas en el Decreto-Ley es preciso hacer referencia a una circunstancia que agrava la responsabilidad en todos los delitos de terrorismo propio. Nos referimos a la comprendida en el párrafo 2.º del artículo 1.º, que dice: "Cuando los delitos a que se refiere el párrafo anterior se cometieren contra la Autoridad, Agentes de la Autoridad, miembros de las Fuerzas Armadas y de la Seguridad del Estado y demás funcionarios públicos se aplicarán en su grado máximo las penas señaladas en sus respectivos casos".

La interpretación de este precepto sugiere las cuestiones siguientes:

a) ¿Las circunstancias de libre apreciación por el Tribunal que se recogen en los artículos 260, núm. 3, 261 y 264, párrafo 2.º del Código Penal, podrán seguir teniendo vigencia cuando aquellos delitos se cometan contra las personas relacionadas en este núm. 2.º del artículo 1.º de este Decreto-Ley?

La agravación que este párrafo consigna en el supuesto de que el sujeto pasivo sea alguna de las personas allí citadas considera esta Fiscalía que impide cualquiera atenuación o arbitrio judicial; por tanto, el Fiscal en su calificación partirá como pena tipo de la máxima a la señalada para el delito cuya pena, a los efectos de las atenuantes y agravantes genéricas, se dividirá a su vez en los grados que la Ley establece.

b) La atenuante específica establecida en el artículo 8.º del Decreto-Ley y que hace referencia expresa a los delitos de los artículos 6 y 7 no adquiere virtualidad tanto cuando se cometan los delitos directamente contra la autoridad o los funcionarios que se citan como cuando los mismos resulten afectados con ocasión de la actividad delictiva desarrollada.

c) En estos delitos de terrorismo no pueden influir más atenuantes que las genéricas comprendidas en el artículo 9.º del Código Penal, pero no las específicas de los artículos 260, 3.º y 264 del vigente Código Penal.

d) Desde otro punto de vista, es importante para el Ministerio Fiscal interpretar la frase del artículo 1.º, párrafo 2.º, "cuando los delitos a que se refiere el párrafo anterior se cometieren contra la autoridad...". Hay que considerar, en efecto, si se está en presencia de un delito de los doctrinalmente llamados de tendencia o si, por el contrario, se trata de un delito de mero resultado, que atrae, sin más, la agravación de la pena siempre que la autoridad resulte víctima del delito.

Si el número 3.º del artículo 1.º, indudablemente de modo expreso, se refiere a un resultado (muerte de alguna de las personas que se relacionan en el núm. 2), bien puede decirse que si cualquier otro resultado se produce (lesiones, etc.) en las personas citadas, aunque la intención no se encaminara a cometer el delito directamente contra ellas, estamos ante la agravante específica, por lo que la pena tipo del delito lo es el grado máximo de la señalada al mismo; esto sin perjuicio del juego de las ate-

nuantes genéricas del artículo 9.º del Código Penal que pudieran concurrir. El fundamento de esta especial agravación reside en la protección que debe dispensarse a los servidores más inmediatos del Orden Público, que de modo directo están expuestos a sufrir la acción de los terroristas, por lo que se llega hasta imponer como única la pena de muerte en el caso del número 3 de dicho artículo.

Puede darse el supuesto de que del atentado terrorista resulte la muerte de alguna persona que no sea de las mencionadas en el número 2.º del artículo 1.º, en este caso habrá de acudir al artículo 260, número 1.º, del Código Penal o al correspondiente 294 bis del Código de Justicia Militar.

B) *El delito de secuestro: problemas de competencia*

El artículo 2.º del Decreto-Ley dispone que serán castigados con la pena de muerte los que habiendo secuestrado a una persona causaren su muerte o mutilación. La competencia para el enjuiciamiento de este hecho corresponde en todo caso a la jurisdicción castrense, según se desprende del artículo 11, apartado b), del Decreto-Ley.

Es claro, pues, que el secuestro con resultado de muerte o mutilación, cualesquiera sean las personas que lo ejecuten y los fines perseguidos, es siempre competencia de la jurisdicción militar. Pero son posibles secuestros con resultados de lesiones y secuestros no productores de ningún otro mal. En tales hipótesis es preciso determinar a quién se atribuye la competencia. La norma es que también correspondan a la jurisdicción militar, pero no necesariamente. En efecto, el artículo 11, apartado b), señala que el enjuiciamiento de los delitos que tipifica el artículo 294 bis del Código de Justicia Militar es atributo de la jurisdicción militar; y en este último precepto hallamos dos modalidades de secuestro que tienen asignada la misma pena, pero que se diferencian por las distintas finalidades perseguidas por los culpables (arts. 294 bis b) y 294 bis c)). Cuando las acciones que los determinan provienen de grupos u organizaciones subversivas es patente que la competencia inicialmente prevista no experimenta modificaciones, mas cuando estos secuestros sean el resultado de acciones individuales o episódicas de personas no adscritas a grupos subversivos la jurisdicción ordinaria puede conocer de los mismos. Esta es la solución prevista en el artículo 274 bis d) al declarar que "cuando por razón de las circunstancias de los hechos, cualquiera que sea su entidad, decida la autoridad judicial militar que no se dan las condiciones específicas para su inclusión en los artículos anteriores se inhibirán en favor de la jurisdicción ordinaria". Situados ya fuera del área de la jurisdicción militar, el enjuiciamiento ofrece estas dos soluciones: una es que corresponda a la jurisdicción ordinaria sin más, aplicando los artículos 480 y siguientes del Código Penal, y otra, que actúe la jurisdicción ordinaria de orden público, aplicando aquellas mismas normas cuando hayan mediado motivaciones políticas o sociales, según precisa el artículo 3.º de la Ley de 2 de diciembre de 1963.

C) *Atenuación de la responsabilidad en el delito de secuestro sin resultado lesivo*

El artículo 3.º del Decreto-Ley establece una circunstancia atenuante específica para los delitos de secuestro de personas, consistente en la pronta e incondicionada puesta en libertad de las personas sin causarles mal.

Deteniéndonos en la interpretación de este artículo 3.º surgen una serie de cuestiones a tener muy en cuenta por los Fiscales para una correcta aplicación de la atenuante, y ello no sólo porque al modificar la culpabilidad se debe examinar detalladamente el contenido de aquélla para su justa aplicación, sino también porque la redacción del precepto ofrece importantes matices que es necesario aclarar para orientar con estricta unidad de criterio.

a) En primer lugar, se halla la intención que deba atribuirse a las palabras pronta puesta en libertad, uno de los tres requisitos que conjuntamente se exigen en el tipo para apreciar la atenuación de la responsabilidad.

Ante todo, hay que tener en cuenta que en la interpretación del término *prontitud* en la liberación voluntaria queda a la libre apreciación judicial y, por tanto, a la del Ministerio Fiscal para apreciarla o no en sus calificaciones.

Entiende esta Fiscalía que inicialmente no hay plazo alguno capaz de limitar el arbitrio, pero, sin embargo, puede ser adecuado el plazo de veinticuatro horas como límite máximo, pasado el cual la discrecionalidad en la apreciación del requisito de la prontitud se extinguiría. La razón de considerar como límite a tener en cuenta las veinticuatro horas para llenar este primer requisito de la atenuante se ampara en el contenido del artículo 480 del Código Penal, en donde se alude al plazo de setenta y dos horas. Pues bien, si en el artículo 3.º se habla de pronta puesta en libertad, es indicativo de que el tiempo ha de ser inferior al señalado en el artículo 480, pues, de otro modo, a este último plazo se hubiera referido el Decreto-Ley. A mayor abundamiento, el plazo de veinticuatro horas es tradicional y ha sido tenido en cuenta en otros artículos del Código relacionados con las detenciones; así, en el artículo 186 (hasta que fue modificado por el art. 5.º del Decreto de 24 de enero de 1963).

De todas maneras, se trata de algo que habrá que ponderar en cada caso; no será de apreciar, por ejemplo, cuando la puesta en libertad vino determinada por circunstancias ajenas a la voluntad real de los secuestradores y, a la inversa, podrá apreciarse cuando, constando la intención de la liberación dentro de aquel límite, no pudiera llevarse a cabo por circunstancias no dependientes de la intención de quienes consumaron el secuestro.

b) El requisito de que la puesta en libertad, además de pronta, sea incondicionada no originará en la práctica problema alguno, dado lo concreto y objetivo del mismo.

c) Donde pueden aparecer dificultades es en la interpretación que deba asignarse al requisito que dice "sin causarles mal"; son distintos los momentos en los cuales puede causarse un mal al secuestrado y todos ellos impositivos de apreciar este elemento de la circunstancia atenuante.

Desarrollando lo anterior, se concreta del siguiente modo el tiempo durante el cual la producción del mal es obstáculo a la aplicabilidad del artículo 3.º:

- 1.º Mal causado durante el tiempo del secuestro.
- 2.º Mal producido coetáneamente al acto del secuestro.
- 3.º Mal producido al tiempo de ponerla en libertad o liberarla.
- 4.º Mal originado tras cesar el secuestro si debido a circunstancias de él derivadas deviene el mal.

Por ello es necesario valorar en cada caso el dato real (lugar, medios, etcétera) de donde se realiza la puesta en libertad, ya que abandonarlo o dejarlo en una situación de desamparo o desvalimiento, con riesgo de que sufra cualquier mal físico o moral, nos puede llevar a aquellas situaciones.

El mal a que se refiere el precepto puede ser de cualquier naturaleza o entidad, por lo que caben en él los males físicos o de tipo moral, incluso los atentados al honor, al patrimonio u ofensas de otra naturaleza.

Nótese, finalmente, que estamos en presencia de una circunstancia de atenuación objetiva que exige conjuntamente la prontitud y la incondicionalidad sin causar mal; no se requiere móvil alguno ni finalidad de ningún tipo; actúa por el solo hecho de que se cumplan los tres requisitos aludidos, sin que sea preciso móvil anímico de ninguna clase.

D) *Asociaciones subversivas y propagandas ilegales*

El artículo 4.º del Decreto-Ley ratifica la declaración de ilegalidad de determinados grupos u organizaciones (Decreto de 13 de septiembre de 1936 y Ley de 9 de febrero de 1939, entre otros), en lo que igualmente insiste el preámbulo del Decreto-Ley recordando su vigencia. Dicho artículo 4.º no sólo mantiene la ilegalidad ya declarada, sino que la precisa, incluyendo expresamente a grupos u organizaciones comunistas, anarquistas y separatistas y aquellas otras que, aun no estando expresamente declaradas fuera de la Ley con anterioridad, preconizan o emplean la violencia como instrumento de acción política y social.

En el número 2.º del mencionado artículo 4.º se recoge una modalidad de la propaganda ilegal, referida a los anteriores grupos u organizaciones, que vaya dirigida a promover o difundir sus actividades, no a otro tipo de propagandas como son las relacionadas en el número 4 del artículo 251 y en el artículo 252 del Código Penal.

La agravación se produce, pues, según el artículo 4.º, han de imponerse en su grado máximo las penas señaladas en el Código Penal a los participantes en sus diversas formas en estos dos tipos de delito: asociaciones subversivas y propagandas ilegales; mas esta agravación de la punición que señala el artículo puede originar en su aplicación práctica alguna dificultad, principalmente por lo que se refiere a la sanción a imponer a los que a distinto nivel participan en el delito de asociación subversiva, que es preciso fijar y concretar.

1.º A los organizadores o directivos la pena señalada es la de reclusión menor en grado máximo.

2.º A los meros afiliados la de prisión menor en el mismo grado de la pena.

3.º A los que mediante sus aportaciones en dinero o de cualquier otra manera auxiliaren al grupo u organización, la de prisión menor, multa e inhabilitación especial en el grado máximo.

Refiriéndonos a las clases de auxiliares, es necesario separar y distinguir la actividad de los que auxilian al grupo u organizaciones —a los que se refiere el artículo 4.º del Decreto-Ley— de la actividad del favorecimiento a las personas implicadas en actividades terroristas, que se relacionan en los artículos 6 y 7 del Decreto-Ley; cuestión ésta importante, ya que estas tipologías establecidas en el Decreto-Ley llevan aparejada una mayor sanción: prisión mayor, independientemente de que se pueda apreciar, en supuestos muy concretos, la atenuante específica del artículo 8.º del Decreto-Ley. Por ello debe admitirse, dando una interpretación lógica a los artículos 4, 6 y 7, que las actividades de los participantes determinados en el artículo 4 auxilian al grupo o entidad, mientras que las conductas detalladas en los artículos 6 y 7 son formas de auxilio, ayuda o favorecimiento a personas implicadas en actividades terroristas. Debe, pues, distinguirse, para la calificación jurídica y encaje de los hechos en el artículo 4.º o en los artículos 6 y 7, según que el destinatario del auxilio sean el ente asociativo o los implicados en actividades terroristas.

En cuanto al delito de propagandas ilegales que se tipifica en el último apartado del artículo 4.º, dirigida a promover o difundir actividades de aquellos grupos, y que tienen asignada la pena de prisión menor y multa en el grado máximo, es de notar que se está ante un delito de tendencia con una finalidad perfectamente determinada, excluyente de los otros fines comunes previstos para ese delito en el Código Penal. Por ello las propagandas dirigidas no a aquel objeto, sino a los que se precisan en el apartado 4.º del artículo 251 o en el 252 del Código Penal, no podrán encajar en este tipo agravado del Decreto-Ley.

Ej Examen de la excusa absolutoria

En el artículo 5.º de la norma en examen se recoge una excusa absoluta que debe analizarse desde distintas proyecciones para perfilar con exactitud los requisitos subjetivos y objetivos que producirán el efecto de excluir la penalidad en los delitos en que concurra. Por ello hay que considerar en el contenido del artículo 5.º los extremos siguientes:

a) El ámbito de su aplicación está perfectamente delimitado, pues sólo alcanza la excusa a las penas que pudieran corresponder por el hecho de la asociación, por las propagandas llevadas a cabo y por las conductas de captación o proselitismo en favor de las organizaciones del artículo 4.º. Cualesquiera otra actividad cae fuera del marco de esta singular causa de exclusión personal de la punibilidad. Cuestión a tener en cuenta es si el beneficiario ha de pertenecer formalmente adscrito a esos grupos o basta con que de hecho participe o coopere a sus fines aunque no haya mediado un acto concreto de afiliación. Debe sostenerse que la excusa absoluta se extiende también a estos últimos, dado que

su conducta anterior sería, en todo caso, de menor entidad que la desplegada por los expresamente integrados en la organización subversiva.

b) El apartamiento del ente asociativo, de la actividad propagandística o de la labor de captación o proselitismo tiene que reunir los requisitos de ser verdadero, definitivo y permanente, no transitorio, momentáneo o con simulación; un abandono fingido nunca puede operar beneficiosamente.

c) Ha de exigirse algo más que la simple confesión y espontaneidad en el hecho de poner en conocimiento de la Autoridad competente el apartamiento de las actividades a las que se venía dedicando; actos de esta naturaleza pueden integrarse en la estructura de la atenuante prevista en el artículo 9, 9.ª. Para pasar de la atenuación de responsabilidad a la exención total será necesario que a través de las actuaciones quede perfectamente demostrado el apartamiento efectivo y el pleno arrepentimiento. Como elemento histórico interpretativo a tener en cuenta pueden citarse el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947 (art. 8.º) y el Decreto de 21 de septiembre de 1960 (art. 7.º), en donde se exigía ser patente la ruptura con la organización y la colaboración activa del sujeto.

d) La apreciación de la excusa absolutoria corresponde únicamente al Tribunal, no al órgano instructor del sumario; como se dijo anteriormente, se concede efecto retroactivo a esta causa de exclusión de la pena, lo que significa que concurriendo los requisitos objetivos y subjetivos de la misma será de aplicación a los sumarios instruidos antes de la vigencia del Decreto-Ley por delitos comprendidos en el mismo si posteriormente se presentare el autor, que hasta ese momento era desconocido o no había sido habido. Pero no es válida la mera confesión que pueda prestar de hechos que le perjudiquen si no reviste la características antes señaladas para la originación de la excusa.

F) *Examen de los delitos que pueden agruparse bajo la rúbrica de favorecimiento de la actividad terrorista.*

Los artículos 6 y 7 de la norma en examen tipifican conductas de favorecimiento personal y real a actividades terroristas o procedentes de las organizaciones comprendidas en el artículo 4.º del Decreto-Ley. La novedad está justificada porque en el ordenamiento penal en vigor sólo pueden ser inculadas como formas de participación cuando estén en relación con actos concretos de terrorismo —cooperación necesaria, complicidad o encubrimiento, como sucede, por ejemplo, en el artículo 17, número 3, del Código Penal—, pero no cuando aparezcan desligadas de un acto terrorista determinado, ya sea porque éste no se haya ejecutado o porque no exista prueba suficiente de la relación subjetiva y objetiva entre las conductas en cuestión y el supuesto de hecho principal. De todas formas, destaquemos que a estos preceptos les cuadra la nota de subsidiariedad, pues, a tenor del artículo 9.º, no serán aplicables “si las conductas que en los mismos se definen resultaren más gravemente penadas como constitutivas de algún grado de ejecución o de alguna forma de participación en otro delito”.

a) *Relativamente al contenido del artículo 6.º* han de hacerse las siguientes observaciones:

Se pretende con él la tipificación de una peligrosa modalidad en la que se manifiesta particularmente la actividad subversiva, que consiste en la construcción o utilización de locales, "deliberadamente ocultos y disimulados, hábiles para el secuestro, encierro u ocultación de personas".

Dada la anterior formulación, resulta claro que se incluyen en el área delictiva tanto los locales destinados al secuestro de personas como aquellos que pudieran utilizarse también para la ocultación de los propios delincuentes, pues el texto contrapone la habilidad para el secuestro, que es un término técnico, a la ocultación de personas, que tiene un sentido general.

De todas formas, como el destino de estos locales es la ocultación de personas, secuestradas o no, no todo local oculto y disimulado merecerá aquella caracterización, sino aquellos objetivamente hábiles para alojar personas, por lo que en cada caso deberá ponderarse su capacidad, accesos, dispositivos de ventilación, etc., pero sin exigirse una especial confortabilidad. Así, quedarán fuera del radio de la norma aquellos locales que solamente puedan ser destinados a la ocultación de armas, documentos u otros efectos, cuya ocupación determinaría responsabilidad, en su caso, por la tenencia de los objetos hallados.

La responsabilidad criminal, temporalmente, debe situarse en dos fases: al tiempo de la construcción y una vez terminada ésta. En la primera etapa se extiende a quienes intervienen en la construcción, sea de forma material y directa (los realizadores materiales de la obra) o de modo indirecto y técnico (quienes la ordenen o la autorizan). En el segundo momento aparecen como responsables quienes dispusieron o permitieron la utilización de los locales, así como los que conociendo su existencia no lo pusieron en conocimiento de la Autoridad (art. 6.º, núm. 2.º). Este último supuesto ofrece la particularidad de ser la única figura de favorecimiento de las actividades terroristas, que está sancionado con pena de prisión menor.

Por último, y en relación al apartado 3.º del artículo 6.º, la clausura y precinto de las dependencias a que dieran acceso los locales a los que nos venimos refiriendo es medida a adoptar por el Juez que instruya las primeras diligencias, sea o no competente por razón de la materia; por el contrario, será la Autoridad Judicial competente —únicamente el Tribunal de Orden Público y, en su caso, la jurisdicción militar— quienes están facultados para ordenar la destrucción de aquéllos.

b) *Figuras delictivas comprendidas en el artículo 7.º del Decreto-Ley.*—El mencionado artículo define diversos tipos del auxilio personal.

1.º El previsto en el número 1.º, que sanciona entre otras cosas la existencia de los llamados "pisos francos", presenta elementos comunes con la modalidad de encubrimiento, descrita en el artículo 17, número 3.º, del Código penal, pues en ambos la acción consiste en dar albergue, ocultar o proporcionar la fuga. En caso de concurrencia de ambas normas ante un supuesto de hecho habrá que tener en cuenta el artículo 9.º del Decreto-Ley. En el tema de las relaciones con el artículo 17, número 3.º,

es de notar que el radio de éste es más restringido, pues sólo comprende la forma de encubrimiento referida al terrorismo en sentido estricto, pero no al albergue u ocultación de personas pertenecientes a las organizaciones del artículo 4.º del Decreto-Ley, aunque no hayan realizado actos de terrorismo, núcleo éste del artículo 7.º, número 1.º, de la norma en examen.

En orden a las relaciones del artículo 7.º, número 1.º, con el artículo 4.º a propósito de los favorecedores de la actividad asociacional señalemos de nuevo que en el caso de que se trate de auxilio al grupo u organización como tal ente opera el artículo 4.º y en el otro un auxilio cuyos destinatarios son los miembros de la organización individualmente considerados, aunque *a posteriori* ese auxilio personal pueda representar un auxilio a la organización a la que están adscritos; en esta hipótesis es de aplicación el artículo 7.º, número 1.º.

Están aquí comprendidas tanto la ayuda prestada por terceros no partícipes a quienes se integran en una organización como la ayuda de un implicado en la organización a otro miembro de ella, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir por su condición de partícipe.

2.º La entrada o salida clandestina del territorio nacional es elevada de nuevo a la categoría de delito, ahora en el marco del terrorismo (art. 7.º, núm. 2.º). La Ley de 22 de diciembre de 1949, creadora del delito de entrada clandestina en territorio español, fue derogada por Ley de 15 de noviembre de 1971. La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, reconoció como estado peligroso la conducta de los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello (art. 2.º, núm. 12). Ahora el tratamiento jurídico de la entrada o salida del territorio español no autorizada está sujeta a las siguientes normas:

1.ª Las personas implicadas en las organizaciones a que alude el artículo 4.º o en actividades terroristas que entren o salgan clandestinamente están incursas en la modalidad delictiva del artículo 7.º, número 2.º, del Decreto-Ley.

2.ª Los terceros o partícipes de aquellos grupos que coadyuvan al implicado para entrar o salir merced a la facilitación de guía, documentación o medio de transporte se hallan comprendidos también en la norma que se analiza.

3.ª Si quien facilita la entrada o salida de las personas mencionadas —adscritas o no a una organización— lo hacen de modo habitual o lucrativo estarán sujetos además al estado peligroso antes citado (art. 2.º, número 12, de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social).

4.ª Al no implicado en organizaciones subversivas o en actos terroristas que entre o salga clandestinamente del territorio nacional no le corresponde sanción penal alguna, estando sujeto a las prevenciones administrativas (Decreto de 4 de octubre de 1935 y posteriores modificaciones de los Decretos de 20 de junio de 1958 y 23 de diciembre de 1971).

Para la perfección del tipo delictivo no es exigible una específica finalidad. Basta la entrada o salida clandestina de las personas enumeradas sin ulteriores motivaciones, por lo que no es aquí aplicable la doctrina del Tribunal Supremo referida a la Ley de 22 de diciembre de 1949 y declarativa de que la entrada clandestina era considerada punible sólo si se perseguían fines encaminados a perturbar la paz social o la comisión de delitos Sentencias de 24-VI-1968, 12-V-1965, 22-X-1959, etc.).

3.º Se incluye en el artículo 7.º, número 3.º, del Decreto-Ley la figura conocida del "correo", que generalmente actúa como persona intermediaria entre el remitente y el destinatario, sin que, en principio, tenga que conocer la naturaleza de los mensajes que transmite, y a los "confidentes", que proporcionan información o aviso.

En esta figura delictiva los sujetos interesados directamente en la efectividad del mensaje —el remitente y el receptor— deben estar implicados en las organizaciones o actividades terroristas, como se justifica con la palabra "entre". A la inversa, quien transmite el mensaje es responsable aunque no pertenezca a la organización, pero sí debe requerirse que conozca la implicación con aquellas organizaciones del remitente y del destinatario.

4.º El artículo 7.º, número 4.º, sanciona dos conductas distintas. Una es la de tenencia de sustancias, instrumentos o efectos hábiles para la fabricación, almacenaje o transporte de explosivos. Otra, la tenencia de elementos incendiarios, gases de empleo táctico u otros medios análogos.

En el supuesto de que el elemento objetivo coincida con el artículo 264 del Código Penal habrá de acudir a esta norma por el triple motivo de que tiene asignada pena mayor, de que así lo establece el artículo 9.º y de que en ella no resulta aplicable para la esfera delictiva del Decreto-Ley la atenuante específica que recoge su último párrafo. El artículo 7.º, número 4.º, aparte de tener asignada pena de menor entidad, está afectado por la atenuante específica del artículo 8.º del Decreto-Ley.

5.º En el artículo 7.º, número 5.º, al requerirse la falta de "razonable justificación", se excluye la culpabilidad cuando la posesión de libros o documentos pueda ser explicada. Cuando el hecho de la tenencia pudiera determinar la autoría o complicidad en atentado terrorista sancionado con mayor pena será de aplicación el artículo 9.º del Decreto-Ley.

6.º Sanciona el artículo 7.º, número 6.º, a quienes pudiendo impedir con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno un delito de los mencionados en el Decreto-Ley se abstuviere voluntariamente de hacerlo.

7.º El último número del artículo 7.º se refiere a quienes anuncian por cualquier medio, llamada telefónica, carta, etc.) la supuesta colocación de artefactos explosivos o cualquier otro atentado terrorista con el fin de causar alarma. Es suficiente para la tipicidad el hecho del anuncio, aunque realmente la alarma no haya llegado a producirse, pues basta el propósito de causarla.

G) *Sobre la apología y figuras afines*

a) El artículo 10 del Decreto-Ley puede ser fuente de problemas interpretativos, dado que, aunque su tipicidad es puramente descriptiva, está formada en ocasiones por términos flexibles y no absolutamente precisos; fundamentalmente sostenemos que en este artículo 10 se define la apología delictiva en su propio sentido técnico-jurídico, si bien algunas de sus expresiones no se acomodan íntegramente a la formulación clásica. El Código penal, por el contrario, parte de una tipicidad valorativa de la apología (arts. 268 y 566, 4.º), con lo que la integración de una determinada conducta en ella se subordina al concepto de apología a que se dé acogida. Ante estas dos formas diversas en que se manifiesta en los cuerpos legales la apología, la individualización de las distintas acciones integradoras de un núcleo delictivo específico —como acontece en el artículo 10 del Decreto-Ley— ofrece mayores garantías porque evita interpretaciones erróneas y facilita al juzgador el encaje exacto de una conducta en el tipo penal.

De lo expuesto se desprende que el contenido del artículo 10 no entraña una novedad en nuestro sistema penal, pues su núcleo delictivo básico está inserto en el área de la clásica apología. Por supuesto, que, en buena medida son coincidentes las estructuras del artículo 10 del Decreto-Ley y del artículo 268 del Código penal; el radio de esta última figura es más amplio, pues alcanza a la apología de todos los delitos comprendidos en el título II del Código penal —en el que se hallan los delitos de asociación ilícita y de terrorismo—, en tanto que el artículo 10 del Decreto-Ley reduce su esfera de aplicación propia a la apología de las asociaciones subversivas y de los actos de terrorismo. Incluso las respectivas penas privativas de libertad son coincidentes —prisión menor—, si bien se agrega en el artículo 10 una pena pecuniaria y otra privativa de derechos.

b) La apología imaginada como delito se introdujo en nuestro ordenamiento vinculada a los delitos de terrorismo, no constituyendo infracción punible la apología que pudiera hacerse de los demás delitos. Tampoco es ésta la primera vez que se produce la concurrencia de tipicidades relativas a la apología. La Ley de 10 de julio de 1894 instaura en nuestro ordenamiento jurídico el delito de apología delictiva, pues es conocido que para el Código penal de 1870 (art. 584, 4.º), como sus precursores, la apología de los delitos o de los delincuentes no constituía más que una falta. El ámbito del delito está perfectamente determinado en aquella Ley, pues se promulgó con el fin de sancionar los delitos de terrorismo y colocación y tenencia de explosivos (arts. 1.º y 2.º); el artículo 7.º asignó la pena de prisión menor a la apología de los delitos o de los delincuentes penados en la Ley; y si se considera que la naturaleza de la apología no difiere de una provocación indirecta y abstracta allí habrá que situar el artículo 6.º, que sancionó también con prisión menor la provocación de palabra, por escrito, por la imprenta, el grabado u otro medio de publicidad a la perpetración de los delitos de terrorismo y explosivos.

En el Código penal de 1928 es delito la apología de las infracciones delictivas en general (art. 315), siendo castigada la apología de los delitos de terrorismo y explosivos (art. 561) con una penalidad mayor.

Un concepto distinto y amplio de la apología se halla en la Ley de Defensa de la República, de 21-X-1931 (art. 1.º, apartado VI), que impuso las sanciones en ella previstas a la "apología del régimen monárquico o de las personas en que se pretenda vincular su representación y el uso de emblemas, insignias o distintivos alusivos a uno u otras".

La Ley de Terrorismo y Explosivos, de 11 de octubre de 1934, ordenó (art. 3.º) que la pública provocación a la comisión de estos delitos, su apología oral o escrita y la de sus autores será castigada con la pena de prisión menor. Y la Ley de 23 de noviembre de 1935 fue más lejos aún al declarar en estado peligroso como antisociales a los que públicamente hagan la apología de los delitos de terrorismo y atraco.

La apología de los delitos de terrorismo y explosivos tuvo también entidad autónoma como delito en la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941 (arts. 9 y 15). A partir del Código penal de 1944 se ha mantenido la fórmula vigente hasta la entrada en vigor del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975.

c) En general, la apología consiste en una manifestación del pensamiento con la cual se aprueba, se alaba o se exalta un hecho previsto por la Ley como delito o de sus autores. Gramaticalmente es sinónimo de defensa y, por extensión, panegírico o alabanza de algo o de alguien.

Por consiguiente, cuando resulte claro que en una conducta determinada resplandece una verdadera defensa de hechos típicos, su alabanza o la aprobación expresa o implícita de los mismos no habrá dudas de su antijuricidad general y ello aunque no medie una evocación exaltadora del hecho criminoso ni la glorificación de sus autores.

d) También es esencial a la apología una *voluntas post delictum* emitida públicamente y de tal intensidad que sea potencialmente hábil para determinar la comisión de delitos análogos a aquel cuya apología se hace.

La apología tiene que ir necesariamente referida a un hecho antijurídico previo y consumado o en fase de realización. Jurídicamente no es imaginable la apología delictiva que se proyecte tan sólo sobre hechos futuros; conductas de este contenido se integrarán en la proposición o provocación relacionadas con la figura punible en que pueda consistir ese hecho futuro y, si éste tuvo lugar, en la inducción, pero no pueden formar parte de la estructura de la verdadera apología.

La apología hecha en privado es un acto impune por atípico, pues tanto el Código penal (art. 268) como el Decreto-Ley (art. 10) requieren que sea pública. Atendida la letra del Código penal, puede cometerse de palabra o por escrito; en el artículo 10 del Decreto-Ley el único requisito de las acciones que forman el núcleo del delito es que se hagan públicamente; entonces es posible pensar que alguno de los subtipos incluidos en la norma pueda llevarse a cabo a través de hechos concluyentes que no sean la palabra ni el escrito.

La imprenta u otro procedimiento de difusión son también formas de ejecución de la apología común; también de la apología especial o terrorista del Decreto-Ley, pues aunque el artículo 10 no especifique y sólo requiere que sea pública, el artículo 19, en su párrafo 1, establece sanciones administrativas “cuando los hechos a que se refiere el artículo 10 se cometieren por medio de la imprenta o a través de *cualquier medio de comunicación social*”, y el artículo 19, 3, dice que, a los efectos de este Decreto-Ley, se entienden por medios de comunicación social, además de la prensa y publicaciones, la radio, la televisión, la cinematografía, la fonografía y demás procedimiento de difusión o espectáculos de amplia incidencia pública.

e) Si el artículo 10 del Decreto-Ley prescinde del giro apología y acoge otras expresiones en las cuales se desenvuelve legalmente el concepto, a ellas habrá de estarse.

En esta línea penetramos en el análisis particularizado del artículo 10 del Decreto-Ley.

Por lo pronto, son posibles apologías encubiertas; esta variante de comisión no representa tampoco una novedad en nuestro ordenamiento jurídico penal, ya que, por ejemplo, los delitos de injurias y calumnias pueden cometerse a través de expresiones claras y manifiestas o equívocas o encubiertas (arts. 462 y 464 del Código penal). Apología encubierta es la oculta, disimulada o desfigurada si valoramos el término en sentido gramatical puro.

Los verbos que se emplean en el precepto para deslindar la acción responden casi siempre a los conformadores de la apología en sentido estricto. En este orden de ideas deben distinguirse estas modalidades de apología:

1.º La que se manifiesta en el hecho de *defender o estimular* la ideología de las asociaciones subversivas comprendidas en el artículo 4.º del Decreto-Ley o, en general, el empleo de la violencia como instrumento de acción política o social. La apología de las asociaciones ilícitas a través de su defensa, ya sea en sentido material o ideológico, está recogida en el artículo 268 del Código penal; su círculo es más amplio que el previsto en el artículo 10 del Decreto-Ley, pues mientras aquél comprende la apología de todas las asociaciones ilícitas —ya lo sean por razón de su contenido o sólo formalmente—, la nueva disposición sólo alcanza a la apología de las asociaciones violentas o subversivas (art. 173 del Código penal). Esta diferenciación habrá que tenerla en cuenta por cuanto repercute en la penalidad y condiciona la aplicación de las medidas de carácter administrativo que enumera el artículo 19 del Decreto-Ley.

La defensa del empleo de la violencia como instrumento de acción política o social responde mejor a la estructura de la provocación que a la de la verdadera apología, pues ni la instigación a cometer un determinado delito, ni la invitación, ni tampoco el consejo *ante delictum* condicionan esencialmente la figura en examen; la apología debe referirse a un hecho concreto ya realizado y cercano en el tiempo. La defen-

sa del empleo de la violencia en general elevado a apología es más propiamente una provocación.

2.º La que se concreta a aprobar o pretender justificar la perpetración de cualquier otro acto terrorista. Tanto la aprobación como la justificación están incluidas en las más ortodoxas formas de apología. Lo mismo que los actos que se ensalzan, pues el delito de apología surgió con la apología del terrorismo. Destaquemos que es apología la que pueda hacerse de cualquier acto terrorista, hállese o no comprendido en los delitos de terrorismo relacionados en el artículo 1.º del Decreto-Ley.

3.º La que se materializa en enaltecer a los ejecutores o participantes de los actos terroristas, no siendo preciso que esté declarada su responsabilidad a través de sentencia inimpugnable, pues aquí la Ley no se refiere a autores ni a delincuentes, términos que podrían conducir a aquella interpretación, sino simplemente a ejecutores o participantes, expresión que no exige que los intervinientes en un acto terrorista y a quienes se alabe hayan sido juzgados. La apología se refiere aquí a los ejecutores del delito, no al delito. Este tipo de apología se recogió ya en la Ley de 10 de julio de 1894 (art. 7.º: apología de los delincuentes) y en la de 11 de octubre de 1934 (art. 3.º: apología de sus autores).

4.º Los dos últimos incisos del artículo 10 presentan en principio una naturaleza que no coincide exactamente con los subtipos de apología antes examinados.

a) Uno sanciona a quienes "trataren de minimizar las responsabilidades de las conductas tipificadas en este Decreto-Ley por medio de la crítica —directa o solapada— de las sanciones legales que las previenen o castigan". Con el fin de aclarar esta figura delictiva observemos lo siguiente:

Que *minimizar* —verbo acogido por la Real Academia de la Lengua— expresa la idea contraria a exagerar, hiperbolizar o ponderar; se usa con el significado de tratar una cosa con frivolidad o como de menos importancia de la que realmente tiene.

Que *solapar* equivale a disimular u ocultar maliciosamente alguna cosa o, como dice el Diccionario de la Academia Española, a ocultar maliciosa y cautelosamente la verdad o la intención; y *solapado* se dice de la persona que oculta maliciosa y cautelosamente sus pensamientos para estar en mejor situación de realizar sus propósitos o quien se comporta de ordinario con disimulo, hipocresía y mala intención. Así, esta modalidad de apología, en términos más claros, consiste en quitar importancia a las conductas tipificadas en el Decreto-Ley mediante la crítica oculta o disimulada de las sanciones previstas.

La expresión "crítica de las sanciones legales" comprende, en un sentido objetivo, la propia crítica del Decreto-Ley siempre que suponga un ataque a la norma legal o a través de ella se pretenda minimizar la conducta de personas incursoas en él.

Aquí halla también su campo el que puede denominarse delito de terrorismo intelectual, porque se comete a través de la crítica directa o solapada expresada normalmente a través de la prensa y los demás

medios de comunicación social. Mas el ejercicio de la libertad de expresión e información no se le crea un nuevo límite con el Decreto-Ley, pues el de esta naturaleza estaba ya comprendido en el artículo 268 del Código penal; ahora sólo se establece una mayor penalidad, aparte las sanciones administrativas, cuando ese exceso en el ejercicio del derecho se tipifique en alguna de las figuras de terrorismo.

Indiquemos, por último, que la crítica, directa o solapada, va siempre y exclusivamente referida a la minimización de ciertas conductas terroristas; que la crítica política, en general, sigue estando sometida, en su caso, al régimen del artículo 2.º de la Ley de Prensa o al del artículo 165 bis b) del Código penal.

b) El último inciso del artículo 10 se refiere a los que intentaren menoscabar la independencia y el prestigio de la Justicia mediante manifestaciones de solidaridad con las personas encausadas o condenadas. No se trata aquí de una mera adhesión espiritual, sino de manifestaciones externas de solidaridad. En tales manifestaciones, públicas, por supuesto, son indiferentes los medios con tal de que sean idóneos para la apología y no constituyen por sí mismos delitos de mayor entidad. Las manifestaciones de solidaridad con los procesados o condenados suponen una aprobación implícita de su conducta, circunstancia que aproxima esta figura a la apología, que consiste en la exaltación de los ejecutores de acciones terroristas. Pero la diferencia entre ambas especies de apología es manifiesta. En un caso es exigible la exaltación de los ejecutores de actos terroristas, siendo sus medios de comisión públicas manifestaciones del pensamiento exteriorizadas en forma verbal o escrita; en el otro supuesto basta una demostración de solidaridad sin necesidad de ensalzarlos expresamente, con personas procesadas o condenadas, con independencia de que lo hayan sido por un acto terrorista, y los medios de perfección delictiva son no sólo las palabras o el escrito, sino que deben añadirse los hechos, esto es, determinadas conductas de variado contenido que lleven implícita la aprobación de la acción antijurídica y que sean demostrativas de la adhesión.

Quede, pues, claro que las informaciones objetivas no estarán nunca en el radio antijurídico de la norma cuando tal objetividad sea plena y perfecta y no se deduzca de aquéllas ni minimización de la conducta delictiva ni una solapada crítica a las sanciones correspondientes. A situación contraria debe llegarse cuando en una información se relate de forma conscientemente incompleta algo en verdad acaecido, pero a través de una visión parcial que lo desnaturalice, de modo que se resalte sólo aquello que pueda representar la crítica a los intereses que se protegen en la norma, ocultando otros que junto a los expuestos pudieran haber integrado la verdadera información.

III. CUESTIONES DE NATURALEZA PROCESAL

A) *Competencia*

El artículo 11 del Decreto-Ley determina a qué Organos Jurisdiccionales corresponde la competencia para el enjuiciamiento de los hechos delictivos que se recogen en el contenido de la norma; del análisis de la misma aparece lo siguiente:

1.º *A la Jurisdicción Ordinaria —Tribunal de Orden Público—* le corresponde el conocimiento de los delitos tipificados en los artículos 260 a 264 del Código penal, las especialidades delictivas de los artículos 6, 7 y 10 del Decreto-Ley y los delitos señalados en el artículo 4, siempre; además la residual del artículo 294 bis del Código de Justicia Militar. Igualmente conocerá del enjuiciamiento de los delitos que aparecen recogidos en el título XII, capítulo I, del Código penal si la detención ilegal (secuestro) se ha realizado con una motivación político-social, de conformidad con el artículo 3.º de la Ley de 2 de diciembre de 1963, y siempre que los autores no sean algunas de las personas comprendidas en el apartado a) del artículo 294 bis del Código de Justicia Militar, en cuyo supuesto será la Jurisdicción Castrense la competente para este tipo de delito.

2.º *A la Jurisdicción Militar* los delitos contenidos en los diversos apartados del artículo 294 bis del Código de Justicia Militar. El artículo 2.º del Decreto-Ley, que contempla la figura delictiva del secuestro, en todo caso, y los delitos tipificados en los artículos 6, 7 y 10 cuando se consideren formas de participación en los delitos reseñados en el artículo 294 bis.

Aparecen, pues, delitos de la misma naturaleza atribuidos unas veces a la Jurisdicción Militar y otras a la de Orden Público. En particular, hay, en efecto, un evidente paralelismo entre los delitos comprendidos en el artículo 294 bis del Código de Justicia Militar en la redacción dada por la Ley de 15 de noviembre de 1971 y los delitos de terrorismo recogidos en el Código penal (arts. 260-264). El núcleo objetivo de los mismos en ocasiones es idéntico, centrándose las diferencias fundamentales en la condición de los partícipes, pues siempre que éstos pertenezcan o actúen al servicio de organizaciones o grupos subversivos los actos de terrorismo que realicen son de la competencia de la Jurisdicción Militar; cuando no esté justificada aquella descripción es competente la Jurisdicción de Orden Público.

B) *Normas especiales sobre detención (art. 13).*

El artículo 13 del Decreto-Ley —con una vigencia de dos años, según la disposición final 2.ª— establece la posibilidad de demorar la entrega de un detenido que se halle implicado en actividades recogidas en la norma que analizamos.

Los supuestos que pueden presentarse en la aplicación práctica del artículo 13 se sistematizan de la siguiente forma:

Supuesto general.—Es evidente que en la aplicación del artículo han de intervenir dos tipos de órganos, con una competencia funcional y jurisdiccional perfectamente determinada: los funcionarios de la Policía y Orden Público, encargados de realizar la investigación, y la Autoridad Judicial. El primero, órgano investigador, cuando proceda a la detención de una persona implicada en actividades recogidas en el Decreto-Ley tiene la ineludible obligación de poner en conocimiento de la Autoridad Judicial, y dentro de las setenta y dos horas, el hecho de que tal detención se ha practicado, notificación ésta que ha de hacerse al Juez competente por razón de la materia (Juez de Orden Público) y al que hubiera de hacerse entrega de los detenidos y del atestado (Juez del territorio donde la detención tuvo lugar). Con semejante comunicación “el Juez competente” está desde el principio en condiciones de valorar si el hecho por el que la persona fue detenida entra dentro del ámbito de aplicación del Decreto-Ley.

Supuesto especial.—Si los encargados de la investigación, obrando bajo su exclusivo arbitrio, estiman que “las exigencias de la investigación” que están practicando no les permite concluir la misma, les autoriza la Ley a que mantengan detenida a la persona hasta el quinto día, contado desde el que se practicó la detención; en este caso de detención hasta cinco días no se exige nueva comunicación a quien el Decreto-Ley denomina “Juez competente” ni al que señala como “Juez a quien deba de hacerse la entrega”.

Supuesto singular.—Cuando quienes están realizando la investigación consideren que son insuficientes los cinco días para terminarla, la detención puede prorrogarse hasta diez días, plazo máximo que autoriza el Decreto-Ley, mas en este supuesto se requiere la autorización del “Juez a quien deba de hacerse la entrega”.

La petición de semejante autorización por las fuerzas de Orden Público al Juez (a quien deba hacerse la entrega) tiene “que formularse por escrito y expresando los motivos en que se funda”. Ante semejante petición, dicha autoridad judicial, si no está de acuerdo con los motivos aducidos por los funcionarios que investigan para mantener al detenido hasta los diez días, podrá denegar esta última prórroga.

Como se ha indicado, las autoridades o funcionarios que intervienen en la aplicación práctica del artículo 13 son las siguientes:

— Los encargados de realizar la investigación, instructores de las diligencias policiales, que detuvieron a la persona.

— El denominado por el artículo 13 “Juez competente”, que son el Militar o el del Orden Público, y

— La Autoridad Judicial a quien “deba hacerse la entrega”, como puntualiza el artículo 13 (Juez del territorio).

Como es diversa la designación de la Autoridad Judicial (“Juez competente”, “Juez de la entrega”), ese hecho puede proporcionar dudas en orden a la determinación de los órganos judiciales, con o sin competencia jurisdiccional, que han de intervenir; se estima que el término “Juez competente” se extiende y acoge tanto al Juez Militar o al de Orden.

Público como al Juez de Instrucción de la localidad donde se produjo la detención, al cual ha de hacerse la entrega de la persona y de las diligencias, debiéndose señalar que en el supuesto de que las diligencias ya se hubieran remitido al Juzgado de Orden Público este Organismo Jurisdiccional es quien recibirá al detenido y quien, por tanto, estará facultado para conceder la prórroga de los cinco días que solicite el funcionario policial. Finalmente, el Ministerio Fiscal, desde el primer momento en que se practicó la detención, conocerá de aquella situación y de las incidencias posteriores, interesando en su momento la inhibición a favor del Juzgado de Orden Público, de conformidad con la Circular de esta Fiscalía de 21 de mayo de 1975.

Por último, se ha de precisar que el funcionario investigador, como se deduce de la frase "si lo requieren las exigencias de la investigación", está dotado de un arbitrio puramente discrecional, que le permite, con la sola obligación de comunicar la detención en las setenta y dos horas, continuar dicha situación hasta el quinto día e incluso hasta el décimo si en este caso, y previa la autorización que se ha señalado, accediera a ello el Juez a quien deba hacerse la entrega.

Si el detenido lo fuera por su presunta participación en actividades delictivas no recogidas en el ámbito del Decreto-Ley, el artículo 13 no tiene aplicación, debiendo las Fuerzas de Orden Público necesariamente entregar al detenido a la Autoridad Judicial en el plazo de setenta y dos horas, como determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

C) *Normas sobre entrada y registro* (art. 14).

El precepto que se examina establece que, en caso de urgencia, las fuerzas de Orden Público podrán proceder, previa autorización del Comisario Jefe o del Jefe de Unidad, en su caso, al registro de un domicilio o lugar cerrado cuando se presuma que se encuentra en él una persona que pudiera resultar responsable de alguno de los delitos a que se refiere el presente Decreto-Ley o pruebas, efectos e instrumentos de los mismos. De esta medida se dará inmediata cuenta al Juez competente. Dicha autorización del Comisario o Jefe de la Unidad deberá expedirse por escrito y con expresión de las razones de la urgencia, cuya apreciación discrecional será de la competencia de quien lo hubiera ordenado.

Las fuerzas de Orden Público tienen la ineludible obligación de dar cuenta de la medida adoptada al "Juez competente"; debe entenderse por tal no solamente el Juez Militar y el de Orden Público, sino también el Juez de Instrucción, que, en circunstancias que no sean las que contempla el artículo, sería el competente para expedir el mandamiento de entrada y registro. Esta obligación se refiere, naturalmente, al supuesto en que por razones de urgencia se proceda al registro de un domicilio o lugar cerrado sin mandamiento judicial. Se trata de una comunicación *a posteriori* de aquella diligencia, sin más efectos que el conocimiento.

Desde otro punto de vista, ha de considerarse que el ámbito objetivo en que se desenvuelve el artículo es precisamente un "domicilio o lugar cerrado"; en el aspecto subjetivo ha de mediar la presunción de que allí

se encuentran personas implicadas en los delitos que prevé el Decreto-Ley o la creencia de que, al menos, se ocultan efectos o instrumentos del delito.

La causa de esta excepcional actividad de los funcionarios investigadores es la urgencia; se acudirá a este procedimiento sólo cuando exista imposibilidad de esperar a obtener el mandamiento de entrada y registro preceptivo, lo que concretamente se señala en el artículo con la frase "fuera de los casos de urgencia, se seguirá el procedimiento ordinario"; a la urgencia, que, como se ha dicho, es la causa de este modo singular de actuación, va unida otra apreciación o juicio de valor, consistente en la presunción de que la persona responsable de un hecho delictivo se halla en el lugar donde tal registro se ha llevado a cabo.

Es de señalar que la apreciación de la urgencia (como señala el párrafo 2.º del artículo 14) cae bajo el ámbito del arbitrio del Comisario Jefe o del Jefe de la Unidad; mas esa discrecionalidad para valorar la urgencia está condicionada por la concurrencia de elementos de hecho: la posible existencia de personas responsables de determinados delitos o de pruebas, efectos o instrumentos de esos mismos delitos.

La "autorización" ha de examinarse desde el punto de vista de la persona que, valorando la urgencia, accede a que tenga lugar el registro y a través de la forma que deberá adoptar.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el texto del artículo alude al Comisario Jefe o al Jefe de la Unidad, en su caso; los autorizantes han de ostentar un rango jerárquico en sus respectivos Cuerpos de intensidad tal que les faculte para permitir el registro. La expresión Jefe de la Unidad es más inconcreta que la de Comisario Jefe, por lo que en cada caso puede variar la persona que teniendo aquel carácter está legitimada para conceder la autorización.

En cuanto a la forma de la autorización, ésta debe hacerse por escrito motivado, con expresión de las razones de urgencia, que, se insiste, quedan al arbitrio de quien lo ordena.

La última parte del artículo 14 prevé el supuesto normal de que se requiera mandamiento judicial para practicar el registro, situación que se producirá cuando las razones de urgencia no existan, pero aun en este caso su ejecución o práctica ofrece particularidades, pues, de acuerdo con el artículo 563 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "podrá delegarse en cualquier Autoridad o Agente de la Policía Judicial, quien la practicará asistido al menos de otro funcionario policial en funciones de Secretario". La correcta interpretación de este precepto, que entraña novedad, es que en los casos en que la diligencia de registro sea delegada por el Juez que dicta el mandamiento, cualquiera que sea la Autoridad o funcionario en quien la delegue, el delegado habrá de estar asistido, como Secretario, por un funcionario del Cuerpo General de Policía.

D) *Situación personal de los encausados* (art. 15).

La situación normal de las personas implicadas en los delitos comprendidos en el Decreto-Ley mientras se tramitan los sumarios es la de

prisión provisional; así lo establece el párrafo 1.º del artículo 15. Lo excepcional es que pueda decretarse su libertad durante el proceso.

Sobre este tema deben hacerse las siguientes precisiones:

Que si el Juez que entiende de las primeras diligencias no es el competente para instruir el sumario no puede decidir la puesta en libertad del presunto responsable que le haya sido entregado; sólo podrá adoptar resoluciones de esa naturaleza el Juez competente, que lo será el de Orden Público. De igual modo, el Fiscal que no sea de Orden Público tampoco deberá dictaminar sobre la libertad, sino que debe limitar su intervención a instar la práctica de las diligencias más esenciales y a solicitar en su momento la inhibición. Sólo, pues, los Fiscales adscritos a la Jurisdicción de Orden Público están realmente legitimados para informar sobre la petición de libertad. Su dictamen es vinculante cuando lo emitan en sentido negativo a la solicitud de libertad y cuando sea favorable el Juzgado o Tribunal competente no quedarán vinculados por él, pues el artículo observa que en tal caso *podrá* decretarse la libertad, lo que supone una facultad atribuida en exclusiva al Organismo que ha de resolver.

El párrafo 2.º establece un límite a la permanencia en situación de prisión provisional, que deberá ser siempre observado; se pretende con él que la prisión provisional no exceda de la mitad de la pena correspondiente al delito imputado. Mas es de señalar que por pena correspondiente se entenderá el máximo de la prevista, no la que pueda solicitar el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones. Excepcionalmente este estado de prisión provisional puede exceder de la mitad de la pena máxima cuando la situación alterada por el delito no se haya normalizado completamente o cuando no haya cesado la alarma producida. Estas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta por el Ministerio Fiscal al informar sobre la libertad, pero no en un sentido particular y territorialmente localizado, sino valorando la general inquietud, la inseguridad o la angustia producida por el hecho en el territorio nacional.

En los mandamientos de prisión deberá especificarse si han sido determinados por actividades sancionadas en el Decreto-Ley, a fin de que en el establecimiento penitenciario pueda aplicarse cuanto dispone el artículo 16.

E) Normas procesales sobre el ejercicio del derecho de defensa (art. 18)

El artículo en examen tiende a garantizar la eficacia del principio de defensa y al mismo tiempo evitar dilaciones en el procedimiento dirigido a enjuiciar los hechos o conductas delictivas recogidas en el Decreto-Ley. La norma es aplicable sólo por las jurisdicciones referidas en el artículo 11 y se extiende únicamente a los delitos que se enumeran en ese mismo precepto. Con la finalidad aludida dispone que el procesado, en su momento procesal, será requerido para que a la vez que nombra defensor designe otro como suplente y añade que el Tribunal nombrará otro suplente de oficio.

El comentario de este número 1.º del artículo 18 ofrece, en cuanto al

número de abogados designados, algunas particularidades que es preciso resaltar:

a) *Supuesto normal*.—En este caso existirán, asistiendo preceptivamente al acto de la vista y a las diligencias en que sea necesaria la presencia de los defensores: el abogado nombrado por el procesado, el suplente designado por el mismo y el de oficio, como suplente, designado por el Tribunal; en su consecuencia, las defensas asistentes a los actos procesales serán tres por cada procesado.

b) *Supuesto especial*.—Se dará en el caso de que varios procesados nombren para que les defienda o intervengan en la práctica de las diligencias a un mismo abogado titular y a un mismo suplente, al tiempo que el Tribunal designa el del turno de oficio, común a todos. En este caso habrá igualmente tres abogados, que se encargarán de la defensa de todos los procesados.

c) *Supuestos especialísimos*.—Se presentarán cuando el procesado no desee, o no pueda, nombrar abogado titular ni suplente. En este supuesto asumirán la defensa dos letrados: el designado de oficio y el nombrado por el Tribunal, del turno de oficio. La misma situación se presentará cuando sólo haya designado un abogado, prescindiendo, en uso de la facultad que la Ley le atribuye, de nombrar un co-defensor.

d) *Supuesto singular*.—Puede suceder que el día señalado para la vista el procesado que no designó en su momento procesal abogado designe titular y suplente. En este caso se estima que el juicio se celebrará con la asistencia de dos letrados: el nombrado por el normal turno de oficio (al no haber querido o podido el procesado nombrar defensor) y el designado de oficio por el Tribunal, únicos que han podido instruirse simultáneamente de las actuaciones, como requiere el precepto.

El número 2.º del artículo 18 determina la sucesiva actuación de los tres abogados, dando por supuesto que siempre serán tres los asistentes, cosa que no es del todo exacta, pues ya en este párrafo se dice “en caso de incomparecencia del defensor designado en primer término... asumirá la defensa el suplente que *hubiere* podido designar el procesado”. La palabra *hubiere* supone una facultad atribuible al procesado para designar suplente, por lo que la celebración del juicio oral con sólo dos abogados no representa irregularidad capaz de determinar vicios del procedimiento.

La norma del artículo 18, en su número 3.º, faculta al Presidente o al Juez para relevar y sustituir a los abogados que abierta y gravemente perturbaren el orden de los debates o diligencias, desoyendo las oportunas advertencias y requerimientos de aquéllos. La sustitución se producirá en el acto y continuará el juicio o las diligencias con el abogado suplente y el de oficio nombrado por el Tribunal. Si en esa misma conducta incide el abogado designado suplente el juicio continuará exclusivamente con el designado de oficio por el Tribunal y, en fin, si también el nombrado de oficio por el Tribunal incurriere en la conducta descrita será relevado y suspendido el juicio.

Es de observar que esta decisión no tiene carácter de *resolución*,

como, sin embargo, indica el número 5.º del artículo 18, sino que debe adoptar la forma de *acuerdo* del Presidente del Tribunal o Juez que intervenga en las diligencias; cuestión que tiene realmente importancia porque la sustitución de los defensores motivada por una conducta que expresamente incida en la perturbación abierta y grave del orden de los debates es decisión exclusiva del Presidente, que conlleva la inhabilitación para poder actuar en causas por delitos a los que se refiere este Decreto durante el plazo de un año. Se trata, pues, de un acuerdo, no de una resolución propia, al que va unida necesariamente la inhabilitación; contra ésta sólo cabe el recurso de audiencia en justicia, sin suspensión del acuerdo y ante el mismo Tribunal cuyo Presidente acordó la sustitución del letrado.

F) *Otras cuestiones procesales previstas en el Decreto-Ley*

1. El artículo 12 es una norma de carácter general que contiene estas tres importantes declaraciones referidas a todos los delitos previstos en el Decreto-Ley:

— La prioridad en la tramitación de los procedimientos incoados a su amparo, prioridad que se extiende tanto a la fase sumarial como a la etapa que se inicia tras la apertura del Juicio Oral.

— El procedimiento de urgencia habrá de seguirse siempre, cualesquiera sea la pena que corresponda a los hechos que se enjuicien.

— Que en la tramitación de los sumarios rigen las normas procesales comunes dispuestas para el procedimiento de urgencia, salvo las especialidades que se desarrollan en los artículos 13, 14, 15, 16, 17 y 18 y que ya han sido suficientemente analizadas.

2. La especialidad del artículo 17 consiste en que el trámite de instrucción y calificación, cuando sean dos o más los procesados, será siempre simultáneo y no sucesivo, a cuyo efecto se entregará a las defensas durante un plazo común fotocopia de la causa autorizada por el Secretario.

3. El artículo 21 crea una indemnización con cargo al Estado que comprende daños y perjuicios. Son titulares de ella las personas que hubieren sufrido aquéllos con ocasión de su actividad o colaboración para la prevención o represión de los hechos delictivos a que se refiere este Decreto-Ley. No se extiende, pues, a los daños que se hayan podido causar a personas indeterminadas por los actos de terrorismo, sino que los beneficiarios son exclusivamente los que con ocasión de su actividad de colaboración hayan experimentado perjuicios en su persona o en su patrimonio.

En un orden procesal no está suficientemente claro si esta responsabilidad del Estado es subsidiaria, con la consecuencia de que sólo pueda exigirse cuando conste la insolvencia de los responsables del hecho o, si por ser conjunta, la acción dirigida a la pretensión de indemnización nace aun declarada la solvencia del inculpado, con lo que habría una acumulación de indemnizaciones y una concurrencia de responsabilidades

civiles por el mismo hecho y con idéntico contenido. Como la Ley dice que el Estado indemnizará *especialmente*, parece que nos hallamos ante un tipo de indemnización exigible por la vía penal y que no está sometido a los principios que rigen las indemnizaciones normales. Vendría a establecerse así con la indemnización conjunta una justa y rápida compensación para aquellas personas que desinteresadamente colaboran de modo activo en la represión del terrorismo.

Otro tema que debe resolverse es si la vía indemnizatoria está expedita aun cuando no se haya identificado siquiera a los terroristas causantes de los daños. Por razón de sus peculiaridades la tesis positiva debe acogerse.

En el supuesto de que estén identificados y procesados los autores, el Ministerio Fiscal deberá en su escrito de calificación hacer la correspondiente petición de indemnización si no hubiere sido ya satisfecha y, en su caso, hacerlo en favor del Estado. Si los autores no han sido habidos el perjudicado tendrá acción directa para exigirla del Estado en el proceso civil ordinario correspondiente.

Siempre que en un proceso pueda tener aplicación el contenido de este artículo el Fiscal deberá pedir, si ya no se hubiere hecho, que se ofrezca el procedimiento al abogado del Estado.

IV. CUESTIONES DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

También contiene el Decreto-Ley normas de naturaleza administrativa:

1. Con carácter complementario de las sanciones penales prevenidas en el artículo 10, el 19 añade medidas esencialmente administrativas cuando aquellos delitos se cometieren por medio de la imprenta o a través de cualesquiera de los medios de comunicación social enumerados en el número 3 de este artículo 19. Así, de un mismo hecho —como acontece actualmente en la legislación de Prensa— pueden surgir, perfectamente compatibles, responsabilidades de diversa naturaleza; precisamente por ello, cuando la jurisdicción competente para conocer de los delitos definidos en el artículo 10 haya procedido de oficio a la incoación de los sumarios correspondientes, deberán poner este hecho en conocimiento de la Administración para que, en su caso, pueda aplicar la medida que a ella le competen.

2. La Disposición adicional modifica los párrafos 1.º y 2.º del artículo 19 de la vigente Ley de Orden Público en el sentido de aumentar la cuantía de las multas que pueden imponer las autoridades gubernativas por actos contrarios al orden público.

3. Por último, el artículo 20 autoriza el relevo inmediato de las autoridades y funcionarios que procedieren con negligencia en lo relativo a la prevención, pesquisas o persecución de los delitos de terrorismo.

La sanción recae ahora en quienes por razón de sus responsabilida-

des públicas o profesionales se hallen especialmente obligados a extremar su celo en el cumplimiento de la función asignada.

En torno a él observemos lo siguiente:

— Que el relevo se produce de plano, inmediatamente, esto es, sin necesidad de que el superior jerárquico o el órgano competente, para decretar la suspensión, ordene expediente alguno.

— Que tras el relevo deberá iniciarse expediente disciplinario, sin perjuicio de exigir la responsabilidad disciplinaria o penal que procediere.

— Que la causa que lo determina es la negligencia observada en los deberes positivos que le correspondan, relativos a la prevención, pesquisa o persecución de los delitos de terrorismo. Es de notar, de un lado, que no se exige una cualificación especial de la negligencia, pues la norma alude sin más a la negligencia, y, de otro lado, que los delitos en que puede desenvolverse la negligencia son sólo los de terrorismo, y no los de otra naturaleza, comprendidos en el Decreto-Ley.

A la interpretación de los preceptos sustantivos y procesales que precede deberán ajustarse los dictámenes e informes que emitan los funcionarios del Ministerio Fiscal; como de antemano es casi imposible prever los distintos supuestos que pueden presentarse en la realidad práctica no obstante la extensión de la Circular, siempre que los Fiscales tengan dificultades ante supuestos concretos deben formular Consulta a esta Fiscalía.

Madrid, 25 de septiembre de 1975.

CIRCULAR NUM. 4/1975

NORMAS SOBRE APLICACION DEL DECRETO DE INDULTO DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1975

El "Boletín Oficial del Estado" de 26 de noviembre publica el Decreto de la Presidencia del Gobierno 2.940/1975, de 25 de noviembre, por el que se concede Indulto General con motivo de la proclamación de Su Majestad don Juan Carlos de Borbón como Rey de España.

El contenido del Decreto, en líneas generales, no ofrecerá dificultades en su aplicación, pues en algunos aspectos (arts. 5.º y 6.º) representa una reproducción del anterior Decreto de Indulto, de 23 de septiembre de 1971 (arts. 3.º y 4.º), que determinó la Circular de esta Fiscalía 2/1971, de 9 de octubre, aclaratoria, junto a las Consultas 7 y 9 de ese mismo año, de algunas cuestiones que se prestaban a interpretaciones no coincidentes. Sin embargo, y sobre todo en materia de específicos tipos penales exceptuados del Indulto, contiene algunas particularidades para cuya exégesis correcta conviene fijar con la mayor precisión criterios que unifiquen los dictámenes del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad se trazan las siguientes directrices:

A) *La aplicación temporal del Indulto*

Según se advierte en la rectificación de errores publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 29 de noviembre, el Decreto entró en vigor el mismo día de su publicación.

El hecho de que el Decreto no tenga marcado expresamente el día inicial significa que se aplicará a todas las conductas punibles cometidas antes del día 22 de noviembre de 1975, con independencia de que ya hubieran sido objeto de otro o de otros indultos. Así, el *dies a quo* está indeterminado, mientras que el *dies ad quem* o día final hábil para su aplicabilidad a hechos penales es el 21 de noviembre de 1975. Los delitos consumados a partir de esta fecha no se comprenden en el Indulto.

B) *Extensión del Indulto en razón de la naturaleza y cuantía de las penas*

Las penas principales comprendidas en el Indulto son las pecuniarias, las privativas de libertad y la de privación del permiso de conducir.

Respecto a las pecuniarias, se concede Indulto total de las mismas, cualquiera que fuera su cuantía, y ello tanto si figura como pena única o conjunta con penas de otra naturaleza.

En relación con las penas privativas de libertad el Indulto es total para las penas de hasta tres años de duración impuestas por delito o falta; es parcial cuando excedan de dicho tope, según la escala contenida en el artículo 1.º, y no resulta aplicable a las penas de esta naturaleza originadas por conmutación de la pena capital (arts. 1.º, apartado e) y 6.º). Se incluyen también los correctivos de privación de libertad por responsabilidad personal subsidiaria.

En la pena de privación temporal del permiso de conducir el Indulto es total o parcial, en la misma medida prevista para las penas privativas de libertad. Sin embargo, no está incluida en el Indulto la privación con carácter definitivo del carnet de conducir, prevenida en el penúltimo párrafo del artículo 565 del Código penal.

En general, las penas accesorias se indultarán en igual medida que la principal; por tanto, a indulto total o parcial de la pena principal corresponde indulto total o parcial de las penas accesorias. Hay una excepción para la pena accesoria de inhabilitación y para los comisos. Como el Decreto no distingue, en el término inhabilitación se incluirán las inhabilitaciones absolutas y las inhabilitaciones especiales. Dado que el artículo 2.º, en su párrafo 2, sólo dice "salvo las de inhabilitación", este giro puede significar tanto que esa pena accesoria no se indulta en absoluto como que no se indulta en la misma medida, sino en otra, que la pena principal. Mas, como están en esta excepción la inhabilitación y los comisos y ésta es pena indivisible, debe concluirse que las penas accesorias de inhabilitación nunca son objeto de indulto. Además, así se acomodan a un mismo tratamiento las inhabilitaciones, sin distinguir su carácter de pena principal o de pena accesoria. De otro lado, como en la excepción no se cita la pena accesoria de suspensión, hay que entender

que sigue la suerte de la principal, pero cuando la suspensión figure como pena principal queda al margen del Indulto.

Los comisos se excluyen siempre del indulto, tanto los que pueden llamarse generales (art. 48 del Código penal) como los especiales (arts. 213, 350, 393 y 602 del Código penal).

Las penas de muerte resultan afectadas por el Indulto en las dos formas especificadas en el artículo 7.º del Decreto.

El resto de las penas enumeradas en la escala general del artículo 27 del Código que no respondan a la naturaleza de las citadas en el artículo 1.º del Decreto —estén previstas para delitos o para faltas— quedan al margen del Indulto.

En cuanto a la extensión de la Gracia habrá de tenerse en cuenta la escala comprendida en los diferentes apartados del artículo 1.º, lo dispuesto en el artículo 2.º, párrafo 1, y lo prevenido en el artículo 6.º, todos del Decreto.

C) *Los delitos exceptuados del Indulto*

Normalmente, la concesión de los beneficios del indulto se hace en función del carácter y de la duración de las penas. Para la exclusión del indulto, por el contrario, se valora de modo general la naturaleza de los delitos (art. 3.º), aun cuando también se mencionan algunas penas (artículo 2.º, párrafo 2).

El artículo 3.º del Decreto comprende tres figuras delictivas: los delitos de terrorismo y los de propagandas y asociaciones terroristas. Los delitos de terrorismo están excluidos siempre, con independencia del tiempo de su comisión; los de propagandas y asociaciones, al ser calificados de terroristas, presentan particularidades que es preciso analizar, pues al no identificarse con las propagandas ilegales y las asociaciones ilícitas al modo como son reguladas en el Código penal el *tempus commissi delicti* influye decisivamente en el Indulto.

Régimen de los delitos de terrorismo en sentido estricto.—No ofrece dificultades ninguna la exclusión de los delitos tipificados en los artículos 260 a 264 del Código penal. Hayan sido cometidos antes o después de la promulgación del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975 el Indulto no les alcanza.

Debe hacerse una especial referencia al artículo 268 del Código penal, comprendido entre las disposiciones comunes a las dos secciones que le preceden; pues bien, la apología sólo se excluirá del Indulto cuando tenga por objeto los delitos de terrorismo o cuando suponga una exaltación de los autores de los mismos, siendo también intrascendente la fecha de su comisión; en cambio, estarán incluidas en el Indulto las apologías de los restantes delitos regulados en el Título II del Libro II del Código penal, siempre que se hayan perfeccionado antes de la promulgación del Decreto sobre prevención del terrorismo.

El Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975 incluyó en sus artículos 6 y 7 nuevas figuras de terrorismo, tipificadoras de conductas de favorecimiento personal y real a actividades terroristas. La novedad no es absoluta,

pues antes de la vigencia del Decreto-Ley estaban sancionadas si no como tipos independientes sí como formas de participación de actos concretos de terrorismo (cooperación necesaria, complicidad, encubrimiento). En cualquier caso, esto es, ya se califiquen a tenor del Decreto-Ley, atendido el tiempo de su comisión, o bien como formas de participación en los delitos de terrorismo previstos en el Código (arts. 260 a 264 en relación con el art. 17, 3.º, párrafo 2.º, todos del Código penal) por haber tenido lugar antes del 27 de agosto de 1975, estos delitos están excluidos de los beneficios del Indulto.

El artículo 10 del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975 también está en la excepción del artículo 3.º del Decreto de Indulto. Se da acogida en aquella norma a diversas modalidades de la apología, cuya penalidad no difiere fundamentalmente de la que prevé el artículo 268 del Código penal.

En efecto, de un lado, en el artículo 10 hallamos la apología de las asociaciones subversivas, que el Decreto de Indulto designa como asociaciones terroristas; la apología de las asociaciones ilícitas en toda su extensión se tipifica en el artículo 268. Aquéllas están fuera del Indulto si se cometieron a partir del Decreto-Ley, dada su inserción en la legislación de terrorismo, pero la apología de asociaciones subversivas que por razón del tiempo se enmarque en el artículo 268 del Código penal resulta afectada por el Indulto.

De otra parte, el artículo 10 sanciona la apología de los actos terroristas y la de sus ejecutores. Ya se califiquen conforme a este artículo o se incluyan en el artículo 268 del Código penal, sus autores no podrán beneficiarse nunca del Indulto.

Las otras formas apologéticas caracterizadas por su solidaridad con el terrorismo tampoco se desvían de la regla del artículo 10, que es la exclusión del Indulto cuando la acción se haya desenvuelto a partir del 27 de agosto de 1975.

Las asociaciones y propagandas terroristas.—Dado que en el artículo 3.º están exceptuadas totalmente de los beneficios del indulto las llamadas *propagandas de sentido terrorista y los delitos de pertenencia a asociaciones, grupos u organizaciones comprendidas en la legislación sobre terrorismo* y que en el artículo 1.º se concede el indulto total o parcial en función de las penas impuestas o que puedan imponerse a la generalidad de los delitos previstos en el Código penal y en Leyes penales especiales, el primer problema que se plantea es el de deslindar las propagandas de sentido terrorista de las propagandas meramente ilegales y las asociaciones terroristas de las asociaciones ilícitas que no revistan aquel carácter; tema en verdad trascendente, pues si una determinada conducta halla su encuadre en las simples propagandas ilegales o en las asociaciones ilícitas sin especial cualificación estaremos siempre en el área positiva del indulto y, a la inversa, si esas propagandas o asociaciones se enmarcan en el radio del terrorismo la exclusión absoluta del indulto es manifiesta. Procede, por consiguiente, hacer las oportunas distinciones.

1. *El indulto en los delitos de asociaciones clandestinas.*—El Código penal no conoce más denominación que la de *asociaciones ilícitas*, sistematizadas en los artículos 172 y siguientes, que presentan multitud de matices y decisivas variantes en la ordenación legal. Las más caracterizadas son las asociaciones ilícitas relacionadas con el hecho político, pues en función de él está ordenado buena parte del texto normativo. El *quantum* de la pena es una nota esencial y, en verdad, que ofrece notables oscilaciones en su intensidad; en ocasiones, ese *quantum* está condicionado por la naturaleza intrínseca de los fines asociacionales; otras veces es la fase de su constitución la que determina la asignación de una u otra penalidad; en no pocos supuestos es la gravedad de sus acciones el eje sobre el cual gravita el elemento penalidad. Precisamente por razón de su gravedad hallamos diversos tipos de asociaciones ilícitas.

a) *Asociaciones irregulares en su constitución o formalmente ilícitas.*—Las definen los artículos 172, 4.º y 175, 1.º. Sin prejuzgar su contenido, la antijuricidad dimana de informalidades constitutivas; mas una asociación tachada de ilícita sólo por su forma no vincula permanentemente y puede tornarse en ilícita por su contenido siempre que se acredite su choque con normas penales prohibitivas. Las asociaciones formalmente ilícitas no están sometidas a la excepción que prevé el artículo 3.º del Decreto de Indulto, con lo que las penas impuestas por ella estarán abarcadas por el artículo 1.º del Decreto.

b) *Asociaciones prohibidas.*—El núcleo principal de las asociaciones prohibidas está comprendido en los números 2.º y 3.º del artículo 173. Ocioso es decir que lo importante es su contenido y finalidad y que precisamente por estar prohibidas de modo expreso su actividad será siempre *de facto*. La tipicidad de ellas, especialmente las acogidas en el artículo 173, 3.º, es normativa, ya que el texto se remite a “las entidades declaradas fuera de la Ley”; esta declaración se encuentra especificada en la Ley de 9 de febrero de 1939. Su número es *appertus*, como lo justifica la siguiente frase que sigue a la enumeración: “Y cualesquiera otras entidades, agrupaciones o partidos filiales o de análoga significación a los expresados”. Este mismo carácter enunciativo se desprende del artículo 173, 3.º, con su expresión “y cualesquiera otra de tendencias análogas”. Las asociaciones prohibidas cuya actividad no se proyecte en la subversión violenta de las organizaciones estatales ni en ataques a la unidad de la Patria o la integridad de sus territorios están incluidas siempre en los beneficios del Indulto.

a') *Asociaciones prohibidas con fines subversivos y violentos.*—Dentro de las asociaciones prohibidas, y como modalidad especialmente agravada, se incluyen en el artículo 174, 1.º, párrafo 3.º, las que tienen “por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional”. Se trata, en definitiva, de asociaciones prohibidas que por razón de sus fines pretenden la subversión económica, política, social o jurídica del Estado, o bien

el ataque a la integridad de los territorios nacionales o el orden institucional.

b') *Asociaciones, grupos u organizaciones terroristas.*—El término asociación terrorista es ajeno al Código penal, por lo que para hallar la *mens legis* del Decreto de Indulto es imprescindible acudir a otras disposiciones, en particular al Decreto-Ley sobre Prevención del terrorismo de 26 de agosto de 1975, en cuyo artículo 4.º menciona "los grupos u organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas y aquellos otros que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social". Luego cuando el artículo 3.º del Decreto de Indulto excluye de este beneficio a las asociaciones terroristas se está refiriendo a las recogidas en el párrafo 1.º del artículo 4.º del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975; por lo demás, esta misma conclusión se obtiene fácilmente del preámbulo de esta última norma cuando afirma que se incluyen en el Decreto-Ley "las organizaciones cuyas ideologías propugnan las utilización de la violencia y del terrorismo como instrumentos de acción política". Así, pues, en cuanto asociaciones terroristas quedan al margen del Indulto, perfectamente individualizadas, las organizaciones comunistas, anarquistas y separatistas, y además todos aquellos grupos de estructura y denominación distinta que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social. Estas asociaciones, que ya se consideraban por el Código penal subversivas, han sido elevadas a la máxima categoría antijurídica, de terroristas, estableciendo por ello una mayor penalidad.

Las asociaciones terroristas y la aplicación del Indulto suscita estas cuestiones:

a") Conforme al artículo 3.º, quedan exceptuadas del Indulto las penas por delitos de *pertenencia* a asociaciones terroristas. Ello, en su literalidad, significa que la excepción al Indulto comprende sólo los actos de integración a una asociación como miembros simples o con la cualidad de dirigentes, pero no otros actos de participación distintos de la autoría. Se benefician del Indulto los cooperadores o auxiliares de la actividad de la asociación terrorista, tipicidad autónoma tanto en el artículo 174, 2.º, del Código penal como en el artículo 4.º del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975 y, por consiguiente, distinta a la del afiliado a esas asociaciones.

b") Problema de gran importancia, porque incide en el radio mayor o menor del Decreto de Indulto, es el que se plantea en estos términos: Si admitiendo que las asociaciones terroristas sólo existen con esta denominación a partir de la promulgación del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975, ¿estarán o no sujetas a su mismo tratamiento, obstativo del indulto, las condenas por delitos de asociaciones subversivas del artículo 174, 1.º, párrafo 3.º, del Código penal consumados antes de la vigencia del Decreto-Ley? No cabe duda de la virtual coincidencia entre las estructuras punibles básicas de asociaciones terroristas y asociaciones subversivas y de igual modo es notorio que en las asociaciones terroristas el elemento penalidad es mayor que en las asociaciones subver-

sivas del Código penal, por lo que no existe una real superposición. De ahí el que sea legítima la siguiente interrogante: ¿Se extiende el indulto a los hechos realizados antes de la vigencia del Decreto-Ley que hallaren su ajustada tipificación en el artículo 174, 1.º, párrafo 3.º del Código penal, o están excluidos porque toda asociación subversiva, incluso las ya juzgadas, se han transformado *ope legis* en asociación terrorista? Estimamos que las conductas calificadas o que puedan calificarse con arreglo al Código penal están siempre situadas dentro de los límites del Indulto; sólo las comprendidas en el artículo 4.º del Decreto-Ley, por haberse concluido a partir del 27 de agosto de 1975, están fuera de él. No puede, en efecto, concederse eficacia retroactiva al artículo 4.º del Decreto-Ley porque establece para esos delitos una mayor pena, y tampoco puede darse efecto retroactivo a la denominación de asociaciones terroristas para comprender en ella las asociaciones subversivas y llegar a la conclusión de que la exclusión del indulto dispuesta para las asociaciones terroristas comprenda las asociaciones subversivas.

Por otra parte, la propia letra del artículo 3.º del Decreto de Indulto nos lleva a este resultado, porque, según él, quedan exceptuados del Indulto "los delitos de pertenencia a asociaciones... comprendidas en la *legislación sobre terrorismo*", y los únicos delitos de tal naturaleza inscritos en la legislación de terrorismo son los del artículo 4.º del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975, que merece la categoría de Ley penal especial.

Además, no debe olvidarse que las situaciones jurídicas representativas de una excepción son de interpretación estricta. Y si se identificaran asociaciones subversivas y asociaciones terroristas se produciría una interpretación extensiva, en perjuicio de los condenados, pues se equipararía *legislación sobre terrorismo a Código penal*, cuando es notorio que en el artículo 1.º del Decreto de Indulto se contraponen Código penal y Leyes penales especiales y que el Código penal no puede caracterizarse como legislación sobre terrorismo aunque regule delitos de terrorismo, entre los cuales no se hallan las asociaciones subversivas.

2. *El indulto en los delitos de propaganda.*—También aquí es necesario indagar el alcance de un giro que se emplea por vez primera en una disposición penal: el de *propagandas de sentido terrorista* (art. 3.º del Decreto), que no debe identificarse con el concepto clásico de propagandas ilegales (arts. 251 y 252 del Código penal). Propaganda ilegal, en un plano jurídico, es término más amplio que el de propaganda terrorista; para integrar una noción ajustada de la propaganda en sentido terrorista deberá seguirse un proceso análogo al que se adoptó para centrar el verdadero alcance de las asociaciones terroristas. El párrafo 2.º, del artículo 4.º del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975 se refiere a "la propaganda de los anteriores grupos u organizaciones que vaya dirigida a promover o difundir sus actividades". Ante este texto deben hacerse las precisiones siguientes:

a) Que, en principio, es propaganda terrorista la que recaiga sobre organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas y aquellos otros gru-

pos que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social.

b) Pero no toda propaganda relacionada con los anteriores grupos debe calificarse de terrorista, sino exclusivamente aquella "que vaya dirigida a promover o difundir sus actividades", único supuesto contemplado en el artículo 4.º, párrafo 2.º, del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975. Así, no es propaganda de ese carácter la que, procediendo de grupos u organizaciones de esa naturaleza, va encaminada a fines distintos de los de promover o difundir sus actividades. Propaganda ilegal no puede equipararse a propaganda terrorista, pues este concepto es mucho más restringido tanto en un plano gramatical como en un orden jurídico.

Trasladando estas observaciones a los correspondientes artículos del Código penal, debe señalarse que propaganda de sentido terrorista será sólo la comprendida en el artículo 251, números 1.º, 2.º y 3.º; no, en cambio, la tipificada en los artículos 251, 4.º y 252; tampoco es propaganda terrorista la definida en el artículo 164 bis a) del Código penal.

c) La propaganda se lleva a cabo a través de multitud de actos normalmente dinámicos; mas a la propaganda, en sentido jurídico, se equiparan actos que materialmente no constituyen propaganda: la tenencia de material idóneo puede encuadrarse en la propaganda y el uso de símbolos o emblemas propios de organizaciones declaradas fuera de la ley (art. 251, 4.º, párrafos 1.º y 2.º). La mera tenencia de propaganda subversiva o el uso de símbolos o emblemas no es hábil para integrar la propaganda terrorista, ya que debe exigirse una propaganda con sentido real, de difusión efectiva, con contenido propiamente terrorista.

d) La diferencia entre propaganda ilegal y propaganda terrorista sólo es importante para los delitos consumados entre las fechas comprendidas entre la entrada en vigor del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975 y la promulgación del Decreto de Indulto, pues sólo en tal fase juega la antítesis exclusión-inclusión en el Indulto; cualesquiera sea el tipo de propaganda perfeccionada antes del Decreto-Ley está comprendida en el Indulto.

3. *El indulto en los delitos monetarios.*—El artículo 4.º excluye del Indulto todos los delitos de falsificación de moneda metálica y billetes del Estado y Banco, de los artículos 283 y 290 del Código penal; también están excluidos los delitos de contrabando y atesoramiento monetarios, definidos en la Ley de 24 de noviembre de 1938.

4. *En torno a si existen otras causas de exclusión.*—Tras la interpretación estricta de los artículos 2.º, 2 y 3.º y la literal del artículo 4.º del Decreto bien puede afirmarse que no hay más motivo de exclusión del Indulto. En consecuencia —y al contrario de lo que acontecía en Decretos de Indulto anteriores—, son hechos intrascendentes la rebeldía de los inculpados, las faltas graves al régimen penitenciario, la oposición del querellante en los delitos privados y los antecedentes penales.

D) Aspectos procesales del Indulto

Como los artículos 5.º y 6.º del Decreto de Indulto vienen casi a coincidir con los artículos 3.º y 4.º del Decreto de Indulto de 23 de septiembre de 1971, analizados en la Circular 2/1971, de 9 de octubre, buena parte del contenido de ésta es válido en un orden interpretativo. Unas veces como simple recordatorio y otras como cuestiones nuevas he aquí algunas observaciones:

1. *Cuándo debe solicitarse el indulto.*—El momento procesal en que deba pedirse la aplicación del Indulto por el Ministerio Fiscal está condicionado por estas circunstancias: el tipo de indulto, el procedimiento seguido y el estado de la causa.

— Indulto anticipado en procedimiento de urgencia por delito cuyo fallo compete a los Juzgados de Instrucción. Cuando en las diligencias preparatorias se solicite la apertura del juicio oral habrá que formular necesariamente escrito de calificación y pedir por otrosí el indulto anticipado a través de Auto de sobreseimiento libre del artículo 637, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la reserva de acciones civiles, que podrán exigirse mediante el procedimiento de tal clase que corresponda.

— En los procedimientos cuyo fallo corresponde a las Audiencias Provinciales la solicitud del indulto anticipado, cuando proceda, habrá de hacerse por otrosí en el mismo escrito de calificación o inmediatamente de formulado éste.

— Cuando no se trate de indulto anticipado, sino de indulto parcial normal, la petición de indulto para la rebaja de las penas que correspondan se formulará en trámite de ejecutoria.

— Cualesquiera sea el procedimiento seguido, cuando se trate de delitos calificados pendientes de celebración del Juicio Oral y a los que resulte de aplicación el indulto anticipado, el Fiscal, teniendo en cuenta los antecedentes que obren en Fiscalía, dirigirá escrito al Juzgado o Tribunal pidiendo el sobreseimiento libre del artículo 637, 3.º, por indulto.

— Cuando sean varios los procesados en una misma causa y proceda para uno el indulto total y para otros el parcial se solicitará para aquéllos el sobreseimiento del artículo 637, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 112, 4.º, del Código penal. Para los demás continuará el curso de la causa.

— Si las causas que se hallaren en trámite de recurso de apelación fuesen por hechos incluidos en el indulto total es preferible que el recurso se resuelva por sentencia absolutoria de la Audiencia, salvo que las partes desistieran de él, acto procesal a adoptar por el Fiscal si, aun en el caso de que prosperara el recurso, las penas a imponer estuvieran comprendidas en el artículo 1.º a) del Decreto de Indulto.

— En los juicios de faltas, como no está previsto el trámite de sobreseimiento libre del artículo 637, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrá de celebrarse el juicio verbal, fase en donde se solicitará la absolución siempre que la pena asignada al hecho sea cualesquiera de las que determinan el indulto total en el artículo 1.º del Decreto. No

resulta, además, viable el sobreseimiento libre de las faltas porque el artículo 5.º del Decreto requiere el procedimiento por *delitos*.

2. *Otros requisitos que han de cumplirse para la aplicación del indulto anticipado.*—El dictamen del Ministerio Fiscal es indispensable y previo al acto de sobreseimiento acordando el indulto tanto en los delitos perseguibles de oficio como en los de cualesquiera otra naturaleza. Pero el indulto total, en su forma anticipada, requiere además estos trámites:

— En primer lugar, y aunque es preceptiva la audiencia del inculgado, su contenido declarativo no produce efectos vinculantes para el órgano jurisdiccional, de modo que aunque el destinatario se opusiere a que se le apliquen los beneficios del indulto, si concurren los requisitos objetivos exigibles en el artículo 1.º, a) y en el artículo 2.º, 2, el Juzgado o Tribunal podrá dictar Auto acordándolo.

— El indulto no procederá cuando la calificación de las partes acusadoras, distintas del Ministerio Fiscal, solicitan penas que, por su naturaleza o cuantía, excedan de las expresadas en el Decreto para la vigencia del indulto anticipado, pues el artículo 5.º, con carácter cumulativo o conjunto, exige que las penas pedidas *por el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras* estén comprendidas en el apartado a) del artículo 1.º.

— Al producirse en el indulto anticipado la extinción de la responsabilidad penal (arts. 637, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 112, 4.º, del Código penal), que lleva aparejada dentro de estos procesos la inexigibilidad de la responsabilidad civil, ésta sólo podrá exigirse en el procedimiento civil adecuado. Por ello el Ministerio Fiscal, al tiempo de solicitar el sobreseimiento libre, pedirá también que se reserven al perjudicado las acciones civiles que correspondan para la exigencia, en su caso, de la responsabilidad civil. Y cuando se trate de responsabilidad cubierta por el seguro obligatorio en los hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor el Ministerio Fiscal pedirá, tras el sobreseimiento libre, que el Juez o Tribunal dicte el Auto ejecutivo en la forma y con los requisitos prevenidos en el artículo 10 del Decreto de 21 de marzo de 1968, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor.

3. *Especial atención del Ministerio Fiscal en las causas afectadas por el Decreto de Indulto.*—En general, los Fiscales deberán instar la aceleración de los trámites de las causas en todos los casos en que procediera el indulto total o parcial. Pero de modo especial cuidarán de lo siguiente:

— En las causas que se hallen en fase sumarial considerarán la situación de quienes se hallen privados de libertad que puedan ser beneficiarios de cualquiera de las modalidades del indulto, instando, en su caso, la modificación de la situación de los inculcados.

— Las causas que se encuentren ya en Fiscalía en trámite adecuado para formular escrito de calificación serán despachadas con preferencia.

cuando con la aplicación del indulto debieran ser puestos en libertad quienes estén privados de ella.

— En las causas ya concluidas por sentencia, que no sean firmes, deberán comprobar la situación de los penados, a efectos del indulto, instando lo procedente.

— En las causas resueltas por sentencia firme, utilizando los datos de las fichas de ejecutorias de Fiscalía, se comprobará si es urgente la aplicación del indulto por la incidencia de los artículos 1.º y 6.º del Decreto sobre las penas compuestas y, en caso afirmativo, solicitar su inmediata efectividad.

4. *Otras cuestiones a tener en cuenta por los Fiscales*

— Las causas que terminen por aplicación del indulto anticipado habrán de ser objeto de cómputo especial en la estadística anual de las Fiscalías que se formula con motivo de la Memoria.

— Como no es fácil prever todas las dificultades que pueden surgir de la aplicación del Decreto de Indulto, las dudas que se originen deberán ser objeto de consulta especial.

Madrid, 1.º de diciembre de 1975.

CIRCULAR NUM. 5/1975

CONDUCTAS DELICTIVAS EN MATERIA DE VIVIENDA

La Circular 5/1965, de 1 de diciembre, abordó un tema de gran trascendencia social, que afecta profundamente a una de las misiones del Ministerio Fiscal: la de la satisfacción del interés social en el terreno de la construcción y promoción de viviendas que proporcionen al ciudadano un digno habitáculo para su hogar, como centro de desarrollo de su intimidad y vida familiar. Los análisis que aquella Circular efectuaba de las conductas que pueden interferir el normal desenvolvimiento de la actividad constructora, desviando lo que debe ser un beneficio social hacia el lucro privado y personal, en cuanto tales conductas penetren en el terreno de la ilicitud penal tanto por encerrar un propósito defraudatorio y explotador de la necesidad de viviendas existentes como por conducir a una negligente causación de siniestros y daños previsibles y prevenibles, sigue vigente. Como siguen teniendo actualidad y deben ser observadas por los señores Fiscales de las Audiencias las instrucciones que en ella se daban sobre la necesidad de vivir la realidad de sus respectivos territorios, atentos a la averiguación, persecución y castigo enérgico de todo aquel conglomerado de conductas dañosas e ilícitas, conductas que, desafortunadamente y pese a todo, siguen afligiendo nuestra realidad social.

Sin embargo, desde la fecha de aquella Circular se han dictado algunas disposiciones legislativas que han incidido en la prevención de los fraudes cometidos en la llamada promoción de viviendas, cual la impor-

tante Ley 57/1968, de 27 de julio; así como en el castigo de los actos de tráfico ilícito de viviendas de protección oficial y precio tasado que contempla el artículo 541 del Código penal tras su redacción por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Todo lo cual aconseja volver sobre el tema de aquella Circular para completar su contenido con el análisis de las consecuencias de esta nueva realidad legislativa.

Conductas delictivas defraudatorias en las que pueden incurrir los promotores de viviendas

La Circular 5/1965 examinaba una serie de actuaciones tendentes a un fácil lucro que personas desaprensivas, bien a través de una actuación puramente individual, bien amparándose en la interposición de una sociedad o empresa mercantil, pueden realizar explotando la necesidad y el ansia de vivienda que los desplazamientos migratorios internos y el aumento del nivel de vida han despertado en nuestra sociedad: la simulación de una solvencia económica y eficacia técnica, que esté muy lejos de la realidad y del posible cumplimiento de las ofertas que tentadoramente se hacen; la oculta utilización de materiales cuya calidad es notoriamente inferior a la convenida y anunciada; el ofrecimiento de servicios comunitarios no previstos o, que previstos, no se tiene intención de construir —zonas verdes, educativas, deportivas, mercados, etc.— y cuya falta repercute no sólo en la calidad de vida de los ocupantes de las urbanizaciones afectadas, sino en el valor real de las viviendas enajenadas, con perjuicio para los confiados adquirentes; la simulación documental para aparentar gastos o inversiones en la construcción no realizados, obteniendo su satisfacción y abono por parte del contratante, eran supuestos de clara naturaleza fraudulenta que aquella Circular citaba como constitutivos de los tipos de estafa de los artículos 528, párrafo 1.º, y 529, número 1.º, del Código penal, cuando no de falsedades previstas en los artículos 303, 304 y 306 del propio texto sancionador.

Sin estériles pretensiones de agotar la realidad punitiva del tema, cuya picaresca es siempre más prolífica que la imaginación del penalista, podría agregarse a esa enumeración otros supuestos defraudatorios, no menos frecuentes, y que aprovechan el período de incerteza jurídica que se da entre la perfección de los contratos de venta y su formalización registral: la enajenación de pisos y locales aún no construidos y que se ofrecen como ya existentes; la múltiple venta de un mismo inmueble a varias personas; la ocultación de cargas existentes sobre el bien enajenado como libre; la posterior hipoteca del edificio, que previamente se ha enajenado en titulación puramente privada y que por ello no ha podido acceder al registro, etc. Supuestos que, cuando no son subsumibles en el artículo 529, número 1.º, del Código penal, lo serán en el 531 ó 532, número 2.º del mismo Cuerpo legal, sirviendo como módulo diferenciador el que el perjuicio sea causado mediante el engaño de una apariencia patrimonial o existencia de bienes irreales o mediante la enajenación o gravamen fraudulento de bienes reales, pero que ya han dejado de ser propios.

Es de destacar que una gran parte de ese tipo de fraudes aparecen prevenidos en la "ratio legis" de la Ley 57/1968, de 27 de julio, que dispone la necesidad de garantizar en forma adecuada, utilizando uno de los medios específicos que la misma Ley señala en su artículo 1.º —seguro o aval bancario— la devolución de las cantidades entregadas a cuenta más el 6 por 100 de interés anual en los supuestos de incumplimiento del contrato de construcción de una vivienda, sea o no de protección oficial, con lo que, de darse un caso de resolución o rescisión contractual, la restitución del precio queda asegurada.

El artículo 6.º de esa Ley, en su párrafo 2.º, define un tipo de delito agravado al señalar que "la no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la presente Ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587, número 3.º y 535 del vigente Código penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo". Naturalmente que el módulo diferenciador entre el delito y la falta será el de la cuantía de lo indebidamente apropiado, aunque no se ocultará a la experiencia de los señores Fiscales que, dado el monto de las cantidades que usualmente se manejan en esos contratos, el supuesto de que el hecho sea constitutivo de una mera falta será inusual y lo común será el caso contrario.

La infracción penal se da, pues, con la concurrencia de dos requisitos que se expresan claramente en ese artículo 6.º y que son:

1.º La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, y

2.º La infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley.

Es decir:

a) La falta de contrato del seguro o del aval, y

b) Que se hayan percibido las cantidades anticipadas en forma distinta a las prevenidas en la condición segunda del artículo 1.º.

Ese precepto, que en el fondo utiliza un medio determinador del dolo penal del promotor que incumple sus promesas, en base a que el hecho de haber dejado inicialmente sin garantizar las cantidades que proyectaba recibir a cuenta o recibir las cantidades sin las garantías de publicidad prevenidas, revela ya una mala fe antecedente, viene a clarificar las diferencias entre lo que sería mera ilicitud civil por incumplimiento de contrato, de lo que es un claro supuesto de ilícito penal por indebida apropiación de lo recibido, construyéndose así una figura híbrida en que juega a la vez el engaño inicial y la apropiación definitiva de lo recibido a virtud de un título que, "prima facie", no lleva consigo la obligación de devolver, sino la de entregar la contraprestación prometida. Por lo que cabe afirmar que el párrafo 2.º del artículo 6.º citado establece en realidad un tipo extensivo de apropiación indebida. Por ello ha de hacerse notar que es en esa apropiación donde radica el acento de la antijuricidad penal de la conducta, de modo que no es suficiente el incumplimiento de lo convenido y la ausencia de garantías para que entre en juego el delito específico previsto en el citado párrafo 2.º del artículo 6.º de la Ley 57/1975.

sino que ha de darse a la vez el hecho de la apropiación o negativa a la devolución de lo recibido, ya que, en otro caso, aquel incumplimiento sólo originará las sanciones administrativas prevenidas en el primer párrafo del artículo citado.

Por su parte, el Decreto 3.114/1968, de 12 de diciembre, extendió el régimen de garantías y responsabilidades de la Ley de 27 de julio de 1968 citada a las personas físicas y jurídicas que promocionen viviendas que no sean de protección oficial por medio del denominado régimen de comunidad art. 1) y a las Cooperativas constituidas conforme a la Ley de 2 de enero de 1942 y el Reglamento de 11 de noviembre de 1943 (art. 4.º). La cita contenida en este Decreto de 12 de diciembre de 1968 debe entenderse ahora a la Ley 52 de 19 de diciembre de 1974 sobre Sociedades Cooperativas. Conviene señalar que en los supuestos objetivos de ese Decreto se da en el orden subjetivo de los cualificados para responder de la comisión de tales delitos una limitación o restricción, prevista en el artículo 5.º, en cuanto esa responsabilidad queda delimitada en el gestor o gestores a que se refiere el párrafo primero del artículo 2.º de este Decreto y en las personas integradas en las Juntas Rectoras de las Cooperativas a quienes serán aplicadas las disposiciones sancionadoras del artículo 6.º de la Ley 57/1968, de 27 de julio, tanto en el caso de su inobservancia como en el de no devolución de las cantidades aportadas.

La eficacia preventiva de esas Leyes es evidente, ya que la constitución de las garantías en ellas previstas por parte de los promotores impide todo perjuicio sobrevenido a los adquirentes, tanto los que pudieran derivarse de una fraudulenta actuación del promotor como los que se pudieran producir por una desafortunada o negligente gestión que impida el feliz término del proyecto comenzado de buena fe. Pero para que esa eficacia preventiva sea real se hace necesario que en los casos de incumplimiento de las normas precautorias previstas en la Ley actúe la reacción penal con un rápido y eficaz castigo de la conducta ilícita, que también ha previsto el legislador, y es aquí donde el celo de los señores Fiscales ha de mostrar su espíritu alerta y la eficiencia de su actuación. Tanto más importante cuanto que, como ya señalaba la memoria de esta Fiscalía del año 1971, en este tipo de delitos, en que se ven afectados una masa de sujetos pasivos, la dispersión del volumen económico en gran número de perjudicados y las dificultades para una actuación solidaria de los mismos disminuye su capacidad de reacción y defensa. Incapacidad de reacción privada que ha de ser suplida por una mayor capacidad de persecución por parte del detentador de la acción pública, esto es, por parte del Fiscal.

También es de remarcarse en el ámbito temporal la extensión de los efectos de la Ley a las situaciones pendientes tras su publicación, como señala en Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1975 al declarar: "Que es muy de tener en cuenta la finalidad de protección social que inspiró la promulgación de esta Ley frente a la proliferación de desmanes de constructores, defraudatorios de los aspirante a la adquisición de viviendas, muchas veces modestas, y tendente a cortarlas, lo que expli-

ca, y bien claro lo expresa, la exposición de motivos de tan citada Ley, que tenga no sólo proyección de futuro, sino que se quiera extender a este tipo de situaciones pendientes al momento de la promulgación de sus dictados, y a lo que, sin duda, tendió la autorización legislativa contenida en la 2.^a disposición para que los Ministerios de Justicia y Vivienda dictaran las disposiciones complementarias necesarias para el desarrollo de la Ley, autorización legislativa que supone que estas normas complementarias se integraran en la Ley y deban considerarse formando parte de la misma. En este sentido, para la transición de las anteriores situaciones al régimen local se dictó la Orden de 10 de agosto de 1968, que obligaba a declarar, antes de 1.º de octubre de 1968, los contratos de esta clase anteriores a 29 de julio de 1968, calidad que tiene el cuestionado, con la prevención de que al no hacerlo así, como aquí ocurrió, sería íntegramente aplicable la Ley a todos los contratos no declarados, aplicándose como fecha de los mismos, al no haberlo sido oportunamente, lo prevenido en el artículo 1.227 del Código civil y, como quiera que este contrato se incorporó a los autos muy posteriormente a 29 de julio de 1968 —fecha de la promulgación—, le es de entera aplicación la Ley tan repetidamente citada, siendo a mayor abundamiento ponderable que el inicial anticipo no suponía la apropiación, ya que hasta que pasó el plazo de entrega, incumplándose el deber de entregar lo vendido o de devolver lo anticipado con el 6 por 100 desde la fecha de la entrega, no se consumó la apropiación y que en tal tiempo consumativo estaba ya en pleno vigor la Ley y no puede hablarse, por consiguiente, de aplicación retroactiva de sus preceptos, aparte que dicho queda que con Ley o sin ella el delito de apropiación indebida fue cometido”.

Conductas delictivas que afecten al tráfico comercial de las viviendas de protección oficial

La técnica que el Código penal de 1944 utilizaba en el Capítulo V de su Título XIII, del Libro II, provenía del añejo texto de 1848 y respondía a la concepción liberal de la época, de economía de mercado libre y determinación de los precios por el simple efecto de la Ley de la oferta y la demanda. Pese a que en la época en que el Código vigente se publica, los valores económicos en juego habían sufrido un notorio cambio y la intervención estatal en la vigilancia y modificación de las directrices del mercado era ya necesidad constatada y práctica usual, los redactores del Código no plasmaron en él esa nueva realidad económica, tal vez por considerar que la legislación a la sazón vigente en materia de abastecimientos garantizaba suficientemente la sociedad contra los actos de agio y contra la explotación de las necesidades colectivas, que hacían pagar por las mercancías precios superiores a los tasados y desproporcionados con el que para su adquisición en un mercado controlado habían pagado sus tenedores.

El cambio económico-social y la derogación de aquella legislación excepcional ante la nueva realidad de un mercado abastecido y abundante dejó subsistentes los preceptos comunes del Código como único medio de

lucha contra los agiotistas y los que obteniendo ventajas oficiales condicionadas a un precio tasado burlan posteriormente esa tasa o límite. Pero tales preceptos, destinados a amparar tan sólo la Ley natural de la oferta y la demanda, determinada por el libre cambio económico, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1970, mal podrían acomodarse a situaciones en que un promotor de viviendas, usando y abusando de esa Ley de libre concurrencia, fijaba precios acordes con lo que, por la escasez de bienes, estaba dispuesto a pagar el comprador, pero que eran superiores a los que la normativa sobre Viviendas de Protección Oficial autorizaba. Por ello el artículo 112 del Reglamento de 24 de julio de 1968, que establece la prohibición de "todo sobreprecio o prima en el arrendamiento, venta o acceso diferido a la propiedad...", carecía de la correspondiente tutela penal al ser atípicas esas conductas a la luz de los artículos 540 y 541 del Código penal a la sazón vigente.

Esa situación ha sido modificada por la reforma introducida por la Ley 44/1971 en los citados artículos 540 y 541 del vigente Código. Si bien el artículo 540 conserva su rancia estructura de norma penal destinada a tutelar la Ley de la oferta y la demanda en una economía de mercado libre, ha sufrido retoques que extienden su ámbito con la precisión de las cosas objeto de contratación, que se han extendido a "monedas, títulos o valores o cualesquiera cosas muebles o inmuebles", que antes sólo una interpretación extensiva permitiría incluir en el texto; así como se han precisado también los mecanismos utilizados para influir en la alteración de los precios naturales, agregando el empleo de "violencia", amenaza o engaño", amén de extender los "falsos rumores" a las "noticias tendenciosas" y sustituir el ambiguo "o cualquier otro artificio" por la más expresiva fórmula de "cualquier otra maquinación".

Pero la modificación más trascendente se introduce en el artículo 541, en un doble sentido:

a) Dando a su número 1.º una nueva redacción que hace que en los supuestos en que las conductas recaigan sobre los objetos típicos —todos ellos caracterizados por su condición de ser de primera necesidad— se rompa la antigua conexión con el artículo 540 y se prescinda de la forma de determinación del precio. Lo que quiere decir que en tal caso ya no juegan las liberales leyes de la oferta y la demanda, sino que basta la alteración del precio fijado, *cualquiera que sea la forma de su determinación*. Precisión típica que encuentra su razón de ser en la propia estructura legislativa de la economía nacional, en la que juegan una serie de mecanismos, ayudas, tasas y determinaciones de precios que pretenden atenuar las consecuencias excesivas de un mercado libre y que, precisamente en las mercaderías y bienes que el precepto cita, en "numerus appertus", por su condición de objetos de necesidad primaria para los componentes del grupo social, se sustraen a la ley de la oferta y la demanda para someterlos al principio del precio tasado, dirigido a favorecer a los económicamente débiles en razón de la Justicia Social. Resultaría un contrasentido que, siendo los precios fijados por el propio Estado y a través de los órganos constituidos para vigilar el mercado, sólo se sancionaran las.

actividades que alteraran las condiciones de un mercado libre, que, por definición, no puede actuar en aquellos supuestos de precios tasados.

Por ello, constituyendo las viviendas uno de los objetivos típicos sometidos a la tutela del artículo 541, en todos aquellos casos en que su precio de venta, cesión o arriendo estén limitados por una norma legal, inspirada en orientaciones sociales y de promoción de viviendas a favor de los más necesitados de ayuda comunitaria, el empleo de alguna violencia, amenaza o engaño o el uso de cualquier otra maquinación destinada a alterar tales precios constituye el delito previsto en el número 1.º del artículo 541 vigente.

Aparte los supuestos de coacción sobre el que tiene necesidad perentoria de ocupar la vivienda, exigiéndosele entregas suplementarias como contrapartida a la recepción de las llaves, que ya se citaba en la Circular 5/1965, y sin ánimo de agotar las posibilidades de maquinación, citaremos como mecanismos más frecuentemente utilizados para burlar el límite máximo fijado legalmente a las viviendas protegidas, en la cédula de calificación definitiva, los siguientes:

1.º Simular mejoras o sobrevalorar las efectuadas a espaldas y sin autorización de la Administración.

2.º Alegar alteraciones en los precios de coste presupuestados pese a no haberse solicitado o no tener derecho a una revisión de precios.

3.º Enajenar conjuntamente con el piso dependencias anejas sobrevaloradas o descritas con caracteres y condiciones que no reúnen.

4.º Simular contrato de arrendamiento de pisos ya vendidos, que encubren entregas de sobreprecio.

5.º Simular contratos de venta a plazos para encubrir la percepción de alquileres superiores a los señalados con carácter limitado en la Ley.

Cualesquiera de estos hechos u otros análogos son claramente subsumibles en la hipótesis delictiva del artículo 541, número 1.º, que examinamos.

b) Introducción de una nueva figura típica en el número 2.º del artículo 541, en que se sancionan las ilícitas alteraciones de precio "cuando se haya perpetrado el delito con abuso de la condición de beneficiario de alguna concesión, subvención o protección pública". Caen en la previsión de este nuevo tipo agravado no sólo el caso de promotor o constructor que, habiendo recibido una ayuda económica a fondo perdido, deja de hacer la obligada repercusión de la misma a favor de los futuros adquirentes, lucrándose así con un precio superior al que resultaría de haberse efectuado aquella repercusión, sino también todos los casos de alteración no autorizada del destino del inmueble, dedicándolo a fines distintos de los señalados en la cédula de calificación definitiva y obteniendo con ello un beneficio indebido. Los casos más corrientes son los de la enajenación de las viviendas que fueron construidas con fines de arrendamientos, la conversión en locales comerciales de los construidos con destino a viviendas o el dedicar a residencia de temporada explotadas en régimen de arrendamiento de vivienda amueblada u otro cualquiera, el edificio construido con

ayuda estatal, concedida precisamente en atención al compromiso de dedicarlo a vivienda permanente.

Es de notar que todos esos supuestos son también constitutivos de infracciones administrativas, por lo que, en el caso de que se tenga noticia de una de esas infracciones y se estime que no llega al grado de constituir delito por ausencia de algún requisito típico, no deberán olvidar los señores Fiscales, al solicitar el oportuno sobreseimiento o archivo de lo actuado, interesar se dé traslado a las Delegaciones Provinciales de la Vivienda a los efectos oportunos.

Confiando en el reconocido celo de los señores Fiscales que sabrán detectar los supuestos de infracción penal que se produzcan en el ámbito territorial que les está encomendado, no pretende esta Circular agotar todas las posibilidades delictivas del tema. Queremos insistir en lo ya dicho en la Circular número 5/1965, en orden a la necesidad de vigilar y reprimir todas las conductas negligentes que se producen en las obras públicas y en la edificación en general y que siguen ocasionando graves daños no sólo en la vida e integridad de los que dedican su actividad laboral a la construcción, sino también en la economía nacional por las pérdidas cuantiosas que causan los accidentes en ese ramo, cuyo número excede de las medias en otras actividades incluso teóricamente más peligrosas, lo que es claro indicio del menosprecio que a las reglas de seguridad y exigencias de las técnicas hacen constructores y hasta técnicos, que ponen por norte de su actividad más el lucro que la satisfacción de la obra bien hecha.

También hemos de recordar lo que ya se decía en la tantas veces mentada Circular de 1965 sobre la necesidad de poner especial atención en los casos en que aparezcan como perjudicados de los delitos a que venimos refiriéndonos extranjeros que elijan nuestra Patria como lugar de residencia o esparcimiento. No ya porque el artículo 27 del Código civil equipare en la tutela legal a los extranjeros y los nacionales, pues eso tan sólo exigiría darles un trato igualitario, sino porque al daño individual que el delito ocasiona y que sufren más acentuadamente quienes por desconocer nuestras leyes y muchas veces nuestra lengua se encuentran más indefensos frente a cualquier actuación desaprensiva, se añade en esos casos el daño social que al buen nombre de España y al crédito de nuestra honradez comercial se infiere con la difusión, a veces tendenciosamente exagerada, de esa clase de hechos, que vienen de defraudar a quienes habían elegido nuestro país confiados precisamente en nuestra proverbial honorabilidad.

Madrid, 1 de diciembre de 1975.

CIRCULAR NUM. 6/1975

**NORMAS ESPECIFICAS Y COMPLEMENTARIAS
A LA CIRCULAR 4/1975**

La Circular 4/1975, de 1.º de diciembre, exponía las cuestiones más generales que podía suscitar la aplicación del reciente Decreto de Indulto

2.940/1975, de 25 de noviembre. Mas previendo esta Fiscalía que la reconocida capacidad de análisis de los señores Fiscales daría lugar al planteamiento de numerosos problemas, se les instó a hacer sugerencias sobre el contenido de aquella norma; recibidas éstas, puede apreciarse, dadas las diversas observaciones contradictorias, que no aparecen resueltos en la letra del Decreto con la claridad precisa diversos puntos de interés práctico, unos de orden sustantivo y otros de carácter procesal.

Con el fin de concentrar en uno sólo los posibles pareceres jurídicos divergentes he aquí las especiales directrices a que deberán ajustarse todos los informes en materia de indulto relacionado con el último Decreto.

1. En los delitos de estupro, violación o rapto no es procedente el indulto anticipado cuando por cualquiera de las acusaciones se haga alguna de las peticiones previstas en el artículo 444 del Código penal. En este sentido se pronunciaron ya las Circulares de 25 de noviembre de 1958 y 9 de octubre de 1971; tesis que, por lo demás, coincide, en líneas generales con la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 30 de enero de 1974, 10 de mayo de 1974 y 19 de noviembre de 1974.

2. En los delitos relativos a la prostitución tampoco tiene efectividad el indulto anticipado. De un lado, porque en buena parte de ellos, junto a penas pecuniarias y privativas de libertad, están previstas de modo conjunto penas privativas de derechos. Y, de otra parte, porque si algunos de esos delitos (art. 452 bis e)) no llevan aparejadas penas de inhabilitación, sí van acompañadas de medidas (privación de la patria potestad, tutela, autoridad marital; art. 452 bis g)) que no podrían acordarse si se desistiera de la acción a través del sobreseimiento libre.

Solución paralela debe darse en el supuesto del artículo 546 bis d) cuando se solicite la inhabilitación para la profesión o industria o el cierre temporal o definitivo del establecimiento.

3. En los casos de delitos que lleven aparejadas penas alternativas, unas incluídas y otras excluídas del indulto (art. 422), se atenderá a los términos de la calificación ya hecha o a la que pueda hacerse, procediéndose en este caso con libertad en la elección de pena.

4. En la hipótesis de medidas de internamiento indeterminado acordadas en sustitución de penas privativas de libertad contempladas en el artículo 65 del Código penal el indulto anticipado será aplicable siempre que, a tenor de las reglas del artículo 1.º del Decreto alcanzase en su totalidad a la pena sustituida, tesis mantenida ya por esta Fiscalía en Consulta 7/1971, de 23 de octubre.

5. Ante un hecho comprendido en el indulto total y en el que concurra la causa de exención de responsabilidad 1.ª del artículo 8 habrá que dar preferencia a este último, porque las medidas de internamiento, que no son penas, tienden a la curación del delincuente irresponsable, fin que no podría conseguirse acordando el sobreseimiento libre del artículo 637, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 112, 4.º, del Código penal.

6. Según el artículo 1.º del Decreto, el indulto abarca la pena de privación del permiso de conducir. Nada dice en orden a la prohibición

del derecho a obtenerlo. Es necesario incluir ambas situaciones, pues aunque la privación del derecho a obtener el carnet de conducir no esté comprendida en la escala general de penas del artículo 27, la prevé el artículo 516 bis, modificado por Ley de 28 de noviembre de 1974, está consagrada como tal por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 29 de marzo de 1974, 5 de junio de 1972, 18 de noviembre de 1969, etc.) y por una reciente Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo (4/1975, de 2 de diciembre).

7. El indulto comprende todas las penas pecuniarias; en esta expresión debe incluirse no sólo la pena pecuniaria tipo (multa), sino también la de caución (art. 495), que representa una modalidad de aquélla.

8. En los delitos permanentes no habrá lugar a los beneficios del Decreto real cuando la situación jurídica violada que los determina no haya sido interrumpida antes del día final en que el indulto despliega su eficacia extintiva. Por lo demás, el abandono de familia no estará en el radio del indulto, aunque temporalmente esté comprendido en él, pues lo vedan las medidas que establece el artículo 487 (privación de la patria potestad, tutela o autoridad marital).

9. Buen número de faltas están castigadas con la pena de reprobación privada (arts. 570, 577, 580, 583, 584 y 586); aunque parezca anómalo, las infracciones culposas más severamente castigadas (imprudencias temerarias y simple con infracción de reglamentos) sólo se excluyen del indulto anticipado cuando la petición de penas exceda del tope prevenido en el artículo 1.º, a), en tanto que las faltas de simple negligencia (artículo 586, 3.º) incondicionalmente están excluidas de él por causa de la reprobación privada, que, al ser pena no designada entre las que forman el área positiva del Decreto, en modo alguno puede entenderse que sea otra la *mens legislatoris*.

10. Aun cuando existan tipos de medidas de seguridad con el mismo nombre que penas situadas en el indulto (privación del permiso de conducir, multa), como el ámbito objetivo del Decreto está delimitado por conceptos tan claros como *delitos y faltas* comprendidos en el *Código penal y Leyes penales especiales*, no ofrece dudas que las medidas de seguridad están fuera de él, tanto más que, como antes se ha observado, las medidas contenidas en el Código penal tampoco están en la órbita del indulto.

11. El comiso en cuanto pena accesoria (art. 27) de "toda pena que se impusiere por un delito" (art. 48) o falta (art. 602) no es indultable, pues lo prohíbe el artículo 2.º, 2, del Decreto. Pero el comiso como acto de ocupación concluido durante la tramitación de procedimientos penales no impide la aplicación anticipada del indulto en causas en que no excediendo las penas del *quantum* fijado en el artículo 1.º, a) se hayan intervenido objetos, efectos o instrumentos. Sin perjuicio, claro es, de que a lo decomisado a instancias del Fiscal se le pueda dar el destino prevenido en los artículos 48 del Código penal y 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues aunque este último precepto se refiere en puridad al sobreseimiento que puede fundarse en la exención de responsa-

bilidad (art. 637, 3.º), que difiere básicamente de la extinción de responsabilidad que conlleva el indulto, parece que debe ser aplicado porque el Decreto del indulto se remite al 637, 3.º.

Mas si el mero acto de comiso o incluso una petición de ese carácter no transformada en pena no es impeditiva por sí sola del indulto, todas las penas accesorias de comiso ya impuestas o que puedan imponerse por razón de la cuantía de la principal no están comprendidas en el indulto, pues ello realmente supondría muchas veces la entrega de lo decomisado al culpable sancionado e indultado. Aunque la referencia conjunta en el artículo 2, 2.º, del Decreto de inhabilitación y comiso podría llevar a pensar que su tratamiento ante el indulto es idéntico —siempre exclusión—, no es así si se piensa que la inhabilitación como pena accesoria va unida siempre a penas principales que nunca son objeto de indulto o lo son parcialmente (arts. 45 y 46 del Código penal).

12. La Ley de Caza de 4 de abril de 1970 establece para los delitos de caza (art. 42) y para las faltas, en caso de reincidencia (art. 43, 2), la privación de la licencia de caza o de la facultad de obtenerla por un plazo determinado. La condena a la privación de la licencia de caza está excluida del indulto. De un lado, porque nos hallamos ante una pena principal verdadera, a diferencia de lo que ocurría en la anterior Ley de Caza, pues, dado el carácter perpetuo de la privación de la licencia, se aproximaba a las medidas de seguridad; como tal pena no está mencionada en el artículo 1.º del Decreto es claro que no le alcanza la gracia. A la misma conclusión se llega si estimáramos con el Tribunal Supremo (Auto de 29 de octubre de 1973) que la privación de la licencia de caza no es propiamente una pena, sino una medida gubernativa, porque éstas son ajenas al indulto.

13. A efectos de condena condicional hay que tener en cuenta la pena impuesta y no la pendiente de cumplir, disminuida por el indulto; por ello no se aplicarán los beneficios de la suspensión de condena al resto de pena no indultada inferior a un año, tesis mantenida ya en Consulta 1/1972. Sin embargo, el indulto se aplicará a las penas suspendidas condicionalmente, porque al ser incondicionada la extinción que emana del indulto siempre será más favorable para el reo. No se extiende en ningún caso a las penas extinguidas por cumplimiento (Consulta 9/1971).

14. Los beneficios del indulto son compatibles con los concedidos en otros indultos generales o particulares, pero los porcentajes que prevé el artículo 1.º actuarán sobre la totalidad de la pena impuesta, no sobre la pena ya reducida por otros indultos.

15. Las costas causadas en delitos indultados totalmente tras dictarse sentencia que ya se hubieran hecho efectivas son inmodificables, pues es norma en los indultos propios su no extensión a los gastos del juicio y costas procesales (art. 9, Ley de 18 de junio de 1870). Las costas que hayan podido producirse con anterioridad al indulto anticipado y que se hallen pendientes sí están amparadas por él, pues el auto de sobreseimiento libre debe estar ordenado por el mismo sistema libera-

torio que las sentencias absolutorias (art. 240, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

16. Conforme al Decreto de indulto, los rebeldes, que tradicionalmente eran excluidos, no están exceptuados de los beneficios. Son, pues, éstos aplicables a los que fueron condenados estando rebeldes, a los condenados presentes, pero en situación de rebeldía tras el juicio oral, y a los declarados rebeldes estando pendiente la celebración de la vista. A los rebeldes ya condenados se les aplicará el indulto total o parcial directamente, sin esperar al cese de tal situación. Relativamente, a los rebeldes para quienes pueda solicitarse el indulto anticipado éste desplegará sus efectos si habiéndose señalado un prudencial plazo para ser oídos no se hubiesen presentado al llamamiento judicial.

17. Aunque no es vinculante para el órgano jurisdiccional la presunta oposición del inculpado al indulto, que en virtud del derecho a ser absuelto puede preferir la celebración del juicio y la posible sentencia absolutoria, es lo cierto que se requiere su audiencia, pero no hasta el punto de que si ésta no resultase posible en un plazo determinado que se señale su falta sea impeditiva del indulto; al contrario, agotado el término, el silencio deberá interpretarse como aceptación en virtud del principio *favorabilia sunt amplianda*.

18. Cuando los hechos puedan dar lugar a penas de diverso carácter, unas excluidas y otras incluidas en la gracia, no es procedentes instar el indulto anticipado para unas penas y calificar para las exceptuadas; la solución correcta consiste en formular escrito de conclusiones para todas, sin perjuicio de que tras el juicio oral y la sentencia se aplique el indulto total a las penas comprendidas en el artículo 1.º, a) del Decreto.

19. Tratándose de penas a las que, por su naturaleza, se extiende el indulto, será necesario celebrar el juicio oral si cualquiera de las partes acusadoras solicita alguna pena que exceda de tres años; mas si concluido el juicio oral la Sala considera que la pena a imponer no debe rebasar los tres años se suscita la cuestión de si se puede aplicar directamente el indulto en la sentencia, que sería absolutoria con base en el artículo 112, 4.º, del Código penal, o si procede dictar sentencia condenatoria, indultando después la pena impuesta tras el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal. Esta última tesis es mantenida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 29 de marzo de 1973, 15 de noviembre de 1973, 13 de marzo de 1974, 16 de junio de 1974 y 26 de febrero de 1975.

20. Si en su calificación provisional el Ministerio Fiscal ha solicitado penas excluidas del indulto, pero la petición que haga en las conclusiones definitivas sí está incluida en él, el juicio deberá terminar por sentencia, pero si es absolutoria dicha absolución no podrá fundarse en el artículo 112, 4.º, y si es condenatoria se aplicará el indulto seguidamente a su firmeza.

21. Si el Ministerio Fiscal ha instado el sobreseimiento del artículo 637, 3.º, por entender que procede el indulto total, pero la acusación par-

particular solicita pena excluida del indulto, deberá celebrarse el juicio, en donde el Fiscal pueda mantener o modificar su tesis originaria.

22. Si no hubiera acusación particular y el Ministerio Fiscal entiende que es procedente el indulto anticipado y de aplicación consiguientemente el sobreseimiento libre del artículo 637, 3.º, el órgano jurisdiccional puede, no estar de acuerdo con el Fiscal, adoptando una de estas decisiones: dictar, desde luego, Auto, no dando lugar al sobreseimiento, en cuya hipótesis el Fiscal deberá formalizar los oportunos recursos que se citan en la Consulta 10/1971. O bien puede el Tribunal, antes de resolver sobre lo solicitado, hacer uso de la facultad que se le concede en el artículo 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en este caso el Fiscal de la Territorial, antes de resolver la Consulta, lo pondrá en conocimiento del Fiscal del Tribunal Supremo, quien acordará lo que proceda.

Al contenido de la presente Circular deberán atenerse los señores Fiscales ante supuestos de hecho coincidentes con los que aquí son objeto de análisis.

Madrid, 16 de diciembre de 1975.

CIRCULAR N.º 1/1976.

NORMAS SOBRE PUBLICACIONES Y ESPECTACULOS CONTRARIOS A LA MORAL

En nuestro ordenamiento penal la difusión, producción o exhibición pública de material contrario a la moral y a las buenas costumbres siempre ha formado parte de concretas estructuras jurídicas. Unas veces de modo expreso, a través de específicos preceptos sancionadores de las ediciones de libros u otras publicaciones que contuvieren obscenidades u ofensas a las buenas costumbres (arts. 532 del Código penal de 1822, 482 del Código de 1848, 364 del Código de 1850 y 618 del Código penal de 1928); y otras, con fórmula abierta y amplia análoga al actual artículo 431 (Códigos de 1870, 1932 v 1944) comprensiva de las infinitas actividades, que, de cualquier modo, ofendieren al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, expresión esta en la que han tenido cabida a través de una jurisprudencia penal reiterada, la venta de publicaciones con relatos o imágenes obscenas o descripción de inmoralidades de cualquier tipo, atentatorias al pudor público, e incluso la simple tenencia de libros y publicaciones pornográficos destinados a su expendición y venta; también están incluidos en él los grabados, fotografías, películas, grabaciones sonoras u otros objetos o material cuyo contenido sea gravemente ofensivo al pudor o a las buenas costumbres. Esta norma, además está complementada con el artículo 432 y también con el 165 bis b). Los actos de menor entidad son generadores de falta (arts. 566, 5.º y 567 3.º del Código penal).

Mas las consecuencias derivadas del material, impreso o no, atentatorio a la moral, no se reducen a las de orden penal estricto, sino que aparte la responsabilidad administrativa, también hallan su proyección en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, cuando considera en estado peligroso a los que promuevan, favorezcan o faciliten la producción, tráfico, comercio o

exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología, así como los que realicen actos de exhibicionismo que atenten a la moral y los dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos abiertos o no al público, en los que con su conocimiento tengan lugar las actividades expresadas (art. 2.º 5, de la Ley de Peligrosidad según la modificación operada por Ley de 28 de noviembre de 1974).

Si el legislador ha sentido una honda preocupación por las publicaciones o exhibiciones de carácter pornográfico, estableciendo las penas y medidas adecuadas a su gravedad, lo mismo puede decirse de la Fiscalía del Tribunal Supremo, pues en muchas ocasiones ha dictado normas interpretativas, particularmente cuando la relajación y disolución de los valores morales se ha acentuado; ejemplo de ello son las Circulares de 28 de enero de 1893, 19 de marzo de 1897, 21 de enero de 1899, 18 de julio de 1903, 2 de marzo de 1906, 5 de mayo de 1908, 10 de noviembre de 1911, 10 de enero de 1914, 10 de febrero de 1914, 13 de abril de 1921, 9 de julio de 1921, 1 de marzo de 1922, 1 de noviembre de 1932, 2 de diciembre de 1930 y 17 de julio de 1968.

La proliferación de espectáculos y publicaciones obscenas en progresión ciertamente geométrica, la invasión de un descarado comercio de la sexualidad exhibiendo abundantes imágenes con desnudos integrales pornográficos, relatos y escenas procaces o anuncios de libros que contienen ultrajes a las buenas costumbres, aunque a veces lo sea bajo fines pseudocientíficos con el consiguiente impacto en la masa de población adolescente, de formación cultural y moral incompleta y a cuyo alcance se pone el ingente número de publicaciones de esa naturaleza, justifican este nuevo recordatorio por parte de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que comprenderá obligadas normas de aplicación estricta en los procedimientos que puedan iniciarse con motivo de publicaciones o espectáculos atentatorios a la moral.

A) Por lo pronto, y ya se valoren cualesquiera de los artículos del Código penal que pueden incidir más decisivamente en la materia, hay que tener en cuenta que resulta intrascendente, a efectos penales, la pretendida diferenciación, hoy tan en boga, entre lo pornográfico y lo erótico, pues no sólo en los actos pornográficos descarados, de difícil producción en publicaciones o espectáculos autorizados, sino también en los de otro tipo representativos de una pornografía sugestiva o latente, pueden figurar expresos atentados a bienes jurídicos protegidos, tales como el pudor o las buenas costumbres (núcleo del art. 431), las doctrinas contrarias a la moral pública (radio del art. 432), o informaciones peligrosas para la moral (área propia del artículo 165 bis b). En el campo de la pornografía incompleta, en que la obscenidad en imágenes o expresiones aparece en forma más difusa, es donde debe plantearse fundamentalmente la relación hecho-norma y su interpretación, y donde la reconocida capacidad de percepción y análisis jurídico del Ministerio Fiscal, debe deslindar, con la mayor precisión posible, los actos contrarios a la moral constitutivos de ilícito penal de aquellos otros que no revistan estas características. Como guía se tendrán en cuenta no sólo las observaciones hechas en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1975 (págs. 42 y siguientes), sino también el contenido de las Circulares de 17 de julio de 1968 en su apartado 2, y de 21 de junio de

1972 en el comentario al estado peligroso definido en el núm. 5.º del artículo 2.º.

B) La coexistencia junto a normas penales de un estado peligroso formado por actos de promoción, comercio o exhibición de material pornográfico y de apología de la pornografía (art. 2.º núm. 5.º de la Ley de Peligrosidad) plantea una cuestión de límites entre ambos ordenamientos. La interpretación amplia dada al art. 431 del Código Penal por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual se comprenden en él tanto los actos de comercio como los de tenencia de material pornográfico (Sentencias de 18 de febrero de 1933 y 22 de octubre de 1964 entre otras), y los términos en que está concebido el estado peligroso, hacen que en un plano objetivo coincidan en buena parte las conductas penales con las socialmente peligrosas. Para aclarar ese radio común, y en trance de diferenciar el delito de la peligrosidad, habrá que ponderar los elementos que normalmente determinan la efectividad de las medidas (reiteración, continuidad, conducta de hábito) y los que condicionan la aplicación de la pena (actos ocasionales, aislados o esporádicos), así como la doctrina mantenida en la Consulta de esta Fiscalía de 24 de febrero de 1972. Pero hay además otras conductas relacionadas con la pornografía que presentan cierta autonomía al encajar casi en exclusiva bien en el Código Penal o en la Ley de Peligrosidad.

a) Así ocurre con la apología de la verdadera pornografía, hecho que no está configurado como delictivo; esto es así, de un lado, porque el artículo 268 del Código penal, lugar en donde se enmarca la apología de los delitos, no remite al escándalo público en el cual halla su más perfecta inserción la punibilidad de la pornografía; y de otro lado, porque, en todo caso, la apología de la pornografía sólo tendría la consideración de la falta prevista en el artículo 566, 4.º del Código Penal. Aun cuando el núm. 5.º del artículo 2.º de la Ley de Peligrosidad no lo precise, cabe sostener que el estado peligroso estará completo, presupuestos los datos objetivos, tanto si nos hallamos ante la apología de la pornografía en general como si se trata de la apología de los promotores del tráfico pornográfico. De igual modo no deberá eliminarse del estado peligroso la propaganda de material pornográfico tendente a conseguir que arraigue lo obsceno en la mentalidad de las gentes.

b) Dado que la vigente Ley de Peligrosidad se fija fundamentalmente en el aspecto dinámico de las conductas relacionadas con la pornografía (comercio, tráfico, exhibición de material pornográfico), la tenencia simple del material de esta naturaleza no se acomodará fácilmente a la estructura del estado peligroso, a no ser que sea creadora de hábito por ser acto necesario y previo al propósito de promover el tráfico. La mera tenencia unida al ánimo de difundir deducido del número de ejemplares pornográficos sí se integrará en el delito de escándalo público aún cuando no represente más que actos aislados; pero la tenencia sin fines de distribución será conducta naturalmente atípica.

C) Mas son posibles actividades pornográficas u obscenas delictivas llevadas a cabo con material distinto a los impresos. Así como el artículo 2.º de la Ley de Prensa presenta el problema esencial de los límites con las infracciones penales cuando por medio de impresos se ofenda a la moral o

las buenas costumbres, la Ley 46 de 22 de julio de 1967, vuelve a plantear el tema en el ámbito de la cinematografía, teatro y espectáculos, pues se afirma en ella que en la imposición de sanciones administrativas se atenderá "en especial a las ofensas a la moral y a las buenas costumbres" (art. 2.º), y ello sin perjuicio de pasar el tanto de culpa a los Tribunales competentes cuando existan indicios de responsabilidad criminal (art. 1.º número 2.º). Los indicios aludidos en el precepto, normalmente encajarán en el artículo 431 del Código penal, pues dada la latitud de la expresión "el que *de cualquier modo* ofendiere el pudor..." acoge todo lo que incite a un interés lascivo del sexo, como pueden ser las representaciones cinematográficas y teatrales con actitudes o frases ofensivas al pudor y a la moral colectiva o escenas que repugnen a los más elementales sentimientos o que contengan ultrajes a las buenas costumbres; pero la pornografía no queda agotada con las imágenes y representaciones teatrales de carácter obsceno, sino que busca otros caminos aprovechando nuevos medios de expresión; en efecto, tantos discos como cintas magnetofónicas pueden contener grabaciones obscenas. De antemano tampoco puede excluirse la tipicidad descrita en el artículo 432, pues la exposición de doctrinas contrarias a la moral pública cabe en el precepto referido cuando se haga por medio de la palabra, grabada o no.

En suma, no es posible la enumeración exhaustiva de las conductas calificables de penalmente escandalosas concluidas por medios distintos a los impresos. Junto a la Ley de 22 de julio de 1967 hay que tener en cuenta las órdenes de 6 de febrero de 1964 y 27 de octubre de 1970 sobre régimen jurídico y normas de censura de obras teatrales, la Orden de 30 de septiembre de 1971 sobre autorización y licencias para representaciones de revistas y espectáculos abreviados, y, en fin, la Orden de 21 de enero de 1967 sobre proyecciones en salas especiales de arte y ensayo. No pueden excluirse las grabaciones de discos (O. de 8 de junio de 1970) y en general la producción y difusión de material audiovisual (O. 21 de enero de 1971).

D) En general, debe tenerse muy en cuenta que para proceder en las conductas punibles mencionadas en esta Circular cuando se cometan por medio de la imprenta, grabado, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad, han de seguirse siempre los trámites establecidos en los artículos 816 a 823 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; a este procedimiento especial se remite de modo expreso la legislación de prensa (artículo 64 párrafos 1.º y 2.º de la Ley de 18 de marzo de 1966), en la que por otra parte, se recogen particularidades administrativas previas a la iniciación de la causa criminal. En lo que interesa, en este procedimiento es de destacar.

a) Que debe iniciarse con carácter imperativo por sumario (art. 816 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el cual deberá tramitarse rápidamente con ausencia de diligencias complementarias (artículo 823 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ello significa que en esta materia no es procedente en ningún caso la incoación de diligencias previas ni su transformación en preparatorias, debiendo el Ministerio Fiscal interponer los oportunos recursos en la hipótesis de que se omitiera el cumplimiento de tales preceptos.

b) Que aun en el caso de que la competencia se atribuyera a la juris-

dicción de Orden Público, el procedimiento aplicable seguiría siendo el de los artículos 816 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues aunque el artículo 9 de la Ley de 2 de diciembre de 1963 establece el procedimiento de urgencia como el normal para aquella jurisdicción, ello no supone derogación de los procedimientos especiales regulados en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) Al señalar el artículo 64, párrafo 1.º de la Ley de Prensa para todos los delitos cometidos a través de la imprenta que la responsabilidad criminal será exigida "de conformidad con lo establecido en la legislación penal", se está aludiendo al régimen especial previsto en los artículos 13 y 15 del Código Penal y 819 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; normas éstas que no deberán olvidarse cuando se trata de publicaciones a las que se refiere esta Circular. Debe observarse aquí que el procedimiento de los artículos 816-823 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no está previsto en exclusiva para los delitos cometidos por medio de la prensa, sino que se extiende también a los delitos llevados a cabo por cualquier medio mecánico de publicación (arts. 816 y 823), término en el que es necesario incluir las formas mecánicas de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad referidos en los artículos 13 y 15 del Código Penal, pues el artículo 819 de la L. E. Cr., se remite a aquellos preceptos sustantivos.

d) Según el artículo 816 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el secuestro de los ejemplares es un acto coincidente o simultáneo con la iniciación del sumario. Sin embargo para el supuesto de infracciones cometidas a través de impresos cuando la denuncia sea presentada por la Administración, está establecido un régimen excepcional, pues ella podrá, con carácter previo a las medidas judiciales, ordenar el secuestro a disposición de la autoridad judicial del impreso o publicación delictivos donde quieran que éstos se hallaren (artículo 64 párrafo 2.º de la Ley de Prensa). Mas es de observar que tal secuestro administrativo no tiene vida autónoma definitiva, pues sólo será productor de plena eficacia cuando concurren estos requisitos: que se denuncie el hecho que lo determina a las autoridades competentes dando cuenta simultáneamente al Ministerio Fiscal y que el Juez lo ratifique. En el breve espacio de tiempo comprendido entre la denuncia por la Administración y la iniciación del sumario, es donde el Fiscal debe desplegar una más rápida actividad, de modo que tras el análisis pormenorizado de la denuncia y la publicación, solicitará, en el acto, la confirmación del secuestro instando la práctica de las medidas urgentes del artículo 816, o, en su caso, la revocación del secuestro administrativo si estima que el material presuntamente pornográfico no se integra en figura delictiva alguna. Así el acto de incoación del sumario conlleva obligatoriamente la medida cautelar de ratificación del secuestro y, a la inversa, éste sólo deberá alzarse por la autoridad judicial cuando no estime jurídicamente procedente iniciar sumario.

Sin embargo, la actividad del Ministerio Fiscal relativamente a publicaciones contrarias a la moral no es subsiguiente a la actividad de la Administración plasmada en denuncia, sino que tiene la obligación ineludible de ejercitar la acción penal procedente en cuanto conozca por cualquier medio

la existencia de hechos delictivos, haya habido o no, repetimos, denuncia de la Administración, solicitando en tal caso la adopción de las medidas previas del artículo 816 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En los casos comprendidos en la Ley de 22 de julio de 1967 tampoco debe el Ministerio Fiscal subordinar su actuación al hecho de que la autoridad administrativa deduzca el tanto de culpa. Por último, debe recordarse que sólo el Juez competente para conocer del sumario tendrá facultades para decidir sobre la procedencia del secuestro o bien para alzar o confirmar el secuestro administrativo previo.

e) Si bien el secuestro sólo se extiende al impreso o publicación y a sus moldes (artículos 816 y 822 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y artículo 64 párrafo 2.º de la Ley de Prensa) no alcanzando por tanto a la imprenta y máquinas que hubieren servido para perpetrar el delito, no debe olvidarse que según el artículo 213 del Código Penal para los delitos cometidos por medio de la imprenta comprendidos en el Tít. I y en los Cap. 1.º y 2.º del Tít. II del Libro II del Código penal —entre los que se halla el artículo 165 bis b)— el secuestro puede extenderse también a la imprenta, por lo que el Ministerio Fiscal deberá solicitar la aplicación de las medidas cautelares de los artículos 334 y 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, los Fiscales deben extremar su reconocida diligencia y actividad en el ejercicio de las acciones penales correspondientes en los supuestos contemplados, a fin de lograr la mayor eficacia en la lucha contra la difusión, exhibición y comercio del material pornográfico, en razón de lo cual su actividad a seguir será la siguiente:

1.º Entablarán querrela en todos los casos de que tengan conocimiento haya mediado o no denuncia de la Administración.

2.º En los supuestos de secuestro administrativo de publicaciones, como, con arreglo al artículo 64 de la Ley de Prensa, el hecho que lo determina ha de ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal, se formulará también querrela solicitándose en ella la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 816-823 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.º En la hipótesis de procedimientos iniciados por razón de la exhibición de películas cinematográficas y otros espectáculos análogos, no deberá considerarse nunca como determinante de irresponsabilidad el hecho de que haya sido autorizados por la Junta de Censura correspondiente, pues tal autorización no implica un derecho absoluto e incondicionado a la proyección, sino que al quedar ésta al arbitrio de la voluntad del empresario, que tiene pleno discernimiento para valorar su contenido, deberá asumir también las preguntas responsabilidades penales que puedan derivarse de ella.

4.º Mensualmente comunicarán a la Fiscalía del Tribunal Supremo los procedimientos iniciados por los hechos referidos en esta Circular, distinguiendo los que lo hayan sido por publicaciones, periódicas o no, de aquellos otros que lo fueren por cintas cinematográficas, grabaciones sonoras y demás espectáculos públicos. También se distinguirá entre los procedimientos iniciados directamente por el Ministerio Fiscal de los subsiguientes al secuestro administrativo emanados de denuncia de la Administración.

b) CONSULTAS

CONSULTA NUM. 2/1975

REBELDIA: PRESCRIPCION DEL DELITO

En sumario tramitado con el número 73/1964, de un Juzgado de la Provincia, fue acordada la rebeldía de los dos procesados a quienes, en concepto de autores, se imputa la comisión del mismo delito; con motivo de la detención de varios individuos y ser confundido uno de ellos con un procesado la causa se abrió de nuevo y permaneció en trámite desde el 4 de abril al 5 de noviembre de 1966 y desde el 18 de enero al 9 de junio de 1969. Con base en éstos hechos entiende V. I. que es procedente declarar extinguida la responsabilidad criminal por prescripción del delito para los procesados, ya que tal como está concebido en el Código penal el instituto de la prescripción, afecta al delito como un todo indivisible y único y por ello la actividad procesal desplegada respecto de uno de los procesados rebelde encaja en el artículo 114 del Código penal al disponer que "la prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirige contra el culpable", con la consecuencia, además, de que la interrupción afecta también al otro procesado rebelde, recobrando el procedimiento vigencia general para los dos coautores del delito objeto del sumario.

Esta cuestión se reproduce en la misma Consulta y deriva del sumario 185/1964, seguido en otro Juzgado de la Provincia, en el que figuran procesadas tres personas, dos de ellas ya juzgadas y condenadas y la tercera en situación de rebeldía; la solución que propone es idéntica a la anterior y halla su causa en ser el procedimiento único y haber permanecido activo y sin interrupción durante el curso regular de la causa para los dos procesados condenados; esas circunstancias, según la opinión de V. I., son asimismo impeditivas del transcurso del término de prescripción del delito para el rebelde aunque no se hayan realizado actos procesales concretamente dirigidos contra el mismo.

Para los dos supuestos planteados —causas con dos o más procesados y no todos en situación de rebeldía— puede V. I. encontrar solución adecuada en la Consulta número 4/1954, de 10 de mayo (Memoria ídem, página 100), resuelta en el sentido de que la rebeldía, conforme a la legislación vigente, no interrumpe la prescripción del delito y que, suspendido el curso de la causa en relación con el rebelde por el auto en que declaró esta situación —art. 842 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, no se abre de nuevo para él el proceso sino cuando se presente o sea habido, según ordena el artículo 846 de la Ley adjetiva, y como consecuencia de esta situación del procedimiento las actuaciones que se practican con los otros encartados no afectan al rebelde porque no se refieren ni

pueden referirse a él para nada, ya que el sumario está cerrado o en suspenso.

Como es conocido, la figura jurídica de la prescripción del delito responde a la idea de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, que sólo pueden poner en actividad a los órganos de la jurisdicción criminal dentro de los plazos que, según la trascendencia de la infracción delictiva establece el ordenamiento punitivo; en la legalidad vigente la prescripción extingue la acción penal por el mero transcurso de un período de tiempo determinado y variable, según los casos (véase Sentencias de 15 de marzo de 1973 y 21 de enero de 1956); al implicar la situación de rebeldía paralización del procedimiento que impide el ejercicio de la acción penal contra el rebelde, el delito prescribe por el transcurso de los términos señalados por el artículo 113 del Código penal.

En efecto, el término de la prescripción comienza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito y se interrumpe desde que se inicia el procedimiento judicial, volviendo a correr de nuevo el término de la prescripción desde que aquél termine sin condena o se paralice el procedimiento, es decir, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 114 del Código penal, mientras el procedimiento judicial iniciado oportunamente actúa la prescripción no corre. La Ley no distingue entre las diversas causas que pueden motivar la paralización del procedimiento, por lo que resulta indiferente que la paralización se deba a las partes o a incuria de los Tribunales e incluso cuando la inactividad procesal tenga su origen en la exclusiva voluntad de los que abogan o personifican a los procesados.

Que la rebeldía del procesado extingue la responsabilidad criminal transcurridos los plazos previstos en el artículo 113 del Código penal es manifiesta voluntad de la Ley desde que el Código penal de 1932 modificó el último inciso del artículo 133 del Código penal de 1870, suprimiendo el impedimento de la rebeldía para que pudieran quedar prescritas las infracciones penales, y así se ha declarado por el Tribunal Supremo, entre otras, en las Resoluciones de 28 de noviembre de 1949, 14 de noviembre de 1957 y en la reciente de 30 de noviembre de 1974. En consecuencia, declarada la rebeldía del procesado y ordenado para él el archivo de la causa comienza el cómputo del tiempo para la prescripción del delito.

Ahora bien, si la apertura del procedimiento judicial interrumpe el término de prescripción del delito, cuyo *dies a quo* es aquel en que se hubiere cometido, para que comience de nuevo a correr por la declaración de rebeldía del procesado han de darse estas circunstancias: la declaración de rebeldía, capaz de producir la paralización del procedimiento respecto al procesado que se halle en aquella situación, precisa que el auto en que se acuerde *sea aprobado por el Tribunal*; una vez aprobado el auto de rebeldía, con paralización del curso de la causa y cumplidos los trámites subsiguientes de remitir la comunicación obligada al Registro Central de Penados y Rebeldes, comienza el término de la prescrip-

ción del delito para el rebelde Sentencia de 1 de julio de 1965), ya que en tal estado deviene imposible la prosecución activa del ejercicio de la acción penal, pues ni pudo en su día ser emplazado para que compareciera a defenderse ante el Tribunal que ha de conocer del juicio, según previenen los artículos 623, 794 y 791, regla 7.^a, párrafo segundo. ni el Fiscal ni, en su caso, la acusación particular pueden solicitar la apertura del juicio oral formulando conclusiones acusatorias valorando jurídicamente el resultado de las diligencias objeto del proceso, como ordenan los artículos 650, 790, regla 2.^a, párrafo primero, y 797, precisamente porque la causa está paralizada para el rebelde aunque continúe para las que no se encuentran en esta situación, respecto a los cuales sigue el curso normal del proceso (art. 842 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y se cumplen los trámites procesales a que se refieren los preceptos antes citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, esto no quiere decir que la declaración contenida en el artículo 846 de la Ley ritualaria —cuando el declarado rebelde se presente o sea habido se abrirá nuevamente la causa— deba interpretarse en términos tan absolutos que resulte imposible reanudar el procedimiento por medio de hechos distintos a las conductas personales que cita esta norma, pues, como dice la Sentencia de 30 de noviembre de 1974, “aunque el término de la prescripción no se interrumpe por la realización de diligencias inocuas o que no afecten al procesado, tales como la expedición de un testimonio o certificación, la personación simple de la acusación particular o la tramitación de una solicitud de pobreza, pero sí se interrumpe cuando se reanuda la actividad procesal instructoria (véanse Sentencias de 2 de mayo de 1958 y 10 de marzo de 1965) o se reabre el sumario, bien para lograr la extradición del culpable (Sentencia de 26 de junio de 1972), bien para continuación de pesquisas por parte de la Policía judicial en cumplimiento de requisitorias para la busca y captura del mismo (Sentencia de 27 de noviembre de 1959) o bien para la práctica de cualquier diligencia dirigida contra él, sin que obste a esta doctrina el contenido de los artículos 840, 841 y 846 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no prohíben la reapertura de la causa por motivos distintos a los enunciados en el artículo 846 ya citado y que incluso, recatemente entendidos, compelen a dicha reapertura y a la reanudación de cualquier actividad judicial conducente que tienda y se dirija a la localización y aprehensión del relapso o contumaz culpable cuando se tenga noticias de su presunto paradero y haya posibilidades racionales de lograr su captura”.

En consecuencia, en tanto la resolución judicial que acordó la paralización del procedimiento por rebeldía no se deje sin efecto por alguna de las causas aludidas, la situación legal de rebeldía adquiere virtualidad jurídica positiva para la prescripción del delito y ello aunque sigan los trámites procesales para quienes no se hallen en situación de rebeldía.

En la fase de juicio oral, cuando siendo varios los procesados o acusados alguno de ellos dejare de comparecer o no sea habido, el acto del juicio no puede celebrarse válidamente sin que previamente se acuerde

la rebeldía del ausente (arts. 664, 784, reglas 3.^a y 4.^a, y 791, regla 7.^a, y 842 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La Sentencia de 17 de mayo de 1972 declara la nulidad del juicio por haberse celebrado sin la presencia de uno de ellos. Esto debe entenderse, salvo las situaciones excepcionales previstas para el procedimiento de urgencia en los artículos 784, regla 8.^a (caso de delitos conexos cuando existan elementos para juzgarlos con independencia), 791, regla 8.^a, párrafo segundo (ausencia injustificada de acusado citado en forma para el juicio), y 801, párrafo último (incomparecencia de algún procesado si el Tribunal estimare existen elementos para juzgar con independencia uno de otros).

En lo sucesivo, y ante supuestos análogos al que ha sido objeto de esta Consulta, deberá V. I. mantener una posición ajustada a lo que se ha resuelto.

Madrid, 1 de marzo de 1975.

CONSULTA NUM. 3/1975.

REDENCION DE PENAS POR EL TRABAJO. COMPUTO DEL TIEMPO

Plantea V. E. en su Consulta una cuestión surgida en la fase de cumplimiento de sentencia dictada por la Audiencia Provincial. En efecto, la Comisión Provincial de *Libertad Condicional* informó favorablemente una propuesta elevada por la Junta de Régimen Interior del Establecimiento Penitenciario relativa a un condenado a cinco años de prisión menor. El Fiscal se había opuesto expresamente a la aprobación de la propuesta, fundándose en que el penado no había extinguido en la fecha del acuerdo las tres cuartas partes de la condena. La decisión tomada por la Comisión Provincial citada la estimaba errónea porque para justificarla se había abonado como pena cumplida con causa en la redención del trabajo, un período de tiempo anterior a la firmeza de la resolución a ejecutar, justamente el comprendido entre las fechas de las sentencias pronunciadas por la Audiencia y el Tribunal Supremo en recurso desestimado; tesis ésta que está en contradicción manifiesta con el artículo 100 del Código penal, que sólo permite la redención de penas por el trabajo desde que sea firme la sentencia respectiva, pero no antes, por lo que, atendida esta norma, en el supuesto de hecho ciertamente no se cumple la circunstancia 2.^a del artículo 98 del Código penal, que condiciona la libertad condicional al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena.

La postura mantenida por esta Fiscalía es indudablemente acertada, ya que, tanto el Instituto de la Libertad Condicional como el de la Redención de Penas por el Trabajo, tienen absolutamente condicionada el comienzo de su eficacia a la existencia de una sentencia firme (arts. 80, 81 y 100 del Código penal), representando esa fecha el abstracto *dies a quo* de toda redención, pues sólo a partir de ella puede hablarse de ejecución en su significado propio. Esto representa para el caso particular

que nos interesa —de un procesado privado de libertad desde esta resolución judicial— que el tiempo comprendido entre ambas sentencias se considere legalmente tiempo de prisión preventiva, que, si se computa para el cumplimiento (art. 33 del Código penal) al no ser pena (art. 26, 1.º, del Código penal), resulta inhábil para que durante la misma pueda adquirir virtualidad cualquier beneficio legal que se desenvuelva durante la ejecución.

En consecuencia, con este criterio, el Reglamento vigente de los Servicios de Prisiones, de 15 de julio de 1954, modificado por Decreto de 25 de enero de 1968, en su artículo 3 clasifica los Establecimientos Penitenciarios en Prisiones Preventivas y de Corrección. Disponiendo el artículo 4 que los primeros son centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos y el artículo 13 señala que los detenidos y presos podrán ocuparse en trabajos de su elección siempre que no perjudique el orden, el régimen y seguridad de la Prisión. Resulta así que el trabajo es meramente potestativo para los internos, con posibilidad de elegir.

Normas distintas contiene el Reglamento de Prisiones para los internados en Establecimientos de cumplimiento o de corrección destinados al cumplimiento de sentencias que impliquen privación de libertad, a donde son destinados una vez firme la sentencia previa remisión por el Tribunal al Director del establecimiento, dentro del plazo de quince días, de testimonio de la sentencia y la correspondiente liquidación de condena, que, unido al informe del equipo del establecimiento donde el reo se encuentra, servirá para que la Dirección General de Prisiones pueda destinarlo al Establecimiento que corresponda (arts. 21 y 29) para el cumplimiento de la pena. En estos Establecimientos es nota característica la obligatoriedad del trabajo y su ordenación en función de las aptitudes del sujeto (art. 50, d) y, cuando proceda, a propuesta de la Junta de Régimen de la Prisión al Patronato de Nuestra Señora de la Merced, puede el recluso reducir la pena por el trabajo (arts. 65 y 66). Como puede advertirse, atendido el tenor de las normas citadas, para que pueda iniciarse la redención de penas por el trabajo se exige, además de que la sentencia condenatoria sea firme, que el penado haya ingresado para cumplirla en el establecimiento penitenciario correspondiente, donde la obligatoriedad del trabajo es precepto reglamentario, y que el Patronato de Nuestra Señora de la Merced autorice que la actividad laboral que desarrolla el penado le sirva para la redención de la pena impuesta. Es claro, pues, que estas circunstancias no pueden darse en las Prisiones porque en ellas los detenidos y presos ni cumplen pena ni pueden imponérseles ninguna clase de trabajo en función de sus aptitudes, sino que las ocupaciones a que se dediquen dependen, como queda dicho, de la elección del detenido o preso.

Si además se tiene presente que las citadas disposiciones del Reglamento de los Servicios de Prisiones referentes al cumplimiento de las sentencias están incluidas en el Título I, Capítulo IV y siguientes del mismo, dedicados íntegramente a los penados y a la ejecución de las penas, hay que llegar a la conclusión de que durante el tiempo que los de-

lincuentes permanecen privados de libertad en los Establecimientos de Prisión no pueden redimir pena todavía no impuesta ni descontársele este tiempo a efectos de libertad condicional, porque la pena a cumplir por los sentenciados es la que resulte de la liquidación de condena efectuada y aprobada por el Tribunal sentenciador competente, remitida al Director del Establecimiento donde se encuentra el reo; liquidación que, si procede rectificarla por cualquiera motivación legal o reglamentaria, debe también aprobarla el Tribunal en cumplimiento de la obligación que a estos efectos le imponen los artículos 988, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 93 del Reglamento de los Servicios de Prisiones (véase Consulta núm. 5/1972, de 19 de mayo, Memoria 1973, página 342).

Por las consideraciones expuestas y en cumplimiento de la obligación que al Ministerio Fiscal impone el número 12 del artículo 2 de su Estatuto Orgánico de velar por el cumplimiento de las sentencias en los asuntos criminales en que haya sido parte, el Fiscal debe solicitar del Tribunal sentenciador que reclame del Director de la Prisión en que cumple condena el penado en la causa a que nos venimos refiriendo testimonio literal de la hoja histórico-penitenciaria del mismo para que, comprobada por los autos la anomalía denunciada en la consulta, puedan adoptarse por el Tribunal sentenciador los proveídos necesarios para que la sentencia pronunciada se cumpla en los términos legales y reglamentarios prescritos por las disposiciones vigentes sobre libertad condicional y redención de penas por el trabajo.

Madrid, 7 de mayo de 1975.

CONSULTA NUM. 4/1975

LA PRIVACION DEL DERECHO A OBTENER EL PERMISO DE CONDUCIR VEHICULOS DE MOTOR Y LA POSIBILIDAD DE SU QUEBRANTAMIENTO

Consulta V. E. la doctrina sustentada por el Juzgado de Instrucción y en apelación por el Tribunal de la Audiencia Provincial, sancionando como delito contra la seguridad del tráfico, tipificado en el artículo 340 bis c) del Código penal, a quien conduce vehículo de motor *mientras cumplía condena de privación del derecho* a obtener permiso de conducción que le había sido impuesta en sentencia firme.

El Juzgado y Tribunal estiman en sus respectivas resoluciones que la condena de *privación del derecho para obtener permiso de conducción* carece de tipificación expresa en el Código penal y por ello resulta de ejecución inquebrantable una vez que ha quedado anotada en los Registros de la Jefatura de Tráfico, ya que en la aplicación de los preceptos penales toda analogía resulta vedada, y porque el artículo 334, párrafo 2.º, delito de quebrantamiento de condena se refiere a la *privación del permiso de conducir*, faltando en el mismo tipificación expresa para la condena de prohibición para obtener el permiso de conducir y el princi-

pio penal de estricta legalidad impide una interpretación extensiva de los preceptos punitivos.

Como la conducta del inculpado mereció, acertadamente, para esa Fiscalía la calificación de delito de quebrantamiento de condena, tipificada en el artículo 334, párrafo 2.º, del Código penal, calificación que sostuvo sin éxito en ambas instancias, somete esta calificación al criterio de esta Fiscalía del Tribunal Supremo para conocimiento de si en lo sucesivo, y ante análogas situaciones, debe seguir manteniendo la misma calificación de delito de quebrantamiento de condena, del artículo 334, párrafo 2.º, o la de delito contra la seguridad del tráfico, del artículo 340 bis c).

Prescindiendo de las vicisitudes legislativas porque ha pasado, es lo cierto que desde la reforma del artículo 42 del Código penal por Ley de 24 de abril de 1958, la pena de privación del permiso de conducción tiene la trascendencia jurídica de pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de conducir durante el tiempo fijado en la sentencia, con independencia de que se esté o no en posesión de título administrativo o documento que autorice la conducción, ya que el verdadero contenido de esta pena es precisamente privar del derecho a conducir y no la de privar de la posesión del título administrativo, que si se retira al penado (art. 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no es porque esté en posesión del mismo, sino como mera consecuencia de la pena impuesta (art. 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Esta interpretación del artículo 42, párrafo tercero, del Código penal es la tradicionalmente mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y por esta Fiscalía.

Así, en la Sentencia de 5 de junio de 1972 declara que la pena de privación del permiso de conducción es una pena restrictiva de derecho que inhabilita al penado para el ejercicio de este derecho durante el tiempo fijado en la sentencia; que lo que se restringe o, en su caso, se priva es del derecho de conducir, de modo que la retirada del permiso en que tal derecho plasma es más bien una forma abreviada de expresión, atiendo a la ejecución de la pena más que a su verdadero *nomen* jurídico, como se comprueba consultando las reglas 2.ª del artículo 803 y 3.ª del artículo 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; por modo que no es obstáculo que el condenado por delito que lleve consigo la privación del permiso de conducción carezca de dicho título habilitador, pues entonces la pena adopta dicha segunda modalidad ejecutiva de privación del derecho a obtenerlo durante el plazo marcado en la condena, doctrina esta que ha venido siendo declarada por esta Sala en Sentencias de 26 de mayo de 1955, 25 de abril de 1958, 18 de noviembre de 1969.

De contenido análogo, la Sentencia de 29 de marzo de 1974 establece la doctrina siguiente:

"Que en el actual párrafo tercero del artículo 42 del Código penal la determinación de los efectos de la pena de privación del permiso de conducción quedó un tanto trunca e incompleta, pues sólo se dice que dicha pena *"inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho durante el tiempo fijado en la sentencia"*, con cuya escueta y signófica de-

finición, aunque el Código intrínsecamente haya expresado la idea generatriz de que no se puede conducir legítimamente vehículo de motor durante el término de que se trate, resta el problema de si se debe aplicar dicha pena a los que no tenían permiso de conducir al tiempo de la perpetración del delito, pero la duda se disipa y desvanece en sentido afirmativo siquiera sea con el binomio "privación" para el que posee dicho permiso y "prohibición de obtenerlo" para el que no lo posee, y ello no únicamente porque, por regla general, las penas privativas o restrictivas de derechos, si han de ser eficaces y no burladas con facilidad, comprenden siempre dos hipótesis —privación temporal o definitiva del derecho que se tenía e imposibilidad de obtener otro de igual o análoga naturaleza durante el tiempo de la condena o siempre—, sino porque indirectamente así lo disponen los artículos 802, regla 3.^a, y 803, regla 2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 5, número 7, de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, y porque lo ha declarado este Alto Tribunal en Sentencias de 26 de mayo de 1955, 25 de abril de 1958, 18 de septiembre de 1969 y 5 de junio de 1972, donde ha resaltado que la solución contraria haría de peor condición al que por poseer permiso conducía legítimamente un vehículo de motor que a aquél que despreocupadamente lo hacía sin legitimación alguna."

Por ello esta doctrina, fijando la naturaleza jurídica de la pena de privación del permiso para conducir vehículos de motor en el sentido de que inhabilita para el ejercicio de este derecho, según la norma del párrafo tercero del artículo 42 del Código penal, disipa toda clase de dudas respecto a la cuestión objeto de consulta, ya que, conforme a esta doctrina interpretativa, los Tribunales de Justicia pueden y deben sancionar con la pena de privación del derecho a conducir a quien lo efectúa careciendo del correspondiente título administrativo, que le habilita para ello, y si los Tribunales pueden imponer esta prohibición es indiscutible que quien la infringe durante el tiempo fijado en la sentencia mientras cumple la condena comete el delito de quebrantamiento de condena, del párrafo 2.^o del artículo 334 del Código penal, delito contra la Administración de Justicia que protege la eficacia de las resoluciones judiciales.

De mantenerse el criterio de las sentencias que han motivado la condena resultaría, como indica V. E., que si quien carece de carnet de conducir conduce un vehículo de motor será condenado por un delito contra la seguridad del tráfico; si ese mismo sujeto ha sido ya condenado a pena de privación del derecho a obtener el carnet será condenado por el mismo delito, cuando evidentemente debía serlo por el más grave, de quebrantamiento. Dos conductas de gravedad sensiblemente dispar son medidas por el mismo rasero, y, así, el plus de infracción que la segunda conducta supone, comparada con la primera, no acarrea, como sería de esperar, un correlativo plus de sanción y, lo que es más inadmisibles aún, que la condena anteriormente pronunciada no produce, en este caso, el menor efecto y el sujeto afectado por ella sufre como consecuencia de

la nueva infracción las mismas consecuencias jurídicas que si aquella primera condena no hubiera existido.

En lo sucesivo y ante supuestos análogos deberá V. E. mantener el mismo criterio que el sustentado en el caso consultado.

Madrid, 2 de diciembre de 1975.

CONSULTA N.º 1/1976

INTERPRETACION DEL ARTICULO 350 DEL CODIGO PENAL

Consulta V. I. el alcance que ha de tener el comiso en un delito de juegos ilícitos, por el que se sigue procedimiento penal en uno de los Juzgados de esa Capital.

El supuesto de hecho central es que, por el Presidente de una entidad de recreo, constituida en Sociedad Anónima, se pactó con un equipo profesional de jugadores, la cesión de un local de esa Sociedad, para dedicarlo de forma habitual a la práctica de un juego de azar, recibiendo a cambio una cantidad diaria, oscilante entre 30.000 y 95.000 pesetas, y cuyo total llegó, durante el tiempo en que la actividad ilícita se mantuvo, hasta 7.230.000 pesetas; posteriormente, ahora por el dueño de los locales comerciales que albergaron a otra entidad recreativa, se pactó con el mismo equipo de jugadores el establecimiento en uno de sus locales de una mesa de "banca francesa", recibiendo aquél a cambio 25.000 pesetas diarias, por el tiempo que va del 20 de octubre al 28 de noviembre de 1975. En el primero de estos casos se conoce el destino, si no de todo sí de parte del dinero recibido por el Presidente de la Sociedad Anónima, que se empleó en asegurar las fianzas judiciales exigidas para su libertad provisional al equipo de jugadores, ajenos a la Sociedad; otra parte en muebles, enseres y mejoras de instalaciones de la Sociedad y en subvencionar cenas, que se ofrecían a los accionistas a menor precio de su costo real. En el segundo de los casos no ha podido determinarse judicialmente el destino de las sumas recibidas por el procesado, propietario de los locales cedidos para la ilícita actividad del juego perseguido en aquel procedimiento penal.

La cuestión planteada por V. I. es si el comiso que define el artículo 350 del Código penal, ha de limitarse sólo "al dinero localizado y a disposición" o si puede extenderse a la totalidad del dinero percibido por los cedentes del local, a los efectos con él adquiridos, e incluso, en el supuesto del caso segundo en que ese dinero no ha podido localizarse, a su importe determinado, haciéndolo efectivo sobre otros bienes del reo en forma sustitutiva; la opinión de V. I. se inclina por esta última alternativa por diversos argumentos que expone, y entre los que destacan por su mayor peso, el constituir un enriquecimiento injusto, tratarse de una pena, y razones de prevención penal y equidad, pues de otro modo las ganancias del delito podían ser superiores a la pena a sufrir, que V. I. señala como arresto mayor en el caso más grave y la correspondiente a una simple falta en otros.

Para resolver la consulta formulada por V. I. es preciso concretar primeramente varios extremos que plantea el comiso establecido en el artículo 350 sobre "el dinero, los efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego":

a) El primero es el de su posible concurrencia con el precepto general que en el artículo 48 señala los efectos de la pena accesoria de “pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito”, y si el artículo 350 (y eventualmente, el 602, número 6.º) constituyen un desarrollo o aplicación concreta de la regla general del artículo 48, o por el contrario, revisten el carácter de una norma específica que, por su especialidad, priva y deroga, en el supuesto concreto del delito de juegos ilícitos, a la norma general, según el principio resolutorio del concurso de normas “*lex specialis derogat legi generali*”.

Los antecedentes históricos del artículo 350 conducen a esta última solución. En efecto, el precepto se introduce en el Código penal de 1848, cuyo artículo 260, siguiendo el modelo del Código penal francés, ordenaba el comiso de “el dinero y efectos puestos en juego, los muebles de la habitación y los instrumentos, objeto y útiles destinados al juego o rifa”. El comiso tenía un carácter más amplio que en el precepto general, pues abarcaba no sólo, como en aquél, a los instrumentos y efectos *que provinieren* del delito, sino también al dinero que, aún no proviniendo del delito, se destinara a él, y a los útiles y objetos que, no siendo instrumentos del delito (de ahí su cita aparte), tuvieran aquel destino. En la fórmula de 1848 (conservada en la reforma de 1850) se extiende el comiso a los muebles del local o habitación, extensión que desaparece en la reforma de 1870, iniciándose así una corriente restrictiva de esa modalidad específica del comiso, que todavía conserva, sin embargo, una ampliación a elementos no citados en el artículo 48.

Es el carácter distinto del comiso del artículo 350 el que le da especialidad frente a la norma general del artículo 48. Según el artículo 350 no sólo deben ser objeto de comiso los efectos o “*producta sceleris*” del delito, esto es, no sólo el dinero que sea ganancia del juego cae en comiso, sino que se extiende también al dinero que siendo de origen lícito y propiedad legítima de los jugadores, *se destine a ser arriesgado en el juego*, comiso este último que no procedería a la sola luz de lo dispuesto en el artículo 48 del Código penal.

Por eso la duda que plantea la doctrina, y a que V. I. alude en su consulta, sobre si procede el comiso tan sólo del dinero que se ocupe sobre la mesa del juego, o si puede extenderse al hallado en los bolsillos de los jugadores, ha de resolverse en concordancia con la “*ratio legis*” del citado artículo 350: en principio, sólo el dinero que se halla sobre la mesa está inequívocamente destinado al juego, y procede decomisarlo, mientras el que porta el jugador como de su pertenencia, no sabemos si se emplearía en el juego o si el jugador desistiría de arriesgarlo al perder el jugado inicialmente. Por eso, mientras la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1951 (dictada en materia de faltas e interpretando el término “*enseres*” que utilizaba el artículo 602, número 6.º, del Código penal de 1944, posteriormente reformado para darle la actual redacción) consideró procedente tan sólo el comiso del dinero que se hallaba sobre la mesa, el Auto (que no sentencia, como cita V. I.) de 4 de diciembre de 1961, extendió tal comiso al dinero *procedente del juego* e inmediatamente ocupado al jugador. Pero nótese que es esa clara procedencia o ganancia en el juego lo que provoca el comiso, pues de no poder llegarse a determinar como una realidad ese origen, no

procede aplicar tal pena accesoria (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1967).

Vemos, pues, que en el artículo 350 el comiso se presenta como una pena especial y específica, de contenido distinto a la general de los artículos 27 y 48, especificidad que viene dada por el teleologismo de las cosas que deben caer en comiso y que es su *destino* al juego, con lo que no sólo los “instrumenta sceleris” y los “producta sceleris” caerán en comiso, como ocurriría con la simple aplicación del artículo 48, sino también lo que no siendo instrumento del delito o efecto del delito, estaba en alguna forma destinado a ser empleado en el delito (“dinero... y útiles destinados al juego”).

Esto tiene especial importancia en el caso de autos en que las sumas dinerarias se entregaban a los cedentes de los locales a cambio del uso de los mismos. Esas entregas, que, cuando menos en el segundo de los supuestos planteados, es claramente precio del arriendo, por su carácter periódico y fijo (en el otro supuesto, aunque parece tener igual naturaleza, deja V. I. impreciso ese punto) no guardan relación con la existencia de utilidad o falta de utilidad del juego prohibido (otra cosa sería si se pagara un porcentaje de las ganancias). Podría algún día no ganar la banca y habría igualmente de pagar lo estipulado. No es “producta delicti”, sino “pretium delicti”, ya que constituye el precio por el que el dueño o el que tenía el dominio de hecho del local (el Presidente de la S. A.) presta su cooperación al delito, pero no es necesariamente producto o efecto del delito, y mucho menos dinero “destinado al juego”.

Cierto que el “precio” en cuanto tal, puede ser también objeto de comiso, como “efecto del delito” a la luz del artículo 48. Pero entonces habrá de ser interesado el comiso de esas sumas, no al amparo del artículo 350, sino alegando la aplicación supletoria del artículo 48, que debe llegar allí adonde no llega el precepto especial.

b) Plantea también la cuestión examinada, el problema de los llamados “efectos sustitutivos” del delito, esto, es aquellos bienes que han venido a sustituir por un negocio jurídico posterior, a los “producta sceleris” originales. Discute la doctrina la procedencia o improcedencia del comiso de tales efectos sustitutivos, por entender unos que el comiso sólo procede sobre los efectos que provienen directamente del delito y que no cabe multiplicar “ad infinitum” la penalidad, siguiendo la cosa a través de sus sucesivas transformaciones o transmisiones, creándose así un estado indeseable de incertidumbre; y considerando otros, que esa sucesión en cascada no es tan absoluta, ya que se rompe cuando pasa la cosa a poder de un tercero, por lo que el comiso no resulta tan indeterminado, sino que se mantiene sólo sobre la cosa que proviniendo del delito directamente o por sustitución, permanece en poder del autor, proporcionándose un lucro torticero, que el Derecho no puede consentir ni santificar, por lo que ha de proceder a privar de ella al delincuente.

Pero cualquiera que sea la solución que se dé al tema, lo que no cabe es sustituir el acto del *comiso* de los efectos delictivos por el embargo de otros bienes del penado, para cubrir la cantidad fija e inequívoca en que se sepa se ha lucrado y proceder al decomiso del producto de la venta o ejecución de esos bienes.

Esa imposibilidad surge del principio de legalidad, imperante en nuestro derecho penal, principio de legalidad que alcanza también al de *identidad de la pena*, consagrado en el artículo 81 del Código penal: "tampoco puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la Ley o Reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto". El comiso ha de recaer sobre los propios instrumentos o efectos del delito y sobre el dinero destinado al juego, y si la investigación judicial es inhábil para localizarlos y ocuparlos, no puede ser ejecutado en una forma sustitutiva que la Ley no prevé en término alguno. No debe olvidarse que nos desenvolvemos en el ámbito de la pena y no en el civil de la reparación del hecho delictivo o reintegración de los gastos del proceso, donde sí caben formas sustitutivas para hacer efectiva la prestación debida.

c) El comiso tiene en nuestro Derecho penal, tanto en el supuesto del artículo 48, como en el del 350, la naturaleza de una *pena*. Como tal, es de carácter personal, recae sólo sobre el penado y no puede extenderse a terceros. Ello impide proceder a decomisar los "producta sceleris" cuando han pasado a poder de un tercero no responsable criminalmente del delito, sin que desaparezca ese obstáculo impeditivo por el hecho de que la transmisión se haya efectuado a título gratuito, pues esa modalidad lucrativa de participación en los efectos de un delito o falta sólo sirve para extender al tercero la responsabilidad civil, en tanto y cuanto se haya lucrado, pero no la penal. Los efectos del delito que pasen a poder de terceros podrán ser embargados para su restitución al desposeído o para hacer efectiva la indemnización civil que proceda, pero no podrán ya caer en comiso. Sobre este punto es clara la doctrina jurisprudencial. (Ss. del Tribunal Supremo 18 de febrero de 1959; 6 de abril de 1962 y 20 de junio de 1963).

Ello resuelve otro de los extremos de la consulta formulada por V. I., pues de tal doctrina resulta la imposibilidad del comiso de los efectos que, sustituyendo al dinero percibido, han pasado a integrarse en el patrimonio de la Sociedad Anónima, que es tercero no responsable penalmente del delito.

No se opone a ello el argumento aducido por V. I. de que la Sociedad y socios citados "no son extraños al delito aunque su conducta no sea punible", dado el carácter notorio de los hechos. Una de dos, o son partícipes en el delito, y como tales criminalmente responsables de él y sujetos pasivos hábiles para sufrir la pena de comiso, en cuyo caso no hay cuestión, o no son partícipes criminales del hecho ilícito, convirtiéndose así en "terceros no responsables del delito". La doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1959, antes citada, contempla precisamente un caso de conexión entre el responsable penal del delito y los terceros propietarios de los "instrumenta delicta", denegándose el comiso en cuanto estos terceros, pese a todo, son considerados como "terceros no responsables del delito".

En armonía con la anterior doctrina, la actuación del Fiscal en el caso consultado deberá ser:

1.º Respecto a las 400.000 pesetas, que han sido ofrecidas como fianza judicial para la libertad de los jugadores, determinada su procedencia delictiva, solicitará V. I. el comiso como efecto del delito, e invocando no sólo

el artículo 350 del Código penal, sino también el 48 del mismo texto, este como supletorio. Congruentemente con esa postura, interesará ya en esta fase procesal, que se ocupe ese dinero y se exija la constitución de otra fianza, pues de otro modo, de incumplirse la obligación "apud acta", el reo sólo perdería lo que ya perdería de todas formas por consecuencia del comiso, con lo que debe alegarse que la fianza no está regularmente constituida ni es garantía bastante.

2.º Respecto al dinero recibido por el procesado propietario de los locales de la "Casa de Zamora", deberá V. I. agotar todos los medios procesales para su localización. Pero de no lograrse la ocupación física del "pretium sceleris", se abstendrá V. I. de interesar el embargo de otros bienes de procedencia lícita, con el fin concreto de destinarlos al pago sustitutivo de aquel comiso.

3.º Respecto a los muebles y enseres de la entidad "Campo de Tiro y Deportes, S. A.", mientras aparezcan detentados y disfrutados por terceros no responsables del delito, también deberá V. I. abstenerse de solicitar su comiso.

Madrid, 1 de abril de 1976.

CONSULTA N.º 2/1976

INTERPRETACION DE LOS CONCEPTOS DE REINCIDENCIA Y REHABILITACION REVOCADA DEL ARTICULO 118, PARRAFO TERCERO DEL CODIGO PENAL

Se ha recibido en esta Fiscalía la consulta formulada por V. E. en relación con ciertos aspectos del plazo extraordinario que establece el artículo 118 del Código penal para la cancelación de antecedentes de los reincidentes y de quienes hayan visto revocada la rehabilitación que les fue en su día concedida.

Entiende V. E. que una interpretación restrictiva del término "reincidencia" supone que aquel plazo extraordinario debe aplicarse "tan sólo y exclusivamente cuando el que solicita la rehabilitación ha sido condenado como *reincidente* en el sentido de la agravante número 15 del artículo 10 del Código penal". Por el contrario, en los supuestos de "rehabilitación revocada" se inclina por "entender no sólo la que se produce cuando la anterior fue concedida previo expediente por el Ministerio, sino también la que *pudo concederse*, ya que desde luego en uno y otro caso la rehabilitación efectiva o posible se revoca automáticamente"; solución esta última a la que llega por razones de equidad, al entender que de interpretarse literalmente el término de "rehabilitación revocada", reduciéndolo a los casos de rehabilitación concedida y no a aquellos otros que, con antecedentes no cancelados, delinquen de nuevo, "se primaría ciertamente el desinterés del sujeto por rehabilitarse".

En realidad, dos son las cuestiones que plantea la consulta, a cuya acertada solución no puede llegarse sin un análisis en profundidad de los ante-

cedentes legales y vicisitudes sufridas en nuestro Derecho por la institución de la rehabilitación, hasta alcanzar su redacción actual en el artículo 118 del Código penal, que ofrece a V. E. las dudas expresadas en aquélla.

En nuestro derecho histórico el primer antecedente de la rehabilitación se encuentra en las Leyes de Partidas (Partida VII, Título XXXII, Ley 2.^a), pero puede afirmarse que cuando por primera vez se reguló este instituto jurídico-penal de un modo completo y acabado es en el Código penal de 8 de septiembre de 1928. Con anterioridad, el Código de 1822 establecía una especie de rehabilitación, referente a la recuperación de los derechos civiles y a desempeñar cargos públicos. El Código de 1848-50 —primero en nuestro Derecho positivo que emplea el término rehabilitación (art. 45)—, así como el de 1870 (art. 45 y 46) limitaban su campo de acción a la desaparición de los efectos de las penas de inhabilitación “en la forma que determine la Ley”.

El Código penal de 1928 estableció una doble forma de rehabilitación (arts. 210 y 212), pues de un lado (art. 210) admite una rehabilitación “que anulará todos los efectos que pudiera producir la condena impuesta”, y de la que sólo estaban excluidos los reincidentes; y de otro (art. 212), regula el modo de obtener la cancelación de la inscripción de una condena en los Registros de antecedentes penales, beneficio del que se excluye no sólo a los reincidentes sino también a los reiterantes.

En los Códigos penales de 1932 (art. 121), 1944 (art. 118), 1963 (art. 118) y en el vigente texto refundido, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, se regula sólo esa segunda forma de rehabilitación, esto es, la que reduce sus efectos a la cancelación de las condenas en los Registros de antecedentes penales:

A) En un examen comparativo de la evolución histórica de las disposiciones legales, se pueden deducir las siguientes conclusiones:

a) En los Códigos de 1928, 1932 y 1944 (redacción original) se exceptuaba de los beneficios de la cancelación de antecedentes penales inscritos a los reincidentes y reiterantes, siendo a partir de la nueva redacción dada al artículo 118 por la Ley de 20 de diciembre de 1952, cuando se permitió a estos delincuentes gozar de dichos beneficios, reconociendo así que lo que importa, a los fines de esta institución, es la conducta posterior a la extinción de la condena y no la anterior, que ya fue tenida en cuenta en la Sentencia condenatoria.

Los efectos de la reincidencia, con relación a la rehabilitación, se han ido, pues, dulcificando, ya que si con anterioridad a la Ley de 20 de diciembre de 1952, tanto los reincidentes como los reiterantes estaban excluidos de los beneficios de la rehabilitación, ha quedado, tras aquélla, sustituido este duro criterio por el más humano de conceder la rehabilitación a los reincidentes.

b) La consecuencia de que la reforma de 20 de diciembre de 1952 sentara el criterio progresivo de permitir también la rehabilitación de reincidentes y reiterantes, fue la congruente previsión de un plazo extraordinario de quince años para esos supuestos, que asegurara la efectividad del arrepentimiento y rehabilitación del reincidente. Pero la fórmula elegida para expresarlos “en todos los casos de segundas o posteriores condenas”, aunque

en la "mens legislatoris" quiso sin duda referirse a condenas subsiguientes impuestas por delitos cometidos tras ser firme y hasta ejecutada la condena anterior, y por ende determinantes de aquellas situaciones de *recidiva* (reincidencia, si la condena era por delito análogo, reiteración si lo era por delito distinto de igual o mayor pena o por varios de pena inferior), es lo cierto que no acertó a expresar tal idea, sino que alcanzó mayores efectos de los propuestos, pues en su dicción literal habría que incluir los casos de condenas impuestas en causas distintas y fechas sucesivas a un mismo reo por la comisión de delitos, que al ser ejecutados en una época temporalmente reducida, ni daban lugar a reincidencia o reiteración, por la inexistencia de condenas firmes anteriores, ni reflejaban una especial maldad, al poder constituir tan sólo un accidente aislado en la vida del reo. Tal vez por ello y para evitar esa consecuencia distorsionada, en la reforma establecida por la Ley 44/71, de 15 de noviembre, se sustituye aquella ambigua expresión de "segundas o posteriores condenas", por la más técnica y concreta de "los casos de *reincidencia*", lo que ya quiere decir que las posteriores condenas han de ser impuestas después de la ejecutoriedad de las anteriores o primarias.

c) Ante esos antecedentes históricos cabría pensar que el término "reincidencia" está utilizado en el artículo 118 en su sentido amplio, equivalente a *recidiva* o recaída en nuevo o posterior delito, fuera cualquiera su clase y pena, por concordancia, de un lado, con el criterio tradicional de restringir la rehabilitación no sólo de los reincidentes, sino también de los reiterantes; y de otro, por el precedente histórico inmediato de ser aplicado el plazo extraordinario a los "casos de segunda o posteriores condenas", sin distinguir entre que produjeran o no declaraciones judiciales de reincidencia. Interpretación ésta que podría encontrar apoyo en el artículo 1.º, número 5.º del Decreto 1.598/72, de 25 de mayo, que al regular la tramitación de los expedientes de cancelación de antecedentes penales, habla de "los casos de una o más condenas sucesivas y de rehabilitación revocada", sustituyendo así la referencia que la Ley hace a la *reincidencia* por la referencia reglamentaria a "las condenas sucesivas", que pueden no constituir necesariamente reincidencia, en sentido legal.

Sin embargo, *entiende esta Fiscalía que tal interpretación extensiva ha de ser rechazada, acogiéndose por tanto la técnica y estricta significación de la reincidencia, por cuanto los términos legales han de interpretarse siempre que sea posible en su sentido técnico y sistemático*, así como por el principio de la interpretación favorable de las normas odiosas. Como dice V. E. a esta interpretación no es óbice el artículo 1.º del Decreto de 1972 citado, *pues en él sólo se establece la forma del cómputo del plazo de rehabilitación, en supuestos de condenas sucesivas, que comenzará a contarse a partir de la extinción de la última condena, pero no se refiere al plazo extraordinario de diez años, sino al contrario a "los plazos correspondientes", esto es los que sean propios de las penas que en cada sentencia o condena se hayan impuesto.*

El primer punto planteado en la Consulta de V. E. ha de entenderse, pues, resuelto, tal como en ella se anticipa, en el sentido de que el término "reincidencia" utilizado para exigir el plazo extraordinario de rehabilitación,

en el último inciso del requisito 3.º del artículo 118 del Código penal, ha de interpretarse en su concepto técnico-jurídico, esto es, en el de la definición auténtica que se da en la circunstancia 15.ª del art. 10 del Código penal.

B) En cuanto a la segunda cuestión también son aleccionadores los antecedentes históricos del precepto. De ellos conviene destacar:

a) Que en los Códigos de 1928 (art. 212), 1932 (art. 122) y 1944 (art. 118, redacción original) y vigente de Justicia Militar, la inscripción cancelada solamente recobra su vigor cuando el rehabilitado cometiese un nuevo delito comprendido en el mismo Título, del Código penal, que el que originó la inscripción; es decir, solamente en los casos de *reincidencia* y no en los de *reiteración* en delito castigado con menor pena, se produce la pérdida del beneficio de rehabilitación. Es a partir de la reforma de 1952, cuando queda sin efecto la cancelación concedida y recobra plena eficacia la inscripción cancelada respecto a los ya rehabilitados que cometieran *nuevo delito*, sin distinción de su naturaleza o gravedad.

b) Que *la rehabilitación revocada es aquella que ha quedado sin efecto, lo que ocurre sin necesidad de declaración especial, cuando, como acabamos de decir, el que ha obtenido cancelación de la inscripción de sus antecedentes comete un nuevo delito* (último párrafo del art. 118). Debiéndose entender la expresión empleada por el Código: "Si el rehabilitado cometiera con posterioridad un nuevo delito", en el sentido de que *sea ejecutoriamente condenado por dicho nuevo hecho punible, hasta cuyo instante no se produce los efectos revocatorios de la rehabilitación*, sin perjuicio de las consecuencias que la nota cancelada pueda producir a los efectos de reincidencia, de acuerdo con lo previsto en el párrafo penúltimo del artículo 118, aún antes de tal condena firme y consiguiente revocación efectiva.

Ese nuevo delito podrá servir de base, según los casos, para apreciar la concurrencia de las agravantes de reincidencia o reiteración, mas no necesariamente, ya que si tenemos en cuenta que aquella revocación se produce al ser condenado por un nuevo delito y que el delito cuya inscripción fue cancelada puede ser un sólo de menor gravedad o no comprendido dentro del mismo Título del Código, se verá que los efectos de la revocación afectan a todos los casos de comisión de nuevo delito, aunque por su naturaleza distinta o su diferente penalidad no sea origen de aquellas agravantes.

c) Revocada la rehabilitación se produce una especial consecuencia en orden al cómputo del plazo para obtener de nuevo el beneficio. En efecto, resulta que, fuera del supuesto de apreciarse la agravante de reincidencia en la Sentencia condenatoria en uno de los delitos por que esté penado, (en cuyo caso juega el plazo extraordinario de diez años), el no rehabilitado condenado en varias sentencias sucesivas podrá hoy obtener la cancelación de *todos sus antecedentes penales* con arreglo a los plazos ordinarios establecidos en el citado número 3.º del artículo 118; mientras que para el que anteriormente obtuvo la rehabilitación y esta ha quedado sin efecto, recobrando plena eficacia la inscripción cancelada, el plazo será el extraordinario de diez años. "Prima facie" esto parece originar una situación injusta, pues aparentemente "se premiará el desinterés del sujeto por rehabilitarse", como dice V. E. Conviene también no perder de vista que en los casos

de rehabilitación revocada la inscripción cancelada recobra plena eficacia, con lo que resulta que quedan en vigor, tanto para el que no obtuvo la rehabilitación, como para el que la obtuvo, todos sus antecedentes penales. Pero mientras el primero tendrá que esperar el transcurso del más largo de los plazos de rehabilitación correspondientes a los distintos delitos por los que hubiere sido condenado, que nunca será superior a cinco años y que comenzará a computarse a partir del cumplimiento de la última pena; el segundo, esto es, al que se le revocó la rehabilitación, para obtenerla nuevamente deberá esperar el transcurso del plazo único de diez años especialmente establecidos para este caso.

Sin embargo, esa solución legal no está tan falta de equidad como parece, pues *debe tomarse en cuenta que la solicitud de rehabilitación lleva implícita, como su nombre indica, tanto la idea de una regeneración del condenado, como el compromiso que quien voluntariamente la solicita contrae tácitamente de no volver a delinquir, pasando a disfrutar del beneficio de poder aparecer socialmente y en todos los casos en que precise aportar su certificación de antecedentes penales, como un no delincuente.* Si concedida la rehabilitación, la ejecución de un nuevo delito demuestra lo erróneo de aquellas apreciaciones, no sólo debe revocarse el beneficio, sino que se hace precisa la exigencia de un superior plazo de prueba que de un lado sancione en algún modo aquella conducta equívoca y, del otro, demuestre que esta segunda vez la regeneración tiene mayores probabilidades de ser efectiva. En cambio *quien no solicitó la rehabilitación, no ha pretendido engañar a la Sociedad con falsas esperanzas de corrección y enmienda, ni ha disfrutado tampoco del beneficio de ver omitidos sus antecedentes en las certificaciones que para efectos no judiciales solicite.* Por ello en este caso no se hace preciso el imponerle otro plazo, para su rehabilitación, que el que sea consecuencia ordinaria de los delitos por él cometidos.

Si bien se mira la situación de injusticia comparativa entre el que instó y obtuvo su rehabilitación y el que mostró desinterés por obtenerla, se produciría precisamente si se aceptara la tesis de V. E., de exigir en ambos casos el plazo extraordinario de diez años, pues volviendo la argumentación por pasiva, resultaría que el "diligente" habría visto borrados sus antecedentes, hasta que la nueva condena demostrara lo inmotivado de la cancelación concedida, mientras que el otro habría sufrido durante todo el período la carga de ver recogidos esos antecedentes en las "certificaciones de penales" de que hubiera menester.

Es de notar a favor de esa interpretación literal que propugnamos el antecedente histórico del Código penal de 1928, que en el último párrafo de su artículo 210 disponía que "el que haya obtenido una declaración de rehabilitación y vuelva a ser condenado por delito, no podrá ya ser rehabilitado". Lo que prueba que la idea de que el rehabilitado, que delinque de nuevo está defraudando las esperanzas que en él se depositaron al concederle tal beneficio y merece por esto un trato más cauteloso y severo, para futuras cancelaciones de sus antecedentes, no es nueva ni extraña en nuestro Derecho.

Es también evidente que *para que sea revocada la rehabilitación ésta tiene que haber sido concedida a instancia del condenado* ("podrán instar y

obtener", art. 118, párrafo 1.º) y previos los trámites legales, *no pudiendo equipararse en ningún caso a la rehabilitación efectivamente revocada, la que se hubiera obtenido de haber sido solicitada y, por ende, al delinquir de nuevo se hubiera revocado de haber sido concedida, como V. E. pretende.*

De lo que se deduce que, teniendo en cuenta la evolución histórica de esta institución, el conjunto de las disposiciones contenidas en el artículo 118, la interpretación técnica y restrictiva que debe darse a sus normas y, sobre todo, lo terminantemente que se establece el plazo extraordinario de diez años exclusivamente para los casos de reincidencia o de *rehabilitación revocada*, que dicho plazo no puede aplicarse a otros supuestos distintos, como el del no rehabilitado pero a quien se pudiera haber concedido la rehabilitación de haber sido solicitada, supuesto éste que no ha sido expresamente establecido por la Ley y que de incluirse en ella por una interpretación analógica, como la que V. E. propugna, representaría el establecimiento de un tratamiento oneroso y "contra reo" que extravasaría los términos de la interpretación extensiva para entrar en los de la "analogía in malam partem", que nos está vedada en el Derecho penal.

Consecuentemente y para lo sucesivo, deberá V. E. exigir para informar favorablemente los expedientes de cancelación de antecedentes penales de quienes están declarados reincidentes o de quienes, habiendo efectivamente obtenido la rehabilitación de condenas anteriores, hayan visto revocado ese beneficio por la ejecución de un nuevo delito posterior a su concesión, que haya transcurrido el plazo de diez años que impone el requisito 3.º del artículo 118, sin extender tal plazo excepcional a otros supuestos que los comprendidos en la interpretación estricta y técnica de aquellos términos de "reincidencia" y "rehabilitación revocada".

Madrid, 24 de abril de 1976.

Jurisprudencia penal

1976

(2.^a parte)

ALFONSO SERRANO GOMEZ
Profesor Adjunto de Derecho penal

Artículo 8.º, 12. Obediencia debida.

La circunstancia de ce del artículo 8.º del Código penal, “obrar en virtud de obediencia debida”, exige fundamentalmente una subordinación del que obedece al que manda, hecho que, evidentemente, concurre en el presente caso, dada la condición de empleado del recurrente; que tal subordinación sea ordenada o reconocida por la ley, un mandato legítimo según la normativa legal, una orden emanada desde el campo de las atribuciones del que manda; una obligación del subordinado de examinar si la orden es justa o injusta, porque a éste no se le puede obligar a un acatamiento ciego de toda clase de órdenes. Habiendo aclarado la doctrina de esta Sala que si la orden es delictiva no vincula al trabajador o empleado (Sentencias de 23 de mayo de 1969, 23 de junio de 1973, 22 de mayo de 1974, entre otras).

Examinado a la luz de esta doctrina las indicaciones, órdenes u autorizaciones del ctro procesado, que obran respecto del recurrente, en cuanto exceden del campo de sus atribuciones, no son legítimas, no son justas, eran delictivas y no vinculaban al recurrente, porque emitir talones contra la cuenta corriente a sabiendas de la falta de la provisión de fondos, entraba en lo delictivo y no obligaba al empleado, al que, por tanto si obedeció, cooperó necesariamente a la prosecución del hecho delictivo. (S. 30 abril 1976.)

Artículo 9, 9.º. Arrepentimiento espontáneo.

La apreciación de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo consignada en el número 9, del artículo 9.º, del Código penal, tiene que demostrarse o presumirse el haberse producido en la psique del autor del delito, un sentimiento de pesar y desagrado por haber quebrantado la ley, unido a la voluntad de restaurar la situación jurídica por él perturbada

y que se manifiesta externamente en la realización espontánea, o sea, en base a motivos exclusivamente internos o de autodeterminación; de todas o de alguna de las conductas enunciadas al final de dicho precepto, dirigidas a reparar o disminuir los efectos del delito; atenuación basada sin duda en la experiencia general de que quien así obra, revela una menor persistencia en sus instintos criminosos y por tanto un mayor grado de socialización que es índice de su menor peligrosidad y demuestra como innecesaria la imposición de la totalidad de la pena señalada. (S. 10 mayo 1976.)

Artículo 10, 6.^a. Premeditación (en robo con homicidio).

En el robo con homicidio, al mantener ambos delitos componentes del complejo su peculiar autonomía y poder operar la premeditación en muchos casos sin inherencia en el robo, y sobre todo en el homicidio, la doctrina de esta Sala viene admitiendo con reiteración la operatividad de tal circunstancia agravante cuando en el plan preordenado se incluyese el uso de medios violentos cara a las personas, operando con los mismos, en contra de éstas, con "animus necandi" o aceptando tener que emplearlos, de oponerse a la sustracción, para matar y negando la posibilidad de aceptar la premeditación, si abarcó sólo el hecho del robo, surgiendo ocasional y accidentalmente la muerte homicida no querida ni prevista anticipadamente—Sentencias de 18 de marzo de 1948, 1 de marzo de 1952, 7 de julio de 1955 y 18 de mayo de 1959, entre otras. (S. 16 junio 1976.)

Artículo 10, 7.^a. Disfraz (compatibilidad con premeditación).

La circunstancia agravante de disfraz, del número 7.^o, del artículo 10, del Código penal, de condición objetiva y referida a lo modal e instrumental, tiende prácticamente a imposibilitar el agente su identificación, por la víctima, u otras personas, para dificultar el riesgo eventual y futuro, de su persecución por la administración de justicia, y opera, cuando el culpable se vale de cualquier artificio, con el fin de alterar y desfigurar sus rasgos fisionómicos o personales característicos, con tendencia a eludir o evitar su reconocimiento, debiendo de agregarse a su carácter objetivo la intención de buscar de propósito el disfraz, o de utilizarlo conscientemente para delinquir; agravante la indicada que por tener distinto fundamento es compatible con la premeditación—Sentencias de 11 de julio de 1894 y 3 de junio de 1900—, no es inherente al delito de robo—Sentencia de 17 de mayo de 1955— y opera en el robo con homicidio preordenado, cuando el hecho de cubrirse la cara con un pañuelo, con deseo impunista, se dirige tanto a la realización de la sustracción querida, como al eventual y posible homicidio aceptado, a diferencia de lo que sucedería de ser ocasional el homicidio, como estableció la resolución de esta Sala de 14 de junio de 1961. (S. 16 junio 1976)

Artículo 10, 13. Nocturnidad.

La "ratio essendi" de la agravación se encuentra en las facilidades comitivas que el delincuente halla cuando se ampara en las sombras de la noche,

en la dificultad, cuando no imposibilidad, de su identificación, en la impunidad consiguiente, en la ausencia de otras personas que puedan acudir en auxilio del ofendido o estorbar la perpetración del hecho, y, finalmente, en lo desprevenido y desvalido que se encuentra dicho ofendido cuando el delito se comete en horas dedicadas, de ordinario, al descanso nocturno, y, en cuanto a los segundos, con reiterar que la circunstancia analizada consta de los siguientes elementos: 1.º) requisito **objetivo**, compuesto, a su vez, por dos factores: a) la **oscuridad** o ausencia de luz solar, concepto **no coincidente** con el del antiguo artículo 7 del Código civil—derogado por la reforma de 17 de marzo de 1973, texto articulado de 31 de mayo de 1974—, el que afirmaba que debía entenderse por noche “desde que se pone hasta que sale el Sol”, y que por consiguiente incluía dentro del concepto los crepúsculos vespertino y matutino, durante los cuales, aunque no brille el Sol, hay claridad procedente de dicho astro, epílogo de su ocaso o prólogo de su salida, habiendo sido rechazado, por razones obvias, por este Tribunal, a efectos penales, y que se acomoda exactamente con el significado gramatical de la palabra “noche”, “tiempo en que después de puesto el Sol cesa la claridad que de él procede”, y de la expresión “de noche”, “después del crepúsculo vespertino”; y b) **soledad**, que de ordinario acompaña a la oscuridad y que es indispensable, pues, aunque sea de noche, no podrá apreciarse la agravante si el lugar del suceso se halla muy concurrido de gentes; 2.º) requisito **subjetivo**, esto es, que las propicias circunstancias que aureolan a la noche, hayan sido buscadas de propósito o aprovechadas por los agentes para la mejor consecución de sus antijurídicos fines; y 3.º) requisito **procesal**, pues los demás requisitos han de figurar en la declaración de hechos probados de la sentencia penal; es decir, que han de estar tan acreditados, desde el punto de vista fáctico, como el delito mismo de que se trate. S. 11 mayo 1976.)

Artículo 10, 15. Reincidencia.

Del resultado de hechos probados se desprende que el procesado había sido ejecutoriamente condenado por delito de estafa en fecha 12-3-71, por delito de emisión de cheque en descubierto por Sentencia de fecha 24-1-72, por Sentencia de fecha 19-6-70 por delito de estafa, por Sentencia de 22-12-70 por dos delitos de emisión de cheque en descubierto, por Sentencia de 13-12-1972 por delito de cheque en descubierto y por Sentencias de fechas 7-6-72 y 26-6-72 por sendos delitos de estafa, es claro, que como en ninguna de ellas se aprecia la reincidencia, se debe entender infringida la regla 6.ª del artículo 61 del Código penal en relación con la circunstancia 15 del artículo 10, por lo que procede estimar el motivo del recurso que invocando la aplicación indebida de dichos preceptos, pues como repetidamente ha venido declarando esta Sala a partir de la Sentencia de 24 de enero de 1972, sólo puede imponerse la pena superior en uno o dos grados, o sea, la multirreincidencia a partir de la segunda reincidencia, lo que supone el que el delincuente haya sido declarado reincidente o hubiera podido ser declarado por segunda vez en sentencia anterior, lo que no consta en el caso de autos, doctrina que es aplicable no obstante la vigente redacción del párrafo 6.º, del artículo 61. en relación con la circunstancia 15 del artículo 10, porque los hechos

ocurrieron en diciembre de 1972 y la reforma de los mentados preceptos se llevó a cabo en noviembre de 1974. (S. 20 abril 1976.)

El concepto de reincidencia, del artículo 10, número quince, ha variado con la nueva redacción dada al Código penal en 28 de noviembre de 1974, que en contraste con la anterior destacan las siguientes diferencias: En la redacción anterior a noviembre de 1974 no se hablaba para nada de doble reincidencia, sino de lo que era reincidencia consistente en que al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título del Código penal. En el artículo 61, número sexto, se dejaba la apreciación de la segunda reincidencia, sin definir y, por tanto, poniéndola en manos de la facultad interpretativa de los Tribunales que vinieron aplicándola en la forma indicada. La medida legislativa de 1974 reaccionó contra la templada interpretación jurisprudencial, incidiendo por vía de interpretación normativa en lo que de ordinario queda como facultad de los Tribunales y restringiendo el beneficio pro-reo que viene campeando en el actual Derecho penal, vino a formular su definición de la segunda reincidencia diciendo que existe —por ministerio legal— doble reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado en una o varias sentencias por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo título del Código penal. Nueva fórmula a cuyo tenor cabe llegar a que con una sola sentencia, que abarque varios delitos, un culpable puede ser reincidente o que sin previa primera reincidencia, venga a encontrarse incurso en segunda o doble reincidencia en sentido legal, dispar del que para la básica reincidencia simple sigue dando el párrafo segundo, del número quince, del artículo 10 del vigente Código penal, equiparando, así, a este peculiar efecto, multidelincuencia con multirreincidencia. (S. 21 mayo 1976.)

Artículo 28. Límite inferior de la pena de multa.

El problema relativo a si por razón de delito se puede imponer o no multa inferior a la mínima establecida en el artículo 28 del Código penal, cuando venga impuesta al delito de que se trate como principal y único, en atención a los supuestos de imperfección ejecutiva, grados de participación o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ha sido resuelto en sentido negativo por esta Sala en multitud de sentencias y, entre ellas, en las de 2 de noviembre de 1966, 5 de diciembre de 1968, 10 de febrero de 1969, 4 de junio de 1970 y 17 de mayo de 1976. (S. 16 junio 1976.)

Artículo 61, 3.^a. Compensación de circunstancias.

La compensación a que alude la regla tercera del artículo 61 se refiere a atenuantes y agravantes genéricas o comunes; no cuando una de ellas es de esta índole y la otra de rango privilegiado (como atenuante) o de rango extraordinario (como sucede con la superagravante de multirreincidencia); pues en tales casos entra primeramente en juego la atenuante o agravante de carácter excepcional y regidas por reglas de propia aplicación—cual acontece con la multirreincidencia, gobernada especialmente por la regla sexta del artículo 61—, para que después desplieguen su eficacia las atenuantes o

agravantes comunes o genéricas a las que van destinadas las reglas primera y segunda de dicho precepto, de modo que sólo ellas pueden ser susceptibles de compensación en la forma prevista en la regla tercera. (S. 14 mayo 1976.)

Artículo 68. Concurso de leyes.

Los hechos descritos en la sentencia de instancia pueden ser comprendidos indistintamente en el citado artículo 452 bis b), primer inciso, o en el artículo 430 del mismo Cuerpo legal, puesto que han sido cometidos por medio de actos corruptores sobre menores de doce años, con ánimo lúbrico o libidinoso, y contra la honestidad y el pudor individual de los mismos, por lo que en la imposibilidad de castigar dos veces los mismos hechos, quebrantando el fundamental principio penal del "non bis in idem", el juzgador deberá decidir su subsanación en uno u otro tipo legal, acudiendo para ello en nuestro Derecho a lo preceptuado en el artículo 68 del mentado Cuerpo legal punitivo que le ordena encuadrar o incardinar los hechos en aquel al que venga señalada mayor sanción, en este caso a la corrupción del artículo 452 bis b), que lleva aparejada la pena de prisión menor en sus grados medio o máximo, multa de 5.000 a 25.000 pesetas e inhabilitación especial, mientras que el delito de abusos deshonestos del artículo 430 del mismo Cuerpo legal sólo figura castigado con la de prisión menor en toda su extensión, por lo que ésta tiene un mínimo más reducido y no va acompañada de la de multa, lo que en este concreto supuesto coincide con una mayor justicia, ya que la ofensa a la primera de las normas citadas contiene un más profundo ataque a los sentimientos de honestidad poseídos por nuestra comunidad nacional, que aparecen quebrantados en mucho mayor grado por quien para satisfacer sus aberraciones sexuales ejerce una acción corruptora continuada durante casi dos años sobre las víctimas, capaz de crear hábitos viciosos y depravados en éstos con trascendencia para su futuro, que quien se limita a realizar esporádicamente un acto deshonesto sobre un menor, producto de un impulso momentáneo lascivo. (S. 20 abril 1976.)

Artículo 231, 2.º, y 422, p. 1.º: Atentado y lesiones.

Entre el delito de atentado y el de resistencia existe la diferencia de la actitud del sujeto frente al principio de autoridad, pues mientras en la resistencia el agente adopta una actitud pasiva, negándose a cumplir un mandato, en el atentado su posición es activa en cuanto que realiza un acto de acometimiento o agresión física y como tal ha reputado esta Sala el hecho de lanzar un vehículo contra un agente de tráfico (Sentencias de 20 de octubre de 1965, 18 de noviembre de 1969, 1 de julio de 1970 y 20 de febrero de 1974), por lo que, al aparecer del resultando de hechos probados que el procesado al ser denunciado porque había cometido una infracción de tráfico por el guardia municipal que se hallaba de servicio y vistiendo el uniforme de su cargo, puso el coche en marcha y arremetió contra el guardia, causándole lesiones de las que tardó en curar veinticinco días, es claro, que lo que cometió fue un delito de atentado. (S. 18 mayo 1976.)

Artículo 306. Falsedad.

A diferencia del delito de falsificación de documentos públicos, oficiales o de comercio, en el que sólo se exige que la inveracidad o mixtificación sea perpetrada con dolo falsario, el delito de falsedad de documento privado incardinado en el artículo 306 del Código penal, y como ya destacaron las Sentencias de este Tribunal de 6 de abril de 1933, 7 de julio de 1934 y 18 de mayo de 1935, además de la "mutatio veritatis" cometida con dolo falsario, requiere la presencia del llamado "animus damnosus", el que se traduce en dos exigencias típicas alternativas, una de ellas de carácter **objetivo**, y que algunos sectores califican de condición objetiva de la punibilidad —con perjuicio de tercero—, y otra de naturaleza **subjetiva**, reputada, por la generalidad, elemento subjetivo del injusto típico —con ánimo de causárselo—; debiéndose subrayar, y con ello se rebate la opinión del recurrente que, **por una parte** este perjuicio es requisito indispensable o "ad substantiam", como declararon las Sentencias de 31 de enero y 15 de febrero de 1883, 22 de junio de 1893, 5 de enero de 1928, 8 de noviembre de 1934, 17 de julio de 1940 y 2 de octubre de 1943, pero para entenderlo cumplido basta con que exista o se proponga causarlo el agente, sin que sea indispensable su exacta fijación ni la obtención de un lucro por parte del sujeto activo, máxime cuando no se exige, según opinión doctrinal y jurisprudencial constantes —véanse Sentencias de este Tribunal de 5 de enero de 1876, 5 de enero de 1878, 14 de febrero de 1944, 1 de febrero de 1945, 24 de marzo de 1960, 4 de junio de 1963, 3 de abril de 1964 y 24 de diciembre de 1974, que ese perjuicio, logrado o simplemente querido, se cause en los intereses materiales de un tercero, pudiendo, por tanto, ser patrimonial o moral y siendo innecesaria de todo punto su exacta o aproximada valoración crematística; y, **por otra**, el término "tercero", como destacó la Sentencia de este Tribunal de 6 de octubre de 1975, no se refiere al llamado **tercero simple** —persona que no ha intervenido en el acto o contrato de que se trate ni es causahabiente de cualquiera de los otorgantes—, **ni al tercero civil** —persona que, sin haber intervenido en el acto o contrato referido, se relaciona, jurídica y posteriormente, con alguno de los primitivos intervinientes, sobre el mismo objeto del acto o contrato mencionados—, sino que dicho término, tal como lo indica la clásica frase "alterum prejudicium", equivale a la expresión "a otro", es decir, que basta con que el perjuicio se cause o intente causar a persona o personas distintas del propio agente falsario. (S. 15 junio 1976.)

Artículo 420, 3.º. Lesiones.

El artículo 420, número tercero, del Código penal, sobre el delito de lesiones abarca varios supuestos que el Código separa con la disyuntiva, o y que suficientemente recogidos son los siguientes: 1.º, Que el ofendido quede deforme. 2.º, Que hubiera perdido miembro no principal. 3.º, Que hubiere quedado inutilizado de él. 4.º, Que hubiere estado enfermo—consecuencia de las mismas—por más de noventa días. 5.º, Que hubiere estado incapacitado para su trabajo habitual por más de noventa días. Limitándonos—porque así interesa a los fines del recurso—al número tercero de los supuestos

contemplados, inutilización de miembro no principal, es constante doctrina de esta Sala que la anquilosis interfalángica de un dedo—el pulgar—de la mano derecha, es inutilización de miembro no principal (Sentencias de 6 de mayo de 1926 y 16 de febrero de 1952). Que la inutilidad no es preciso que sea total, basta que sea parcial (Sentencia de 14 de diciembre de 1922), que no es precisa la inutilidad absoluta y sí sólo deficiencia funcional (Sentencia de 11 de abril de 1955), la de los dedos de la mano (Sentencia de 14 de febrero de 1902), ligera anquilosis del codo, que dificulta en parte la función del mismo y del brazo (Sentencia de 30 de diciembre de 1960), la seudo artrosis del antebrazo izquierdo constituye incapacidad parcial y permanente, para el oficio de labrador. (S. 3 noviembre 1962.)

En el supuesto que nos ocupa, uno de los lesionados le quedó como secuela definitiva una parcial anquilosis interfalángica, en la mano derecha y movilidad de los dedos, excepto el pulgar, disminuida en un ochenta por ciento, es indudable que el precepto aplicado por la Sala de instancia, artículo 420, número tercero, del Código penal, lo fue con toda corrección. (S. 25 junio 1976.)

Artículo 431. Escándalo público.

Esta Sala, ha declarado a través de numerosas sentencias y, entre ellas, en las de 18 de enero de 1965, 7 de abril del mismo año, 27 de junio de 1966, 21 de diciembre de 1966, 6 de junio de 1968 y 6 de febrero de 1969, que el exhibicionismo, para que sea delictivo, no precisa que se realice ante una multitud, sino que basta que con los actos inmorales se ofenda el pudor de quien no lo consiente, aunque sea una sola persona y, asimismo, que mientras el “escándalo” se proyecta a terceros la “trascendencia” atiende a la importancia, gravedad y consecuencia del acto realizado, cuyos efectos, en orden al daño moral que pudo causar a las ofendidas, se ponen de relieve por sí mismas. (S. 21 junio 1976.)

Artículo 436. Estupro (Promesa de matrimonio).

Conforme al texto literal del párrafo primero del artículo 436 del Código penal, el delito de estupro simple o común se configura por la concurrencia del yacimiento carnal entre varón y mujer, que ésta sea mayor de dieciséis años y menor de veintitrés, y que intervenga engaño. Centrándose la cuestión sobre el engaño y siendo de matizar que aunque exigido para la perfección del tipo punible en el precepto penal mencionado, dicho engaño no es definitivo, descrito o determinado por el legislador cualificativa o cuantitativamente, prescindiendo el texto penal vigente incluso del calificativo de “grave”, que aun siendo de relativa imprecisión figurara en Códigos Penales precedentes al actual, lo que ha motivado la abundante doctrina de esta Sala en su función jurisdiccional interpretativa en el sentido, de que tal requisito viene constituido por el proceso de captación psíquica de la voluntad de la ofendida a que consienta en el acceso carnal propuesto, que generalmente precisa el transcurso de un lapso de tiempo de maduración a través de relaciones de noviazgo que culminan en promesa matrimonial explícita o deducida racional y lógicamente de tales relaciones, mantenidas públicamente con

conocimiento familiar, social y ambiental, entre personas que no tienen impedimento natural o jurídico para llegar al matrimonio, relaciones a las que los usos, costumbres y opinión común atribuyen un propósito de ulterior casamiento, por no tener virtualmente otra finalidad o razón de sostenimiento, y siendo así que los hechos probados de la sentencia recurrida acreditan sustancialmente que el procesado inició las relaciones en marzo de 1974 con la menor con el carácter de formalidad y notoriedad general antes indicado, requiriendo a ésta para que accediese a realizar el acto carnal, a lo que se opuso, hasta que prometiéndole reiteradamente que contraerían matrimonio logró satisfacer sus apetencias lúbricas el 21 de julio de 1974 y en otras tres o cuatro veces consecutivas y posteriores, tras de lo cual rompió las mismas, una vez logrados sus torpes propósitos sexuales, de lo que se desprende inequívocamente el requisito engañoso indispensable para la integración del delito estimado, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación defensiva en la que se sustenta el motivo exclusivamente basada en el escaso tiempo que duraron tales relaciones, lo que denotaba una apetencia sexual recíproca, determinadora en todo caso de una conducta en el recurrente censurable en el orden moral, pero en forma alguna reprochable penalmente, argumentación desprovista de convicción suasoria al no ser el tiempo factor prevalente en la configuración del engaño, aunque pueda reconocérsele efectos en conjunción con otros elementos que contribuyen a su causación, y que en el caso enjuiciado los tuvo al ser el transcurrido desde el 3 de marzo al 21 de julio de 1974, superior a los cuatro meses y medio, bastante y suficiente para que unido a que la ofendida contaba dieciséis años al ocurrir los hechos enjuiciados y que tenía reducida su capacidad mental y volitiva, como así mismo constata el párrafo final del relato probatorio, hizo mucho más eficiente y sugestiva la maliciosa labor captatoria psíquica desplegada por el recurrente y de mayor intensidad el engaño a que sometió a su víctima por las expresadas circunstancias concurrentes en ella. (S. 22 junio 1976.)

Artículo 452 bis b): 1.º. Corrupción de menores.

Aunque la definición de la corrupción presenta dificultades que no ofrece la de la prostitución, dada la amplitud del precepto consignado en el artículo 452 bis b) y su finalidad, deben entenderse comprendidas en el mismo toda la gama de posibles actividades impúdicas que sean susceptibles de depravar, dañar o viciar a una de las personas designadas en la norma (Sentencias de 20 de noviembre y 13 de diciembre de 1971, entre otras muchas); que tratándose de una tipicidad de tendencias y no de resultado material, el delito se consuma desde el momento en el que se inicia al menor en el camino de su perdición por el vicio (Sentencias de 8-3-1929, 21-12-1954, 9-12-1970); que suprimido el requisito de la habitualidad por la reforma del Código penal de 1963, es punible cualquier acción esporádica que promueva, favorezca o facilite la corrupción (Sentencias de 15-2-64, 9-2-1970 y 5 de marzo de 1971); que tanto pueden ser sujetos activos del delito de corrupción los intermedios que promuevan, favorezcan o faciliten la corrupción de los menores como quienes lo hagan en provecho propio (Sentencias de 1-3-68, 5-3-1971, 2-3-1972, 21-11-1972. (S. 29 abril 1976.)

Artículo 487, 2.º. Abandono de familia.

Lo sancionado en el número segundo del artículo 487 del Código penal es el abandono de los deberes inherentes a la patria potestad y al vínculo contraído a causa de conducta desordenada, y como el procesado desde hacía unas seis años abandonó el domicilio familiar dejando a su esposa y a cuatro hijos en edades comprendidas entre los siete y diecisiete años, yéndose a vivir maritalmente con otra mujer, con la que comparte negocios y una cuenta corriente en el Banco, visitando sólo esporádicamente su hogar, desatendiendo el cuidado de todos los suyos, el incumplimiento de los deberes inherentes al vínculo matrimonial y a las relaciones paterno filiales, resulta claro y manifiesto dejó de cumplir dichos deberes, pudiendo hacerlo si hubiera prescindido de su desordenada conducta viviendo maritalmente con otra mujer, reservando el producto de su trabajo a satisfacer las necesidades más perentorias de sus familiares y al cumplimiento de sus deberes ético-morales y naturales respecto de sus hijos, en edad tan crítica, en que es absolutamente necesaria la autoridad paterna. (S. 18 mayo 1976.)

Artículos 500, 504-4.º y 279 bis. Robo y sustitución de placa matrícula.

El llamado **delito progresivo** debe ser distinguido cuidadosamente tanto del **concurso de normas** como del **concurso de delitos**, en tanto en cuanto el fenómeno de progresión delictiva implica el paso de un **minus** a un **plus** de actividad criminosa, es decir, el **tránsito** de un delito menos grave a un delito más grave cuya identidad de elementos constitutivos determina la absorción del primero por el segundo; mientras que en el concurso de normas se trata de **un mismo hecho delictivo** susceptible de ser subsumido en diversas disposiciones legales y en el concurso de delitos se da **pluralidad de delitos** que ora se penan cumulativamente (concurso real o material), ora se castigan unitariamente (concurso ideal o formal), caso este último el más próximo al delito progresivo, pero que sigue distinguiéndose del mismo, pues si bien tienen de común la aplicación de la pena correspondiente al delito más grave a virtud del sistema de absorción (artículo 71 del Código penal), no es menos cierto que los delitos en concurso siguen conservando su individualidad, sea que la misma acción constituya dos o más delitos, sea que uno de ellos devenga medio necesario para cometer otro, pues incluso en este supuesto de concurso instrumental o medial y por mucha que sea la conexidad necesaria, la absorción opera sobre las penas pero no sobre los delitos, que, en cambio, en el delito progresivo quedan refundidos en el más grave, supuesto éste que no necesita una extrema disposición legal, puesto que resulta de la naturaleza misma de las cosas y del principio siempre latente en Derecho punitivo del **non bis in idem**, al que repugna castigar dos veces los actos que por estar en la misma línea de ataque del bien jurídico protegido se refunden en la acción culminante y de más entidad penal.

A la luz de la anterior consideración, debe repelerse el único motivo del recurso que estima infringido por indebida aplicación el artículo 279 bis, párrafo segundo, del Código penal, por entender que los dos delitos de sustitución de matrícula son delitos secundarios que debieron quedar subsumidos

en el delito principal de robo del automóvil, en tanto en cuanto el ataque patrimonial que constituye esta última infracción no hubiera podido consumarse sin aquellas alteraciones de la matrícula de los dos vehículos: el propio del procesado y el ajeno sustraído, de suerte que el intercambio de las placas devino en medio imprescindible para la sustracción; argumento que en ningún modo puede admitirse, pues en primer lugar, cuando tuvo lugar el mencionado cambio de matrículas, ya estaba jurídicamente consumado el delito de robo y se había entrado por el recurrente en la fase de agotamiento del delito o efectividad del lucro; en segundo lugar, que la diversidad de bienes jurídicos tan dispares como la **fides pública** atacada por el delito falsario de sustitución de placa de matrícula en el artículo 279 bis y el patrimonio ajeno lesionado por el delito de robo del automóvil, sancionado por los artículos 500, 504, número cuarto, y 505, número segundo, del Código penal, impide toda unificación so capa de progresión delictiva; y, en fin, que ni siquiera cabe hablar de un supuesto de concurso ideal—el de conexidad teleológica de delitos—, puesto que la alteración o cambio de matrícula obró no como medio necesario para cometer el robo, sino para ocultarlo o encubrirlo según expresa declaración del **factum**. (S. 21 junio 1976.)

Artículo 501, 1.º. Robo con homicidio.

El delito de robo con homicidio es una infracción criminal compleja, integrada por la lesión de dos bienes jurídicos distintos —vida y propiedad— y efectuado por hechos diferentes, cada uno de los cuales constituye autónomamente un delito de homicidio y otro de robo, aunque éste sea la causa preponderante, principal o primaria en la idea del agente, operando la muerte como medio o como simple consecuencia o efecto del deseo ejecutado, de apoderamiento de los bienes ajenos, con ánimo de lucro, siendo irrelevante que la muerte homicida proceda, acompañe o subsiga a la sustracción, pero exigiéndose siempre en la realización de ésta elementos culpabilísticos que eliminan el criticable sentido objetivista del tipo del artículo 501, núm. 1.º, del Código penal y su indudable tono de causalismo material, rechazando las muertes debidas al azar, a lo fortuito o de condición casual y también las culposas, debiéndose de tener en esta singular figura criminal siempre presente, la distinción fundamental que realiza, con sumo acierto, la doctrina científica, entre “el robo con homicidio preordenado” y “el robo con homicidio episódico”, pues mientras aquél se integra por un robo planeado o concebido con propósito directo de matar o al menos aceptando el posible desenlace, previsto hipotéticamente, con dolo eventual, éste se constituye por la realización de un robo querido, en cuya ejecución o sin solución de continuidad, surge la muerte de una persona, esporádica, incidental o de manera ocasionalmente sobrevenida, sin resultar prevista por el ladrón, siendo más grave, indudablemente, la primera figura, de muerte preordenada, al robo, por la superior entidad culpabilística que posee y que previamente abraza los dos delitos del complejo, al concebirse el robo, matando o con posibilidad de matar, con doble ánimo, “lucrandi” y “recandi”, y cuya distinción, aunque na regulada en nuestra ley penal, ha servido para obtener consecuencias jurisprudenciales, beneficiosas para el reo, en la efectividad de las circunstancias

de agravación, al requerir, por regla general, para poder aplicarse, que abarquen a los dos delitos complejos, lo que muy difícil sucederá cuando la muerte sea ocasional. S. 16 junio 1976.)

Artículo 504, 3.ª. Robo con fuerza en las cosas.

El artículo 504 del Código penal determina cuándo un hecho ha de calificarse de robo con fuerza en las cosas, y en su número tercero contiene dos modalidades de ejecución: A) Fractura de armarios, arcas u otra clase de objetos cerrados o sellados o de las cerraduras de los mismos, lo que en concepto del legislador es equivalente, esto es fractura de los armarios o de sus cerraduras, por el atentado que el rompimiento de unas y otros supone contra las defensas que el propietario ha colocado en aquéllos. B) Su sustracción para fracturarlos o violentarlos, fuera del robo. En esta segunda modalidad se distinguen dos momentos perfectamente diferenciados: la sustracción de los armarios, arcas u objetos cerrados y sellados, con una finalidad. Y el remate de esta finalidad o cumplimiento de la voluntad del agente: fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo. Como ha sostenido la doctrina de esta Sala, el apoderamiento no es preciso que sea violento, la finalidad sobre el lucro, es la violencia ejercida sobre el objeto cerrado o sellado que va a producir aquel lucro, consumándose el delito con la aprehensión de la cosa, para fracturarla o violentarla fuera del lugar del robo, tanto si se ejerce esta segunda fase como si no se ejerce, pues el detalle de la conducta posterior, escapa de las previsiones legislativas. (S. 13 mayo 1976.)

Artículo 529, 1.º. Estafa.

Es doctrina declarada por esta Sala que al ser nota característica del delito de estafa la defraudación cometida mediante engaño, allí donde se utilice éste como medio para lograr un desplazamiento patrimonial que sin él no hubiera tenido lugar, surgirá esa tipicidad delictiva. (S. 10 mayo 1976.)

El delito de estafa se integra por los consabidos requisitos —engaño, perjuicio, relación de causalidad o nexos causal entre aquél y éste, y ánimo de lucro—, debiéndose destacar que el **engaño** es la verdadera espina dorsal de la infracción estudiada, consistiendo en la ficción, (apariencia, maniobra, maquinación, ardid, estratagema, treta, argucia, asechanza a la buena fe ajena o falta de verdad en lo que se piensa, dice o hace creer —Sentencia de 2 de marzo de 1936—, dirigido todo ello a viciar la voluntad o el consentimiento de la víctima, la cual, inducida a error, termina concediendo lo que de otro modo no hubiera dado o entrega una prestación o realiza la conducta patrimonialmente valuable apetecida por el infractor; debiendo dicho engaño, por regla general, tener la calidad de eficaz para el logro de los fines defraudatorios, si bien ciertos sectores doctrinales tratan de **objetivar** la entidad del mismo, atribuyéndole sólo tal calidad a los que fueron idóneos o aptos para inducir a error a personas de mediana cultura, a hombres de prudencia o sagacidad ordinarios, “al buen padre de familia”, “al ciudadano medio”, o, finalmente, “al que observa normal diligencia”, llegando a negar la eficacia y trascendencia del engaño cuando el sujeto pasivo demuestra una credulidad

rayana en la necesidad, añadiendo que una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de la entraña de la conducta ajena puede llegar a ser causa de que la defraudación más que producto de un engaño deba considerarse consecuencia de censurable abandono; mientras que otros, con más atinado y moderno criterio, estiman que la aptitud e idoneidad del engaño, así como su eficacia, deben **subjetivarse**, reputándolo relevante en tanto en cuanto haya bastado para inducir a error al sujeto pasivo, siendo de tal índole que oculte al perjudicado el carácter nocivo de su acto de disposición, añadiendo que la entidad de dicho engaño ha de medirse no con cálculos objetivamente cuantitativos, sino en relación con su eficacia operativa real en el caso concreto, pues maniobras del más alto contenido pueden ser idóneas si producen el resultado deseado gracias a la rusticidad o mínima cultura del sujeto pasivo, terminando por proclamar que es un concepto pleno de relativismo que debe apreciarse "intuitu personae", toda vez que, como dice la Sentencia de este Tribunal de 4 de marzo de 1955, no impide la realidad de la estafa lo deleznable del subterfugio realizado por el culpable, habiendo agregado, las Sentencias de 24 de octubre de 1962 y 4 de abril de 1963, que no hay por qué fijar módulos cuantitativos de idoneidad y aptitud objetiva del engaño, sino que es preferible atenerse a la eficacia real frente al caso concreto: doctrina reiterada por la Sentencia de este Tribunal de 27 de junio de 1957, y especialmente por la de 13 de mayo del mismo año, la que destacó, a este respecto, que aunque la maniobra o falacia utilizada deben revestir apariencias de seriedad y realidad suficientes para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia, no dejan de constituir antijurídica maquinación por el hecho de que hubiera podido descubrirse o desenmascarse el fraude con relativa facilidad, pues precisamente el terreno más propicio para la perpetración de estas defraudaciones se halla en los sujetos pasivos crédulos y confiados y que actúan de buena fe, mientras que de obrar todos los humanos con recelo recíproco, desconfianza, previsión, cautela y suma diligencia, exigiendo toda clase de garantías y adoptando precauciones, no sería posible cometer delitos de esa índole; es decir, y dicho de otra forma, que no importa para la concurrencia del delito, pues es lo normal, que el sujeto pasivo de haber sido menos crédulo y confiado hubiera averiguado la verdad e impedido el fraude, bastando con que haya precedido al desplazamiento patrimonial la ficción, la apariencia o la asechanza a la buena fe ajena que caracteriza a estos delitos, siempre, claro está, que no sean tan burdas y torpes que cualquiera pudiera descubrirlas o que no tengan el menor viso de verosimilitud o de credibilidad y pueda pensarse, con fundamento, que, en realidad, el presunto ofendido, aunque se diga engañado, efectuó la operación y entregó la prestación de que se trate porque lo creyó conveniente para sus intereses, pero de ningún modo inducido por las maniobras poco hábiles del agente. (S. 25 junio 1976.)

Artículo 529, 1.º. Estafa (diferencia con emisión de cheque en descubierto).

Entre las diferencias sustanciales existentes entre el delito de estafa y el delito de emisión de cheques en descubierto, además de aquella del bien jurídico protegido que para el primero se halla en la incolumidad del patri-

monio económico individual ajeno, mientras que en el segundo radica en la seguridad del tráfico jurídico mercantil, por lo que mientras éste es un delito de peligro abstracto el otro es un delito de resultado, aunque los dos necesitan de un engaño que en el primer caso, es más específico, ya que se centra en hacer creer a la víctima la existencia de una provisión de fondos o cuenta corriente existente en poder del librado a cargo del cual le será abonada la cantidad figurada en el cheque, con consciencia por parte del librador y a sabiendas de que tal provisión no existe o es insuficiente; en el de estafa el engaño es más polimorfo y puede consistir en múltiples maniobras, engaños o artificios defraudatorios tan variados como la inagotable imaginación humana, como puede ser la apariencia de bienes o crédito o la simulación de imaginarias negociaciones, por lo que cuando el engaño se limite al libramiento del cheque sin provisión el delito cometido será éste, pero cuando el cheque constituya solamente un elemento más de un complejo artificio defraudatorio maniobra engañosa o "mise in scène" entonces el delito será el más genérico de estafa que abarca todos aquellos proceder es engañosos dirigidos a conseguir un beneficio patrimonial injusto, por lo que en el presente caso figurando consignado en la resolución impugnada que el recurrente se presentó a su víctima como comerciante de amplia solvencia, propietario de un puesto determinado en el mercado de abastos y de dos camiones con chóferes y asalariados a su servicio, lo cual era incierto y estaba dirigido desde su inicio a defraudar a su víctima con el fin de dejar impagada gran parte de la mercancía comprada; tal apariencia engañosa no se limitó desde el principio a aparentar crédito en cuenta corriente, sino una solvencia general que no poseía, que constituyó el elemento esencial para que el vendedor le permitiese la retirada de gran parte de la mercancía, mediante pagos efectuados con los referidos cheques sin provisión, que no jugaron otro papel que hacer creer por una temporada al vendedor que había cobrado, puesto que la deuda preexistía al libramiento y había sido consecuencia de la apariencia de bienes y negocios imaginarios que integraba o completaba la simulación de solvencia general tan hábilmente creada por el recurrente, frente al perjudicado, de donde resulta evidente el encuadramiento de tal conducta en el núm. 1.º del artículo 529 del Código penal, cuya aplicación excluye el artículo 563 bis b) del mismo Código legal. (S. 22 junio 1976.)

Artículo 546 bis a). Receptación (ánimo de lucro).

No puede constituir óbice alguno para que se pueda llegar a la conclusión anteriormente sentada, como erróneamente pretende el recurrente, el hecho de que en la sentencia no se contenga o haga referencia expresa al ánimo de lucro y ello por las razones siguientes: a) Porque este Tribunal tiene declarado en multitud de sentencias, y entre ellas, en las de 15-XI-1894, 7-7-1902, 10-1-1928, 10-12-1943 y 27-5-48, que el ánimo de lucro, como elemento específico de la voluntad se halla comprendido dentro del ámbito de la presunción del artículo 1.º del Código penal, presunción que sólo cede ante la prueba en contrario, y b) Porque es de observar que mientras que el Código penal hace del ánimo de lucro uno de los elementos del tipo de ciertos delitos patrimoniales consignándolo o aludiéndolo expresamente al describir las res-

pectivas figuras, como acontece en las tipologías de apoderamiento más típicas, como son el robo y el hurto, o bien se halla comprendido implícitamente al describir otras figuras, al definir el delito de receptación, emplea como verbo núcleo del tipo, el de “aprovechar” dentro del cual, como ya ha declarado esta Sala, entre otras, en Sentencia de 19 de octubre de 1971, cabe una gama de posibilidades de aprovechamiento numéricamente indeterminada, que rebasan el “animus lucri faciendi” entendido en su acepción estricta de ganancia, enriquecimiento o ventaja económica, es una de las modalidades del dolo en esta figura delictiva, pero no la única o exclusivamente tipificadora, pues basta el ánimo de lucro en su acepción amplia o sinónima de aprovechamiento o utilidad, de forma que para la consumación del delito basta que concurra el “animus capiendi” en conexión bien con el “animus res sibi habendi” o bien simplemente con el “utendi” o el “fruenti” y en consecuencia, el móvil, propósito o elemento ideológicamente finalista no tiene otra trascendencia que la de constituir una de las circunstancias a ponderar por el Tribunal para la graduación de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 546 bis e) del propio Código.

Esta es la interpretación más consecuente con la “ratio essendi” del precepto, cual es, la de sancionar comportamientos que favorezcan o promuevan la comisión de los referidos delitos contra los bienes, a la vez que implican una continuidad en el ataque a los mismos, haciendo posible el agotamiento del delito precedente, pues este presupuesto se cumple aun cuando el receptor no haya sido impulsado por la codicia o no se haya propuesto lograr una ganancia o alcanzar un enriquecimiento o ventaja económica. (S. 30 junio 1976.)

Artículo 565, p. 1.º. Imprudencia temeraria.

Alcanza la categoría de imprudencia temeraria en sumo grado la conducta seguida por el procesado que, conduciendo un coche turismo por un tramo de carretera a velocidad superior a 80 kilómetros hora y no obstante ver que a unos 50 metros, y en su misma dirección, marchaba una motocicleta, vuelve la cabeza para ver cómo dormía un amigo que iba en el asiento posterior del turismo, descuidando totalmente la conducción de su coche —como dicen literalmente los hechos probados—, y con olvido de las más elementales reglas que la prudencia aconseja y los peligros que entraña la desatención en la conducción de vehículos de motor, así como las consecuencias dañosas que pueda originar, máxime habiendo visto, como vio, que a tan corta distancia marchaba la motocicleta por su derecha y escasa velocidad, a la que, como era previsible, alcanzó, colisionando con ella, dando varias vueltas de campana el turismo, que quedó en posición invertida, y produciendo la muerte a uno de los ocupantes de la moto, que quedó debajo del coche y causando al otro lesiones muy graves de las que ha quedado incapacitado para dedicarse a sus ocupaciones habituales, y lesiones de menor importancia los dos ocupantes del turismo. (S. 6 mayo 1976.)

La existencia de una infracción reglamentaria no solamente es compatible con la calificación de la imprudencia como temeraria, sino que en muchas ocasiones, la infracción reglamentaria, “per se” es de tal trascendencia, que

constituye ya un dato demostrativo de la gravedad de la culpa, lo que aconteció en el supuesto de autos, en el que la magnitud del deber de cuidado que el procesado dejó de observar, así como la previsibilidad del resultado aparece del hecho de que no sólo haya dejado de observar el deber de cautela que para la seguridad de la circulación viaria impone, con carácter genérico, el artículo 17 del Código de Circulación, sino que hizo caso omiso de las reiteradas señales de tráfico que le advertían del peligro próximo y le ordenaban la observancia de unos límites de velocidad con el fin de que al atemperarse a las condiciones topográficas del lugar quedase eliminado el riesgo de que se pudiesen producir resultados lesivos como el que se produjo de modo que su contumaz inobservancia de elementales normas de prudencia es reveladora de una conducta acreedora a la reprochabilidad inherente a la calificación hecha por la Sala de Instancia. (S. 30 junio 1976)

BACKES, Otto: "Rechtsstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz". (Delitos que ponen en peligro el Estado de Derecho y Ley Fundamental). Carl Heymanns Verlag, 1970. 231 págs.

I.—La presente monografía tiene su origen en un dictamen que emitió O. BACKES en 1967, a requerimiento de los autores del Proyecto Alternativo alemán. Con la denominación, tal vez equívoca, de "delitos que ponen en peligro el Estado de Derecho", se comprenden una gama de tipos, introducidos con la reforma de 1951, para proteger la "existencia" y "seguridad" del Estado y los fundamentos del "orden constitucional" de ciertas amenazas desprovistas de violencia externa pero no por ello menos peligrosas.

BACKES plantea, en esencia, dos cuestiones. La primera, si es lícito que el Estado acuda al arma penal para reprimir unas conductas que renuncian al empleo —al menos inmediato— de la violencia (problema de legitimidad). La segunda, cómo ha de articularse jurídicamente el mecanismo de tutela, en su caso (problema técnico jurídico). Contra la neutralidad del Estado clásico liberal, que hizo posible el acceso de Hitler al poder (y, en otros países, dictaduras comunistas) no duda el autor en justificar la decidida intervención del Estado ante las modernas técnicas no violentas de la subversión y de la guerra fría, si bien partiendo de un concepto del propio Estado no como mero aparato de poder, sino como integración en un orden libre de todas las fuerzas sociales y políticas. En cuanto a la segunda interrogante, BACKES admite se acuda a la incriminación penal sólo respecto a ataques a la Constitución, sistemáticos y organizados, a través de partidos políticos declarados previamente anticonstitucionales; y, sólo por excepción, lo justifica también en algunos casos de conductas que discurren al margen de cauces organizativos (págs. 11 y 12).

II.—El primer capítulo se inicia con la Reforma de 1951, pensada para prevenir la eventual acción de grupos de extrema derecha y que, paradójicamente, se convirtió durante el curso de los debates en el "arma insustituible para la guerra fría contra el comunismo" (pág. 17). La mayor dificultad del legislador fue precisar el objeto de la tutela penal sin acudir a catálogos abstractos de principios fundamentales, y conseguir una formulación positiva del comportamiento típico, ya que la mera falta de "violencia" no parecía criterio decisivo ni practicable para determinar la conducta prohibida (págs. 19 y 20). Particular interés tiene la génesis de los delitos de asociaciones ilícitas (Organisationsde-

likte), porque el párrafo 90. a) —hasta su supresión en 1964— permitía la imposición de una pena a los miembros de tales organizaciones sin necesidad de la previa declaración de anticonstitucionalidad de las mismas por el Tribunal Constitucional Federal (BVerGE), a cuyas sentencias se les atribuía, además, mero valor “declarativo”. El autor, al referirse a la etapa de Weimar, pone de manifiesto dos datos de singular importancia: uno, que en dicha etapa liberal no se prohibió el partido comunista, mientras los tribunales, sin embargo, castigaban a los miembros del mismo aplicando el párrafo 86; otro, que raya en lo anecdótico, que el Tribunal Supremo alemán ha llegado a considerar constitutivo de apoyo y favorecimiento a partidos ilegales comunista, el mero hecho de contribuir con 50 Pf a una colecta para comprar un paquete de tabaco a un miembro de la organización detenido (págs. 49 y 50).

El segundo Capítulo es un examen de los “Staatsgefährdungsdelikte” desde la perspectiva de las exigencias de la Constitución (GG) concretamente, de los artículos 21.2, 9.2 y 18 de ésta. Lugar central ocupa, con razón, la sentencia de 21 de marzo de 1961 del BVerGE. Dicho fallo, que declaró anticonstitucional casi todo el párrafo 90-a antes mencionado y anuló los procedimientos penales seguidos contra miembros del partido comunista, por formar parte de éste desde la entrada en vigor de la reforma de 1951 hasta su expresa prohibición en 1956 por el propio BVerGE, consagró el llamado “privilegio de los partidos” y el correlativo “monopolio” del BVerGE respecto a los mismos. En su virtud, los partidos, a diferencia de las demás asociaciones políticas, sólo pueden ser declarados anticonstitucionales por dicho Tribunal, sin que hasta la sentencia de éste —que tiene valor constitutivo y sólo aplicable para el futuro— pueda hacerse valer jurídicamente de otro modo la anticonstitucionalidad de los mismos (pág. 86).

El último Capítulo es un análisis individualizado de cada uno de los tipos penales según la nueva redacción de la reforma de 1968, acompañado de unas sugerencias de “*lege ferenda*” para la mejor protección del orden democrático en consonancia con las directrices constitucionales.

III.—Por todo ello, el sistema alemán presenta, respecto al español, notables diferencias en el tratamiento de los partidos políticos, por más que la suerte de algunas organizaciones concretas parezca, a primera vista, idéntica. Los partidos políticos, por ejemplo, reciben en la República Federal Alemana (BRD) un tratamiento privilegiado con relación a las demás asociaciones, porque se estima que son piezas esenciales de la vida constitucional y merecen especiales garantías. Excepto en el caso de asociación para delinquir clásica (§ 129 C. P. alemán), nadie puede ser condenado en la BRD por pertenecer a una asociación o partido prohibido sin la previa constatación por el BVerGE para los partidos u organizaciones sustitutivas de éstos o por las supremas autoridades gubernativas para las demás asociaciones) de la anticonstitucionalidad de tales organizaciones, siendo las respectivas sentencias vinculantes para el juez penal. Se ha decidido, con buen criterio, dejar a la jurisdicción ordinaria al margen de contiendas políticas que presuponen una decisión de igual

naturaleza. El Partido Comunista originario fue declarado anticonstitucional por el BVerGE en 1956 (cuatro años antes lo fue también el partido NRS de extrema derecha), después de un proceso que duró casi cinco años y cuya sentencia consta de unos 425 folios mecanografiados. Pero el nuevo Partido Comunista (no KPD, sino ahora DKP) no ha sido prohibido, como no lo ha sido tampoco el actual KPD, rama juvenil del partido comunista: disfrutan, en cuanto organizaciones, incluso, de una clara tolerancia política. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán, por último, ha declarado que no basta con pertenecer como socio a un partido prohibido para incurrir en responsabilidad penal, sino que es necesario, además, un "comportamiento activo", agresivo y hostil para el orden constitucional.

ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA
Profesor Adjunto Interino

FÜLLGRABE, Uwe: "Persönlichkeitspsychologie". (Psicología de la personalidad). Segunda edición, revisada, 1976. Editorial Richard Boorberg. Polizei aktuell. 104 págs.

Persönlichkeitspsychologie es una breve introducción a la Psicología de la personalidad, ciencia que se ocupa de las formas típicas de aparición del comportamiento humano individual. Su autor, Uwe Füllgrabe, psicólogo diplomado y consejero en la Escuela Estatal de Policía, de Hann. Münden, apunta, con acierto, la importancia de esta disciplina para todas aquellas personas que, por razones profesionales, han de entrar en estrecho contacto con otros hombres; y, de modo especial, su aplicación práctica a la lucha contra la criminalidad (pág. 7).

Punto de partida es el concepto de "personalidad" de Guilford, cuya estructura impone la consideración de siete aspectos básicos del mismo: características morfológicas y fisiológicas, temperamento, motivos, intereses, actitudes y facultades (pág. 9 a 22). Destaca el examen detenido del "temperamento" y de las dos "dimensiones"—a estos efectos—de la personalidad: la doble dicotomía "introvertido-extrovertido" y "estabilidad psíquica" y "labilidad", magnitudes, a juicio del autor, independientes entre sí, relativas, graduales (meras tendencias del comportamiento) y condicionadas por la situación (pág. 10 a 15). En cuanto a los "motivos" sigue Füllgrabe a Murray (concepto, significado y clasificación de los mismos) resaltando la importancia de la "agresividad" y sus implicaciones (examen de los tipos subcontrolados y supercontrolados).

El segundo capítulo (B) ofrece un análisis del proceso de conformación de las características de la personalidad, de la génesis de ésta (página 23). Dicho "proceso de socialización" plantea para el autor tres cuestiones: "qué" es lo que aporta al sujeto (una gama de normas y formas de comportamiento), "cómo" opera y se produce (a través de un particular mecanismo de aprendizaje) y "quién" lo dirige e influye (ciertas personas, medios de comunicación, etc.). Tesis de la obra es la ex-

traordinaria importancia de datos familiares y educativos (clima hogareño frío o entrañable, grado de dirigismo de los padres y métodos educativos) en la configuración de la personalidad (pág. 25 a 34). Füllgrave pone especial énfasis en destacar los mecanismos psicológicos que sirven de vehículo al citado proceso de aprendizaje: el principio de "identificación" (págs. 26 a 28), principio de "confianza" originaria (páginas 28 a 31), influencia del comportamiento "esperado" por el propio sujeto o por terceros (pág. 34), poder de "observación" (pág. 37), imitación de comportamiento que socialmente tienen éxito (pág. 38), etc.

El debatido *problema "herencia-medio"* se resuelve claramente a favor del segundo (Capítulos C y D). No existe —afirma Füllgrave— (página 58) un "gene criminal" que conduzca irremisiblemente al delito, contra quienes se refieren al supuesto cromosoma masculino adicional número 47...; los genes ofrecen una gama de posibles reacciones, pero su naturaleza "bioquímica" impide condicionen el comportamiento "social" humano, mucho más complejo (pág. 47). El "medio" sí es decisivo, sin embargo, e influye incluso con anterioridad al nacimiento (pág. 44). Respecto a la "inteligencia" afirma, coherentemente, que es una magnitud relativa, variable, abierta a un proceso en el que concurren diversos factores (educación, clima familiar, el medio) y no mero producto de la herencia, inmutable (pág. 53).

Los Capítulos D y E versan sobre "*tipología criminal*". El primero contempla las tres formas básicas, desde un punto de vista psicológico: el criminal socializado, el agresivo y el neurótico. El segundo, la llamada "*personalidad autoritaria*" (págs. 63 a 67).

La *dependencia del comportamiento concreto respecto a la situación total del autor* es otro de los datos que se ponen de manifiesto en esta obra: aunque existe una innegable conexión entre la estructura de la personalidad y determinadas cualidades caracterológicas, éstas no existen en cuanto realidades absolutas sino a modo de "opciones" de un repertorio de conductas posibles vinculadas a la situación y a una serie de datos (roll social, estímulos, etc.) no siempre conocidos (págs. 71-72).

El último Capítulo (págs. 75 a 97) es un análisis de los "*motivos "tácticas" y "estrategias" del comportamiento "interpersonal"*". Siguiendo las investigaciones de la Fundación Kaiser, se admiten ocho tipos básicos (con sus correspondientes subtipos), clasificados en función de un "motivo central" que, a su vez, se manifiesta de forma adecuada o inadecuada (pág. 76). Tales tipos, son: el dominante-autocrático, el independiente-narcisista, el críticamente agresivo-sádico, el anticonvencional-desconfiado, el humilde-masquista, el conformista-dependiente, el amistoso-superconvencional y el responsable-hipernormal. El autor insiste, no obstante, en que una actitud puede revelar alguna de las características propias de los tipos mencionados o ser, simplemente, una táctica o estrategia —no siempre consciente en el propio individuo— para conseguir ciertos fines... (pág. 76).

GASTROPH, Claus: "Die Politischen Vereinigungen". (Inhalt und Grenzen der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 des Grundgesetzes im politischen Bereich in der Verfassungsstruktur der Bundesrepublik. ("Las Asociaciones Políticas". Contenido y límites en el campo político de la libertad de asociación prevista en el art. 9 de la Ley Constitucional de la República Federal Alemana). Duncker. Humblot. Berlín, 1970. 193 págs.

I.—El tema de las asociaciones y los partidos políticos ha dado lugar en la República Federal Alemana a una continuada y fecunda polémica, en la que participan tanto penalistas como expertos en Derecho constitucional. Especial atención han merecido las reformas de 1951, 1964 y 1968; y, sobre todo, dos fallos del Tribunal Constitucional (de 23 de octubre de 1952 y 17 de agosto de 1956) que declararon la anticonstitucionalidad del partido nacional socialista (SRP) y del comunista (KPD), respectivamente. Baste con decir, por ejemplo, que el texto de la sentencia en último lugar citada consta de 425 páginas mecanografiadas. Sin embargo, monografías recientes sobre los partidos políticos y demás asociaciones ilícitas sólo conozco —junto con la que comento— dos: la de OTTO BACKES (Rechtsstaatsgefährdungsdelikt und Grundgesetz, 1970) y la de COPIC, H. (Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, 1967).

II.—"Die politischen Vereinigungen", de GASTROPH, pretende resaltar claramente la importancia sociológica actual de las asociaciones, junto y frente a los partidos, pero sin tomar postura sobre algunas de ellas que —en los últimos años— han sido portavoces de las posturas más extremistas de la oposición extraparlamentaria alemana (págs. 7 y 28).

La obra consta de una introducción (págs. 19 a 28) y cuatro capítulos. El primero, muy breve, es un examen histórico de la libertad de asociación desde la antigua Grecia hasta la Alemania de 1949 (páginas 29 a 44). El segundo contempla las diversas formas de manifestarse el hecho asociativo, la relevancia jurídica de las mismas y sus presupuestos constitucionales (págs. 45 a 83). Es importante la distinción entre "partido" y "asociación", que el autor traza en el plano sociológico (página 49 y 50), porque goza de singular relevancia penal (el llamado "privilegio de los partidos"). Los contornos y límites del derecho de asociación son la materia del tercer capítulo (págs. 86 a 130).

El autor parte del carácter "excepcional" de toda "prohibición" de partidos o grupos por considerar que no es un "límite inmanente" al ejercicio de los derechos, sino una grave "restricción" de éstos (págs. 93 y 94) y condiciona la legitimidad de la misma a la existencia de un peligro concreto (pág. 97) para el orden democrático y al fracaso de otras medidas que previamente deben haberse adoptado (la prohibición es la "ultima ratio", "in dubio pro libertate": pág. 95). El principio de la "jerarquía de las normas" y de la necesaria congruencia del ordenamiento jurídico con el constitucional inspira el tratamiento de todos los problemas. El último capítulo es un estudio de los procedimientos legales que permiten la imposición de límites al derecho de asociarse li-

bremente, en la diversas instancias y jurisdicciones (Tribunal Constitucional, Tribunal Administrativo Federal, Procedimiento seguido al amparo de la Ley de Asociaciones).

III.—Como *tesis principales* de esta obra, cabe señalar estas: 1) Las asociaciones políticas están en mejores condiciones que los partidos para “representar” la voluntad de sus miembros. Son más dinámicas, gozan de mayor savia política: la democracia moderna no puede prescindir de ellas. 2) El derecho de asociación cumple dos funciones que se complementan: una negativa, frente al Estado (concepción “liberal” clásica) y otra positiva, integradora, que se define no como libertad frente al Estado, sino como derecho a “participar” en éste (función “democrática”). 3) Portador y titular de este derecho lo es tanto el individuo como el grupo. 4) Las asociaciones políticas son menos peligrosas para el Estado que los partidos, porque no inciden de modo directo en su poder y autoridad; por ello debe reclamarse para las mismas un mayor margen de libertad. 5) No son lícitos otros límites del derecho de asociación que los que derivan de la Ley Constitucional (art. 9, 2): ésta prohíbe, desde luego, la vía de la violencia y el terror como medios para imponer unos objetivos políticos (infracción de leyes comunes), pero no la subversión ideológica, la lucha política no violenta. 6) Sólo es admisible establecer tipos penales que aseguren para el futuro unas prohibiciones previamente establecidas; por ello, parágrafos como el 129 (equivalente al artículo 172.2.º de nuestro Código penal) están al borde de la anticonstitucionalidad.

Antonio GARCÍA-PABLOS

HESNARD, A.: “*Psicología del crimen*”, trad. Ferrer Aleu, 2.ª ed., Barcelona, 1974, 248 páginas.

La obra se divide en tres partes, que se ocupan respectivamente de la insuficiencia y relatividad de los métodos objetivos de conocimiento del hombre criminal, descripción y análisis clínico de las grandes conductas criminales y concepción comprensiva de la criminalidad. El autor pretende hacer un trabajo, no de criminología, sino profundizar hasta las motivaciones del crimen, a través de la psicología. Sin embargo, la obra tiene un gran valor criminológico.

Considera el autor que los trabajos que se han realizado sobre el mundo del delito desde el campo de la biología, psiquiatría, sociología, etc., son insuficientes y parciales. Hay algo en la criminalidad, dice, que es de mucho más valor que el mundo circundante del hombre delincuente, y la influencia que puede tener en su conducta; lo importante es el estudio del sujeto desde el punto de vista de la antropología, la psicología y la clínica criminológica. Hay que buscar las motivaciones más profundas del acto criminal, para lo cual es necesario investigar a través de la psicología. La psicología criminal busca la comprensión del crimen, y son pocos los delincuentes verdaderos enfermos mentales, ya que no se puede

llegar a esa conclusión por el mero hecho de que con relativa frecuencia aparezcan en el mundo del delito sujetos con mentalidad deteriorada desde el punto de vista moral y social.

Sostiene que la psicopatía se da en pocos casos entre los delinquentes, e incluso en los delitos extraños y de motivación inexplicable tampoco aparece la personalidad anormal, ya que una vez se han estudiado bien a los sujetos, resultan ser psiquiátricamente normales o casi normales, por lo que muchas veces la motivación hay que ir a buscarla en el inconsciente. Hay que pensar en determinadas ocasiones que la conducta criminal obedece a situaciones muy profundas, e incluso suponen un sistema psiconeurótico, pero sin fondo patológico; no obstante, el crimen patológico existe y de ahí el valor de la clínica psiquiátrica que será la que determine cuando nos encontramos ante un delincuente de este tipo o un sujeto normal.

En el libro se busca principalmente un análisis subjetivista del delincuente. Esta es la misión de la psicología criminal, que de no seguir ese camino de subjetivación no conseguirá buenos resultados. El tema tiene notable interés en el proceso penal, tanto en el terreno de la imputabilidad, como en el de la culpabilidad, así como para una mejor valoración del testimonio de aquellos que pueden aportar algo en el proceso.

Alfonso SERRANO GÓMEZ

INSTITUTO LATINOAMERICANO PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE

Este Instituto, de reciente creación, con sede en San José de Costa Rica, ha publicado una serie de trabajos breves, aparecidos en agosto del presente año, y son los siguientes:

ARROYO CORDERO, A.: "Delincuencia, estadística e investigación criminológica en Costa Rica".

En Costa Rica se viene incrementando la delincuencia durante los últimos años, a un ritmo del 15 por 100 cada año. Por otra parte, el 40 por 100 de los delitos conocidos no se descubren, con lo que se pone en tela de juicio en muchos casos la veracidad de la denuncia y la eficacia de la policía. Destaca el autor las dificultades con que tropieza la estadística en su país, así como la gran acumulación de trabajo de los Tribunales en materia de faltas penales, pues solamente en el primer semestre del año 1976 el número de casos denunciados se aproximó a los cincuenta mil, muchos de cuyos autores ingresan en prisión por impago de la multa que se les impone.

Los delitos más frecuentes cometidos en Costa Rica son contra la propiedad, seguidos de las infracciones contra las personas. Este fenómeno se da tanto en la delincuencia adulta como en la de menores. La población penitenciaria es en su mayor parte joven, ya que se compone de sujetos

comprendidos entre los diecisiete y treinta y cinco años; el total de reclusos el día 1 de mayo de 1976 era de 2.441, repartidos en veintiún centros, de los que solamente tenían más de cien siete de ellos, siendo la de mayor población penal la Penitenciaría Central, con 943 internos.

VERSELE, C.: "Conceptos fundamentales sobre planificación de la política criminal en América Latina".

Considera el autor que la Criminología debe ocuparse del fenómeno general de la delincuencia, en cuanto que representa un problema social, y no dedicarse a determinados aspectos parciales, como puede ser la criminología clínica. El autor individual es importante, pero lo es mucho más el fenómeno general. Los Códigos y leyes penales fueron elaborados en épocas pasadas, y apenas sirven para resolver los problemas actuales en el terreno de la política criminal, y en definitiva de justicia penal, para lo que debe acudir a una política democrática donde serán de mucho valor determinadas reformas sociales.

En el terreno de la planificación considera fundamental conocer las necesidades y medios de que se dispone, hacer ajustes en el terreno del Derecho y efectuar un plan adecuado de investigación científica. En materia de prevención del delito hay que ir a la eliminación de los factores criminógenos de la sociedad. En materia de control de la delincuencia considera el autor que es importante una mayor coordinación entre la policía, tribunales y estructura penitenciaria; hay que evitar toda inflación penal, y los jueces deben tener una formación más amplia que la jurídica, ya que han de conocer otros problemas, que aun siendo ajenos a la ley, son importantes en el momento de juzgar.

MONTERO, J. A.: "Problemas y necesidades en la política criminal en América Latina".

Considera el autor que Latinoamérica carece de un plan de investigación criminológica, y prácticamente no se ha hecho nada en este aspecto. Un factor importante a tener en cuenta en todo programa de lucha contra el delito es conocer las causas del mismo. La política criminal no puede basarse en planes rígidos, sino que es preciso una cierta flexibilidad en los mismos, ya que el mundo real del delito evoluciona. A la hora de elaborar los planes de desarrollo económico en los países debe tenerse en cuenta la política criminal, pero esto no se ha observado en Latinoamérica, situación que se agrava por la falta de coordinación existente entre los diversos organismos relacionados con la administración de justicia penal.

Se hace una crítica de las disposiciones penales tradicionales, algunas de las cuales apenas tienen hoy valor, mientras que a otras se les da poca importancia, como ocurre con los delitos económicos. También se critica la lentitud de la administración de justicia, pues casi la mitad de la población reclusa se encuentra sin juzgar, mientras que a veces cuando

se dicta sentencia ésta resulta inferior al tiempo que el condenado pasó en prisión preventiva. Finalmente se recoge la necesidad de una adecuada reforma penitenciaria.

Cooperación regional en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente

Este trabajo se preparó por la Secretaría de las Naciones Unidas y el Instituto Latinoamericano para la prevención del Delito, con ocasión del primer Coloquio sobre Política criminal en América Latina, que se celebró en México, del 9 al 12 de agosto de 1976. Se recoge la necesidad de una colaboración regional en materia de prevención del delito, y se pone de relieve las dificultades penitenciarias en los diversos países, la lenta evolución de la legislación penal, que no termina de ponerse acorde con las necesidades actuales, y la falta de personal en materia de lucha contra el delito. Estos aspectos se han de tener en cuenta en las prioridades en materia de política criminal, así como una mutua colaboración entre los diversos países, no sólo en materia de persecución del delito, sino incluso en el plano de la información.

Termina el trabajo haciendo referencia de la necesidad de ayuda técnica en el campo de la prevención del delito, así como unas directrices del Instituto sobre sus programas a corto y largo plazo.

Alfonso SERRANO GÓMEZ

KOLZ, HARALD: "Die Problematik der actio libera in causa". Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre. Inauguraldissertation. Frankfurt am Main, 1970, 121 páginas. ("La problemática de la actio libera in causa". Una aportación a la teoría general del delito).

I. Hasta los años treinta, la polémica sobre la "actio libera in causa" ("a.l.i.c.") discurrió en Alemania sin apoyo ni contraste alguno en el derecho positivo, porque el C. P. de 1871 no contempló el problema. La doctrina propuso un rico abanico de soluciones, que giraron siempre en torno al debatido tema de la punibilidad de la misma y su fundamentación: punibilidad, no punibilidad, punibilidad exclusivamente de la "a.l.i.c. dolosa", punibilidad atenuada, equiparación al delito "culposo", etc. Pero en 1933 se introduce en el StGB el parágrafo 330-a, que castiga a quien se coloca dolosa o culposamente en estado de inimputabilidad mediante la ingestión de bebidas o por cualquier otro medio y delinque en dichas circunstancias; la punibilidad de una importante costelación de casos queda, desde entonces, fuera de toda discusión. Para fundamentar técnicamente la misma, la doctrina mayoritaria ha acudido al expediente de la "autoría mediata" (el autor se utiliza a sí mismo como instrumento al provocar su propia inimputabilidad) o al de la "causalidad"; la acción de cofocarse en estado de inimputabilidad —se dice— es "causa" del resultado que se produce cuando el autor es ya inimputable, la "última" causa, la causa "decisiva". Si la "a.l.i.c." suponía —o no— una excepción al mandato del parágrafo 51 (la inimputabilidad ha de concurrir "en el momento del

hecho”) es una interrogante no resuelta de forma unánime, conformándose el planteamiento tradicional con reconocer que la “particularidad” de la “a.l.i.c.” consiste en un “desplazamiento” o “anticipación” del injusto a un momento anterior: al momento en que el autor todavía era imputable.

La discusión actual tiene dos claras coordinadas: por una parte, se desplaza el centro de atención a la llamada “acción precedente”, tratando fundamentar por qué concurren en la misma todos los presupuestos del hecho punible, especialmente el de la “antijuricidad”; por otra parte, se intenta una “generalización” del principio de la “a.l.i.c.” más allá del estrecho campo de aplicación del parágrafo 51 (imputabilidad), esgrimiendo el mismo para fundamentar la punibilidad del autor cuando un comportamiento previo de éste provoca la exclusión de cualquier otro presupuesto del delito: “acción”, “antijuricidad”, “culpabilidad”, etc. En este contexto ha de examinarse la obra que comento, poco conocida, pero importante porque consolida las directrices básicas de un nuevo tratamiento de la “a.l.i.c.”.

II. “Die Problematik der actio libera in causa” consta de cuatro capítulos: planteamiento del problema (I), soluciones doctrinales y jurisprudenciales al mismo (II), tesis del autor (III) y ámbito de aplicación del principio examinado (IV). Su punto de partida se puede resumir con dos ideas: 1) Es necesario revisar el planteamiento tradicional, porque se conforma con constatar que el autor puso la “causa” decisiva del resultado en situación de imputabilidad, pero no demuestra que su hacer (el mero hecho de embriagarse, por ejemplo) es ya “típico”, “antijurídico” y “culpable” (pág. 51); 2) El problema de la “a.l.i.c.” no es un problema de “tipicidad” (si se sigue una acepción causal y extensiva de ésta) ni de “culpabilidad”, sino de “antijuricidad” (pág. 52): se trata de explicar por qué unos comportamientos que según las diversas doctrinas de la tentativa (Versuchstheorie) son meros actos “preparatorios” lesionan el bien jurídico.

Para Kolz, la distinción entre “acto preparatorio” y “ejecutivo” debe trazarse en el campo de la “antijuricidad”, y no en el de la “tipicidad” (pág. 82). Los actos “preparatorios” se convierten en “ejecutivos” cuando además de “típicos” son “antijurídicos” (id); y la antijuricidad resulta no de una mayor o menor proximidad del comportamiento al objeto de protección penal, sino de la lesión del “deber jurídico” que reclama del sujeto el control de los peligros que su propia conducta —según los casos— pueda desencadenar, con independencia del momento en que se produzca el resultado lesivo. Las ideas de “control del curso causal”, “deber objetivo de cuidado” y “ponderación de los objetivos del autor y de los intereses de la víctima” son claves en el pensamiento de Kolz. “Un acto preparatorio se convierte en ejecutivo —advierte— cuando representa una aportación causal que imposibilita al propio autor para impedir el resultado o le traslada, al menos, el riesgo de no poder impedirlo” (página 87). Y, añade Kolz: “si se coloca alguien en estado de inimputabilidad o de incapacidad de actuar, obrando así dolosa o culposamente respecto al resultado típico que se produce ya en dicho estado de inimputa-

bilidad, se comporta entonces antijurídicamente si —al provocarlo— abandona el sujeto el control del curso causal de su hacer con lesión del deber objetivo de cuidado” (pág. 89).

Siguiendo a Maurach —y a Schwinghammer— admite también Kolz la aplicación del principio de la “a.l.i.c.” a supuestos no contemplados en el párrafo 51; por ejemplo, si el autor provoca un defecto en la “tipicidad” (pág. 103) o preconstituye una situación de legítima defensa (págs. 104 a 111), de error (pág. 114), de estado de necesidad (página 114 a 116), etc.

En definitiva, estima Kolz, que la “a.l.i.c.” no es una figura jurídica “sui generis”, sino una “forma normal de autoría” como pueda serlo también la “autoría mediata”, a la que —dice— complementa (pág. 120); su única particularidad consistiría en el singular proceso de ejecución o realización del delito (id).

III. El mérito más destacado de esta obra —la más reciente tesis doctoral alemana sobre el problema— reside, a mi juicio, en la certera crítica a que se somete todo el planteamiento tradicional de la “a.l.i.c.”. Y, de modo particular, el examen que hace el autor en el segundo capítulo (págs. 34 a 47) de las tesis de *Katzenstein* (Die Strafflosigkeit der actio libera in causa, Berlin, Dissertation, 1901); *Schwinghammer* (Die Rechtsfigur der actio libera in causa und ihr Anwendungsbereich über den Rhamen des 51 StGB hinaus. Dissertation, München, 1956); *Baumann* (Strafrecht, A. T., 1968); *Maurach* (Fragen der actio libera in causa, JuS., 1961, págs. 373 a 382), y *Hruschka* (Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, JuS., 1968, págs. 554 a 599). Sus conclusiones, sin embargo, no hacen más que consolidar y reforzar las directrices ya trazadas en los últimos años, si bien consiguiendo centrar el problema en la “antijuricidad” de la acción “precedente” —lo que era necesario— y ampliando el campo de aplicación de este principio a otros supuestos de semejante estructura.

Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA

LETZGUS, Klaus: “Fases previas de la participación. Formas de aparición y su penalización”. (Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit). Duncker & Humblot, Berlín 1972. 238 páginas.

El StGB alemán contiene en el párrafo 49-a de la antigua redacción, y 30 de la nueva, diversas figuras preparatorias de la participación. La única reforma introducida, influida por la doctrina, ha sido la de extender la tentativa de inducción a la inducción en cadena. Los párrafos a que nos referimos comprenden también el ofrecimiento para la comisión de un delito, la aceptación de ese ofrecimiento y la conspiración.

Ni dogmática ni politicocriminalmente se da una semejanza entre las regulaciones alemanas y españolas, razón por la cual hay que ser muy cautos en el momento de emitir juicios comparativos.

LETZGUS, en la monografía comentada, se ha ocupado de estudiar to-

das las manifestaciones de voluntad penalmente relevantes con anterioridad al comienzo de ejecución, ofreciendo un cuadro general bastante completo de esta complicada problemática. En su afán de dar una visión panorámica, se ocupa no sólo de las figuras del parágrafo 49-a, sino también de otras que no aparecen en el mismo, pero que pueden tener relevancia penal, como la tentativa de complicidad.

La base sistemática de apoyo, para LETZGUS, es la distinción de diversos momentos en el desenvolvimiento de estas conductas productoras de determinados efectos jurídicos, siempre dirigido a la consumación del delito principal. Así, en la inducción distingue dos momentos: el de convicción del autor principal o resultado intermedio, y el de producción del resultado principal del que aquél ha de ser causal. El efecto jurídico que se deriva es que para poder hablar de inducción ha de existir por lo menos el comienzo de ejecución del delito principal; en otro caso, se trataría de una tentativa de inducción, impune si no fuese por la disposición del parágrafo 49-a (actual 30).

Por lo que se refiere a la complicidad (ésta no se halla regulada en el parágrafo 49-a) procede de la misma manera, distinguiendo varios momentos. Si la complicidad se presta en un momento anterior al comienzo de ejecución, son relevantes tres momentos: el resultado intermedio (*Zwischenerfolg*) en que el autor principal acepta el ofrecimiento en que consiste la acción de complicidad. El resultado de la participación (ya en la fase ejecutiva) en que el cómplice presta realmente la colaboración a que se ofreció. Y el de producción del resultado del delito principal. Si se presta en el momento de la ejecución sólo son dos, ya que el *Zwischenerfolg* y el *Teilnahmenerfolg* se producen simultáneamente.

En segundo lugar, el ofrecimiento y la aceptación del mismo. El ofrecimiento produce sus efectos si la persona a quien se hace acepta. La aceptación, en el momento en que la persona que se ofreció toma la decisión de ejecutar el delito, dada la aceptación de aquél a quien se ofreció. En el mismo sentido se puede considerar la conducta de quien fue objeto de inducción, pues la aceptación por parte del mismo de la invitación en que consiste la inducción determina la efectividad de la tentativa de inducción (producción del *Zwischenerfolg* de la inducción).

Por último, la conspiración, cuyo resultado intermedio es el despertar mutuo de la voluntad delictiva (*Zwischenerfolg*). Para LETZGUS, quien inicia la actividad en orden a obtener un acuerdo de conspiración integra la figura de tentativa de inducción, que sería punible conforme al parágrafo 49-a-I. Pero a su vez, quien inicia la acción puede no estar decidido aún, decidiéndose en el momento de conocer la resolución de aquél a quien induce, en cuyo caso es también inducido por el mismo. En este caso, habla de inducción mutua. Como se desprende del hecho de que uno de los conspiradores estuviese ya decidido con anterioridad al acuerdo, en el Derecho alemán se consideran de conspiración conductas que en nuestro artículo cuarto serían de proposición.

La importancia de distinguir diversos momentos en estas acciones estriba en la producción de determinados efectos jurídicos y en la con-

versión de unas figuras en otras (lugar dogmático en el sistema de la participación), según la proximidad o lejanía de la consumación del delito principal (consumación).

No vamos a ocuparnos de todas y cada una de las conversiones posibles de las figuras estudiadas. Tan sólo nos fijaremos en el ofrecimiento, la aceptación y la conspiración. Como decíamos antes, el ofrecimiento y la aceptación no aparecen tipificadas en nuestro artículo 4. Sin embargo, el hecho de que en la realidad prejurídica puedan darse, exige un análisis de las posibilidades de su punición.

En cuanto a la aceptación del ofrecimiento, hay que distinguir tres posibilidades. Dicha aceptación puede entenderse: a) Como tentativa modificada de inducción, en el sentido de que no es el inductor quien tiene la iniciativa, sino el futuro autor principal, correspondiendo al inductor sólo aceptar. Si el autor principal no comienza a ejecutar el delito estamos ante una tentativa de inducción, punible conforme al párrafo 49, a-I. b) Como tentativa de complicidad psíquica, en los casos en que quien se ofrece no hace depender su decisión de cometer el delito de la aceptación de aquél a quien se dirige (se trata también de un supuesto equivalente a nuestra proposición). c) Finalmente, los casos de un ofrecimiento impuro (el que se ofrece no hace depender su decisión delictiva de la aceptación de la persona a quien se dirige) en los que no hay posibilidad de estimar complicidad psicológica (la tentativa de influir psicológicamente en el que se ofrece no produce ningún efecto), son formas especiales impunes, si no fuese por el párrafo II del párrafo 49-a. En nuestro Derecho, a falta de tal precepto, se trataría de una tentativa de participación impune.

El supuesto del autoofrecimiento no es sino una inducción en cadena, una tentativa de la misma, pues la única meta de quien se ofrece es provocar la decisión de inducción de quien acepta. Por eso, se trata de una inducción en cadena modificada, pues en vez de tres personas sólo intervienen dos, ocupando el lugar de la tercera uno de ellos, que toma parte dos veces, una como primer inductor y otra como último inducido.

El caso de la conspiración se diferencia del ofrecimiento y de la inducción en que la inducción mutua que constituye no se detiene en la mutua decisión, sino que ambos sujetos "quieren" tomar parte en el dominio del hecho, es decir, ambos son "autores presuntos".

En mi parecer, es criticable la opinión de LETZGUS (que por otra parte es doctrina dominante en Alemania) en dos puntos: uno es el exceso de casuismo en la consideración de las figuras del párrafo 49, a, lo que produce repeticiones no deseables, provocando además objeciones de política criminal. La otra es su caracterización de la conspiración por el deseo de convertirse sus sujetos en autores del delito principal.

LETZGUS ha visto bien el problema en lo que se refiere a la aceptación del ofrecimiento, razonando de la siguiente forma: las modalidades del mismo son, tentativa modificada de inducción en los casos de que dicha aceptación sea auténtica (echte), tentativa de complicidad psíquica en el caso de que sea inauténtica (unechte), o como forma especial. A

continuación, mantiene que sólo la primera puede considerarse sancionada en el parágrafo 49-a-II, pues de otra forma sería una excepción al principio mantenido por el StGB de que la tentativa de complicidad es impune. Excepción para la que no hay razones dogmáticas ni de política criminal.

Sin embargo, no ha tenido en cuenta ese mismo argumento al estudiar la conspiración, donde alberga supuestos que no son exigidos por razones de política criminal ni dogmáticas, cayendo además en el defecto de la redundancia. Concretamente, me estoy refiriendo al caso de la conspiración en la que quien tiene la iniciativa está ya decidido "a priori" a cometer el delito. Es cierto que en el Derecho alemán no existe un precepto como el que regula la proposición en nuestro Código, donde tal conducta encontraría adecuado alojamiento. Pero sí existen otros que pueden cumplir esa finalidad, concretamente, la tentativa de inducción y la aceptación del ofrecimiento (*Aufforderung*); sin que haya necesidad de un nuevo precepto, cuya validez sólo estaría justificada si añadiese alguna nueva característica para parte de los supuestos comprendidos en el grupo de casos abarcados por las otras normas, cosa que no ocurre en este caso. Por eso, la conspiración ha de estar para cumplir una finalidad específica, que no es otra sino la de referirse a aquel grupo de casos en que varias personas, en virtud de su interés personal en la consecución de una misma finalidad criminal, juntan sus esfuerzos en orden a la misma, lo que determina un robustecimiento de la voluntad delictiva, cuyo peligro se manifiesta en la toma de una decisión colectiva de hacer algo que de otra manera, individualmente, no habrían realizado. Por eso no se puede considerar de conspiración la invitación de alguien que ya estaba decidido de antemano a cometer el delito. Dogmáticamente, si uno ya está decidido no puede ser inducido por el otro o los otros, siendo lo más tentativa de complicidad, impune como hace poco hemos visto.

Más importante aún es el problema de la hipotética coautoría. ROXIN, en polémica con WELZEL, ha ilustrado bastante sobre el tema. Incluso para el mismo WELZEL no basta el querer de quien participa en la preparación para fundamentar la coautoría, aunque se conforma con que uno sólo realice la acción delictiva ejecutando la decisión criminal tomada conjuntamente. De esa manera, alguien puede ser autor aunque no intervenga en la ejecución. De la misma manera, el inductor, según WELZEL, puede tener el dominio del hecho.

La opinión de WELZEL, a juicio de ROXIN, es insostenible, ya que el dominio del hecho exige el empleo de un criterio "objetivo" de tal manera que quien participa en una acción delictiva sólo podrá ser hecho responsable por su propio hacer en orden a la consumación del delito, y no por "su influencia emocional en el quehacer de otro". Superando con ello los defectos de las teorías "subjetivas" de la autoría. Sostener que la acción de conspiración se caracteriza por el hipotético y futuro dominio del hecho supone seguir moviéndose en el ámbito de dichas teorías.

Incluso en los supuestos en que parece más claro poder distinguir qué

tipo de participación se reserva cada uno en el delito principal (por ejemplo, dos de los conspiradores se reservan la acción principal de robar en el Banco, mientras un tercero sólo tiene que esperar fuera en un coche en marcha para emprender la huida) no es posible una distinción del estílo a la propuesta por LETZGUS, ya que "frecuentemente depende de la casualidad que la participación de alguien en la ejecución del delito sea mayor o menor...; por eso no se puede hacer depender de tales exterioridades el fundamento de una forma de participación".

Por estas razones, me parece que es también defendible en el Derecho alemán la exigencia de reducir el tipo de conspiración a aquellos supuestos en que ninguno de los que participan en la acción de conspiración estuviese decidido con anterioridad a la comisión del delito. De esta manera no se vacía de contenido a la conspiración, que no quedaría reducida a un mero acuerdo de ejecución, sino que estaría para castigar unas conductas tan graves como la de decidirse conjuntamente a hacer algo que cada uno por separado no se atrevería a hacer. Así, pues, la conspiración es algo más que la exteriorización de un pensamiento o deseo.

De todas formas, hay que reconocer que ésto, que se manifiesta claramente en el Derecho español, donde tanto la conspiración como la proposición, así como la no punición del autoofrecimiento y la aceptación del mismo, revelan que al legislador no le es suficiente la exteriorización de un deseo, sino el hecho de hacer nacer ese deseo en alguien, no es tan evidente en el Derecho alemán, donde la punición del ofrecimiento y la aceptación, así como la aceptación del inducido, parece inclinarse al legislador por la consideración de estos actos como resoluciones manifestadas.

Joaquín CUELLO CONTRERAS

NESS, K. H.: "Das politische strafrecht des bundesrepublik und das wiedervereinigungsgebot des grundgesetzes". (El Derecho Penal Político de la República Federal y el mandato constitucional de la reunificación). Tesis Doctoral. Hamburgo, 1969, 297 páginas.

La Ley Fundamental de la República Federal consagra el deber de todo ciudadano —y de los órganos del Estado— de contribuir con todo empeño a la reunificación de la Alemania hoy "dividida" (wiedervereinigungsgebot). Una idea ha sido compartida por el Gobierno Federal y por todos los partidos en los últimos veinte años: no es lícito hacer u omitir aquello que pueda perjudicar a los intereses comunes; precisamente cuando se goza de libertad para actuar, existe una responsabilidad respecto a la otra parte del país que carece de ella (pág. 2).

Con esta obra pretende Ness constatar si la actividad de los órganos del Estado ha sido congruente o no con tales declaraciones; y, sobre todo, si la legislación penal de los últimos decenios (delitos de espionaje, conspiración, asociaciones ilícitas, propagandas ilegales) sirve a éste fin su-

premo, o si se limita a mantener el "status quo", so pretexto de reforzar la seguridad del Estado.

La perspectiva del autor es original. Ciertamente los comentaristas de la reforma de 1951 sólo parecieron preocuparse por la interpretación de unos tipos poco precisos e indeterminados, y no por el impacto de los mismos en la "división alemana" (pág. 4). Según Ness, el legislador pretendió anticipar y asegurar la tutela del Estado en la creencia —equivocada a su juicio— de que unos preceptos más severos hubieran podido evitar en el pasado —y evitarían en el futuro— sucesos como el acceso "legal" de Hitler al poder o la caída de Checoslovaquia en manos comunistas. Importa destacar la función que asigna al Código Penal en momentos de crisis del Estado: absolutamente secundaria. La mayor severidad de las leyes penales —apunta— no pueden impedir una crisis del propio Estado, solucionable sólo con medidas políticas. Aquéllas no están ya en condiciones de "salvar" al Estado democrático, porque los artículos del Código no pueden comprender procesos dinámicos de tal naturaleza: la suerte está en manos entonces de las fuerzas políticas vivas (págs. 63 y 64). Es más, advierte Ness: la ley penal puede producir en estos casos efectos inesperados, no queridos o contraproducente, como sucede "cuando se pretende colocar bajo una cuarentena política o ideológica a toda la parte de Alemania regida por el comunismo, para mantener aislados y protegidos a los ciudadanos de la República Federal de todo microbio comunista" (pág. 65).

Unos tipos penales severos no hubieran podido evitar un 30 de enero de 1933 en Berlín, ni un febrero de 1948 en Praga, porque sus supuestos destinatarios habían tomado para entonces ya el poder (pág. 66). Ness insiste en una idea clave: la mejor protección del orden democrático no ha de buscarse en la ley penal, sino en la actividad decidida, agresiva y dialogante de ciudadanos que conozcan a fondo la táctica y la dialéctica del comunismo (pág. 66).

La segunda parte de esta obra versa sobre la división de Alemania cuya historia —afirma Ness— "es la historia de una política que, por creer que podría hacer posible lo imposible, hizo imposible lo que tal vez hubiera sido posible" (pág. 83). Las críticas más severas se dirigen, sin duda, contra ciertas actitudes oficiales, hábilmente potenciadas por los medios de comunicación de masas que —a su juicio han producido una serie de peligrosos "tabúes" incapacitando al ciudadano para la recepción de nuevos valores y para la propia reflexión (pág. 105): concretamente, la intencionada identificación de la oposición con el comunismo, la representación del comunismo como la "maldad personificada" y el "anticomunismo" como ideología gubernamental (págs. 85 a 100). El autor constata la progresiva separación y distanciamiento de los Estados alemanes (págs. 107 y 108) y reprocha, como contrario al mandato constitucional de reunificación, que estén conminados en el código algunos comportamientos que podrían constituir eventuales vías o intentos de solución del problema (pág. 109). Considera "congruente" la prohibición del partido comunista alemán (pág. 111) pero inadmisibles algunos de los delitos

contra la seguridad del Estado que, a su juicio, supondrían una auténtica "prohibición" de la reunificación alemana (pág. 115).

Las últimas páginas versan sobre la importante reforma material (pág. 243 y ss.) y procesal (pág. 256) de 1968, uno de cuyos fines fue el de facilitar los contactos entre los ciudadanos de ambas zonas. Como conclusiones cabe citar y resaltar las siguientes: 1) Los delitos de asociaciones ilícitas están justificados, en la medida en que sean delitos de desobediencia contra un fallo del Tribunal Constitucional. 2) El concepto de "Ersatzorganisation" (organización sustitutiva o paralela) exige una definición legal más concreta y precisa; 3) El alcance del 98.1 debe restringirse, condicionándose la punibilidad del espionaje a la "colaboración" con una potencia extranjera que persiga "de modo inmediato" la obtención o comunicación de secretos de Estado; 4) Deben reducirse al máximo todos los tipos penales que sancionan comportamientos "preparatorios", eliminándose los párrafos 86 (propaganda de asociaciones ilegales), 89 y 99 del StGB alemán.

Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA

"Reforma penitenciaria y correccional en México". Biblioteca mexicana de prevención y readaptación social, 1975, 168 páginas.

A partir del año 1970 se inicia una reforma en Méjico, en materia penitenciaria, que afecta, especialmente, al sistema de tratamiento tanto de delinquentes adultos como de jóvenes. También se extiende a la legislación penitenciaria en general, a la construcción de edificios y al perfeccionamiento del personal.

La obra es un informe presentado a las Naciones Unidas, sobre la aplicación de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los delinquentes. El trabajo se elaboró en febrero del año 1975.

Se divide la obra en tres partes. Se ocupa la primera de las *Normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados*. Consta de dieciocho artículos y en ellos se recoge la organización del sistema penitenciario mejicano, que se basa en el "trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente".

En cuanto al sistema, y para la mejor individualización del tratamiento, existen una serie de instituciones especializadas, con los siguientes tipos de establecimientos: de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos e instituciones abiertas, con separación de preventivos y penados, mujeres y hombres, jóvenes y adultos. El régimen es progresivo, con una serie de períodos para el estudio, diagnóstico y tratamiento; se tiene en cuenta la personalidad del sujeto desde que el mismo queda sometido al proceso.

Existe el permiso de salida de fines de semana o diario, con reclusión nocturna, o en días hábiles con reclusión de fin de semana. El artículo 10, que se ocupa del trabajo de los reclusos, dispone en su párrafo segundo: "Los reos pagarán su sostenimiento en el reclusario a cargo de la percepción que en éste tengan como resultados del trabajo que desem-

peñen. Dicho pago se establecerá a base de descuentos correspondientes a una proporción adecuada de la remuneración, proporción que deberá ser uniforme para todos los internos de un mismo establecimiento. El resto del producto del trabajo se distribuirá del modo siguiente: treinta por ciento para el pago de la reparación del daño, treinta por ciento para el sostenimiento de los dependientes económicos del reo, treinta por ciento para la constitución del fondo de ahorros de éste, y diez por ciento para los gastos menores del reo. Si no hubiese condena a reparación del daño o éste ya hubiera sido cubierto, o si los dependientes del reo no están necesitados, las cuotas respectivas se aplicarán por partes iguales a los fines señalados, con excepción del indicado en último término”.

Trata la segunda parte de la Ley que crea los *Consejos Tutelares para Menores*. Consta de sesenta y nueve artículos, de lo que cabe destacar: Es misión de este Consejo la readaptación social de los menores de dieciocho años, en los supuestos de infracciones de las leyes penales o reglamentos de policía, o cuando “manifesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad” (art. 2.º).

Se recoge la composición y funcionamiento del Consejo. Se establece un sistema de observación para los jóvenes infractores basadas en la personalidad; en los centros destinados al efectos se hace una clasificación en base a la edad, sexo, personalidad y condiciones de salud. Las medidas a adoptar con los menores son: internamiento y libertad vigilada, siendo en este caso entregado el menor a quien ejerza la patria potestad o la tutela, o se le coloca en un hogar. Las medidas tienen una duración indeterminada, con revisiones periódicas. Se prohíbe la detención de menores en los lugares destinados a los delincuentes adultos.

Se ocupa la tercera parte de la *Reforma penitenciaria mexicana y la aplicación de las Reglas mínimas para el Tratamiento de los reclusos*. En Méjico, la competencia en materia penal y penitenciaria se encuentra dividida entre el gobierno de la Federación y los gobiernos de los Estados, además de las atribuciones que tienen los gobiernos municipales, también de carácter sancionador, que por infracción de los reglamentos municipales y de policía pueden imponer la privación de libertad hasta quince días.

En cuanto a la observación de las Reglas Mínimas, se respetan en general. Hay separación por edad y sexo, existiendo establecimientos distintos cuando hay mucha población penal, en otro caso se habilitan departamentos para mujeres en las prisiones de hombres. Por motivos económicos o de terapia en la gran mayoría de los casos se ha optado por la celda para tres reclusos. Han desaparecido las celdas de castigo. Hay centros donde el uniforme reglamentario es obligatorio, mientras que en otros se permite el uso de ropa propia. No hay rejas, mirillas, ni ningún obstáculo entre el recluso y las visitas que recibe, el contacto es directo; incluso semanalmente se permiten visitas durante varias horas, así como la visita íntima conyugal. No existe la prisión por deudas.

NOTICARIO

CODIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA

La XI Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica se ha aplazado hasta el mes de marzo de 1977. Su Majestad el Rey ha aceptado la Presidencia de la Comisión de Honor. La Comisión Organizadora se constituyó el día 21 de octubre del presente año, bajo la presidencia del profesor Dr. don Antonio Hernández Gil, presidente de la Comisión General de Codificación.

EL VII CONGRESO DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL MILITAR Y DE DERECHO DE LA GUERRA: "LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LAS FUERZAS ARMADAS"

Con la colaboración del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, ha tenido lugar en San Remo (Italia), durante los días 23 a 28 de septiembre, el VII Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho penal militar y de Derecho de la guerra sobre el tema "Los derechos del hombre en las fuerzas armadas" (1).

Partiendo de la base de que el militar goza de los mismos derechos fundamentales reconocidos a cualquier otro ciudadano, pero al mismo

(1) En relación con este tema, deben tenerse especialmente presentes el Coloquio internacional que, por iniciativa del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, tuvo lugar en San Remo del 2 al 4 de septiembre de 1971 sobre el tema "Normas humanitarias e instrucciones militares" (las actas están recogidas en *Norme umanitarie e istruzioni militari*, Instituto Internazionale di Diritto Umanitario, Edit. Giuffrè, Milano, 1973); el Tercer Coloquio de la Universidad de Besaçon, en 1972, sobre los problemas del hombre en uniforme en relación a los Derechos del Hombre en Francia (las actas están recogidas en *L'Annuaire français des Droits de l'Homme*, Edit. A. Pedone, tome I, 1974); el Congreso italiano sobre "Los derechos del hombre y las fuerzas armadas", que, como preparación al internacional de San Remo de que damos noticia, tuvo lugar, del 27 al 30 de mayo de 1976, en Fiuggi, organizado por el Grupo italiano de la Sociedad Internacional de Derecho penal militar y de Derecho de la guerra y cuyas actas no han sido aún publicadas. Asimismo, debe tenerse en cuenta que determinados aspectos concretos y particulares del tema, como los relativos al derecho a resistir la orden ilegítima o a las garantías en caso de arresto, han sido también con anterioridad objeto de estudio en otros Congresos de la Sociedad, v. gr., los de Estrasburgo (1964) o Dublín (1970).

tiempo admitiendo que su específica misión —estar al servicio de la defensa de la patria, de las libertades democráticas y de los intereses superiores de la nación— exige a los miembros de las fuerzas armadas una disciplina, lealtad y espíritu de sacrificio que inevitablemente han de limitar el ejercicio de los derechos del hombre dentro de dicha institución, el presente Congreso venía dedicado a examinar los derechos susceptibles de limitación en el ámbito militar, las posibles limitaciones y su razón de ser, así como la posibilidad de reducirlas al mínimo indispensable; en otros términos, tenía por objeto cuestionar si y en qué medida el sistema de los derechos del hombre es aplicable a los miembros de las fuerzas armadas.

Dicho planteamiento se recordaba a los congresistas, dentro de la sesión de apertura del día 23, tras los mensajes de saludo de R. PAUCOT, Presidente de la Sociedad; P. P. SPINELLI, Presidente del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, y E. PENNACCHINI, Presidente del Grupo italiano de la Sociedad, en la relación de A.-H. ROBERTSON sobre *las Convenciones europeas sobre los Derechos del Hombre y los Pactos de las naciones Unidas y las Fuerzas Armadas*. Puso de manifiesto el profesor de la Universidad de París cómo, de las dos concepciones posibles sobre el tema, una autoritaria, según la cual el papel esencial de las fuerzas armadas requiere de los militares la renuncia a gran parte de los derechos fundamentales reconocidos a la generalidad de los ciudadanos, y otra, que denominó humanitaria, según la cual también los militares, como seres humanos, gozan de sus derechos inalienables, salvo las limitaciones estrictamente necesarias, habida cuenta los intereses generales de la sociedad democrática que deben defender, esta segunda es, sin lugar a dudas, la recogida en los vigentes textos de derecho internacional, especialmente en la Declaración Universal de los Derechos del hombre de 1948 y el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966. Respecto a las limitaciones dimanantes de la particular situación del militar, no ofrecen problemas el derecho a la vida, la prohibición de tortura, de tratos inhumanos o degradantes, de la esclavitud y de la prisión por deudas, el principio de la irretroactividad de la ley penal, así como los derechos al reconocimiento de la propia subjetividad jurídica, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la propiedad, a contraer matrimonio y a constituir una familia, derechos todos con respecto a los cuales el militar debe ser considerado un ciudadano más. El problema se presenta, por el contrario, en relación a los derechos políticos, a la libertad de expresión y de asociación, a la libertad personal e incluso al derecho a un proceso justo; no respecto al procedimiento seguido por las jurisdicciones penales militares —donde, según ROBERTSON, la cuestión se centraría en último extremo en ver hasta qué punto subsiste todavía la necesidad de mantener este tipo de jurisdicción o, por lo menos, si muchas de las materias actualmente atribuidas a la misma no podrían ser ventajosamente transferidas a la ordinaria—, sino con referencia al procedimiento disciplinario. Y ello porque aplicando la Convención Europea de los Derechos del hombre hay que convenir que el derecho a un proceso justo debe afirmarse siempre

que la sanción pueda asumir naturaleza privativa de libertad, independientemente de que se califique de "disciplinario" el procedimiento.

Esta primera sesión concluyó con la *presentación del Congreso* a cargo del Secretario de la Sociedad H. BOSLY, quien brevemente agradeció la colaboración de los *rappports* nacionales (2) y delimitó los tres aspectos del tema que serían objeto de particular examen en el Congreso: la libertad de opinión y de expresión, la de reunión y de asociación y las garantías de que los militares disfrutaban en caso de arresto, detención o juicio, temas sobre los que versan los *rappports* generales elaborados por O. TRIFFTERER, M. DANSE y F. KALSHOVEN.

El *rappport* general de O. TRIFFTERER (Alemania Federal), sobre *la libertad de opinión y de expresión*, que fue presentado en su nombre, en la mañana del día 24, por un *Assistent* de su Departamento en la Universidad Justus Liebig de Giessen, ante la imposibilidad de aquél para trasladarse al Congreso, supuso una síntesis de la situación jurídica existente con respecto al tema en los dieciséis países consultados, acompañada de interesantes apreciaciones de derecho comparado. Y abarca no sólo el estudio comparativo de las disposiciones legales y restricciones a la libertad de opinión y expresión propiamente dicha, sino también aspectos muy específicos de estos derechos como son la reglamentación del voto en los militares o la normativa vigente sobre el derecho de petición.

En segundo término, presentó M. DANSE (Bélgica) su *rappport* sobre *libertad de reunión y libertad de asociación*, quien destacó cómo las Convenciones internacionales, si bien protegen junto a la libertad de reunión, la de asociación y sindicación, prevén que tales libertades sean limitadas en relación a los militares, criterio éste que parece ser también el seguido por los diversos *rappports* nacionales.

Seguidamente presentaron sus comunicaciones S. ERMAN (Turquía), G. PERAZZOLI (Italia) y F. A. LEGER (Canadá), quienes se refirieron al derecho positivo vigente en sus respectivos países, destacando la necesidad de restringir las libertades objeto de estudio dentro del marco de las fuerzas armadas, así como F. CLAIR (Francia) y Ch. CHEHATA (Francia), quien contempló el tema en relación con el derecho musulmán y a la religión islámica. En la discusión posterior, que se prolongó a lo largo de la tarde, intervinieron, entre otros, M. DANSE (Bélgica), quien se mostró partidario de una más amplia participación política del militar; E. P. GUARANTA (Italia), quien, ante la posibilidad de un sindicato militar, señala-

(2) Los trabajos previos al Congreso se centraron en dieciséis "rappports", correspondientes a la República Federal de Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Francia, Israel, Italia, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Suiza, Turquía y la República de Zaire, que responden a un cuestionario previamente elaborado por la Secretaría General de la Sociedad. Algunos países, como Argentina, presentaron su *rappport* a lo largo de las sesiones del Congreso, por lo que no pudieron ser tenidos en cuenta en los *rappports* generales. El comunicado español fue elaborado y defendido por M. BRAVO NAVARRO, Comandante Auditor del Ejército del Aire y Miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad.

ló cómo dicha politización de las fuerzas armadas iría directamente en contra de los intereses democráticos; H. BOSLY (Bélgica), E. BUSCH (Alemania Federal), C. BING (Reino Unido) y M. BRAVO NAVARRO por parte de la Comisión española.

El día 25 se hizo objeto de un detenido análisis el tercero de los temas, *las garantías en caso de arresto, detención y juicio*, del que fue "rapporteur" general el Dr. F. KALSHOVEN (Países Bajos). En dicha relación se estudió primero el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona para la generalidad de los ciudadanos en los diferentes países consultados (cap. I). En segundo lugar su posible limitación en el ámbito castrense (cap. II). Finalmente, se sintetizaron las informaciones obtenidas en relación a los poderes y atribuciones del superior jerárquico en esta materia (cap. III).

Las comunicaciones corrieron a cargo de A. INTELISANO (Italia), C. BING (Reino Unido) y L. BOLONGO (Zaire), interviniendo, con posterioridad, a lo largo de la sesión, entre otros, S. TRECHSEL (Consejo de Europa), Y. A. TSUR (Israel), G. PERAZZOLI (Italia), A. SARACHO, en representación del Prof. C. CERDÁ (Argentina), y R. PAUCOT (Francia); y clausuraron la misma unas *consideraciones finales* a cargo del Dr. F. A. CASADIO, Director de la Sociedad Italiana para la Organización Internacional (3).

La última jornada, la del día 27 (4), estuvo dedicada a las reuniones de las Comisiones especializadas.

Integró la primera la *Comisión de protección de la vida humana en los conflictos armados*, que presidió E. KUSSBACH (Austria) y en la que se ofrecieron por A. SOLF (USA) y F. LE GALLAIS (Francia) las comunicaciones relativas a los trabajos de la Conferencia diplomática de Ginebra.

La segunda consistió en la *Comisión de criminología militar*, que se ocupó de "la incidencia del alcoholismo y de la toxicomanía en la criminalidad de los militares", tema del que fue relator general J. GILISSEN (Bélgica) y en relación al cual presentaron interesantes comunicaciones A. L. SALGADO (Brasil), J. LEJEUNE (Bélgica), L. BOLONGO (Zaire), H.-G. SCHWENCK (Alemania Federal), J. A. BURGER (USA) y A. SPERL (Austria).

Por último, en la tercera, la *Comisión de historia del derecho penal militar*, se contempló "la evolución de los derechos individuales del militar", bajo la dirección del Prof. M. MESSERSCHMIDT (Alemania Federal), quien habló sobre "Revolución y derechos políticos de los militares en Prusia (1806-1914)". Es aquí obligado destacar la valiosa aportación española, especialmente de P. CASADO, quien presentó comunicaciones sobre "el cambio sociopolítico del Ejército español en los inicios del siglo XIX" y "el derecho de voto de los militares en la historia española contempo-

(3) Posteriormente se celebró la Asamblea General de la Sociedad en la que, tras la concesión del Premio Ciardi 1976, se procedió a las periódicas elecciones estatutarias. En ellas se eligió por unánime aclamación al Coronel Auditor F. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ para ocupar una de las Vicepresidencias de la Sociedad, puesto en el que le precedió el General Auditor y Magistrado del Tribunal Supremo E. DE NO LOUIS.

(4) La jornada del día 28 estuvo íntegramente reservada a la reunión del Consejo de Dirección de la Sociedad.

ránea”, y E. FUEMBUENA, quien habló de “el reflejo de la provocación liberal en la literatura militar”; asimismo, se leyeron trabajos de B. EGI-DO, sobre “el bando militar y la provocación liberal”, y S. ESTEBAN RAMOS, sobre “las Juntas militares”. Deben finalmente reseñarse los trabajos de F. BREUREC (Francia), “Aspectos de los reglamentos de disciplina militar en Francia desde 1818”, S. ERMAN (Turquía), “La evolución de la condición jurídica del *Arma dei Giannizzeri* en Turquía”, y P. VERRI (Italia), “La evolución de los derechos del ciudadano *sub signis* en Italia”.

Con ello ha concluido, en síntesis, un Congreso que la Sociedad Internacional de Derecho penal militar y de Derecho de la guerra organizó movida por el ferviente anhelo de lograr en todos los países el debido respeto a los derechos del hombre en el ámbito de las fuerzas armadas. Y ello por entender, como bien señaló algún congresista, que únicamente un Ejército que respete el Derecho en sus propios miembros es digno de una nación y una sociedad internacional civilizadas.

ANTONIO MILLÁN GARRIDO

Del Cuerpo Jurídico Militar

*Miembro de la Sociedad Internacional de Derecho
penal militar y de Derecho de la guerra*

INDICE GENERAL DEL TOMO XXIX

AÑO 1976

TOMO XXIX - FASCICULO II - MAYO - AGOSTO

Páginas

SECCION DOCTRINAL

<i>La reciente reforma del Código penal español (Ley 23/1976, de 19 de julio)</i> , por José María Rodríguez Devesa	209
<i>Algunas observaciones críticas sobre "violencia y justicia"</i> , por el profesor Manuel López-Rey	225
<i>La caución penal</i> , por José Luis Manzanares Samaniego	261
<i>El delito de estupro-incesto</i> , por Lorenzo Morillas Cueva	293

SECCION LEGISLATIVA

<i>Derecho de reunión. Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del Derecho de reunión</i>	329
<i>Derecho de Asociación Política. Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el Derecho de Asociación Política</i>	337
<i>Código Penal. Ley 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo.</i>	344
<i>Amnistía Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía.</i>	349

CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.

a) Circulares:

<i>1/1975. Extensión a todos los procedimientos penales del Fuero Especial de Autoridades</i>	353
<i>3/1975. Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975</i>	354
<i>4/1975. Normas sobre aplicación del Decreto de Indulto de 25 de noviembre de 1975</i>	380
<i>5/1975. Conductas delictivas en materia de vivienda</i>	390
<i>6/1975. Normas específicas y complementarias a la Circular 4/1975.</i>	397
<i>1/1976. Normas sobre publicaciones y espectáculos contrarios a la moral</i>	402

b) Consultas:

<i>2/1975. Rebeldía: Prescripción del delito</i>	408
<i>3/1975. Redención de penas por el trabajo. Cómputo de tiempo</i>	411
<i>4/1975. La privación del derecho a obtener el permiso de conducir vehículos de motor y la posibilidad de su quebrantamiento</i>	413
<i>1/1976. Interpretación del artículo 350 del Código Penal</i>	416
<i>2/1976. Interpretación de los conceptos de reincidencia y rehabilitación revocada del artículo 118, párrafo tercero, del Código Penal.</i>	420

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal 1976</i> , por Alfonso Serrano Gómez	426
REVISTA DE LIBROS	441
NOTICIARIO	459

Sección Legislativa

<i>Derecho de reunión. Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del Derecho de reunión</i>	329
<i>'Derecho de Asociación Política. Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el Derecho de Asociación Política</i>	337
<i>Código Penal. Ley 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo.</i>	344
<i>Amnistía Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre amnistía.</i>	349

CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.

a) Circulares:

<i>1/1975. Extensión a todos los procedimientos penales del Fuero Especial de Autoridades</i>	353
<i>3/1975. Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975</i>	354
<i>4/1975. Normas sobre aplicación del Decreto de Indulto de 25 de noviembre de 1975</i>	380
<i>5/1975. Conductas delictivas en materia de vivienda</i>	390
<i>6/1975. Normas específicas y complementarias a la Circular 4/1975.</i>	397
<i>1/1976. Normas sobre publicaciones y espectáculos contrarios a la moral</i>	402

b) Consultas:

<i>2/1975. Rebeldía; Prescripción del delito</i>	408
<i>3/1975. Redención de penas por el trabajo. Cómputo de tiempo</i>	411
<i>4/1975. La privación del derecho a obtener el permiso de conducir vehículos de motor y la posibilidad de su quebrantamiento</i>	413
<i>1/1976. Interpretación del artículo 350 del Código Penal</i>	416
<i>2/1976. Interpretación de los conceptos de reincidencia y rehabilitación revocada del artículo 118, párrafo tercero, del Código Penal.</i>	420

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1976, por Alfonso Serrano Gómez</i>	426
--	-----

<i>Revista de Libros</i>	441
---------------------------------	-----

<i>Noticario</i>	459
-------------------------	-----

Suscripción anual: España, 1.200 pesetas
Extranjero, 1.350 pesetas

Número suelto, España, 480 pesetas
Extranjero, 600 pesetas