

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXIX
FASCICULO III



SEPTIEM.-DICIEM.
MCMLXXVI

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:

EUGENIO CUELLO CALON (+)

Directores:

ANTONIO FERRER SAMA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARTIN

Profesor Adjunto de Derecho penal

Secretario:

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad a Distancia

Vicesecretario:

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción:

JOSE ANTON ONECA

Catedrático jubilado de Derecho penal

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO

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

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

Magistrado del Tribunal Supremo

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

Presidente de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo

ANGEL TORÍO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de La Laguna

INDICE

	Páginas
Sección Doctrinal	
<i>La cultura de la violencia</i> , por Israel Drapkin	469
<i>Empresas multinacionales y delincuencia fiscal</i> , por el profesor Klaus Tiedemann	487
<i>Consideración especial de la caución española</i> , por José Luis Manzañares Samaniego	505

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, 1.200 ptas. Extranjero, 1.350.

Precio del fascículo suelto: España, 480 ptas. Extranjero, 600 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Marzo-agosto 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 III**



**SEPTIEM.-DICIEM.
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 cultura de la violencia

ISRAEL DRAPKIN

Profesor Emérito de Criminología
Facultad de Derecho Universidad Hebrea de Jerusalén (Israel)

I.1.—Incluso una rápida y superficial observación del estado en que se encuentra la sociedad humana contemporánea, nos llevará a la evidente conclusión que, por doquier, estamos enfrentados a una marea ascendente de violencia y de victimización. Esta etapa tal vez se recuerde —en la futura historia de la Humanidad— como la “Era de la Violencia”. Paso a paso, lenta pero seguramente, en forma casi imperceptible, hemos cruzado todas las barreras y hemos descendido a un nuevo reino del terror.

I.2.—Como habitualmente vivimos absorbidos por el presente, con sus urgentes e intransferibles problemas, nuestra perspectiva histórica es estrecha y limitada. Tendemos a olvidar el pasado para creer que jamás hemos vivido en tan sobrecargada atmósfera de violencia. Sin embargo, ella no constituye un rasgo exclusivo de nuestra actual convivencia social. La violencia siempre acompañó al hombre, sea en sus relaciones interpersonales, como en las intra e internacionales. La criminalidad, las revoluciones, las persecuciones políticas, las guerras, son apenas algunos ejemplos para probar que la violencia —con su secuela natural de víctimas— ha sido y es uno de los denominadores comunes de nuestro diario acontecer. Después de todo, la milenaria expresión latina “Homo homini lupus”, el hombre es el lobo del hombre, infligiendo increíbles sufrimientos a sus congéneres (especialmente cuando la presunta víctima es débil, incapaz de una autodefensa efectiva o de retribuir en la misma forma), no se ha acuñado en el vacío...

I.3.—La evocación de unos pocos hechos históricos será suficiente para demostrar que la violencia es una característica humana permanente. Sin necesidad de recurrir al bíblico fratricidio de Abel por Caín, —más rico en simbolismo mitológico que en documentación histórica— bástenos mencionar las interminables guerras entre las ciudades-estados y los primeros imperios de la antigüedad, con la matanza sistemática de todos los prisioneros. En las inscripciones de la Estela de Karnak, en las que Tutmés III (1), siglo XIV a. de C., relata sus hazañas

(1) LIONEL CASSON: *Ancient Egypt*. “Time-Life International”, Netherland, 1966, 192 págs.

al dios Amón, hay repetidas referencias al “aplastamiento” de todos los pueblos contra los cuales guerreó. Por otra parte, si la delincuencia juvenil es uno de los problemas más graves de la hora actual, puede servirnos de frívolo consuelo el saber que hace aproximadamente 4.000 años la situación no era muy diferente. En unas tabletas del tiempo de los Sumerios (2) se describe la díscola juventud de aquella época como desobediente e ingrata; refunfuñona y quejosa; vagabundeando y holgazaneando por calles y plazas, en vez de asistir a la escuela o aprender un oficio; indóciles, agresivos y demostrando frecuentemente inhumana conducta hacia terceros, constituyendo una verdadera tortura para sus padres. El profeta Ezequiel, siglo VI a de C., describiendo la situación imperante en el Reino de Judea y en su capital, antes de la destrucción de Jerusalén y su Templo por Nabucodonosor, rey de Babilonia, dice: “el país está lleno de crímenes de sangre y la ciudad transpira violencia” (7:23) (3). Por su parte, Platón, siglo IV a. de C., en su “República” (4), cita la carta que un escriba envía a su hijo, en la que se pregunta: ¿“Qué sucede con nuestra juventud? Son irrespetuosos con sus mayores; desobedientes con sus padres; ignorantes de las leyes y de una moral decadente; se rebelan y actúan en forma salvaje en la vía pública... ¿Adónde llegaremos por este camino!?”. Posteriormente tenemos la destrucción del Imperio Romano y la invasión de Europa por las primitivas hordas bárbaras; la invasión de Gengis Kan, el conquistador tártaro que funda el primer Imperio Mongol en el siglo XIII, después de aterrorizar Eurasia en forma tal que se decía que por donde pasó su planta, nunca más creció el pasto. Agreguemos las Cruzadas y la “Santa” Inquisición, que duraron más de siete siglos, causando un sinnúmero de increíbles atrocidades, consecuencia directa de un furibundo odio religioso; las revoluciones y las guerras de los últimos dos siglos, con sus millones de cadáveres humanos. Y durante nuestro “refinado” siglo XX, baste recordar la sádica y demoníaca “elegancia” con que fue organizada por la Alemania nazi la tortura cruel y la degradación sistemática antes de la destrucción final de millones de víctimas inocentes, en el más horrible holocausto que registra la historia del hombre. No olvidemos tampoco los “experimentos” atómicos de Hiroshima y Nagasaki, que pusieron fin a la Segunda Guerra Mundial.

I.4.—Si en la actualidad tenemos la impresión que la situación es más grave que nunca, es muy posible que ella se deba a la moderna tecnología, que nos ha proporcionado, por una parte, nuevos medios de destrucción desconocidos por generaciones anteriores (como la bomba atómica para destrucciones masivas y la “bazooka”, la bomba plás-

(2) SAMUEL NOAH KRAMER: *A Father and his Perverse Son: The First Example of Juvenile Delinquency in the recorder History of Man*. “National Probation and Parole Association Journal”, vol. 3, núm. 2, abril 1957, págs. 169-173.

(3) Ver *Ezekiel*, en la “Encyclopaedia Judaica”, vol. 6, col. 1078-1098, Keter Publishing House Ltd., Jerusalén, Israel, 1971, 16 vol.

(4) PLATÓN: *The Republic*, traducción e introducción por DESMOND LEE. segunda edición revisada. Penguin Books, Londres, 1974. 467 págs.

rica, la ametralladora portátil y tantos otros métodos más “individuales” para satisfacer propósitos homicidas) y, por la otra, los sistemas ultramodernos de comunicación masiva (televisión, radio, prensa, etcétera), que permiten el inmediato conocimiento de los actos de violencia y devastación en cualquier lugar del planeta en que ocurran.

1.5.—Además, durante la última década, lo que se da en llamar “terrorismo político” —que con frecuencia no es más que una sucesión de actos ilícitos con fines de lucro personal o de grupo— desempeña un rol importante en el noticiero diario. El uso y el abuso de las armas de fuego y de las bombas; el secuestro de aviones y de personas; la exigencia de exorbitantes sumas de dinero como rescate, y otra serie larga de manifestaciones de brutal violencia y sádica crueldad, se han transformado en hechos habituales del diario vivir, en uno de los “deportes” más populares por doquier. El terrorismo crea su propia dinámica y la indiscriminada masacre de gente inofensiva pierde su terrible significado, para transformarse en una simple y rutinaria operación estadística. Sin embargo, es de elemental importancia no olvidar que la muerte intencional de un ser humano no puede ser manoseada como argumento en un debate doctrinal o político, porque es y ha sido siempre considerada como homicidio.

1.6.—De la miriada de “sucesos” que ocurren ininterrumpidamente, el editor determina cuáles serán proyectados, transmitidos o impresos, transformándolos en “noticia” gracias a este proceso selectivo. Lo que vemos en el televisor, escuchamos en la radio o leemos en la prensa, son habitualmente “malas” noticias, en el sentido que reflejan destrucción, violencia y sufrimiento humano en sus múltiples aspectos. En términos generales, estas noticias pertenecen a algunos de estos tres rubros: las *catástrofes naturales*, como terremotos y maremotos, tifones y huracanes, sequías e inundaciones, endemias y epidemias; los *desastres tecnológicos*, donde caben los accidentes de tránsito de todo tipo: aviones, barcos, trenes, autobuses, automóviles, etc.; *tragedias causadas por el hombre*: guerras y revoluciones, huelgas y motines, crímenes y delitos, pobreza y pauperismo. Alguien ya dijo que la Historia no es más que el registro de las locuras, miserias y desgracias de la Humanidad. La ración cotidiana de noticias es, en el hecho, la historia del día, y estamos tan inconscientemente adaptados a ella que millones de televidentes, radioescuchas y lectores de periódicos en el mundo entero, son capaces de comer y de beber frente a sus respectivos artefactos, imponiéndose de la matanza y del sufrimiento de sus congéneres, sin ninguna reacción de espanto o de ansiedad y sin que su proceso digestivo se altere en lo más mínimo.

1.7.—La violencia es como el amor: todos sabemos de que se trata, pero nadie ha sido capaz todavía de acuñar una definición universalmente aceptada y menos aún de dar con un método efectivo para eliminarla o siquiera disminuirla. Además, la violencia engendra violencia, pudiendo “contagiarse” incluso a individuos tranquilos y moderados. Debido a su extrema generalización y recurriendo a cierta dosis de cinismo, pudiéramos concluir que la violencia se ha transformado

en una faceta integrante de la "felicidad" del hombre contemporáneo, la que aceptamos sin mayores averiguaciones.

II.8.—Establecidas la universalidad y la inusitada frecuencia y gravedad de la violencia que nos rodea, valdría la pena hacer algunos comentarios con respecto al nombre con que se designa este fenómeno. Recordemos que las palabras tienen su propio significado y que no es indiferente, desde el punto de vista semántico, utilizar un determinado vocablo en lugar del que corresponda en propiedad. Más grave aún es darle a una expresión un sentido que no tiene o que no le corresponde. Estas liberalidades lexicográficas pueden darse en la poesía, pero jamás en un ensayo o en un trabajo de investigación.

II.9.—Los sociólogos han tratado de popularizar la expresión de "subcultura" para referirse a los grupos sociales que no respetan las normas y los valores que, en términos generales, predominan en la sociedad de la que forman parte. Gordon la define en los siguientes términos: "es una subdivisión de una cultura nacional, compuesta de una combinación de factores tales como clase social, origen étnico, residencia urbana o rural en áreas determinadas, afiliación religiosa, etc., combinación que constituye una unidad funcional y ejerce un impacto integral sobre el individuo que en ella participa" (5). Por su parte, Albert K. Cohen, uno de los sociólogos que primero utilizaron esa expresión, declara que "cada sociedad se diferencia internamente en numerosos subgrupos, cada uno con modos de pensar y de actuar que, en ciertos aspectos les son peculiares y que se pueden adquirir solamente mediante la participación directa en estos grupos, siendo también muy difícil no adquirirlos si se es un copartícipe activo en alguno de ellos. Estas culturas dentro de las culturas son las subculturas" (6). Sobre esta base se han descrito, entre otras, la "subcultura criminal" y la "subcultura de la violencia". Cohen define la primera como "una manera de vivir dentro de los grupos infantiles que florecen conspicuamente en los "barrios criminales" de las grandes ciudades de los Estados Unidos de América. A medida que sus miembros crecen, algunos pueden llegar a ser ciudadanos distinguidos y otros se graduarán en formas más profesionales y adultas de la criminalidad" (7). Por su parte, Wolfgang y Ferracuti establecen que "la subcultura de la violencia sugiere la existencia de un común y potente elemento de violencia en el conjunto de valores que constituye la esencia del sistema de vida, del proceso de socialización y de las relaciones interpersona-

(5) Traducción libre del autor de la definición de M. M. GORDON en su trabajo *The Concept of the Sub-Culture and its Application*, publicado en "Social Forces", vol. 26, 1947, pág. 40 y mencionado por CLYDE KLUCKHOHN en su artículo sobre *Culture*, publicado en "A Dictionary of the Social Sciences", editado por JULIUS GOULD y WILLIAM L. KOLB y compilado bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Tavistock Publications, Londres, 1964, XVI y 761 págs., págs. 167-168.

(6) ALBERT K. KOHEN: *Delinquent Boys. The Culture of the Gang*. Routledge and Kegan Paul, Londres, 1956. 202 págs., pág. 12, en traducción libre por el autor de este ensayo.

(7) Id. (6), pág. 13, en traducción libre del autor de este trabajo.

les de individuos que viven en condiciones similares" (8). En otro trabajo, estos mismos autores, dicen: "Identificando estos grupos con la mayor tasa de homicidios, encontramos una subcultura de la violencia en el más intenso grado" (9).

II.10.—Si bien podríamos aceptar la posición y las definiciones de estos autores dentro del cartabón estricto de la criminología, no lo podemos hacer en el marco mucho más amplio de este ensayo. Y esto por varios motivos. En primer lugar, la extensión del fenómeno a que nos referimos en este trabajo, rebasa con mucho a los "segmentos culturales" dentro de culturas más amplias "de esas "culturas dentro de las culturas", como dice Albert K. Cohen), para adquirir un carácter más bien universal, en cuanto a geografía y nacionalidades se refiere. En segundo lugar, tenemos que considerar las dificultades para distinguir nítidamente entre "terrorismo político" y "criminalidad ordinaria", organizada o individual. Por último, tenemos que tomar en consideración la participación en actos de violencia de sujetos que pertenecen a tipos culturales y a niveles socioeconómicos tan dispares como son, por ejemplo, los casos de Patricia Hearst, la hija de un millonario norteamericano; del venezolano Ilich Ramírez Sánchez, el "Carlos" de mala fama en diversos escenarios europeos, con estudios universitarios y que pertenece a la clase media; y de los "héroes" de tantas aventuras crueles y bárbaras que son, por lo general, elementos antisociales, de vida marginal dentro del grupo nacional a que pertenecen; extremistas pseudoideológicos, que adoran el "slogan", pero ignoran su contenido político y filosófico; fanáticos del bajo mundo, pero todos medrando sobre sus propias frustraciones y decepciones, para alcanzar una notoriedad barata, sin importarles que se logre a base de tanto dolor y sufrimiento humano.

II.11.—Por otra parte, si analizamos el significado del vocablo "cultura", tendremos que admitir que sufre de excesiva vaguedad y falta de precisión. Este término técnico fue introducido al idioma inglés por E. B. Taylor en 1871. Para él "la cultura, en su más amplio sentido etnográfico, es el complejo integral que incluye los conocimientos, las creencias, las artes, la moral, las leyes, las costumbres, así como cualquier otro hábito o capacidad adquirido por el hombre que actúa como miembro de una sociedad determinada" (10).. Por su parte, Kroeber y Kluckhohn, en su clásica obra, "Culture" (11), des-

(8) MARVIN E. WOLFGANG y FRANCO FERRACUTI: *The Sub-Culture of Violence*. Londres, Tavistock Publications, 1967, 387 págs. Ver pág. 140, en traducción libre del autor de este ensayo.

(9) MARVIN E. WOLFGANG y FRANCO FERRACUTI: *The Sub-Culture of Violence*, publicado por MARVIN E. WOLFGANG, LEONARD SAVITZ y NORMAN JOHNSTON (editores) en *The Sociology of Crime and Delinquency*, segunda edición, John Wiley and Sons, Ltd., New York, U.S.A., 1970, 676 páginas, págs. 380-391. Ver especialmente, en traducción libre del autor de este trabajo, las págs. 381-382.

(10) Traducción libre del autor de este ensayo de la definición contenida en su trabajo *Primitive Culture*, London, John Murray, 1871, página 1, citado por CLYDE KLUCKHOHN en (5), pág. 166.

(11) A. L. KROEBER y CLYDE KLUCKHOHN: *Culture, a critical review*

pués de referirse a las enormes dificultades inherentes a un análisis crítico detenido de esa expresión, tratan de analizar todas las definiciones “válidas” de cultura que existen en el idioma inglés. Encontraron 160 de esas definiciones acuñadas por antropólogos, sociólogos, psicólogos, psiquiatras, filósofos, etc. Clasificaron estas definiciones en “descriptivas”, “históricas”, “normativas”, “psicológicas”, “estructurales” y “genéticas”, según sean las características básicas de cada una. Ellos mismos proponen una definición sintética que incorpora los elementos positivos aceptados por la mayoría de los investigadores de su época y que se podría expresar de la siguiente manera: “La cultura consiste de patrones explícitos e implícitos, de y para conductas adquiridas y transmitidas por símbolos, constituyendo el logro distintivo de los diversos grupos humanos, incluyendo la incorporación de sus artefactos. El núcleo esencial de la cultura consiste en ideas tradicionales (es decir, históricamente derivadas y seleccionadas) y, muy especialmente, en los valores que se les atribuyen. Los sistemas culturales pueden, por una parte, ser considerados como productos de acción y, por la otra, como elementos condicionantes de acción futura” (12).

II.12.—A base de lo expresado, no cabe duda que el vocablo “cultura” es de suyo un concepto vago y difuso que, debido a sus múltiples definiciones, carece de una definición aceptada por los diversos tipos de investigadores. Si a esta falta de precisión le agregamos el prefijo “sub” la confusión resulta mucho mayor. Es cierto que “sub” puede significar también “inclusión”, es decir, “parte de un todo”, como lo pretenden los sociólogos, pero esa interpretación que puede ser aceptada para las necesidades de la investigación —resulta forzada y de muy poco uso en el lenguaje diario y familiar. “Sub” es, en efecto, un prefijo inseparable que siempre, en forma explícita o implícita, clara u oscuramente, proyecta la idea de inferioridad, de posición subalterna, de subordinación, de suplencia, de dependencia, como se refleja en las expresiones de “subgerente”, “subprefecto”, “subteniente”, “subagente”, etc. Por plausible que sea la interpretación científica de una palabra, ella no alterará jamás el sentido popular de la misma. Además, como lo reconocen Wolfgang y Ferracuti, el término de “subcultura ha sido utilizado por tan gran número de investigadores diversos —antropólogos, sociólogos, psicólogos, criminólogos y tantos otros— en una serie de usos e interpretaciones tan dispares, que su uso involucra fatalmente una gran ambigüedad” (13). En estas condiciones, ¿cómo es posible ser objetivo en una investigación científica, cuando partimos utilizando conceptos vagos y ambiguos, que se prestan a toda clase de definiciones e interpretaciones, según sea el criterio del investigador del momento?

of Concepts and Definitions, Vintage Books, New York, U.S.A., 1952, X y 436 págs.

(12) Traducción libre del autor de este trabajo de la definición que aparece en (11), pág. 357.

(13) Ver (8), pág. 95, en traducción libre del autor de este ensayo.

II.13.—Por último, es indispensable recordar que los políticos de poca monta, muy especialmente los dictadores de mala ley —tan frecuentes en el mundo contemporáneo— pueden utilizar ciertos términos científicos de dudosa interpretación para sus propósitos mezquinos e inhumanos. Esto ya sucedió con la torcida interpretación del concepto “raza” por los psicóticos jefes del nazismo y costó la vida a millones de seres humanos. No sería imposible que, en un futuro indeterminado, apareciera otra dictadura de opereta que interpretara la expresión “subcultura”, no como lo pretenden los científicos, sino que en la forma sórdida y miserable que satisfaga sus necesidades políticas inmediatas, aun cuando ello signifique otro holocausto de millones de víctimas inocentes. En último análisis, si es de suyo tan difícil definir el término “cultura”, cuanto más complejo y confuso resulta hablar de “subcultura”. Estos son los motivos por los cuales rechazamos el uso de la expresión “subcultura” y que —a pesar de todas sus imperfecciones, limitaciones y falta de precisión— preferimos seguir utilizando el término de “cultura de la violencia”, aunque más no sea por carencia temporal de otro mejor.

III.14.—Trataremos ahora de precisar, si es posible, algunas de las causas de este fenómeno. La violencia en el mundo contemporáneo es tan actual, de tal diaria ocurrencia, que carecemos aún de la perspectiva necesaria para estudiarla objetivamente, de acuerdo con los sistemas estadísticos tan en boga en la actualidad. Además, como no somos idólatras ni rendimos tributos en el altar del computador electrónico, mal podríamos recurrir a esta clase de procedimientos. En su lugar trataremos de imitar —sin ninguna pretensión de igualarles— a los filósofos griegos de la época clásica, de hace unos 25 siglos. Ellos lograron establecer, a base de deducciones y conjeturas —amén de una cantidad de otros principios válidos aún hoy— la noción del “átomo” con Demócrito (c. 460-c. 370 a. de C.) (14) y el “concepto matemático de la justicia”, con Pitágoras (siglo VI a. de C.) (15). Los filósofos griegos trabajaron con “hipótesis”, es decir, suposiciones de cosas posibles, a base de raciocinio lógico, de las cuales derivaban ciertas consecuencias que servían de base a sus especulaciones.

III.15.—Por lo demás, es bien sabido que todo progreso científico comienza con una aventura especulativa, un preconcepto imaginario de lo que pueda ser posible. Este es un paso, corto o largo, más allá de lo que aceptamos hoy como lógico y demostrable, que luego se somete a la acción de la crítica. El razonamiento científico es, entonces, una interacción perenne entre dos episodios del intelecto: imaginativo uno, crítico el otro. Es algo así como un diálogo entre lo posible y lo

(14) Su concepto de “átomo” es, por cierto, totalmente distinto de las actuales teorías, pero utilizó, por lo menos, la misma terminología. Para él, la sustancia primordial de la materia era la unidad indivisible, el “átomo”.

(15) Para él todo delito tiene un valor numérico, de modo que para restablecer el equilibrio social alterado por el delito, la pena tiene que tener un valor idéntico. No cabe duda que gran parte del Derecho penal contemporáneo está basado todavía en este principio pitagórico.

real, entre lo teórico y lo práctico, entre la conjetura y lo tangible. Ambos procesos se complementan, ya que la imaginación sin los frenos de la crítica puede transformarse en una cómica profusión de nociones tan grandiosas como absurdas. Pero también la crítica pura, sin un contenido hipotético, es un ejercicio estéril e impotente. Si hay quienes estiman que los filósofos griegos exageraron sus ejercicios especulativos, también hay otros que consideran los sistemas científicos de la actualidad como otorgando una supervaloración excesiva a la estadística. Podríamos concluir insistiendo en que el uso predominante de la hipótesis sin el control crítico indispensable, es tan peligroso como el exagerado apego a las matemáticas sin el beneficio de una mente imaginativa.

III.16.—Estos son los motivos por los cuales expondremos a continuación nuestras hipótesis sobre las causas, la etiología, de esta cultura de la violencia, dejando la crítica de las mismas a cada uno de nuestros lectores y colegas.

III.17.—Para tratar de explicar un fenómeno universal, es indispensable recurrir a causas que tengan también una validez cósmica y ecuménica. Las disquisiciones de tipo local o regional no son valederas, por razones obvias. Veamos, entonces, cuáles podrían ser algunos de estos factores globales incriminables.

III.18.—La así llamada “revolución tecnológica” que nos ha permitido, entre infinidad de otras maravillas, el vuelo supersónico y el desembarco en la Luna, sueño de muchas generaciones de nuestros antepasados, hoy materializado. Es indudable que el hombre estuvo siempre expuesto a impresionantes progresos tecnológicos (baste recordar, a manera de ejemplos, el dominio del fuego, el uso de la rueda, del vapor, de la electricidad, pero el ritmo de estos descubrimientos durante nuestro siglo xx no tiene parangón en el curso de la Historia. Es lógico suponer que esta revolución tecnológica ejerce determinada influencia sobre la conducta humana, en general, y tal vez sobre la violencia que nos ocupa, en especial. Sin embargo, como el fenómeno está todavía en pleno desarrollo, no puede ser examinado aún en forma objetiva y metódica. Para los propósitos que nos animan en este ensayo, de todas las maravillas tecnológicas a nuestra disposición, retengamos tan sólo las que ya hemos mencionado anteriormente, es decir, las armas modernas para la destrucción masiva (la bomba atómica en su proliferación de modalidades) o de víctimas individuales (la “bazooka”, la bomba plástica, la ametralladora portátil, etcétera.); y los sistemas actuales de comunicación masiva (televisión, radio, prensa, etc.), que facilitan la transmisión y recepción inmediata de noticias —habitualmente relacionadas con actos de violencia y catástrofes de todo tipo— desde cualquier lugar de la tierra en que se produzcan.

III.19.—La *explosión demográfica* que ha permitido a la población de nuestro planeta casi triplicar su número en lo que llevamos de este siglo. De acuerdo con la última edición del “Anuario Demográfico” de la Organización de las Naciones Unidas, la población llegó

en 1974 a la suma total de 3.890 millones (16). Durante el siglo XIX el promedio del crecimiento de la población humana fue relativamente bajo, menos del 0,5 por 100 anual, razón por la cual, al comienzo de este siglo, la población total era de apenas 1.650 millones. Después de la Primera Guerra Mundial, la tasa anual de crecimiento subió a 0,8 por 100 y la población llegó a más de 2.500 millones. Desde entonces la tasa de crecimiento anual sigue en aumento y hoy tiene un promedio de casi 2 por 100, con lo cual la población ha aumentado aceleradamente. Si la tasa de natalidad siguiera al ritmo actual, la población alcanzaría la fabulosa suma de ocho mil millones en los próximos treinta años.

III.20.—Esta situación no sólo ha creado una tendencia al desarrollo de un “Neo-Maltusianismo” (17), con los diversos sistemas de planificación familiar tan populares en muchas regiones de elevada tasa de natalidad, sino que involucra también la urbanización masiva —la creación de “megalópolis”— con enorme concentración de ciudadanos en áreas geográficas limitadas. La agrupación industrial urbana (con el espejismo de mejores salarios y condiciones de vida), así como la insuficiente y deficiente atención médica en el ámbito rural, son —entre muchos otros— poderosos motivos que llevan a la despoblación del agro y a la plétora urbana. Las ciudades con poblaciones multimillonarias afloran como los hongos después de la lluvia y crecen tan rápidamente que los servicios colectivos (agua potable, alcantarillado, luz eléctrica, movilización, etc.) resultan siempre deficitarios. Agreguemos a este panorama la polución creciente del medio ambiente, consecuencia directa de la industrialización masiva. Especialmente grave es la llamada “polución acústica o sonora”. El nivel máximo de ruido compatible con un mínimo de confort para nuestros oídos es de 85 decibeles (unidad para medir el volumen de ruido), pero en el centro de muchas de las grandes metrópolis actuales, durante las horas de mayor tráfico, el nivel es superior a 100 decibeles. Los expertos en la materia pronostican la sordera del hombre de la ciudad en pocas generaciones más, si no se toman de inmediato las adecuadas y necesarias medidas preventivas.

III.21.—Esta rápida y caprichosa urbanización ha facilitado también el desarrollo de barrios paupérrimos en la periferia de las grandes ciudades (cantegriles, poblaciones callampas, favelas y tantos otros nombres pintorescos con que se les conoce en los diversos países latinoamericanos). Aquí aumentan las frustraciones individuales y las fricciones interpersonales, terreno fértil para el desarrollo de actitudes

(16) Seis de los países de mayor población están en Asia (China, India, Indonesia, Japón, Bangladesh y Pakistán); uno en Europa (la Unión Soviética); uno en Norteamérica (Estados Unidos), y uno en América del Sur (Brasil).

(17) Basado en las ideas de TOMAS ROBERTO MALTUS, aparecidas a fines del siglo XVII, de acuerdo con las cuales, mientras la población mundial aumenta en progresión geométrica, la producción de alimentos lo hace sólo en progresión aritmética, lo que produciría gravísimas consecuencias.

antisociales y de fanatismos de toda índole. En estas condiciones, el delito y la violencia, así como también el "terrorismo político", son consecuencia natural y lógica de este tipo de vida deplorable y desesperado.

III.22.—Los *cambios geopolíticos* tan espectaculares y dramáticos que se producen desde la Segunda Guerra Mundial. El continente africano, que hasta entonces dormía su oscura noche colonial, ha despertado a un nacionalismo a veces excesivo y beligerante. África no sólo cuenta hoy con una cuarentena de países independientes y soberanos, sino que existen todavía extensos territorios que luchan por alcanzar su independencia política, amén de infinidad de luchas intestinas —entre grupos étnicos diferentes y con ideologías políticas distintas— para lograr la autonomía nacional. Estos movimientos están basados con frecuencia en nacionalismos excesivos, más que en conveniencias socioeconómicas o políticas. Algo parecido, pero en mucho menor grado, sucede en Asia, si bien con características y por motivaciones diferentes. Todo esto ha facilitado que la Organización de las Naciones Unidas que, al momento de su creación en 1945, estaba constituida por 51 países signatarios de su Carta Fundamental, cuente hoy con cerca del triple de este número. Esta enorme proliferación de estados miembros favorece ciertas situaciones extravagantes, fruto de la exageración del concepto democrático que constituye la base de este organismo internacional (18). La situación descrita fomenta también guerras convencionales, revoluciones, guerra de guerrillas, terrorismo político y muchas otras manifestaciones de violencia colectiva que ha caracterizado la vida nacional e internacional en África y en Asia durante la última década y que las Naciones Unidas son incapaces de prevenir o de intervenir para ponerles coto. Baste mencionar la cadena infinita e ininterrumpida de bombas explosivas, ejecuciones partidistas extrajudiciales, secuestros de aviones y de personas, las inmensas sumas de dinero exigidas como rescate para su liberación, el asalto a bancos, etc., para admitir la quiebra de la noción clásica de "delito político" y considerar la violencia de todo tipo como parte integrante del diario vivir contemporáneo.

III.23.—Nuestra *consentida sociedad contemporánea* —la "permissive society" de los sociólogos ingleses y norteamericanos— no sólo ha permitido y facilitado un excesivo libertinaje en materia de competencia económica —donde casi todo golpe, por inmoral o ilegal que sea, es permitido y tolerado como en el "catch-as-catch-can" o lucha libre— sino que también es lo que respeta a las costumbres y prácticas se-

(18) Citaremos tan sólo, a manera de ejemplo, que en la Asamblea General de las Naciones Unidas tienen derecho a un mismo voto China Continental (con cerca de 4 millones de millas cuadradas de territorio y una población de casi mil millones de habitantes) y la República de las Islas Maldivas, la cual —para quien tenga la curiosidad de localizarla— está constituida por unos 2.000 islotes coralíferos del Océano Índico, a unos 650 kilómetros al sudoeste de Sri Lanka. Su población total, de unas 100.000 almas se concentra en un par de centenares de los mencionados islotes.

xuales, tanto públicas como privadas. La noción actual de pornografía es tan amplia y elástica que casi no conoce límites. Tal vez esto sea la consecuencia del exagerado e hipócrita puritanismo de generaciones anteriores, lo cual no impide juzgar como excesiva la reacción que presenciamos en la actualidad.

III.24.—En la atmósfera social descrita, las víctimas directas son la familia y el hogar, cuyas características fundamentales se han ido transformando y debilitando. Tanto la una como el otro han ido reduciendo su tamaño, su influencia y su condición de escudo protector de los hijos menores. La familia actual en Occidente es restringida a un mínimo de personas (uno o ambos padres, si es que ambos viven y no están divorciados o separados; y uno o dos hijos pequeños, pues los mayores prefieren vivir independientemente), que habitan un departamento de pocos metros cuadrados de superficie, donde suelen encontrarse durante el día o la noche, en un día de fiesta o durante un fin de semana, para comer o dormir bajo un mismo techo. El calor humano que caracterizaba la expresión “hogar, dulce hogar” se ha enfriado hace ya mucho tiempo.

III.25.—Si los padres pertenecen a la clase socioeconómica menos favorecida, ambos deben trabajar para alcanzar un equilibrio mínimo del presupuesto familiar. Esto impide una convivencia más estrecha y directa entre los padres y sus hijos pequeños. En las capas socioeconómicas más privilegiadas sucede lo mismo, pero por motivos diferentes: el padre, capitán de industrias, pasa demasiado absorbido por sus afanes y gestiones económicas y financieras; y la madre tiene un exceso de compromisos sociales —cockteles, actos de beneficencia, partidas de “bridge”, etc.— que la obliga a invertir su escaso tiempo disponible donde la modista y en la peluquería, en vez de dedicarlo a sus pequeñuelos. Si bien existen en la actualidad una serie de instituciones para mitigar esta situación (guardería de menores, escuela de párvulos, jardín de infantes, etc.), la verdad es que ninguna de ellas —a pesar de ser dirigidas por pedagogos expertos y toda clase de profesionales cuya competencia puede aceptarse en principio— puede sustituir el cariño y el amor paternos, tan indispensables para el desarrollo normal psicosomático y un buen proceso de socialización de los menores. El afecto y el cuidado de los padres por sus hijos pequeños no puede ser reemplazado “desgraciadamente” por ninguno de la infinita variedad de productos farmacéuticos que disponemos en la actualidad. Por estos motivos, los menores quedan expuestos desde temprana edad a los efectos de la calle, del vecindario y otras instituciones extrafamiliares, lo que facilita contactos interpersonales dudosos, orienta el proceso de socialización hacia metas que no son necesariamente las mejores y condiciona la formación de grupos o bandas de juegos infantiles. Cuando las circunstancias lo favorecen, estos grupos o bandas pueden transformarse, sin grandes dificultades, en pandillas de delinquentes de mayor o menor gravedad.

III.26.—Los más expuestos a esta clase de contingencias son los adolescentes. Debido a la acción persistente y sistemática de los me-

dios de comunicación masiva, ellos crecen con la convicción que lo único que vale en la sociedad contemporánea es alcanzar rápidamente la riqueza material, con el mínimo de riesgos posibles y sin que importe demasiado si los medios para lograrla son lícitos o ilícitos, morales o inmorales. Este estado de "anomía" explicaría, según Merton (19), el incremento actual de la criminalidad y de la delincuencia juvenil. Una explicación diferente de "anomía" la proporciona Durkheim (20), al sostener que, cuando la previa escala de normas y valores ya no tiene influencia ni es respetada, ni sirve de guía para la vida social o personal de nadie, y la próxima escala no se ha elaborado todavía, la sociedad vive en una etapa de transición que él denomina "anomía". Cualquiera de ambas interpretaciones aisladamente consideradas o, mejor aún, ambas conjuntamente, permiten comprender racionalmente el impresionante crecimiento de la criminalidad general y de la tasa de delincuencia juvenil en particular. Tanto la una como la otra contribuyen directamente al clima de violencia y de inseguridad en que vive el mundo contemporáneo.

III.27.—Estas son, en términos generales y en forma sucinta, nuestras hipótesis para explicar la universalidad actual de la violencia, cuya dinámica es compleja. Tampoco resulta fácil determinar con exactitud su origen ni precisar las razones por la que se propaga tan rápidamente. La perspectiva que nos irá proporcionando el futuro, seguramente nos dará explicaciones más adecuadas para comprender mejor estas incógnitas.

IV.28.—A nuestro entender, el arte contemporáneo constituye una de las mejores pruebas que la violencia, en todo su trágico polimorfismo, forma parte integrante de la cultura de nuestra época.

IV.29.—La historia del arte representa, desde sus comienzos, las conquistas del hombre sobre el mundo en que vive y sobre sí mismo. Debido a sus incesantes esfuerzos durante millones de años, el hombre logró cambiar su carácter de animal gracias a la progresiva diferenciación de su mano y a su utilización como un instrumento de la mayor eficacia. Mientras más independiente se hizo la mano fue alcanzando mayor perfección, permitiendo al hombre dominar el medio ambiente en que vivía. Es así como el arte prehistórico comienza mucho antes de lo que se acepta generalmente. El hombre de Neanderthal vivió en Europa desde el comienzo de la última época glacial, hace unos 70.000 años. En la actualidad tenemos pruebas documentales que algunos de ellos sabían pintar y grabar. Tal vez lo primero fue el uso de colores para decorar la piel —para participar en rituales

(19) ROBERT K. MERTON: *Social Structure and Anomie*, "The American Sociological Review, III, October 1938, págs. 672-682; *Social Theory and Social Structure*, edición revisada, The Free Press of Glencoe, U.S.A., 1951; y MARSHALL B. CLINARD (editor): *Anomie and Deviant Behaviour*, The Free Press of Glencoe, U.S.A., 1964, 324 págs.

(20) EMILE DURKHEIMS *The Division of Labour in Society*, traducción del francés por GEORGE SIMPSON, The Free Press of Glencoe, New York, 1947; y *Le Suicide*, nueva edición, Presses Universitaires de France, París, 1960.

mágicos o religiosos— tal como aún se practica en poblaciones primitivas de diversas regiones geográficas de nuestro planeta. El tatuaje, en última instancia, no es más que una forma indeleble de “pintar” la piel. Posteriormente, hace unos 35.000 años, el hombre procedió a imprimir sus dedos y sus manos sobre blandas superficies de arcilla, cubriendo las depresiones así creadas con diversos colores, por lo general el ocre. También afilaban piedras para cazar más fácilmente los animales que le servían de alimento; grababa y perforaba pequeñas placas de hueso, con fines rituales o decorativos; dibujaba figuras geométricas en los cuernos de animales cazados; pintaba los escudos que manufacturaba para su defensa; y diseñaba estatuillas de greda, representando la mujer, para sus ritos de fertilidad. Todo esto constituye los orígenes del arte que, en un comienzo, se confunden con los de la tecnología, para irse separando uno de la otra hasta alcanzar cada cual sus características propias y definitivas. Más tarde aún, el hombre comienza a pintar escenas de caza en los muros de las grutas en que habitaba. Los motivos eran diferentes cuando se trataba de cuevas que le servían de santuario para toda clase de ritos. Este arte primitivo de las cavernas es el trabajo de muchas generaciones y se estima que data de fines de la última época glacial, hace unos 25.000 años (21).

IV.30.—Si el arte sólo representara el placer y la alegría emocional e intelectual que produce, no sería más que un juego, un pasatiempo. En verdad, el arte es la proyección de una determinada experiencia, de una vivencia, que el artista expresa a su modo, pero que influye sobre el hombre y la sociedad en que vive, contribuyendo a transformarlos y a humanizarlos. Recordemos también que el arte no muere. La muerte es sólo condición del hombre, de sus leyendas y creencias, sus mitos y costumbres, sus penas y alegrías, pero el arte sobrevive a las sociedades que lo crearon y a las situaciones que lo inspiraron.

IV.31.—De lo anterior se desprende que las obras de arte han reflejado siempre aspectos de la vida del hombre y de la sociedad a que pertenece, expresados por el artista en forma creadora, gracias a su habilidad e inspiración en la concepción artística. En estas condiciones, si la violencia es parte integrante de la vida social contemporánea, ella debe manifestarse en el arte de nuestra época en forma nítida e inequívoca. Analicemos entonces algunas de las actuales expresiones artísticas para determinar si nuestro punto de vista en la materia es correcto o equivocado. Aunque sea redundante, deseamos dejar claramente establecido que no somos expertos ni críticos de arte. Ambas son especializaciones muy diferentes a la nuestra, que es la criminología. La interpretación analítica que sigue, no pretende más que demostrar cómo el arte actual refleja impecablemente la violencia imperante.

(21) RAOUL-JEAN MOULIN: *Prehistoric Painting*, traducción del francés por ANTHONY RHODES. Heron Books, Londres, 1965, 207 págs.

IV.32.—Veamos primero la *pintura moderna*, abstracta o informal. Al liberarse de la tiranía de la forma e independizarse del despotismo que impone el respeto por la armonía de los colores, esta pintura expresa la máxima autonomía del realismo representativo. Cuando el artista se desprende del último velo formal de una imagen, adquiere la posibilidad de hacer sentir emociones que no necesitan estar basadas en explícitas representaciones, ganando así en fluidez lo que pierde en racionalismo. ¿Qué son una forma o un color “per se”? Apenas si son dogmas descartables como cualquier otro. El artista que rechaza deliberadamente la reproducción de morfologías y de coloridos se ha decidido, ha tomado partido, en el antagonismo siempre presente entre abstracción y realismo. Así también es la actitud del hombre frente al mundo exterior —tal como él lo concibe— que fluctúa entre la confianza y la ansiedad. En el arte, en términos generales, la confianza corresponde al realismo, por lo que florece en períodos de conquista y de expansión, de victoria y de optimismo. El arte abstracto, que prolifera a la sombra del auge psicoanalítico, refleja mejor la ansiedad y la conducta instintiva o semiconsiente, pero no carece de emociones, como sucede con el pensamiento lógico.

IV.33.—Por eso, el arte abstracto es un testimonio válido de nuestra época, en armonía con las condiciones imperantes en el mundo en que vivimos. En efecto, la violencia representa la liberación de la forma jurídica como base para la convivencia pacífica, mientras que la estridencia y el ruido, la brutalidad y la virulencia de la mayoría de los movimientos políticos de la actualidad, reflejan la falta de armonía en las relaciones interpersonales, intranacionales e internacionales que caracteriza nuestra época. En otros términos: la violencia predominante está destruyendo nuestro sistema jurídico formal y nuestra armónica convivencia social. Esto se refleja en el arte abstracto al liberarse del yugo de la forma y del respeto por la armonía de los colores. Nada más fácil, pues, que coincidir con Duthuit cuando afirma que el arte abstracto “nos impresiona por su espontaneidad y su violencia” (22).

IV.34.—En cuanto a la *escultura*, es evidente que los actuales artistas ya no pulen el blanco mármol de Carrara para sus obras monumentales, como lo hacían sus antepasados del Renacimiento. Los materiales en la actualidad son más burdos: trozos de basto cemento, mezclados con diversas piezas de metal mohoso, una vieja llanta de automóvil, el esqueleto de un paraguas, las zapatillas de un antepasado familiar; una bacínica en desuso y otras linduras por el estilo. Al juntar toda esta colección de piezas estrafalarias en un orden caprichoso, puede que se transformen en obras de arte para la admiración de generaciones presentes y futuras, pero no nos cabe la menor duda que la utilización de tan toscos elementos, en un desorden determinado, refleja ante todo la aspereza y la violencia del mundo actual.

(22) GEORGES DUTHUIT, en su introducción a la obra de JEAN-CLARENCE LAMBERT: *Abstract Painting*, Heron Books, Londres, 1970, 207 páginas.

IV.35.—En materia de *música* estamos en mejores condiciones, gracias a que disponemos, como ya lo indicamos anteriormente, de un sistema objetivo para medir exactamente el volumen de ruido. Los trabajos experimentales realizados por el profesor Herman Rauhe, de la Universidad de Hamburgo, Alemania Occidental (23), demuestran que ciertas estructuras musicales como el “pop” y el “rock primitivo”, no sólo tienen un ritmo primitivo y vernacular, pertinaz y agotador, sino que producen un ruido exorbitante, con una cantidad impresionante de decibeles, muy por encima de la tolerable en materia de “polución acústica”. Más grave todavía: estos ruidos “musicales” fomentan la secreción de una excesiva cantidad de determinadas hormonas, especialmente adrenalina y noradrenalina. La energía excedente causada por estas hormonas no puede ser utilizada de inmediato o constructivamente por el organismo. Permanecen circulando en el torrente sanguíneo por lapsos que varían de una persona a otra. La presencia de estas hormonas libres, sin finalidad específica, puede causar una serie de procesos fisiopatológicos capaces de favorecer el endurecimiento de las arterias (arterioesclerosis), cuadros cardíacos de distinta naturaleza y gravedad, crisis temporales o permanentes de amnesia (pérdida de la memoria) y otra serie de daños no menos graves. Al margen de las implicaciones patológicas, podríamos resumir nuestro personal punto de vista afirmando que, si bien este tipo de música puede crear obras maestras en materia de ritmo, armonía y composición, no es menos efectivo que representa y expresa la atmósfera de violencia que nos rodea en la vida social contemporánea.

IV.36.—La *literatura* de nuestra época tiene una serie de méritos propios que la distinguen de los siglos anteriores y que, por cierto, no analizaremos en este trabajo. Mencionaremos tan sólo la generosa utilización de términos impúdicos y psicalípticos en la decoración de cada página de la novela actual. En la época de oro de la literatura universal y después de ella, el tema sexual —en su infinita temática y polimorfismo— estuvo presente en las obras maestras y en las otras meritorias. En ninguna de ellas se estimó indispensable recurrir al uso de expresiones groseras y vulgares. Hoy, en cambio, parecería que el mérito literario de una obra fluctúa en proporción directa al mayor o menor uso de este tipo de vocablos. Siendo incapaces de embarcarnos en una aventura de crítica literaria, nos limitaremos tan sólo a subrayar que el uso de esta terminología es otra manera de reflejar la violencia en que estamos sumergidos en la actualidad.

IV.37.—Veamos, por último, el *teatro moderno*. Desde las clásicas tragedias griegas hasta las comedias de los siglos posteriores, el impacto que tuvieron sobre el público fue considerable. Antaño, cuando entre los protagonistas del drama se había producido, estaba ocurriendo o sucedería en un futuro inmediato alguna relación de tipo sexual, bastaba un gesto discreto, una leve sonrisa, un silencio elocuente o la

(23) Información aparecida en el diario “Jerusalén Post”, de fecha 3 de marzo de 1976.

caída rápida del telón, para que todo el auditorio supiera exactamente a qué atenerse. En el teatro de hoy, si el acto sexual no se imita en el escenario —con todo lujo de detalles— los espectadores quedan impasibles, como incapaces de comprender la situación. Es difícil precisar si ello se debe a la falta de imaginación o demuestra el grado de sofisticación alcanzado en la materia. Si recordamos que una de las diferencias básicas entre el hombre y los seres irracionales consiste en que el primero tiene conciencia del pudor, ¿qué representa esa tendencia a olvidarnos de esta condición instintiva del hombre? ¿Es que aspiramos a igualarnos a los demás animales en materia de carencia de pudor sexual? Sin intención de analizar esta problemática en su riquísima gama de posibilidades psicosociales, bástenos afirmar, una vez más, que esto es también una manera de traducir en arte la violencia imperante en el medio ambiente sociopolítico en que vivimos.

V.38.—Es bien sabido que el hombre tiene tan sólo una determinada capacidad de adaptación al ambiente en que le toca vivir. Tanto el sistema nervioso central como el neurovegetativo son estructuras de muchas posibilidades, pero no infinitas, por lo que imponen cierto tipo de restricciones rígidas. No conocemos aún el impacto preciso que, sobre nuestros sistemas nerviosos, tiene la compleja constelación de factores que imperan en la sociedad actual, entre ellos la violencia. No sería exagerado suponer que ella tenga relación, directa o indirecta, con las dificultades de adaptación que sufren las nuevas generaciones. Mientras los adultos, con su larga experiencia vital, pueden establecer sus mecanismos de defensa compatibles con una adaptación discretamente aceptable, para los jóvenes inexpertos esto es mucho más difícil. El incremento de la delincuencia infanto-juvenil, la fármaco-dependencia y la adhesión a toda clase de consignas de tipo político o religioso —tanto más fácil de aceptar cuanto menos se entienda su significado e implicaciones— pueden ser consecuencias de esta situación. Paradójicamente estamos frente a un verdadero círculo vicioso, en el cual la violencia engendra condiciones propicias a su propio desarrollo.

VI.39.—Nuestra exposición podrá parecer exageradamente pesimista a más de algún lector o colega. La verdad es que, siendo optimistas en cuanto al futuro de la Humanidad, hemos abordado el tema de la violencia con el realismo necesario. ¿Qué nos tiene reservado el futuro? Radicado en tierra de profetas, mal podríamos pretender emular a ninguno de ellos. Sin embargo, si fuera necesario o conveniente terminar estas líneas con una evaluación personal del futuro, podríamos afirmar que no creemos en el “fin del mundo”. Lo que a nuestro entender sí podría suceder, en un futuro indeterminado, es la sustitución de nuestra cultura y civilización por otras cuyas características esenciales nos es imposible vislumbrar. Por otra parte, no cabe duda que los viejos patrones culturales ya han perdido su influencia y que los nuevos aún no se han establecido. Es decir, vivimos en una etapa de transición entre la escala de normas y valores que prevalecía a comienzos de este siglo (destruida a consecuencia de las dos guerras

mundiales que hemos sufrido) y la próxima escala que aún no se ha elaborado, pero que no tardará en aparecer. Estamos, como sostiene Werner Marx, “entre la vieja tradición y un nuevo comienzo” (24). Nuestra generación debe aceptar su destino sin ilusión alguna, es decir, tendremos que seguir viviendo en esta situación intermedia, sin confiar en la protección que el orden de antaño nos ofrecía, ni aferrarnos a la mesiánica creencia que una nueva aurora cultural aflorará en nuestro tiempo. Por cierto que la nueva escala no nos hará regresar a la moral victoriana o al mundo anterior a Freud y a la bomba atómica, pero nos liberará de los excesos del mundo actual para hacerlo más compatible con las características biológicas y psicológicas fundamentales del “homo sapiens”. Entonces vivirán mejor, si no nuestros hijos, seguramente los hijos de nuestros hijos.

VII.40.—Y esta nota de discreto “optimismo realista” nos parece la más adecuada para terminar este ensayo.

(24) LUDWIG J. PONGRATZ (editor): *Philosophie in Selbstdarstellungen*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1975, 316 págs.

Empresas multinacionales y delincuencia fiscal*

Profesor KLAUS TIEDEMANN

Friburgo de Brisgovia

I. INTRODUCCION

La evolución de la economía mundial en los últimos decenios ha conducido a una continua expansión y entrelazamiento de las relaciones económicas en el plano internacional. El crecimiento conjunto de los distintos espacios económicos y la intensificación de la división del trabajo internacional han motivado que las empresas utilicen los mercados extranjeros no solamente como una probabilidad para el consumo, sino también, cada vez más, como una posibilidad para la producción. Esto también es válido en especial para la explotación de las riquezas mineras de los países en vías de desarrollo, en los que la gran empresa internacional ha ocupado ampliamente el lugar de los antiguos Estados coloniales.

Esta internacionalización del acontecer económico va de la mano con la creación y desarrollo de empresas internacionales o, al menos, multinacionales, cuya actividad abarca, principalmente, los ámbitos químico, farmacéutico, energético y de producción de automóviles, así como el sector de la alimentación; su volumen global de operaciones se calculó para el año 1973 en un sexto de la producción mundial, es decir, unos 500.000 millones de dólares (1). La magnitud y potencia financiera de estos grandes concernos les confiere un enorme poder, que, como todo poder, sea político, económico o de otra naturaleza, induce al abuso. Por su índole, el Derecho penal es el medio idóneo llamado a salir al encuentro de este abuso de poder, a prevenirlo dentro de lo posible, o, en todo caso, castigarlo posteriormente. Por lo demás, en el campo del Derecho económico, el Derecho penal se orienta ampliamente hacia las decisiones económicas previas y un elocuente ejemplo

* Conferencia pronunciada en las Universidades estatales de Brasilia y Sao Paulo el 24 y 25 de agosto de 1976. Traducción del alemán por José Arturo Rodríguez Núñez.

(1) H. ARNDT, *Multinational corporation and economic power*, en *Centre National de la recherche scientifique* (ed.), *La croissance de la grande firme multinationale*, París, 1973, págs. 533 ss.; ver también la documentación facilitada por *United Nations, Department of Economic and Social Affairs* (ed.), *Multinational Corporations in World Development*, Nueva York, 1973. La literatura jurídica reciente se encuentra en el artículo de ALLEGRI, *Note giuridiche sulle c.d. società multinazionali*, en *Rivista delle Società*, 1975, páginas 876 ss.

de ello es el Derecho penal fiscal: todos los ordenamientos jurídicos configuran de tal manera sus tipos penales para la protección del sistema fiscal, que la punibilidad depende de la infracción de algún deber fiscal (declarar, pagar, hacer efectivos los impuestos, etc.). Cuando los deberes no están fijados, o no lo están suficientemente, desaparece la punibilidad. Desde este punto de vista fundamental del Derecho penal económico (2), el comportamiento fiscal de las empresas multinacionales se encuentra, hasta ahora, no tanto ante problemas y cuestiones penales, como fiscales. En especial, el desplazamiento de ganancias y pérdidas más allá de las fronteras, a un país fiscalmente más favorable (y a la empresa filial allí establecida) es legal mientras no contravenga el ordenamiento fiscal nacional correspondiente. Además, la violación de las normas jurídicas nacionales puede consistir en una violación expresa de estas normas o infringir la prohibición del abuso de Derecho. Según nuestra experiencia, las empresas multinacionales se guardan de adoptar medidas penalmente relevantes. Antes bien, intentan aprovechar las lagunas del Derecho penal y moverse en la zona fronteriza (moral de frontera), a cuyo efecto están bien asesoradas en general por los departamentos fiscales nacionales de sus empresas filiales. La revista «International Tax Planning» (antes «Tax Haven Review»), que aparece en Londres, se ocupa de las prácticas fiscales en cuestión de los concernos multinacionales.

Sin embargo, el objetivo de economizar o evitar impuestos es legítimo en todos los ordenamientos jurídicos. Los reparos de política económica y financiera ante ciertas prácticas fiscales —disminución de la carga fiscal o, con el mismo sentido respecto del resultado económico, la obtención de beneficios fiscales— son jurídicamente, y en consecuencia también penalmente, irrelevantes, mientras estos reparos no lleven a negar el reconocimiento *juridico* al proyecto de contrato o empresa que eventualmente se haya escogido. Al respecto, la legislación fiscal alemana, y correlativamente la valoración jurídico-penal fiscal alemana, se resiente de no tener a su disposición más que fórmulas generales, en especial la prohibición del abuso de Derecho, para enjuiciar la defraudación de impuestos, incluso en el ámbito internacional. Por el contrario, desde hace ya más de un decenio, sobre todo en los Estados Unidos, se han introducido detalladas disposiciones legales contra el desplazamiento de ingresos a sociedades de base en Estados fiscalmente ventajosos creando al mismo tiempo el fundamento para sanciones penales estrictas. La razón de existir las divergencias fiscales hay que buscarlas principalmente en la diversidad de situaciones económicas: después de dos guerras perdidas, una rígida y rigurosa solución global, como se introdujo legislativamente en los Estados Unidos, hubiese podido perjudicar a la República Federal Alemana en el futuro fomento de intereses económicos alemanes en el extranjero. Esta clase de

(2) Cfr. para un estudio más amplio de este aspecto, TIEDEMANN, *Tatbestand und Normambivalenz*, en *Mélanges Schaffstein*, Gotinga, 1975, pág. 196. Ver también la obra colectiva bajo la dirección de STEFANI, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, París, 1956.

metas *políticas* ha de tenerlas en cuenta también la criminología económica, aun cuando se enfrenten a intereses de política financiera, es decir, en último término fiscales. Ante todo hay que tener presente que las empresas económicamente activas en varios o muchos Estados interfieren a menudo de forma amplia las pretensiones fiscales de las distintas naciones: por un lado, aquel Estado donde la empresa tiene su dirección o su sede quiere establecer impuestos («deber fiscal ilimitado»); por otro lado, el Estado del que provienen los ingresos quiere someter éstos a tributación («deber fiscal limitado»). Si en esta pugna de intereses no se llegara a una delimitación a través de las legislaciones fiscales nacionales, la actividad de las empresas multinacionales fracasaría de antemano. Por ello, en épocas recientes, además de un sistema nacional de Derecho fiscal exterior, especialmente a través de la llamada atribución de impuestos, se han celebrado, cada vez con mayor frecuencia, los llamados acuerdos sobre doble imposición, que regulan la relación de las pretensiones fiscales entre los dos Estados contratantes.

Mientras medidas de esta clase contra la doble imposición favorecen de modo consciente a las correspondientes empresas (y en este sentido consideran el problema de las empresas multinacionales desde un lado positivo), en época muy reciente y de forma esporádica, se han adoptado medidas legales contra el aprovechamiento del distinto nivel de imposición en los diferentes Estados. Sobre todo a la vista del continuado crecimiento del comercio exterior en el siglo xx, la doble imposición fue considerada siempre como una carga, en tanto que la evasión a determinados ordenamientos jurídicos extranjeros fiscalmente favorables, supone relaciones nacionales e internacionales aparecidas en tiempos recientes, en especial la liberalización del comercio internacional, del tráfico de divisas y la prosperidad económica de las empresas. Las medidas contra la fuga fiscal afectan también otros bienes económicos y, en particular, a la libertad de cambiar de domicilio y la libertad económica de desenvolvimiento más allá de las fronteras estatales, así como a la libertad de circulación internacional de capital. Finalmente, algunas fugas fiscales son necesarias en interés de la capacidad para competir de las empresas nacionales. Por todo ello, no es de extrañar que falten regulaciones jurídicas especiales en la mayoría de los Estados hasta entrados los años sesenta. Los Estados Unidos acometieron en el año 1962, a raíz de la reforma fiscal del presidente Kennedy, el intento de evitar la fuga fiscal al extranjero de empresas americanas (cfr. sec. 951 ss. *Internal Revenue Code*). Sobre este modelo, después de haberlo seguido en 1972 la República Federal Alemana, Francia promulgó, adicionalmente el artículo 57 del *Code Général des Impôts*, la «loi de finances pour 1974» (art. 18). Especialmente significativa es la evolución de la legislación en el ámbito de la Comunidad Económica Europea: mientras que hasta 1973 en el terreno de la política fiscal se trabajó casi exclusivamente para desmontar los impedimentos fiscales de las empresas que traspasaban las fronteras, la Comunidad Europea, en su «Informe sobre la regulación fiscal de *holdings*

empresariales» de 18-6-1973, se ocupó de la praxis de empresas multinacionales para evitar impuestos mediante el aprovechamiento de las diferencias de gravámenes fiscales entre los Estados.

Después de estas observaciones previas parece indicado *aclarar* primeramente algunos *conceptos*, antes de ofrecer un panorama del curso ulterior de nuestras reflexiones:

A la vista de la estrecha, pero también difusa unión entre realidad fiscal, Derecho fiscal y Derecho penal fiscal, hay que aclarar en primer término que utilizamos como concepto fundamental para las acciones que hemos descrito el de *evitación de impuestos* («tax avoidance»). Esta evitación de impuestos puede ser legal, ilegal e incluso punible, según las circunstancias del caso concreto y de la legislación de que se trate. Lo mismo puede decirse de la *fuga fiscal* («tax flight»), que en todo caso, según el uso lingüístico alemán tiene como objeto la huida de un ordenamiento jurídico a otro, es decir, que *enlaza* con acacimientos internacionales y, por ello, es de especial importancia para lo que nos interesa. En cambio, son ilegales aquellos casos «en que la imposición de contribuciones queda por debajo de lo que se hubiese debido obtener como resultado de una correcta aplicación de las leyes tributarias a los hechos en cuestión» (3). Esta constelación de casos de reducción de los impuestos hay que distinguirla de aquellas conductas en las que aparece una infracción directa de las normas fiscales de la que es culpable el autor («fraude fiscal») y de aquellas conductas que han sido configuradas en forma de abuso de Derecho («rodeo fiscal»). Estos dos últimos casos son punibles en el Derecho alemán, cuando el autor conocía la verdadera pretensión fiscal en su cuantía completa y quería eludir el pago (§ 353 Ordenanza tributaria: pena de privación de libertad hasta cinco años o pena de multa; en casos especialmente graves, privación de libertad hasta diez años). Si el autor ha desconocido al menos con culpa grave la existencia y cuantía de esta pretensión fiscal e impedido que se haga efectiva, se trata de una infracción del orden (§ 362 Ordenanza tributaria: multa hasta 100.000 marcos alemanes). Esta limitación del Derecho penal criminal a los delitos dolosos se encuentra también en la mayoría de los ordenamientos jurídicos extranjeros, aun cuando éstos posean sólo un Derecho penal fiscal parcialmente unitario (4).

(3) Para la terminología alemana ver BÜHLER, *Prinzipien des internationalen Steuerrechts*, Amsterdam, 1964, págs. 169 s.; WEBER/KLUGE, *Einführung in das Besonders Steuerrecht*, vol. III (*Das Internationale Steuerrecht der Bundesrepublik*), Munich, 1976, págs. 14 ss.; para la terminología franco-belga, cfr. VAN HOUTTE, *Sous-estimation et fraude fiscale*, en *Institut belge de Finances Publiques* (ed. M. Frank), *L'exacte perception de l'impôt*, Bruselas, 1973, págs. 388 s.

(4) Una visión de conjunto sobre esta cuestión en MENNEL, *Steuerstrafen im Ausland-ein internationaler Vergleich*, en *Deutsches Steuerrecht*, 1964, páginas 374 ss. Para detalles sobre los regímenes nacionales y referencias de literatura, cfr. para Bélgica HENRION, *Les pénalités en matière d'infractions fiscales*, en *L'exacte perception*, cit., págs. 33 ss.; para Francia, LAUNAI / de la VILLEGUERIN / ACCARIAS, *Droit pénal financier*, París, 1974, 2 vols.; para Italia, MALINVERNI, *Principi di diritto penale tributario*, Padova, 1962, y SECHI, *Di-*

Menos exacta que este uso lingüístico de la ciencia fiscal y penal alemana es la contestación a la pregunta, de qué criterios depende la existencia de una *empresa multinacional*. Es verdad que en cierto modo hay una claridad empírica sobre las referidas empresas y su campo de actividad: la empresa multinacional estructurada horizontalmente está orientada por su fin comercial a la producción y colocación de un solo producto (v. gr. concernos de automóviles); la empresa multinacional estructurada verticalmente se ocupa de manera principal de la explotación de una materia prima, y de su elaboración y colocación en forma de distintos productos finales (v. gr. concernos petrolíferos); junto a éstos hay conglomerados empresariales que trabajan en diversos campos económicos, son los llamados concernos de mercancías varias (v. gr. ITT).

En cambio, jurídicamente, es difícil la definición y posible sólo más bien desde el punto de vista negativo que positivo. Con seguridad no se puede decir sino que, en todo caso, quedan excluidas aquellas empresas que únicamente trabajan en *un* país y que a lo sumo participan de modo eventual en el comercio internacional. En el intento de dar una definición positiva hay que tener en cuenta ante todo que tras el círculo de problemas de las empresas multinacionales se ocultan dos fenómenos: la internacionalidad de la empresa, sobre todo a consecuencia de inversiones directas en el extranjero, y la sobresaliente magnitud de estas empresas, nacidas casi siempre como sociedades nacionales (5). Por su magnitud, las empresas multinacionales son enjuiciadas casi siempre críticamente, mientras que a menudo son alabadas por su *internacionalidad*. En realidad, la mayoría de las consideraciones, sobre todo acerca del peligro de abuso de poder, provienen no tanto de la internacionalidad como de la magnitud (y la omnipotencia) de estas empresas. Esto no es tenido suficientemente en cuenta por la mayoría de las definiciones (6), en especial cuando —generalmente— la

ritto penale e processuale finanziario, Milán, 1966, 5.^a ed.; para España, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte general*, Madrid, 1975, 5.^a ed., págs. 28 ss.; para la República Federal Alemana, FRANZEN / GAST, *Steuerstrafrecht un Ordnungswidrigkeitenrecht*, Munich, 1969, y TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. II, Reinbek de Hamburgo, 1976, págs. 113 ss. En lo que concierne a América Latina, sólo mencionaremos las obras siguientes, sobre todo para Argentina, Brasil y Perú: GARCÍA RADA, *El delito tributario*, Lima, 1975; MICELE, *Derecho penal tributario*, en *Aftalion* (ed.), *Tratado de Derecho Penal Especial*, vol. II, Buenos Aires, 1969, páginas 8 ss.; TENORIO, *Direito penal tributario*, Brasilia, 1975.

(5) Para esta distinción, ver RITTNER, *Die Multinationalen Unternehmen und die Möglichkeiten eines Weltwirtschaftsrechts*, en *Mélanges Reimer Schmidt*, Karlsruhe, 1976, págs. 223 ss.

(6) En general, para el tema tan discutido de la definición de empresa multinacional, ver, por ejemplo, H. ARNDT, *loc. cit.*, y, del mismo autor, *Wirtschaftliche Macht*, Munich, 1974, pág. 47; GROSSFELD, *Praxis des Internationalen Privat- und Wirtschaftsrechts*, Reinbek de Hamburgo, 1975, págs. 14 ss.; R. HELLMANN, *Die Kontrolle multinationaler Konzerne*, Francfort/Zurich, 1975, páginas 19 ss., con otras referencias a la literatura alemana; VERNON, *Harvard Business School multinational enterprise project*, en *Journal of Common Market Studies*, vol. 9, 1971, págs. 322 ss.

empresa multinacional se caracteriza como una empresa activa en varios Estados a través de empresas filiales o sucursales, dirigidas de forma centralizada. Por el contrario, el elemento cuantitativo de la magnitud es tenido en cuenta por el economista norteamericano Vernon cuando describe comocernos multinacionales todo volumen de transacciones de miles de millones con una dirección que se orienta al extranjero y centros de producción en al menos seis Estados.

Naturalmente, aquí, como siempre, hay que tener en cuenta que el enfoque metodológico de que toda definición y determinación de un concepto sólo tiene sentido funcionalmente, esto es, con la referencia al fin que se pretende. Desde este punto de vista nos parece apropiado para el *Derecho fiscal* no estrechar con exceso el concepto de empresa multinacional (o «transnacional»). Desde puntos de vista fiscales, especialmente desde el de la fuga fiscal, basta que se trate de empresas unidas bajo la dirección de una administración central y que operen al menos en dos países.

El examen que sigue sobre los problemas de delincuencia fiscal que nacen de la intervención de empresas multinacionales, parte en primer término de la extensión de la protección y del objeto de protección (bien jurídico) por el poder punitivo del Estado con respecto a intereses fiscales extranjeros o internacionales. Con una terminología frecuentemente utilizada, éste es el problema de la protección penal internacional del sistema tributario, es decir, del Derecho penal fiscal internacional (II). Mientras este problema es de naturaleza típicamente penal, el menoscabo de intereses fiscales nacionales mediante (todavía) actos legales, en especial a través de desplazamientos de ganancias y pérdidas aprovechando los desniveles fiscales entre los Estados, nos plantea ante todo cuestiones de mejoramiento y unificación de la legislación fiscal (III). Finalmente, son esenciales para la realización práctica del Derecho fiscal y del Derecho penal fiscal las posibilidades jurídicas procesales en el tráfico internacional, por consiguiente los problemas de asistencia administrativa y judicial, de extradición y ejecución: aquí se trata, aparte de las demás conocidas dificultades procedentes del tráfico jurídico internacional, sobre todo del secreto fiscal y su quebrantamiento (IV). Terminamos nuestro estudio con algunas conclusiones, sobre todo en relación con delitos fiscales cometidos en los países en vías de desarrollo, así como la vinculación de los delitos fiscales a otras formas de aparición de la delincuencia económica internacional (V).

II. EL DERECHO PENAL FISCAL INTERNACIONAL

La *protección de intereses extranjeros por el Derecho penal nacional* se dice, en general, que es una cuestión que pertenece al llamado *Derecho penal internacional*. En la mayoría, si es que no en todos los ordenamientos jurídicos, se niega una protección de este tipo para el Derecho fiscal y aduanero: los intereses supraindividuales, en especial

fiscales de Estados extranjeros, deben quedar fuera del ámbito de los ordenamientos penales nacionales (7).

Ambas cosas nos parecen discutibles:

En primer lugar, es incorrecto calificar nuestro problema como parte del llamado Derecho penal internacional. En Derecho penal internacional se trata, como generalmente se reconoce hoy, no de normas de colisión, que determinan qué Derecho nacional ha de aplicarse en unas determinadas circunstancias, sino de la cuestión de si el poder punitivo interno del Estado se aplica a una situación, que con respecto a los autores, círculo de víctimas o lugar del hecho tienen implicaciones internacionales (8). Cada Estado dicta sus propias normas para su «Derecho penal internacional», que, en consecuencia, es Derecho *nacional* y no internacional. Si, de esta manera, el Derecho penal nacional es aplicable en general a delitos fiscales con un punto de contacto internacional, entonces se plantea el ulterior problema de si la *protección de la soberanía fiscal extranjera* queda sometida al poder punitivo intraestatal. Esta cuestión del ámbito de protección de las prescripciones penales nacionales pertinentes es una cuestión que versa sobre el contenido y, con ello, sobre la *interpretación* de estas prescripciones penales.

El legislador alemán, desde la nueva redacción del Código penal de 1 de enero de 1975, sigue, respecto a la configuración de su «Derecho penal internacional», el principio, también reconocido en la evolución del Derecho internacional, de limitar el poder punitivo nacional fundamentalmente a hechos realizados por un nacional o un extranjero en el propio territorio del Estado, es decir, dentro del espacio sometido a la soberanía nacional (§ 3 del Código penal alemán, principio de territorialidad). Prescindiendo de los hechos punibles cometidos a bordo de una nave o aeronave (cfr. § 4 Código penal alemán), aparece ante todo como importante en cuanto extensión del poder punitivo nacional el *principio de universalidad*, que conduce a que determinados bienes jurídicos especialmente importantes sean protegidos sin limitaciones en interés de toda la humanidad. El parágrafo 6 del Código penal alemán permite la aplicación del Derecho penal alemán independientemente de la ley que rija en el lugar de comisión, es decir, también a hechos cometidos en el extranjero, entre otros, para delitos de energía atómica y explosivos, piratería aérea, tráfico de estupefacien-

(7) *Sentencias del Tribunal del Reich alemán*, Colección oficial, vol. 14, págs. 128 ss.; *Oberlandsgericht de Hamburgo*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, págs. 935 ss., nota de SCHRÖDER; SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Munich, 1976, 18.^a ed., nota 18 sobre los parágrafos 3-7; TRÖNDLE, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, ed. Berlín, 1974, 9.^a ed., nota 22 sobre el § 3.

(8) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlín, 1972, 2.^a ed., págs. 128 s., 138 s.; LEVI, *Diritto penale internazionale*, Milán, 1949, pág. 7; OEHLER, *Internationales Strafrecht*, Colonia, 1973, pág. 1 s., 28 ss.; SCHULTZ, *Neue Entwicklungen im sogenannten internationalen Strafrecht*, en *Mélanges von Weber*, Bonn, 1963, pág. 307.

tes, difusión de publicaciones pornográficas y falsificación de moneda (llamados delitos universales).

Para los delitos fiscales, esto significa: desde el punto de vista del principio de territorialidad, que el Derecho penal alemán es exclusivamente aplicable si el hecho se ha cometido en Alemania, es decir, si el autor ha actuado (u omitido) o el resultado se ha producido aquí (§ 9, 1 Código penal alemán). Siendo este el caso, en base al citado orden metodológico la interpretación del Derecho penal fiscal alemán ha de decidir si la defraudación de impuestos extranjeros (o impuestos de una comunidad internacional) cometida en Alemania, así como si la participación, en Alemania, en un delito fiscal cometido en el extranjero, son punibles.

Sobre este problema, en el actual Derecho penal fiscal alemán sólo hay una declaración legal expresa cuando se trata de una reducción de aquellas «tasas internas» que son debidas a otro Estado miembro de la Comunidad Económica Europea o de la Asociación Europea de Libre Cambio o de un Estado asociado a ésta. El párrafo 353, 6, de la Ordenanza tributaria 1977 hace que esta prolongación de la protección penal, frente a la anterior situación legal, no dependa de una garantía de reciprocidad. Para la recaudación de impuestos establecida tanto por el Derecho alemán como por el de la Comunidad Europea, etcétera, el § 353, 6 de la Ordenanza tributaria 1977 rompe con el principio de territorialidad en favor del principio de protección: el tipo penal alemán del fraude fiscal es «independiente del Derecho del lugar de comisión, incluso para hechos cometidos fuera del ámbito de aplicación de la Ordenanza tributaria». Precusores de esta evolución fueron, ya en el siglo XIX, la Ley prusiana sobre la punición de infracciones aduaneras contra Estados extranjeros con los que se hubiese establecido la reciprocidad en tratados comerciales (de 22 agosto 1853) y la Ley sobre infracciones de las leyes aduaneras austrohúngaras de 17 de julio de 1881. Una regulación comparable se encuentra en los artículos 414 y 426 del *Code des Douanes* francés.

En tanto en cuanto falten estas prescripciones legales especiales, la interpretación imperante de las disposiciones generales del Derecho penal fiscal conducen, como ya se ha indicado, a excluir de su protección el interés de un Estado extranjero en el ingreso completo de los impuestos. Esto tiene como consecuencia, por ejemplo, que en Alemania no se considere punible la ayuda prestada a una infracción de la soberanía fiscal o aduanera suiza, por ejemplo, mediante certificaciones falsas. El Tribunal del Reich (9) fundamentó esta consecuencia para los delitos aduaneros, entre otros, en que la legislación fiscal extranjera «frecuentemente, queriéndolo o no, puede ir directamente en contra de los intereses del país».

Esta situación legal es insatisfactoria en varios aspectos y, no sin fundamento, ha sido modificada últimamente para zonas económicas como la Comunidad Europea mediante disposiciones especiales. Tam-

(9) *Sentencias del Tribunal del Reich alemán, loc. cit.,* pág. 129.

bién la literatura (10) moderna se muestra en gran parte partidaria de proteger los intereses de Estados extranjeros en el país mejor que lo hace la vigente situación legal. Esta tendencia también encuentra su expresión legislativa con respecto a la protección de las fuerzas armadas de la OTAN en la Cuarta Ley de modificación del Derecho penal alemán de 11 julio 1957.

Pero, abstracción hecha de las modificaciones legales nacionales y de los tratados internacionales, también debería introducirse ya un cambio en la interpretación de las leyes fiscales nacionales. Así, en el Derecho penal alemán es indiscutible que delitos contra la propiedad como hurto, apropiación indebida, estafa o infidelidad también están comprendidos en el Derecho penal alemán, aunque vayan dirigidos contra el fisco extranjero, es decir, cuando el Estado aparece como «portador de derechos privados» (11), y que los tipos penales alemanes también son de aplicación cuando sirven para la protección de bienes jurídicos individuales al mismo tiempo que a intereses estatales. Este enfrentamiento entre intereses fiscales (administrativos) y bienes patrimoniales (individuales) es erróneo, incluso si tal diferenciación conduce, por ejemplo, en la jurisprudencia alemana al llamado estado de necesidad del Estado.

En primer lugar, hay que hacer notar que la *delimitación* entre delitos contra la propiedad y delitos fiscales no se puede llevar a cabo con exactitud. Así, la obtención subrepticia de subvenciones, por ejemplo, es punible en la mayoría de los países de la Comunidad Europea, no como defraudación de impuestos, sino como estafa. Si esta estafa es punible o no, según el Derecho nacional, cuando va contra un Estado extranjero, es algo que permanece completamente oscuro. Desde el punto de vista económico no hay ninguna diferencia esencial entre la defraudación fiscal realizada mediante la obtención subrepticia de ventajas fiscales y la estafa mediante la obtención subrepticia de subvenciones. Por otro lado, resulta también difícil diferenciar claramente entre la estafa de subvención y las demás estafas del estado, por ejemplo, en el marco del abastecimiento de material bélico.

Junto a esta clase de dificultades para la delimitación, la valoración del patrimonio fiscal por la jurisprudencia y la ciencia penal, pero sobre todo por el legislador penal, es errónea. Desde un punto de vista económico, la mano pública administra esencialmente con ayuda del dinero de los impuestos, es decir, con medios procedentes de terceros. El dinero administrado por ella no es, económicamente, patrimonio del Estado, sino meramente patrimonio circulante y consumible, cuya utilización está fijada en el presupuesto, los planes del presupuesto y otros determinados principios, como el principio de máxima ren-

(10) Ver JESCHECK, *loc. cit.*, pág. 139; RESCHKE, *Der Schutz ausländischer Rechtsgüter durch das deutsche Strafrecht*, tesis, Friburgo (R. F. A.), 1962, págs. 175 ss.

(11) VON WEBER, *Der Schutz fremdländischer staatlicher Interessen im Strafrecht*, en *Mélanges R. Frank*, vol. II, Tubinga, 1930, págs. 275 y 281; SCHÖNKE / SCHRÖDER, *loc. cit.*, nota 15 sobre el § 3; TRÖNDLE, *loc. cit.*, nota 25 sobre el § 3; RESCHKE, *loc. cit.*, págs. 139 ss. y 141 ss.

tabilidad. Por ello, a raíz de las discusiones sobre la Ordenanza tributaria 1977, la Comisión designada por el Ministerio de Justicia Federal alemán para la lucha contra la criminalidad económica, señaló que los ingresos fiscales como bien jurídico de los tipos penales fiscales no eran protegidos por sí mismos, sino porque «cada ingreso fiscal es indispensable para el cumplimiento de los fines estatales, sociales y económicos» (12). De esta manera, la relación causal consiguiente entre los fines del Estado en el campo social, económico o cualquier otro y los ingresos fiscales ha encontrado acogida para la determinación del bien jurídico. En consecuencia, hoy debería estar también internacionalmente reconocido el principio de que todo Estado necesita los ingresos fiscales para el cumplimiento de sus fines. Sólo cuando estas misiones son *contrarias a los intereses del país*, directa o indirectamente, debe desaparecer su protección por parte del Derecho penal nacional. Por supuesto, no desconocemos que la necesaria limitación mencionada coloca al juez ante graves problemas de interpretación. No en último lugar por esta razón, parece preferible solucionar el problema por el camino de la conclusión de tratados internacionales.

Si hoy, fuera de unidades económicas cerradas predomina aún la falta de tratados internacionales con el fin de proteger el fisco nacional y la mayoría de los ordenamientos jurídicos vacilan en otorgar al fisco extranjero una protección penal por vía de interpretación, tal infraestimación jurídica penal de los respectivos intereses estatales nacionales en los ingresos fiscales nos parece consecuencia, en último término, de la influencia de la teoría clásica del Derecho penal administrativo (Goldschmidt, Frank, Wolf, Eberhardt, Schmidt). Como es sabido, en especial Goldschmidt, limitaba la protección de los bienes jurídicos (y la realización del derecho) al «Derecho penal de la justicia» (Derecho penal criminal), mientras el objeto del Derecho penal administrativo serían meros intereses de la Administración. Desde el punto de vista de la filosofía de los valores, Wolf describió el bienestar como el más alto valor administrativo, y con ello, como el objeto del Derecho penal administrativo, mientras que el objeto del Derecho penal de la Justicia sería la Justicia. Esta división, conectada con la doctrina clásica de la división de poderes, ha sido superada en el orden económico y jurídico actual. El valor del bienestar ha pasado de una mera tarea administrativa a ser una tarea legítima también del legislador y, con ello, se ha convertido en el contenido de decisiones de justicia. La necesidad y el alcance de la búsqueda del bienestar y la exigencia de justicia se compenetran «hoy de manera tan inseparable y completa, que todo intento de separarlas tendría que desgarrar algo intrínsecamente conexo» (13). De acuerdo con esta razón fundamental, la ley de infracciones del orden

(12) Ver TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, volumen II, pág. 118.

(13) BACHOF, *Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung*, en *Mélanges Laforet*, Munich, 1952, pág. 291; en el mismo sentido, MAUNZ / DÖRIG / HERZOG, *Grundgesetz*, Munich/Berlin, 1974, art. 20, nota 100; STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, Tübinga, 1958, págs. 61 ss.; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübinga, 1969, págs. 102 s.

de 1968 parte de la base de que entre Derecho penal administrativo (Derecho de infracciones del orden) y Derecho penal criminal no hay ninguna diferencia cualitativa como pretendía la teoría clásica del Derecho penal administrativo, sino tan sólo cuantitativa, siendo los límites fluyentes. Con ello, la adopción de la teoría del Derecho penal administrativo de que, en lo esencial, sólo hay bienes jurídicos en el ámbito de los intereses individuales, excepción hecha de la conservación de la existencia del Estado mediante el Derecho penal político, es insostenible para la teoría del bien jurídico. Antes bien, hoy se reconoce en el Derecho penal alemán, así como en la legislación, que también los valores centrales del bienestar común, como bienes jurídicos, pueden ser valorados con una pena criminal.

Esta evolución teórica y legislativa lleva, a nuestro juicio, a la necesidad de incluir los ingresos fiscales también en la teoría del bien jurídico.

En tanto que el problema no se solucione por la vía de la *interpretación* de los ordenamientos penales estatales nacionales, hay que examinar la posibilidad, como ya se dijo, de establecer *acuerdos internacionales* con el fin de ampliar el respectivo Derecho penal «internacional» de cada Estado. El ejemplo de los delitos monetarios muestra de qué manera está arraigada en nuestra época la criminalidad económica internacional y la necesidad ante la que se encuentra el legislador nacional de acomodar el Derecho penal internacional en este campo. Desde el punto de vista internacional, los delitos fiscales se presentan hoy como una forma de aparición típica y gravosa de los delitos económicos, de mucha mayor importancia que los delitos monetarios que, por lo demás, también se dirigen contra intereses estatales supraindividuales.

III. LA FUGA FISCAL DE LAS EMPRESAS INTERNACIONALES

La fuga fiscal internacional representa una acción claramente punible en aquellos casos en que una persona, residente en un país y, por ello, obligada fiscalmente sin limitaciones, no declara dolosamente sus valores patrimoniales y rentas al objeto del pago de impuestos. De acuerdo con el llamado principio de ingresos universales, los contribuyentes (alemanes) han de tributar en el país (alemán) también por todos los ingresos que obtengan en el *extranjero*. La protección del anonimato a través de las denominadas cuentas numéricas en bancos extranjeros favorece el desplazamiento y ocultación de valores e ingresos en el extranjero.

En cambio, si una persona natural traslada su lugar de residencia a un Estado con una tributación más baja, entonces desaparece, por este cambio de domicilio, el deber fiscal sin limitaciones que impone la ley alemana. Esta persona ya sólo está sujeta a contribución limitadamente, es decir, con respecto a determinados ingresos obtenidos en Alemania. La mayoría de los ordenamientos fiscales extranjeros cono-

cen también esta división entre sujeción fiscal absoluta y limitada. Recientemente, industriales con grandes ingresos, en especial, pero también, por ejemplo, artistas, han trasladado su lugar de residencia, con el fin de ahorrar impuestos, a países fiscalmente favorables. En contra de la crítica manifestada públicamente de manera repetida al respecto, este comportamiento es legal según el Derecho vigente. El «Informe sobre paraísos fiscales» (14), elaborado en 1964 por el Gobierno federal alemán, destaca esto claramente.

El genuino campo de la fuga fiscal internacional utilizando las diferencias fiscales entre los Estados, lo representan aquellos casos en que son transferidos valores patrimoniales y rentas a una *sociedad* filial, aunque legalmente independiente, en un Estado fiscalmente favorable, sobre todo en los llamados paraísos fiscales (Suiza, Liechtenstein, Antillas Holandesas, Bahamas, Islas Bermudas, Panamá, Luxemburgo y los países en vías de desarrollo). La sociedad filial sirve aquí como plataforma o base para la actividad comercial e inversora, utilizándola para ponerse al abrigo del portador de la soberanía fiscal interna eludiendo los impuestos. Se habla de «sociedades de base», instrumento especialmente preferido en la estrategia mundial de las empresas multinacionales.

Las sociedades de producción salen, en todo caso, prácticamente fuera del círculo de las sociedades de base, ya que es casi impensable la creación de este tipo de sociedades sólo por razones fiscales y, además, los intereses económicos de la sociedad de base se encuentran de manera típica fuera de su país de residencia. El ámbito de tareas clásico para las sociedades de base está constituido, en cambio, por funciones auxiliares que no presuponen intereses económicos propios en el país de residencia: de manera especialmente frecuente se transfieren a sociedades de base patentes, licencias y bienes inmateriales parecidos, para acreditar las rentas de capital y derechos de licencias como ingresos de estas sociedades que se encuentran en el extranjero. Como ejemplo práctico puede servir el caso de que una empresa residente en el país transfiera patentes a una empresa filial extranjera y, acto seguido, concierte un acuerdo de licencia con esta sociedad filial. De esta manera, la empresa nacional se obliga a pagar a su sociedad filial extranjera los derechos de licencia. Aparte de esto, puede incluso hacer valer los derechos de licencia en el interior y hacerlos figurar como desembolsos de la empresa que han de ser descontados. También se utiliza la constitución de sociedades administradora de los *holding* o los patrimonios. Como propietaria o administradora de las participaciones en empresas filiales extranjeras no aparece la sociedad matriz del interior, sino el *holding* instalado en un paraíso fiscal. Junto a estas sociedades extranjeras de

(14) *Bundestags-Drucksache IV/2412 de 23 junio 1964*. Para el texto siguiente ver también BROOKE / REMMERS, *The strategy of multinational enterprise*, Nueva York, 1970; DOGGART, *Tax havens and their uses*, Londres, 1975; EDWARDES-KER, *International tax strategy*, Londres, 1974; GIBBONS, *Tax factors in basing international business abroad*, Cambridge/Mass., 1957; KORMANN, *Die Steuerpolitik der internationalen Unternehmung*, Düsseldorf, 1970, págs. 215 ss.; VERNAY, *Les paradis fiscaux*, París, 1968.

aprovechamiento de patentes y *holdings* se introducen también frecuentemente sociedades de base en el negocio de compra y venta internacional con el fin de justificar una ganancia intermedia en las sociedades de base que no esté sometida (o no en su totalidad) a la tributación del país. La sociedad de base asume la actividad de compra y de venta, de manera que la sociedad matriz compra, por ejemplo, materias primas a través de la sociedad de base como intermediario, en vez de hacerlo directamente a los proveedores extranjeros. Lo mismo puede decirse de las sociedades de servicios, en que la empresa de base asume tareas de planificación y asesoramiento.

El enjuiciamiento económico de estas prácticas es difícil, discutido y, por suerte, no constituye nuestra tarea. Recordando nuestra observación sobre la licitud de una política empresarial para ahorrar impuestos, añadiríamos tan sólo que para el país con un nivel fiscal alto, del que se evaden los impuestos, pueden producirse graves perjuicios por el descenso de los ingresos fiscales, la retirada del capital del mercado interior de capitales y, eventualmente, también por la aparición del paro. Por el contrario, desde el punto de vista de la economía mundial, se pueden compensar las ventajas y los inconvenientes, ya que pueden establecerse unos impuestos más bajos como alicientes para realizar inversiones en Estados económicamente poco o nada desarrollados. Pero en todo caso, un nivel fiscal bajo puede conducir también a que los bienes y beneficios no sean producidos o utilizados en el Estado que ofrece comparativamente las condiciones más favorables, de manera que en definitiva se reduce el producto social de la economía mundial.

Para nosotros es más importante la *valoración jurídica* de la fuga fiscal internacional, especialmente en el caso de que se intercalen las mencionadas sociedades de base. Aquí, tanto los Estados Unidos como la República Federal Alemana, tiene fundamentalmente un llamado punto de vista económico, según el cual no se atienden a la forma jurídica elegida en cada caso, sino que la examinan en su justificación económica al objeto de evitar el fraude fiscal mediante rodeos fiscales. Se comprueba especialmente si el intercambio de beneficios —con independencia de su eficacia jurídica civil— ha de ser admitido desde el punto de vista fiscal. Módulo de comparación es el precio «hipotético real», es decir, aquel que sería fijado entre empresas independientes para el mismo negocio (principio *dealing at arms length*, Ley de impuestos del exterior, § 1, 1, sect. 482 *Internal Revenue Code*): en negocios con una «persona cercana» («related person»), es decir, v. gr. con un pariente, el empresario debe hacer constar las condiciones que impondría si tratara con un tercero independiente. La interpretación y manejo de este módulo en Alemania se deja totalmente en manos de la jurisprudencia, de manera que el módulo es muy flexible, pero también indeterminado. La practicabilidad del módulo se resiente también sobre todo de que, sólo con dificultades, pueden establecerse precios o tasas de beneficios adecuados entre «unrelated parties» ficticias y, aparte de esto, a la tributación en un Estado por un elevado beneficio debería corresponder en el otro Estado una suavización fiscal para que

no surjan dobles imposiciones a consecuencia de la rectificación de beneficios. En los Estados Unidos, por el contrario, se han publicado instrucciones (*regulations*) administrativas muy detalladas, pero también muy rígidas sobre la cuestión de qué se ha de entender por precio entre terceros extraños. La jurisprudencia alemana utiliza las *regulations* de los Estados Unidos como punto de apoyo para la interpretación del § 1 de la Ley de impuestos sobre el exterior. En consecuencia, es impropio el reconocimiento de una sociedad de base extranjera (la Ley de impuestos sobre el exterior alemana habla de una «sociedad intermedia»), sobre todo, cuando la sociedad extranjera no tiene ningún contenido económico, es decir, cuando se trata de una mera «empresa buzón». En el caso *Noonan v. Commissioner*, la *Tax Court* (15) americana subrayó que tiene que tratarse de una «unidad comercial viva», que la sociedad se haya constituido para un fin comercial real y que realmente opere en los negocios. El caso arriba mencionado de que un obligado fiscalmente sin limitaciones transfiera patentes u otros derechos protegidos a una sociedad extranjera de su dominio y sobre estos adquiera licencias de ella (o también entregue a la empresa extranjera capitales y haga que se los retornen en concepto de préstamos), ya lo consideró la llamada Ordenanza sobre paraísos fiscales, antes de la publicación de la Ley de impuestos sobre el exterior alemana, un abuso de Derecho.

IV. ASISTENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA

Las *posibilidades jurídico procesales para el esclarecimiento de delitos fiscales* o simplemente de disminución, no punible pero inadmisibles, de los impuestos en el tráfico internacional son sensiblemente mucho más limitadas que cualquier otro ámbito de la criminalidad económica internacional, aunque ya la situación general en la lucha contra la criminalidad económica internacional ha dado lugar a tenaces deseos de reforma.

Como consecuencia del principio de territorialidad, que fuera del Derecho penal es válido para todo ejercicio de la soberanía estatal, no está permitido, por lo general, a las autoridades nacionales realizar actos de investigación en el extranjero por sí mismas: existe un principio en el Derecho consuetudinario internacional por el que ningún Estado puede realizar actos de soberanía en territorio extranjero. Así, es sabido que unas medidas de esclarecimiento llevadas a cabo por funcionarios alemanes en Suiza condujeron a condenas penales por realizar acciones prohibidas propias de funcionarios (16).

Prácticamente, sólo quedan posibilidades de esclarecimiento allí donde se han suscrito acuerdos de asistencia administrativa y judicial. Los *acuerdos sobre doble imposición* especialmente prevén el intercambio de informaciones fiscales. Para el llamado gran tráfico de información que

(15) 52 T. C. R. 907, 1969.

(16) *Sentencias del Tribunal Federal Suízo*, Colección oficial, vol. 65, I, págs. 39 ss.

tiene por objeto el intercambio de informaciones fiscales de todo tipo, prevé el artículo 26 del Acuerdo tipo de la OCDE un modelo que contempla el secreto sobre las informaciones intercambiadas, así como la reserva de que ningún Estado contratante ha de separarse de su práctica jurídica en el cumplimiento del acuerdo para satisfacer los deseos de otro de los firmantes. Un gran tráfico de información de este tipo existe actualmente entre la República Federal Alemana y todos los Estados de la Comunidad Europea, así como con Canadá y los Estados Unidos. El pequeño tráfico de información, que se limita a las informaciones necesarias para el cumplimiento de los acuerdos existentes sobre doble imposición, se da por parte de la República Federal en relación con Suiza y otros seis Estados.

Las dificultades de esclarecimiento, legales y fácticas, existentes en general, se agudizan allí donde hay *prohibiciones de información* extranjeras. Al respecto, es conocida sobre todo la práctica rigurosa del *secreto bancario* en el Derecho suizo, que amenaza incluso con penas privativas de libertad y pecuniarias el quebrantamiento de la obligación de guardar silencio de los empleados de Banca (art. 47 de la Ley bancaria suiza). Si se revelan a un Estado extranjero (o incluso a un particular extranjero) las observaciones que han sido hechas en el marco de la actividad profesional dentro de un banco, entonces se ha realizado el riguroso tipo penal del espionaje económico, prohibido con arreglo al artículo 273 del Código penal suizo. Por lo demás, la situación legal suiza precisa para evitar malentendidos frecuentes de la siguiente aclaración (17): afectan al secreto bancario también, según el Derecho suizo, los derechos de injerencia procesal penal. En el proceso penal, por ello, los empleados de Banca pueden prestar declaración como testigos del tráfico bancario del acusado, puede exigirse la presentación de los justificantes correspondientes y bloquear los valores custodiados a nombre del acusado. De la misma manera, en el proceso penal, el perjudicado tiene acceso a las actas del proceso en el que está legitimado. En relación con esto, hay que recordar dos sentencias del Tribunal Federal suizo de otoño de 1969 en las cuales se trataba de proveedores americanos que habían extendido facturas exageradas por suministros a la Marina norteamericana y las habían presentado a los Estados Unidos a través de una «firma buzón» creada en Suiza, para ocultar el engaño. A raíz de este suceso, las autoridades americanas presentaron en Suiza una denuncia por falsedad documental, complicidad en la estafa, etc. El Tribunal Federal suizo confirmó la admisibilidad de declaraciones de empleados de banca suizos y el valor de los justificantes de los respectivos bancos. Las sentencias en cuestión no representaban una intromisión en el secreto bancario suizo, sino que correspondían a la situación legal vigente.

La especialidad del Derecho suizo está, por el contrario, en que las autoridades suizas niegan de manera estricta la prestación de asistencia

(17) DAGON, *Berufs-, Bankgeheimnis und Fiskus*, en *Revue Suisse de Jurisprudence*, 1973, págs. 1 ss.; KLINGENBERG, *Schützt das schweizerische Bankgeheimnis den Wirtschaftsstraftäter?*, en *Probleme im Gespräch*, Berna/Francfort, 1972, págs. 61 ss.

administrativa y judicial en delitos fiscales y de divisas. Ciertamente, Suiza se ha adherido al acuerdo europeo sobre asistencia judicial de 1959, pero hizo uso de la reserva allí prevista de declinar la ayuda judicial que se preveía en el tratado para delitos fiscales. Este retraimiento se explica porque, tampoco dentro de Suiza las autoridades fiscales tienen derecho a recabar información de terceros en relación con cuestiones fiscales. A los bancos suizos, para la protección del secreto bancario, les está prohibido contestar incluso preguntas de las autoridades fiscales suizas sobre los negocios de un determinado obligado fiscal.

Junto al secreto bancario y su prioridad frente a los delitos fiscales, el *secreto fiscal*, según una opinión muy extendida (18), conduce a que sólo en base a un convenio internacional pueden darse informaciones contra la voluntad del obligado fiscal. En este sentido, contienen regulaciones sobre intercambio de informaciones fiscales, sobre todo, los acuerdos sobre doble imposición ya varias veces mencionados, que, como regulaciones internacionales vinculantes, prevalecen sobre la protección jurídica nacional del secreto fiscal. Por encima de esto, la República Federal ha concluido también acuerdos complementarios con algunos Estados sobre asistencia administrativa y judicial. En la resolución de 2-II-1975 del Consejo de la Comunidad Europea sobre medidas de la Comunidad para combatir la fuga fiscal y el rodeo fiscal se postula como primera medida necesaria, entre otras, que los Estados miembros se comuniquen —previa petición o sin ella— todas las informaciones que parezcan idóneas para el establecimiento en debida forma de impuestos sobre la renta y los corporativos, «especialmente en casos en que posiblemente se desplazan ganancias artificiales entre empresas unidad de diferentes Estados miembros». La nueva Ordenanza tributaria alemana contiene una fundamentación legal consecuente (§ 117, Ordenanza tributaria 1977).

Para el *futuro*, sería deseable extender la asistencia judicial a todas las formas de impuestos y concluir acuerdos sobre asistencia recíproca para la ejecución. Pero, sobre todo, las partes contratantes deberían comunicarse información cuando se trate de formas especialmente peligrosas de fraude fiscal y rodeo fiscal, de manera continua y sin que les sea solicitado, es decir, automáticamente, ya que es característico del fraude fiscal internacional el que no es percibido en el Estado contra el que se dirige, mientras que, en el Estado en el que se realiza, está casi a la luz del día. La mera existencia de acuerdos internacionales pertinentes es apropiada, según todas las experiencias de la administración fiscal, para actuar preventivamente.

V. RESUMEN

Las empresas multinacionales (o transnacionales) disfrutan en los distintos países de una apreciación muy variable. Determinados abusos

(18) RITTER, *Internationale Steuerauskunft in rechtsstaatlicher Sicht*, en *Deutsche Steuer-Zeitung*, A, 1974, págs. 267 ss.; WEPER / KLUGE, *ob. cit.*, pág. 192.

indiscutibles (y en parte también condenados) y algunos hechos delictivos han conducido, sobre todo en América Latina, a un juicio negativo muy extendido acerca de las empresas multinacionales.

Nuestra impresión en que, en conjunto, para los países en vías de desarrollo, son más las ventajas que provienen de la actividad de las empresas multinacionales, *si* —y este es el problema decisivo— las relaciones, transacciones y decisiones de estas empresas están bajo un control estatal efectivo y, con ello, sujetas a publicidad (limitada).

Por lo demás, desde el punto de vista de los países en vías de desarrollo, los delitos fiscales en relación con empresas multinacionales parecen, sólo a primera vista, exclusivamente un problema del Estado en el que se encuentra la residencia de la sociedad matriz. La verdad es que combatir la fuga fiscal internacional, es decir, la ocultación de las verdaderas transacciones y el encubrimiento de los precios de transferencia artificiales, significa un medio importante en la lucha contra prácticas conocidas que son tan dañinas para los «países huéspedes» —especialmente los países en vías de desarrollo—, como el «overpricing», que extrae las ganancias de las sociedades filiales y empeora con ello las condiciones de intercambio entre países en vías de desarrollo y Estados industriales en perjuicio de los primeros («barter terms of trade»), o como el «dumping», que se dirige contra la estructura y existencia de industria nacional del Tercer Mundo.

Por consiguiente, en una segunda visión, los países huéspedes, y en especial los países en vías de desarrollo, están mal aconsejados cuando se niegan a la asistencia administrativa y judicial en cuestiones fiscales. Pero también los países industrializados deberían aprender a comprender que, a la vista de las estrechas relaciones entre Derecho fiscal, delincuencia fiscal y otras formas de la criminalidad económica, especialmente en el campo de la competencia, la lucha contra la evasión fiscal sólo tiene sentido y es posible dentro del marco de la lucha contra la criminalidad económica en general y de los delitos de competencia en particular (competencia desleal, corrupción y delitos antitrust).

Seguramente es posible prevenir la delincuencia en el ámbito de la criminalidad económica como en otros ámbitos de la vida social. Sin embargo, para casos graves en los que falla la prevención, han de crearse los presupuestos para un castigo posterior eficaz. Por encima de esto, hay que considerar que más allá de la famosa discusión sobre el carácter represivo o preventivo del Derecho penal, son imaginables conexiones entre los medios represivos y los preventivos. Nos limitaremos a mencionar la posibilidad de excluir de la obtención de ventajas fiscales a empresas que hayan estado implicadas en delitos económicos. Las «penas» de este tipo pueden desplegar una efectividad considerablemente mayor que las penas clásicas, que, por lo demás, exigen en numerosos Estados la prueba de una acción y de la culpabilidad de una persona natural y que, frecuentemente, se dirigen sólo contra estas personas naturales que son las que actúan (y son sustituibles).

Consideración especial de la caución española

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Doctor en Derecho

Magistrado

(Continuación)

1. Antecedentes hasta el siglo XIX

Es opinión común que el origen de la actual caución española se halla en la «recognizance» británica. Aceptada dicha institución por los Códigos piamontés y napolitano, de éstos la habría tomado nuestra Comisión de Códigos para incluirla en el de 1848, cuya normativa se ha mantenido sustancialmente hasta nuestros días (109).

No faltan, sin embargo, autores que señalan ciertos antecedentes de la caución en nuestro Derecho histórico. Quintano Ripollés (110), citando a Hinojosa (111), recuerda el pago germano de la paz, así como la «fiaduría de salvo» y el «fideyussio» de algunos fueros municipales. Córdoba (112), remitiéndose a su vez a Vilanova y Mañes (113), señala que en el Antiguo Régimen cabía imponer la caución de «non ofendendo» en el supuesto de amenazas. También Ramón Francisco Valdés, abogado de La Habana, hablaba ya en 1859, en su «Diccionario de Legislación y Jurisprudencia Criminal», de una caución juratoria y de otra de «non ofendendo», cuyo precedente se encuentra en los «fiadores de salvo», a los que se refieren las Partidas. Efectivamente, el Título XII de la Partida 7.^a se ocupa «De las Treguas, de las Seguransas e de las pazes». Esta regulación parece conectar con las tradiciones germánicas. La ruptura del juramento específico acarrea consecuencias también específicas, que pueden llegar a la enemistad pública. Tampoco son ajenas a la institución estudiada las ideas dominantes en la composición y sus diversas manifestaciones (114).

(109) ALVAREZ y VIZMANOS: *ob. cit.*, pág. 261.

PACHECO: *ob. cit.*, pág. 348.

GROIZARD: *ob. cit.* T. 2, pág. 247.

(110) QUINTANO RIPOLLÉS: *Compendio de Derecho Penal*, T. I, Madrid, 1958, pág. 467.

(111) HINOJOSA: *El elemento germánico en el Derecho español*, T. II, Madrid, 1955, pág. 72.

(112) CÓRDOBA: *ob. cit.*, T. II, pág. 185.

(113) VILANOVA y MAÑES: *Materia criminal forense*, Madrid, 1807, T. II, pág. 131, y T. III, pág. 90.

(114) En la Ley I se define la tregua como «aseguramiento que se dan

2. *El movimiento codificador*

A) El Código de 1822

El Código español de 1822 incluye esta sanción, no entre las penas pecuniarias, sino entre las no corporales, junto a la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades (artículo 28).

Según su artículo 79: «El que por sentencia y por disposición de la Ley deba dar fianza de que observará buena conducta, tendrá la obligación de presentar un fiador abonado a satisfacción de la autoridad local respectiva. El fiador será responsable con sus bienes de todo delito o culpa que cometa el fiado dentro del término de la fianza. Si el reo no hallase fiador podrá ser confinado o arrestado donde pueda trabajar, por un tiempo que no pase de la mitad del señalado al afianzamiento».

Aunque se trate de una normativa que en algunos puntos se aparta mucho de la actual, sobre todo en cuanto a la referencia a la buena conducta y no a un mal concreto, creemos ver en ambas una identidad básica. Ya en el texto de 1822 el aseguramiento consiste necesariamente en la presentación de un «fiador abonado», nota que se mantiene en los códigos posteriores, sin otra excepción que el de la Dictadura. Precisamente aquella característica es fundamental, como se verá con mayor detalle al exponer la caución del Código penal vigente, para determinar la naturaleza de la institución y negarle, desde la perspectiva del

los fijosdalgo entre sí unos a otros después que son desafiados, que no se fagan mai en los cuerpos, ni en los aueres en quanto la tregua durare". Segurança es "aseguramiento que se dem los otros omes que son de menor guisa quando acaesce enemistad entre ellos, o se temen unos de otros".

La Ley II distingue las treguas o seguranças que se dan entre reyes, las de un bando frente a otro, y por último las contraídas entre personas singulares, si bien en este caso las obligaciones se extienden a las personas que con ellos vivan o se hallen bajo sus respectivos mandos. En los dos últimos supuestos se prevé que, si fuera preciso, incumbe a los merinos apremiar para que aquéllas se presten. Para evitar problemas de prueba se dispone que tanto las treguas como las seguranças, como los fiadores de salvo se tomen "ante testigos o por carta".

La Ley III determina las penas correspondientes al incumplimiento de las obligaciones: "Los quebrantadores de la tregua, o de la segurança si fueren fijosdalgos, pueden ser reptados porende, e caer en la pena que diximus en el título de los rieptos. E si fueren otros omes de menor guisa el que firiere o matare, o prendiere a otro en tregua, o en segurança, o sobre fiadura de salvo, muera por ello. E si le fiziere daño en sus cosas pechegelo quatro doble. E si los deshonoraren faga la emienda a bien vista del Rey. E los que fizieren la fiadura de salvo caigan en aquella pena a que se obligaren quando la fizieron."

Por último, la Ley III define la paz como "acatamiento de la discordia, e del desamor que era entre aquéllos que la fazen", preceptúa su forma como beso o abrazo, según los casos, y para su quebranto se remite a las penas indicadas en la ley anterior a propósito de la violación de la tregua.

Es muy curiosa la explicación que la ley da de la palabra tregua, como comprensiva de las "tres igualdades", presentes en su función, es decir, lealtad, avenencia y justicia.

sancionado, toda naturaleza patrimonial (115). Cuando el citado artículo 28 enumera entre sus penas la «obligación de dar fianza de buena conducta» está manifestando mejor que los textos posteriores el contenido fundamental de esta sanción (116). El reo está obligado a presentar fiador, y no a pagar por sí mismo si dejare de observar buena conducta. Recuérdese, por otro lado, que nuestro primer Código entiende de la buena conducta como la no comisión de «delito o culpa» dentro del término de la fianza.

Por todo ello, no compartimos la opinión de Córdoba, en el sentido de que la fianza de 1822 no constituya precedente de la del Código actual por su alcance y contenido distintos, y si solamente —por ser de buena conducta y no de un mal concreto— de la caución del Código de 1928 y de la regulada en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (117). En el terreno de la similitud, más importancia tienen la operatividad misma de la caución y el marco en que se desenvuelve la posible responsabilidad pecuniaria, que el contenido concreto de la conducta a observar por el reo.

B) El Código de 1928.

El Código de la Dictadura recoge una peculiar normativa de la caución. Aquí, como en tantas otras materias, el texto de 1928 supone una quiebra en el pronunciado continuismo de nuestro movimiento codificador, en especial a partir de 1848.

El artículo 90 coloca la caución de conducta en el primer puesto de su larga lista de medidas de seguridad. A tenor del artículo 91:

«Los tribunales, en sus sentencias, además de la pena correspondiente al delito o falta cometido, acordarán:

1.º Exigir caución de conducta al reo de los delitos de amenazas, al de provocación y al inductor sin resultado de cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos I, II, III (118) y Sección primera, capítulo I, del IX, del Libro II de este Código (119) y artículos 517, 519, 521, 525 y 526 (120).

.....».

El contenido de la caución se desarrolla en el artículo 129:

«La caución de conducta consistirá en la prestación de fianza en metálico o efectos públicos, o con hipoteca de bienes propios o ajenos, para responder de que no se ejecutará el mal que se intente precaver.

(115) Ver los epígrafes dedicados a la naturaleza de la caución, en general y respecto a la del vigente Código penal español.

(116) El Código boliviano de 1834 coincide tanto en el nombre de la pena como en el criterio clasificador (artículo 28).

(117) CORDOBA: *ob. cit.*, T. II, pág. 185 y nota 5 en esa misma página.

(118) Que llevan las rúbricas: "Delitos contra la seguridad exterior del Estado", "Delitos contra los Poderes Públicos y la Constitución" y "Delitos contra el orden público".

(119) "De los estragos y delitos afines cometidos maliciosamente".

(120) Se refieren a delitos de auxilio o inducción al suicidio, asesinato, parricidio y aborto.

El Tribunal, a su prudente arbitrio, fijará la cuantía y la duración de la fianza.

Si a pesar de la pena impuesta al delito y de la fianza el reo ejecutare el mal, se hará efectiva la fianza, que se destinará a la indemnización o reparación del daño causado.

Si el culpable no presta la fianza dentro del plazo que se le señale, no podrá vivir, durante el tiempo que el Tribunal fije a su prudente arbitrio, pero que nunca podrá exceder de tres años, en el mismo término que el amenazado u ofendido por el delito o dentro del radio que el Tribunal establezca. Según las circunstancias del caso, el Tribunal podrá extender la prohibición a términos municipales donde vivan el cónyuge, ascendientes o descendientes del amenazado u ofendido.»

Jaramillo hizo hincapié en la diferencia esencial entre esta caución de conducta y la del Código de 180. En ese Código anterior —como en los de 1848-50, 1932, 1944, y aun en el de 1822, añadimos nosotros— la caución producía la obligación de presentar un fiador abonado, de forma que se trataba de una modalidad de fianza personal exigida al reo, aunque después a dicho fiador se le obligara al abono de la suma señalada en su caso. En el Código de la Dictadura, por el contrario, «no es preciso el fiador, sino la fianza, que en definitiva es la que cubre lo aleatorio, y esta fianza podrá y deberá prestarla el penado (sic) aunque sea de bienes ajenos» (121).

Merece plácemes que la caución haya sido extraída del campo de las penas. El carácter patrimonial de esta caución queda patente por cuanto sus efectos económicos recaen directamente, al menos en principio, sobre el propio destinatario de aquélla. La ruptura que en esa dirección supone la posible prestación de fianza con bienes ajenos responde a la práctica generalizada en el afianzamiento —e incluso pago— de la multa. Serían injustos los reproches en este punto.

Distribuidas las sanciones del Derecho penal en dos únicos grupos, penas y medidas de seguridad, no hay duda de que la solución más acertada consiste en incluir la sanción en el segundo de aquéllos. Otra cosa es que, vistos los escasos efectos resocializadores de dicha sanción, su ubicación ideal hubiera estado en un tercer grupo de «otras sanciones», al estilo del vigente Código penal suizo.

El P. Montes incluye la caución de 1928 en el grupo de las medidas de seguridad pecuniarias (122), junto a la publicación de la sentencia y el comiso.

C) Los Códigos de 1848-50, 1870, 1932 y 1944.

Razones de economía aconsejan reproducir primero la normativa del Código de 1944 —vigente sin modificación alguna tras la revisión de 1963— y expresar después en qué han consistido las alteraciones respecto a los textos anteriores.

(121) JARAMILLO: *Novísimo Código Penal*, Salamanca, 1928, Vol. I, Lib. 1, pág. 304.

(122) Criterio acertado, pero que no debe extenderse a la caución de los restantes Códigos.

He aquí el artículo 44 del Código de 1944:

«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.

El Tribunal determinará, según su prudente arbitrio, la duración de la fianza.

Si no la diere el penado, incurrirá en la pena de destierro por el mismo tiempo que se hubiere fijado para la caución.»

El artículo 43 del Código de 1932 era de igual tenor literal, excepto en el párrafo 3.º, del que faltaba su parte final: «por el mismo tiempo que se hubiere fijado para la caución».

En los Códigos de 1850 y 1870 el párrafo 1.º de sus respectivos artículos 43 y 44, aunque con pequeñas diferencias gramaticales, tanto entre sí, como en relación con el párrafo 1.º del artículo 44 del texto actual, coinciden sustancialmente con éste: obligación de presentar fiador abonado, mal que se trata de precaver, cantidad fijada por el Tribunal, etc.

El párrafo 2.º de dichos artículos 43 y 44 se identifica totalmente con el párrafo 2.º del vigente artículo 44.

En cuanto al párrafo 3.º de aquellos artículos, mientras que el Código de 1850 recoge «la pena de arresto menor» como sanción en caso de que no se diera la caución, el Código de 1870 coincide con el actual —y con el de 1932— en acudir a «la pena de destierro».

Ha de advertirse también que el legislador de 1944 no sólo concretó la duración del destierro al tiempo que se hubiere fijado para la caución (párrafo 3.º del artículo 44), sino que llevó al artículo 30, que regula la duración de las penas, una nueva limitación, consistente en que al texto primitivo —«la de caución, el tiempo que determinen los tribunales»— se ha añadido la frase «sin que pueda exceder de seis años». En los respectivos artículos de los Códigos anteriores nada se indicaba sobre la duración de la caución.

3. *Problemática de la caución en el vigente Código penal.*

A) Naturaleza.

La caución del vigente Código penal español constituye formalmente una verdadera pena, recogida en la escala general de su artículo 27. En tal precepto comparte con la multa y la privación del permiso de conducir el grupo de «penas comunes a las dos clases anteriores», o sea, graves y leves. El artículo 73 incluye la caución en su escala número 3. Su duración se regula, como se dijo en líneas atrás, en el artículo 30, bajo la rúbrica «Duración de las penas». Y su contenido aparece en el artículo 44, incluido en la sección dedicada a los «efectos de las penas según su naturaleza respectiva».

Desde un punto de vista material, ya se vió, al ocuparnos del problema general de la naturaleza de la caución, que los autores patrios se

inclinaron por amplia mayoría a favor de la medida de seguridad, sin excluir la caución española, antes al contrario con particular referencia a la misma (123).

La exigencia de un fiador abonado y el posible pago por éste de la cantidad fijada en la sentencia han servido para que con frecuencia se reconociera a la caución carácter patrimonial o pecuniario (124). Sin embargo, no es difícil constatar la indecisión presente en buena parte de nuestros juristas, incluidos algunos que en principio se pronuncian por dicho carácter.

Silvela escribe que «la pena de caución —si como pena puede considerarse— recae principalmente sobre la propiedad», pero la verdad es que clasifica en diez grupos las penas del Código de 1870, y coloca a la caución en el décimo, en solitario (125). Cuello Calón señala que en el Código de 1870, «las penas pecuniarias son la multa, la pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito y el pago de costas», añadiendo que «también puede incluirse en este grupo la caución, aun cuando esta pena, si así puede llamarse, recae más bien sobre la propiedad del fiador» (126). Más tarde, vigente ya el Código de 1944, incluye en su estudio de las penas pecuniarias la multa y el comiso, mientras coloca la caución en el cajón de sastre de los medios propuestos para sustituir las penas cortas de prisión (127). Rodríguez Devesa considera que «como penas con un contenido pecuniario aparecen en el Código la multa y la caución»... pero a continuación sólo se ocupa de la ejecución de la primera (128).

La duda aparece también en la propia Exposición de Motivos del Código de 1932, que indirectamente se refiere a la multa como única pena pecuniaria.

Por nuestra parte abundamos en lo dicho en páginas anteriores: Esta caución no es pena, sino medida de seguridad, próxima a la sumisión a vigilancia de la autoridad, recogida en otros Códigos. Precisamente la incidencia económica sobre el tercero, y no sobre el afianzado, así como la confianza que el legislador español pone en la influencia bienhechora de aquél sobre el condenado, permiten sostener que a éste, lejos de imponérsele una sanción pecuniaria —y como tal de meros efectos intimidatorios, impropios de una medida de seguridad— se le facilita una relación humana capaz de impedir la comisión del mal que se teme, y ello recurriendo a los elementos positivos de la personalidad del afianzado, o sea, por vía reeducadora, ya que de su voluntad dependerá no su propio quebranto económico, sino el del fiador, al menos

(123) Ver supra las opiniones de GROIZARD, FERRER SAMA, CUELLO CALÓN, QUINTANO RIPOLLÉS y DÍAZ-PALOS, así como las divergentes de SILVELA y CÓRDOBA.

(124) PACHECO: *ob. cit.*, pág. 349.

SALDAÑA: *ob. cit.*, pág. 128.

QUINTANO RIPOLLÉS: *Compendio...*, T. I, pág. 419.

(125) SILVELA: *ob. cit.*, T. II, págs. 345, 346 y 515.

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

(127) CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*, parte general, págs. 767, 780 y ss.

(128) RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.*, pág. 763, T. I.

directamente. Con otras palabras, creemos que la caución española sólo admite la naturaleza de medida de seguridad —y no de medida «sui generis», en la línea del Código penal suizo— renunciando a su condición patrimonial, o si se prefiere, relegando ésta a la periferia, como medio de interesar al fiador en el buen éxito de la prueba.

Insistamos: En cualquier caso la caución —pena o medida de seguridad— no es sanción patrimonial por cuanto no recae sobre la fortuna del condenado, lo que, dicho sea de paso, impide su afianzamiento sumarial en la pieza correspondiente. Hay que deshacer de plano un equívoco que ha llevado a aplicar a la caución, erróneamente, criterios válidos para la multa.

Si se atiende al juego de sustituciones, cabe, contra la apariencia del texto gramatical, entender que la caución sustituye al destierro, y no a la inversa. Cuando Castejón escribe que en el Código de 1932 la limitación de la caución a seis años se establece «a fin de evitar que la pena sustituyente sea más extensa que la sustituida» (129), se está invirtiendo, quizá inconscientemente, el orden legal. Sostenemos, pues, que la caución española opera como una pena facultativa de destierro, sustituible, a voluntad del condenado, por la presentación de una persona que, además de influir sobre aquél para que no cause el mal que se trata de precaver, se obligue al pago de cierta cantidad si el mal se ejecutare.

Hay que señalar que la inclusión legal de la caución entre las penas comunes (130) no pasa de ser una inconsecuente declaración formal. No se trata sólo de que, de hecho, se prescinda de su imposición en el libro dedicado a las faltas (131), sino también —y esto encierra mayor relevancia— de que de la propia normativa de la Parte General se deduce su condición de pena grave. De un lado, falta todo criterio para distinguir la caución grave de la leve, a diferencia de lo que sucede con la multa y la privación del permiso de conducción (artículo 28). De otro, la pena sustituyente —o sustituida, según se ha visto— es siempre la de destierro, o sea, una pena grave, inaplicable en la esfera de las infracciones leves (132). Pensamos que esta última razón impide considerar a la caución como pena accesoria en la línea del comiso, imponible tanto en caso de delito como de falta. El comiso no admite sustitución alguna con pena grave o leve y menos aún —si así puede hablarse—, con una misma pena, grave o leve, al margen de que se aplique por delito o falta.

Rechazamos la opinión de Quintano Ripollés en el sentido de que la caución «puede ser grave o leve» según su cuantía, ni más ni menos que la multa» (133). Esta solución no salvaría el escollo que acabamos

(129) CASTEJÓN: *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, Madrid, 1946, pág. 35.

(130) Ahora, igual que en los Códigos de 1848-50 (art. 24), 1870 (art. 26) y 1932 (art. 27).

(131) RODRÍGUEZ DEVEVA: *ob. cit.*, parte general, pág. 766.

(132) Más confusa era la normativa bajo el Código de 1850, cuando se recurría a una pena leve, arresto menor, pese a que la caución, como ahora, era teóricamente pena común, pero se aplicaba sólo por delito.

(133) QUINTANO RIPOLLES: *Comentarios...*, pág. 336.

de indicar. Además, como ya se dijo y volveremos a tocar más adelante, ni la caución es sanción pecuniaria, ni el importe de la cantidad a pagar en su caso por el fiador pertenece al núcleo de la institución, ni siquiera las circunstancias económicas del reo son elemento decisivo para la fijación de su cuantía.

Una última advertencia: al ser la caución pena facultativa y siempre conjunta (134) —o si se prefiere, al operar como accesoria facultativa— (135) los Tribunales habrán de cuidar, cuando la impongan, de que al sumarse a la pena principal preceptiva no se rompa en perjuicio del reo la relación entre la culpabilidad y la pena. Con otras palabras, en dos supuestos teóricamente iguales, el uso de la caución en uno y no en otro debe conllevar en el primer supuesto una inferior dosis de pena preceptiva que en el segundo.

Nuestro Tribunal Supremo ha tenido raras ocasiones de pronunciarse sobre la caución, pero en sendas sentencias de 28 de marzo y 6 de junio de 1917 declaró que esta sanción no sustituye a la recogida en principio para la infracción de que se trata (136).

B) Ambito de aplicación.

La caución, pese a su condición de pena común en la escala del artículo 27, ni aparece en el Libro III del Código Penal vigente, ni, dentro del Libro II, se recoge para delito distinto a las amenazas de los artículos 493 y 494. En ambos extremos la situación actual coincide con la de los textos de 1870 y 1932. El Código de 1850, al igual que el de 1848, además de para las amenazas (artículo 419), preveía esta sanción como medio de liberar de las penas de arresto mayor y sujeción a vigilancia de la autoridad a los reos de vagancia, delito éste luego marginado en el Código de 1870.

Varían las apreciaciones de los juristas patrios sobre uso tan económico de la caución. Groizard alaba «la parsimonia del Código» (el de 180), rechazando la extensión de la caución a las tentativas y delitos frustrados, aun si se sometieran contra las personas. A su entender, esta sanción, «sólo tiene exacta aplicación y justo enlace con las amenazas, delito especial, especialísimo, si así puede decirse, y que no puede confundirse con otro» (137).

Más partidarios tiene la opinión contraria. Ferrer Sama cree «es de lamentar que nuestro Código (el de 1944) haya restringido la caución

(134) Salvo en los casos de proceder por desgravación dentro de la escala 3 del artículo 73 del Código penal.

(135) Entre las penas accesorias incluye la caución el Código chileno de 1874 (art. 23) y entre las sanciones accesorias la ubica el Código cubano de 1936 (arts. 51 y 52).

(136) Otra cosa ocurre en el artículo 419 del Código penal español de 1850 respecto a las penas de vigilancia de la autoridad y arresto mayor en cuanto al delito de vagancia. En el artículo 86 del Código paraguayo de 1914 se lee que "... en la tentativa del 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".

(137) GROIZARD: *ob. cit.* T. II, pág. 249.

hasta el punto de permitir que se aplique tan sólo en el delito de amenaza», y celebra su amplitud en el Código de 1928 (138). Díaz-Palos celebra en parecidos términos el ámbito alcanzado por la caución en el Código de la Dictadura, donde se aplicaba no sólo a los delitos de amenazas, sino también al de provocación y al inductor sin resultado de numerosos delitos (artículos 90-1.º y 91-1.º) (139). Para Quintano Ripollés «sería de desear una mayor amplitud de esta medida a toda especie de delito cuya repetición sea presumible, especialmente en los frustrados o intentados» (140).

Nosotros, como indicaremos en su momento, dudamos mucho de que la caución deba mantenerse en un Código futuro, pero, de conservarse aquélla, tampoco vemos motivo para tan parco empleo a nivel legal.

De todos modos ha de recordarse, con Rodríguez Devesa, que, al incluirse la caución en la escala número 3 del artículo 73 del Código Penal, se ha abierto un portillo para su aplicación a otros delitos distintos del de amenazas. En epígrafe posterior analizaremos tal posibilidad.

De acuerdo con el artículo 44, el Tribunal habrá de precisar en cada ocasión cuál sea el mal que se previene. Creemos que en cualquier supuesto éste deberá tener entidad suficiente para constituir delito o falta.

C) El fiador abonado.

a) *Concepto.*

El concepto de fiador en el ámbito de nuestra caución se presta a equívoco, sobre todo si se opera bajo la influencia del derecho privado. Según el artículo 1.822 del Código civil «por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo éste», y el artículo 1.826 añade que el fiador «puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones». Luego el artículo 1.830 establece que «el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor». No es ésta, sin embargo, la noción de fiador en el artículo 44 de nuestro Código penal. Aquí el tercero no se obliga a pagar o cumplir lo que el sancionado no pague o cumpla, sino que de una forma directa se compromete condicionalmente al abono de una cantidad, y ello sin subsidiaridad alguna.

Dicho de otro modo, aunque el sancionado quede obligado a presentar lo que la Ley llama «fiador abonado», es éste quien sufrirá directamente las consecuencias por la ejecución del mal precavido. Por esa razón, porque no se afianza el pago del reo, nuestro artículo 44, en contraste con el artículo 129 del Código de 1928, o con el artículo 49 del Reglamento de Vagos y Maleantes, no admite fianzas metálicas, mobiliarias o hipotecarias. Más aún, por ese mismo motivo tampoco

(138) FERRER SAMA: *ob. cit.* T. II, pág. 226.

(139) DÍAZ-PALOS: *ob. cit.*, pág. 779.

(140) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios...*, pág. 337.

cabe a dicho nivel el fiador personal en su acepción clásica, como garante de una obligación patrimonial del sancionado. Subrayamos este punto, porque no ha encontrado entre los autores la atención que merece. Nuestro «fiador abonado» nada tiene en común con el fiador personal del repetido artículo 49 del derogado Reglamento de Vagos y Maleantes, por citar un ejemplo. Otra cosa es que quepa o no exigir el aseguramiento —real e incluso personal— de la obligación de pago contraída condicionalmente por el «fiador abonado».

Planteada así la cuestión, es natural se haya señalado cómo sin perjuicio de que nuestro fiador «abonado» lo sea desde el ángulo económico, puesto que en definitiva se compromete al posible pago de una cantidad, lo sea sobre todo y principalmente desde el punto de vista moral, y más en concreto, en cuanto a su posible idoneidad para influir sobre el reo, evitando que éste ejecute el mal que se desea precaver. No se trata de garantizar una indemnización, sino de precaver un delito. A mayor abundamiento, en nuestra actual normativa el pago sólo beneficia al Estado.

Son muy ilustrativas las palabras de Groizard: «Si el fiador se distingue en sus condiciones personales, por algo notable o muy saliente con relación al penado, esto es, por las consideraciones o deferencias que el último concede al primero: si éste ejerciera una gran fuerza, una verdadera influencia sobre aquél, los bienes de fortuna representarían un secundario papel: así como por el contrario, ni muchos bienes de fortuna, ni una persona muy rica, sin otros vínculos con el penado que los nacidos de la vanidad o del despilfarro, no sería bastante abonada en el verdadero sentido de la Ley; que ésta más quiere precaver delitos que verlos realizados aunque se indemnicen en la parte que sea posible, y mejor se precave influyendo moralmente, en el amplio sentido de la palabra que recordando la posibilidad de perder algunos escudos» (141).

Recientemente Córdoba y sus compañeros de Comentarios consideran que, al admitir nuestro Código únicamente lo que ellos denominan «fianza personal», sin permitir que el propio condenado pueda presentar fianza real, «quizá haya pensado el legislador que no es un problema económico, sino de influencia en la voluntad del agente, pensando que siempre es más eficaz la de una persona, que el temer a perder los propios bienes» (142).

La exigencia de que el propio reo sea quien presente al fiador abonado responde al espíritu de la caución. En esa iniciativa se refleja la promesa, aunque sea tácita, de no cometer el mal futuro. Se trata de un requisito esencial, no sustituible por la oferta unilateral del tercero. Basta que el reo no dé la referida fianza, para que entre en juego el destierro sustitutorio.

La apreciación de la doble solvencia, económica y moral, del fiador

(141) GROIZARD: *ob. cit.* T. II, pág. 250.

(142) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 186.

queda al criterio del Juez. Este criterio es alabado por Groizard, Ferrer Sama y otros autores (143). Nosotros compartimos dicha opinión.

La normativa legal no alude al aseguramiento de la obligación contraída por el «fiador abonado», pero no vemos inconveniente en que el Juez pueda exigirlo como constatación de que el tercero no sólo es solvente, sino que seguirá siéndolo durante el tiempo fijado para la caución. Creemos que tal aseguramiento podrá hacerse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, pero siempre con el consenso del presunto fiador abonado, porque éste, antes de aceptar la obligación condicional de pago, tiene derecho a conocer los exactos términos de su compromiso, incluido lo referente al aseguramiento. El recurso al embargo —a semejanza de lo que sucede con el procesado que no presta fianza en la pieza de responsabilidad civil—, carece aquí de sentido. Pensamos además que, de no haberse asegurado «ab initio» la obligación condicional que se contrae, no cabrá su posterior exigencia contra la voluntad del fiador, pues ello implicaría un empeoramiento en la situación de dicho tercero.

b) *El fiador colectivo.*

Nada dispone nuestro Código sobre la posibilidad de que actúe como fiador abonado una pluralidad de personas físicas. A nuestro entender, la ausencia de toda prohibición legal permite una interpretación amplia que, orientada teleológicamente, responda con una afirmativa. Adviértase una vez más que la obligación contraída ni es pena, ni siquiera medida de seguridad, y sí un simple medio de interesar al fiador en el éxito de la prueba. A veces esa influencia colectiva —por ejemplo, de los compañeros de taller o de estudio— será más eficaz que la de una sola persona física. También económicamente la pluralidad puede ofrecer una solvencia superior a la de uno de sus miembros. Es claro que, si el Juez aceptara tal forma de fiador abonado, las garantías, como las obligaciones, deberían ser solidarias.

Recuérdese cómo en la nueva caución de la República Democrática Alemana, el fiador es por lo común una colectividad: unidades de producción, unidades de vecinos, asociaciones deportivas, etc., como corresponde a una sociedad en la que las relaciones individuales, positivas o perjudiciales, van siendo sustituidas más y más por la influencia ambiental de las agrupaciones humanas en que el individuo se integra de modo más directo y constante.

En fin, estimamos que también la caución de nuestro Código admite, con una exégesis atemperada a la época en que vivimos, que la función del fiador abonado sea asumida por entidades públicas, cuyo real interés en la readaptación del reo cabría presumir de tal forma que la obligación económica pudiera desaparecer o reducirse a una cifra simbólica.

(143) GROIZARD: *ob. cit.* T. II, pág. 250; FERRER SAMA: *ob. cit.*, T. II, página 226.

Desgraciadamente el artículo 44 de nuestro Código Penal ignora la íntima relación entre las circunstancias del fiador abonado y el importe de la suma que se obliga a entregar si se causare el mal. De ahí que, lejos de relegar la determinación de esa suma al período de ejecución, se exija su determinación en la propia sentencia, con lo que la individualización peca de unilateral e incompleta (144).

c) *Modo de constitución.*

Nada se prevé en el Código Penal o en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la forma que habrá de darse a la asunción de su obligación por parte del fiador abonado.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 182 señaló sin embargo que: «La pena de caución se ejecutará presentando el reo la primera copia de la escritura pública, por la que un fiador abonado se obligue a que el primero no ejecutará el mal que se tratare de precaver, y en caso de causarlo, a satisfacer la cantidad fijada en la sentencia». Córdoba advierte que tal fórmula ofrece el inconveniente de que «quedaría fuera de la valoración judicial el importante requisito de si el fiador es o no abonado» (145); pero nosotros creemos que aquella Ley procesal se ocupa de la documentación de un acto constitutivo, sin perjuicio de que con anterioridad el mismo Tribunal examine y apruebe la idoneidad del fiador presentado. Dada la identidad sustancial de la caución de 1870 y de la presente, nada se opone a seguir utilizando dicha regulación, si bien quepa igualmente la aceptación directa ante el Juez, documentada bajo la fé del Secretario (146).

Fenech, vigente aún la Ley de Vagos y Maleantes, propuso que para la pena de caución se siguiera el procedimiento previsto en el Reglamento de 3 de mayo de 1935 (párrafo 2.º del artículo 49), que se remite a las reglas del Título IX del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 589 al 614), en cuanto a constitución, garantías, existencia y cancelación de fianzas (147). A nuestro juicio, tal criterio olvida que la caución del Código Penal, a diferencia de la medida de seguridad recogida en la Ley de Vagos y Maleantes o de la prevista en el Código de 1928 (148), no incide directamente sobre la economía del sancionado, sino sobre la del fiador abonado.

(144) Ver *infra* el epígrafe sobre cuantía.

(145) CÓRDOBA: *ob. cit.*, T. II, pág. 187.

(146) CÓRDOBA se pronuncia por la formalización mediante documento notarial o judicial.

(147) FENECH: *Derecho procesal penal*, Barcelona, pág. 401.

(148) Ver el párrafo 1.º del artículo 129.

d) *Muerte, enajenación y cambio del fiador.*

Una interpretación literal podría sostener que el condenado a caución cumple con presentar una sola vez fiador abonado. Con tal exégesis no cabrían sustituciones posteriores —por fallecimiento, renuncia o cese—, aunque ello implicara el fin de la caución misma, sin que cupiera acudir ahora al arresto sustitutorio.

Nosotros somos partidarios de una interpretación lógica y finalista. Lo que en realidad se propone la caución es impedir durante cierto tiempo la realización de un mal, y para ello recurre a la influencia bienhechora del fiador abonado o al destierro. En consecuencia, cuando por una u otra razón el primer medio no resulte operativo, habrá de acudir al segundo, de ejecución siempre posible, objetiva y subjetivamente, como corresponde a una sanción que se mantiene en la relación directa entre reo y Tribunal. Desarrollo desde nuestro punto de vista son las siguientes consideraciones:

Si muriese el fiador abonado, el Tribunal concederá al reo un nuevo y breve plazo para la busca de persona que lo reemplace. Transcurrido el término sin la presentación de aquel habrá de acudir al destierro por el tiempo restante.

En el supuesto de que el fallecimiento ocurriera después de cometido el hecho que se deseaba precaver, la obligación de pago se transmite como deuda hereditaria. Precisamente, al no tratarse de ninguna pena o medida de seguridad, carece de aplicación el principio de personalidad, y con él los argumentos favorables a la extinción de la multa con la muerte del reo, que, contra una inercia de siglos, parece van ganando terreno últimamente.

Desde otra perspectiva, y aunque nuestro Código tampoco recoge expresamente la posibilidad de que el fiador vuelva de su acuerdo, creemos que aquella se encuentra dentro del espíritu legal (149). Dado que el legislador no pretende asegurar la indemnización por un mal futuro, sino de evitar éste con la ayuda moral de un tercero, resulta absurdo prolongar aquella situación cuando el propio fiador desconfía del éxito, bien por el deterioro de sus relaciones personales con el reo, bien por otra causa. Aferrarse a un formalismo a ultranza equivale a cambiar la seguridad de la presumible víctima por el percibo —por el Estado— de una cantidad de dinero. En tales supuestos procede, pues, mantener la responsabilidad del fiador abonado sólo durante un corto espacio de tiempo, para que el reo pueda presentar otro. Si el intento fracasare, se actuará como en el caso de fallecimiento, o sea, ejecutando el destierro.

Estimamos viable igualmente la remoción del fiador por parte del Tribunal, bien de oficio, bien a instancia del amenazado. Tal medida deberá adoptarse cuando desaparezca, a juicio del órgano judicial, alguna de las circunstancias en que aquella intervención se basa. Nos referimos en primer lugar a la beneficiosa influencia del fiador sobre el reo, pero también —cuando no se hubiera garantizado la obligación crematística contraída por el tercero— al empeoramiento de la situación eco-

(149) En contra, al parecer, CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 187, nota 14.

nómica del fiador, quien de ese modo dejaría de ser abonado, al menos en el aspecto económico, y escaparía a la presión representada por el peligro de abonar, en su caso, una cantidad de dinero.

También la enajenación del fiador significa que éste deja de ser abonado en su vertiente intelectual y moral, debiendo acordarse su remoción.

D) Determinación de la responsabilidad económica del fiador.

La errónea concepción de la caución de nuestro Código Penal como sanción pecuniaria se ha proyectado perturbadoramente sobre los criterios individualizadores en cuanto a la suma a cuyo pago se obliga el fiador abonado.

Cuando Quintano Ripollés escribe que la caución puede ser «grave o leve, según su cuantía, ni más ni menos que la multa» (150), está trazando un paralelismo inaceptable. No sólo se coloca el acento en el presunto carácter patrimonial de la sanción, sino que, indirectamente, se defiende su individualización atendiendo especialmente a la capacidad económica del reo. Son palabras que recuerdan las de Pacheco: «En la caución, como en toda pena pecuniaria, es muy necesario atender a la posibilidad o fortuna de los delinquentes» (151).

Con algunas diferencias accidentales, pero con la fundamental coincidencia de prescindir de las circunstancias del fiador, comparten la anterior doctrina Vizmanos, Alvarez Martínez y Groizard. Los dos primeros estiman que los tribunales «deberán atender a las circunstancias del delito que trate de evitarse, y muy principalmente también a las particulares del delincuente» (152). Groizard, que celebra, como el resto de los citados, la libertad de criterio que el legislador concede en este punto al Tribunal, advierte que en dicha tarea «representan importante y frecuentemente decisivo papel muchas circunstancias en que a primera vista algunos no se detendrán, y que otros apreciarán bien en el acto». Añade este autor que «la desigualdad de las fortunas crea en este punto idénticas o mayores dificultades que al tratarse de las multas, ruina para unos y nada para otros», y termina subrayando que los tribunales han de ser conscientes de que «están llamados, no a que los ricos tengan siempre fácilmente fiadores, ni tampoco a que los pobres puedan incurrir también con facilidad en el destierro» (153).

Pensamos que Córdoba ha captado mejor la doctrina correcta. Saliendo al paso de De Castro y Ortiz de Zúñiga (154), estima que la aceptación indiscriminada de los principios válidos para la pena de multa, «vendría a olvidar que, de ejecutarse el mal, quien estaría obligado a entregar la cantidad es el fiador y no el condenado» (155). En

(150) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios...*, pág. 336.

(151) PACHECO: *ob. cit.*, pág. 349.

(152) VIZMANOS y ALVAREZ MARTÍNEZ: *ob. cit.*, pág. 262.

(153) GROIZARD: *ob. cit.*, pág. 251, T. II.

(154) DE CASTRO Y OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Código penal*, T. I. Granada, 1848, pág. 194.

(155) En otro punto aludimos a la observación de Cuello Calón en el mismo sentido: *Penología*, pág. 51.

resumen enumera los siguientes puntos de referencia: a) la capacidad económica del fiador; b) el caudal y facultades del condenado, «pues nadie querrá ser fiador si sabe que luego no podrá recuperar la cantidad pagada»; y c) la magnitud del mal que se pretende evitar (156).

En la línea de Córdoba, pero con algunas matizaciones, diremos que el importe de la cantidad que el fiador abonará en su caso constituye el resultado de una compleja operación, en la que cuentan principalmente la gravedad del mal temido, la peligrosidad del reo y las condiciones del fiador, tanto personalísimas como económicas. Se aspira a evitar la comisión de un mal oponiendo a la peligrosidad de su posible autor la influencia bienhechora de un tercero. Si además se quiere utilizar como acicate en la conducta de este último la posibilidad de un perjuicio económico, es natural que la cuantía del mismo se fije atendiendo a aquellos factores, más el representado por la capacidad económica del destinatario del quebranto. La fortuna del reo no juega papel inmediato alguno. Incluso resulta difícil concederle relevancia so pretexto de una posible repetición. Si de verdad se aspira a prevenir el mal —y para ello se dispone en todo caso de la pena de destierro— no sería lógico acudir a la caución y apuntalarla con una suma adecuada a la penuria del reo, pero demasiado baja para asegurar el compromiso del fiador, que es lo principal.

Hagamos hincapié en que la fijación de esta responsabilidad económica carece de límite máximo a nivel legal. Huelgan sin embargo los temores de que tal indeterminación absoluta pugne con el principio de legalidad de las penas e incluso con preceptos constitucionales. Aquí no nos movemos en el núcleo genuino de una pena, ni de una medida de seguridad. El Tribunal determina la cifra, no frente al reo, sino frente a un tercero, y éste es muy libre de aceptar o no la correspondiente obligación civil. Una vez más cae por su base el deseo de equiparar la caución y la multa. El contenido económico es esencial en esta segunda, de donde deriva su imprescindible determinación a nivel legal, aunque sea dentro de unos amplios límites, pero en la caución —perdónesenos la machaconería —el perjuicio patrimonial pertenece a la periferia de la sanción y se dirige contra persona distinta al reo.

En otro lugar hemos advertido del obstáculo con que tropieza una acertada individualización de esta cifra, al exigirse por el legislador que su cuantía conste ya en la sentencia, cuando se desconoce aún la persona del presunto fiador (157).

(156) CORDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 188.

(157) Por lo general los códigos hispano-americanos que para regular la cuantía sólo atienden a la persona del reo, obran así porque se trata de cauciones distintas a la muestra, en las que el perjuicio económico recae directamente sobre dicho reo, aparte la posibilidad de que la garantía proceda de tercero, como es corriente también en el caso de la multa. En esa línea, el Código colombiano de 1936 señala que “la caución deberá ser proporcionada a las condiciones económicas del condenado” (art. 55), mientras que el Código peruano de 1936 se remite a “las circunstancias del caso y a las condiciones económicas del sujeto” (párrafo 2.º del artículo 38), e insiste en que “la caución debe estar de acuerdo con las condiciones personales, familiares y sociales del condenado”.

E) Duración de la caución.

Dado que el legislador se propone contrarrestar durante cierto tiempo la peligrosidad del reo respecto a la realización de un posible mal, y ello alternativamente, por vía de destierro o de caución, es evidente que esta última sanción tiene, como el propio destierro, carácter temporal. De la duración de la caución —y no de su faceta económica— depende la gravedad de aquélla, su mayor o menor entidad. A la duración de la caución, y no al importe de la obligación contraída por el fiador, habremos de referirnos a efectos de su divisibilidad y posible aplicación de las reglas generales sobre individualización de la pena.

El derecho comparado presenta muy diversas opciones. En Suiza existe un plazo máximo de dos años (158). En el vigente Código italiano la caución se mueve entre uno y cinco, al igual que en los Códigos colombiano y cubano, ambos de 1936. A favor de un margen de dos a cinco años se pronuncian el Proyecto Ferri de 1921 y el Código peruano de 1926. En Israel los límites son uno y tres años. Otros Códigos, como el hondureño de 1906 (artículo 46), prescinden por completo de límites expresos y dejan la determinación al prudente arbitrio de los tribunales.

El Código español de 1944 ha introducido en nuestro ordenamiento una doble innovación. Por un lado, en el artículo 30 se establece un máximo de seis años, por otro se alarga la redacción del párrafo 3.º del artículo 44. Así, al primitivo texto «si no la diere el penado (la caución), incurrirá en la pena de destierro» se añade «por el mismo tiempo que se hubiere fijado para la caución». Si antes, con los Códigos de 1870 y 1932, cabía la duda sobre la existencia de límites legales en la duración de la fianza, hoy disponemos de ambos márgenes, superior e inferior.

Creemos que, en buena técnica, bastaría la adición al último párrafo del artículo 44, con su equiparación temporal entre la pena de destierro y la caución, para que los límites de ambas sanciones coincidan. En este sentido el reconocimiento expreso de un límite máximo de seis años para la caución, en el artículo 30, puede servir de confusión, abonando la creencia de que, «a sensu» contrario, la caución carece de límite temporal mínimo. Nosotros rechazamos esta apreciación porque, para mantener la correlación caución-destierro habría que admitir penas de destierro por debajo de los seis meses, no previstas en el Código. Además —y al derecho comparado nos remitimos— las cauciones de

No falta, sin embargo, un ejemplo de normativa al estilo de la nuestra, o sea, sobre la base del “fiador abonado”, pero llevando a sus últimos extremos el confusionismo con días verdaderas penas pecuniarias, y más en concreto con la multa. Según el artículo 25 del Código chileno de 1874, “en cuanto a la cuantía de la caución se observarán las reglas establecidas para la multa, doblando las cantidades respectivamente”.

(158) GRAVEN —*ob. cit.*, pág. 70— estima que “este límite (dos años) es en sí razonable y se corresponde con los que se fijan en otros lugares”. Cita los Códigos de Africa del Sur (con límites máximos de seis o tres meses, según los casos), Malasia (con límites máximos de seis meses o dos años) según la clase de tribunales) e India y Sudán (con un año como límite normal, pero pudiendo llegarse a tres si el delincuente fuera habitual, o en otros supuestos).

menos de seis meses parecen excesivamente breves (159), al menos en el ámbito de los delitos. Admitir cauciones de tan corta duración, sustituibles con una pena leve de nuevo cuño —el destierro inferior a seis meses— nos parece llevar demasiado lejos la ficción de ser la caución una pena común.

Nótese que, incluso si se aceptara la caución en las faltas, el ejemplo de 1850 —cuando la sustitución llevaba siempre a una misma pena, la leve de arresto menor— permitiría pensar que hoy se mantiene el criterio de pena sustitutoria única, pero recurriéndose a una grave, o sea, el destierro. Tal conclusión, censurable sin duda, no lo sería menos que el de la creación gratuita de esta especie de «destierro menor».

En todo caso, conviene situar correctamente este problema del límite mínimo. La falta de concreción legal nunca significaría su inexistencia, sino la posibilidad de encontrarlo por debajo del previsto para el destierro. Por ese camino podría llegarse, teóricamente, hasta el día como unidad mínima. Aparte del absurdo inherente a soluciones tan extremas, lo que nos interesa señalar es que, cualquiera sea la ubicación del límite —y sea éste común o distinto para la caución grave y la leve— la caución tendrá no sólo techo, sino también suelo a nivel legal, con independencia de las dificultades con que tropiece su determinación.

En la fase de individualización judicial el elemento decisivo debe ser la presumible persistencia de la situación de peligro. La consideración de pena que a nuestro Código le merece la caución ha de tenerse en cuenta para evitar que la duración de aquélla, y en definitiva su incidencia sobre el reo, represente un mal que, unido al de la pena principal preceptiva, rompa la necesaria correspondencia con la culpabilidad.

Por lo demás, coincidimos con quienes piensan que la duración máxima de seis años peca de excesiva, sobre todo si el cómputo se inicia tras el cumplimiento de la pena conjunta privativa de libertad (160).

F) El inicio del cómputo.

Ante el silencio legal acerca del momento en que comienza a ejecutarse la caución cabe adoptar dos actitudes básicas: por un lado, atenerse a la fecha de la firmeza (o de la notificación de ésta al reo); por otro, iniciar el cómputo con la presentación del fiador abonado. La opinión general se ha inclinado por el segundo término de la alternativa.

Groizard estima que en la caución ha de empezarse a contar el tiempo «desde que el procesado presente el fiador abonado que haya de responder de que no ejecutará el mal que se trata de precaver, y haya de obligarse a satisfacer, si lo causare, la cantidad que hubiere fijado en su sentencia el Tribunal» (161). En igual sentido se pronuncian actual-

(159) Eso, al margen de que su cómputo no se inicie hasta la extinción de la pena básica privativa de libertad, a no ser que, como ocurrirá con frecuencia, se suspenda ésta condicionalmente.

(160) Así, CÓRDOBA, quien apoya su criterio en ser la caución la última pena de la escala 3 y en otras razones: *ob. cit.* T. II, págs. 188-9.

(161) GROIZARD: *ob. cit.* T. II, pág. 200. Recuérdese, además, que los

mente Córdoba y sus compañeros de Comentarios (162). Parece que también Rodríguez Devesa participa del mismo criterio, pues tras referirse a la ejecución de determinadas penas —entre las que no se encuentra la caución— entiende que en todas las demás «la ejecución compete al propio Tribunal, que deberá adoptar las medidas necesarias para que se cumplan los efectos prescritos por el Código» (163).

Nosotros nos sumamos a la línea expuesta, pero quisiéramos puntualizar un poco más. Por cuanto la pena de caución puede ser cumplida en sus propios términos o acudiendo al destierro, es claro que con la firmeza de la sentencia sólo se abre un período de opción, durante el que el reo no se encuentra todavía ni en la situación del afianzado, ni en la de quien sufre la pena vicarial restrictiva de libertad. Luego, con la presentación del fiador o con el transcurso del plazo concedido para ello, la alternativa se rompe, bien iniciándose el cómputo de la caución —identificado con el del afianzamiento— bien orientándose definitivamente hacia la ejecución de un destierro cuyo comienzo se retrasará todavía hasta que, de acuerdo con el párrafo 3.º del artículo 32 del vigente Código penal, se comience de facto a cumplir dicha sanción. El doble paralelismo entre la caución y el destierro, tanto por la alternativa legal, como por tratarse en ambos casos de sanciones en las que mal cabe la ficción del cumplimiento automático, nos parece importante para reforzar la solución propugnada.

La referencia al momento de la presentación del fiador abonado ha de tomarse con algún cuidado. Para nosotros no basta la presentación material, sino que es preciso la aceptación por parte del Juez —con o sin garantías respecto a la obligación condicional de pago contraída— y la documentación del acto. Se trata, en resumen, del instante en que nace la compleja relación entre el reo, el fiador abonado y el Tribunal.

Si el condenado a caución estuviera preso al ser firme la sentencia, no por ello será aplicable el párrafo 1.º del artículo 32 del Código Penal. Sin perjuicio, claro está, de las correcciones que puedan hacerse por vía de abono.

G) Posible ejecución simultánea con otras penas.

El problema de la ejecución simultánea de la caución con otras penas ofrece especial interés respecto a la aplicación, en su caso, del artículo 69 del Código penal.

La consideración de la caución como pena pecuniaria ha sido una rémora para llegar al criterio que juzgamos acertado (164). Groizard escribe que «no pueden cumplirse simultáneamente las penas que comprende la escala contenida en la regla 1.ª de dicho artículo» (se refiere

tres párrafos del artículo 31 del Código de 1870 coinciden con el vigente artículo 33.

(162) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 154.

(163) RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.*, parte general, pág. 797.

(164) El Código de 1822, que disponía en su artículo 113 el cumplimiento simultáneo de las penas pecuniarias y otras, no incluía la caución entre aquellas, sino entre las no corporales.

al 89 del Código penal de 1870. antecedente del artículo 70 del Código actual), «y por tanto no hay más que ver las que aquí faltan y están incluidas en la general para conocer las que pueden ser sufridas a un mismo tiempo» (165). Admitida tal opinión, la caución quedaría entonces, como ahora, entre las de cumplimiento compatible. Aunque se aparte de la solución simplista de Groizard, parece que Antón Oneca continúa defendiendo la simultaneidad de ejecución cuando una de las penas es la caución. Como muestra de cumplimiento coetáneo cita las penas privativas de libertad y las pecuniarias, sin especificar, pero a continuación incluye en este último grupo no sólo a la multa y el comiso, sino también a la caución (166).

Una vez más es Córdoba quien apunta en dirección correcta. Sus primeras palabras son muy esperanzadoras: «Por lo que a la caución se refiere, el tiempo que se fija para la fianza debe empezar a contarse una vez extinguida la pena privativa de libertad, pues mientras dure esta última sanción carece de objeto el garantizar la no causación del mal que se trata de precaver». Desgraciadamente, al ocuparse de las penas restrictivas de libertad no encuentra obstáculo para su cumplimiento simultáneo con la caución. Más aún, a renglón seguido parece desdiseñarse de la cita reproducida en primer término, y acepta la posibilidad de extinción simultánea de la caución tanto con las multas y reprobaciones, como con «las penas ya estudiadas», entre las que se hallan, además de las restrictivas de libertad, las privativas de tal derecho (167).

A nuestro entender no cabe separar la duración de la caución y la del afianzamiento. Con el fiador abonado se inicia, como ya se dijo, el cómputo de la caución. Por tal motivo, y siendo esta pena temporal y no pecuniaria, creemos que las certeras palabras de Córdoba al referirse al absurdo cumplimiento simultáneo de la caución y las penas privativas de libertad son aplicables al concurso entre aquéllas y las restrictivas de tal derecho. Tan ilógico como aceptar la petición conjunta de una reclusión y de un destierro —pese a existir establecimientos penitenciarios fuera del radio prohibido— sería pensar que el destierro pudiera extinguir coetáneamente la caución. El contenido de ésta como sometimiento a la influencia del fiador abonado durante cierto tiempo perdería su sentido como si el reo se hallara en prisión. No se olvide tampoco que en nuestro ordenamiento la caución es pena, lo que la dota, al menos en la concepción del Código, de una función tanto retributiva como preventiva, por lo que el simple transcurso del tiempo sin la comisión del mal temido —o si se prefiere, el retraso en el inicio de la ejecución— no autoriza a prescindir de su cumplimiento total o parcial.

Creemos que nuestra posición se ve consolidada por el examen de los artículos reguladores de los delitos de amenazas.

Al ser la caución pena facultativa sumada a otra privativa de libertad, habría que marginarla, como inoperante cuando no alcanzara la

(165) GROIZAR: *ob. cit.* T. II, pág. 424.

(166) ANTÓN ONECA: *ob. cit.* T. I, págs. 472-3 y 539 y ss.

(167) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, págs. 338-9.

duración de ésta. Trazaríamos así un límite mínimo de la caución a nivel judicial, a no ser que aquélla se impusiera más o menos «ad cautelam», es decir, para el supuesto de que la pena privativa de libertad fuera remitida condicionalmente. Obsérvese también que dicha subsunción se daría sobre todo en las amenazas más graves, castigadas con una pena, prisión menor, de igual duración que la caución. Por otro lado, la superposición absoluta será prácticamente inevitable si individualizamos la caución, al igual que la prisión menor, según las reglas del artículo 61 del Código penal (168).

Consecuencia de lo dicho es que el Tribunal, al imponer la caución, deba tener muy en cuenta la duración de la pena conjunta privativa de libertad, a cumplir preferentemente. De otro modo se corre el riesgo de estar ejecutando una caución cuando por el tiempo transcurrido desde la comisión del delito resulta innecesaria. Es de lamentar que nuestra advertencia sólo podrá ser seguida parcialmente. La condena condicional y el tiempo consumido por un recurso de casación —incógnitas ambas posteriores al fallo— introducen un elemento aleatorio que, incidiendo sobre el tiempo de ejecución, hace peligrar la justicia y conveniencia de la caución impuesta.

Otra secuela importante de la incompatibilidad de ejecución en las penas privativas y restrictivas de libertad por un lado, y la caución por otro, es la necesidad de dar con el puesto de esta última en la escala de cumplimiento sucesivo. Para nosotros el lugar de la caución se halla detrás de las penas recogidas en la enumeración de la regla 1.^a del artículo 70. Su propia omisión en tal escala, cerrada por arriba, pero no por abajo, ha de interpretarse en tal sentido. Desde otro ángulo, la circunstancia de que el efecto pretendido con la caución se alcance igualmente, aunque sea de modo accidental, con las penas privativas y restrictivas de libertad abona dicha solución. Por este segundo motivo pensamos que también el cumplimiento del arresto menor, aunque pena leve, debe ser preferente (169).

La interrupción de la caución al incidir sobre el reo una pena de ejecución preferente puede significar un distanciamiento de las fechas en que el cómputo de la caución se inicia y cierra. No parece justo que tal novedad repercuta en perjuicio del fiador abonado. Para salir al paso de tal situación se nos ocurren dos caminos. Uno, el de, ya en el primer momento, ganar la aquiescencia del fiador para pechar con las consecuencias de las posibles interrupciones. Otro, comunicar éstas al fiador para que, si lo estima oportuno, solicite el relevo y, en su caso, la cancelación de garantía.

(168) De nuevo resalta la verdadera naturaleza de la caución como medida próxima a las de seguridad. Al menos debería haberse relegado este extremo, el de la duración, como el de la cuantía en relación con el fiador, al período de ejecución.

(169) Reconocemos, sin embargo, que la cuestión es discutible, ya que la caución, al menos cuando de ella se usa en la parte especial, es pena grave. Lo más correcto, si el Código no hubiera querido situar todas las penas graves por encima del arresto menor, habría sido incluir éste, en su relación, entre el arresto mayor y el extrañamiento.

No hace falta destacar que la caución permite la ejecución simultánea con las inhabilitaciones y suspensiones, así como con la privación del permiso de conducir.

H) Las reglas generales para la aplicación de las penas.

La íntima naturaleza de la caución, como medida de seguridad o medida «sui generis», afecta al juego de las reglas legales para la aplicación de las penas. Toda la normativa del Capítulo IV del Título III del Libro I de nuestro Código parece cruzar cuando se intenta utilizarla para individualizar esta sanción, imperativa y arbitrariamente calificada de pena.

Las dificultades de aplicación —por no hablar de su quiebra total— se revelan en un doble frente: bien dentro de las reglas del artículo 61, o sea, en cuanto a la división en grados, bien en la determinación e imposición de penas superiores o inferiores según la escala 3 del artículo 73. En el primer caso ha de resolverse la cuestión previa de si la caución es o no divisible. En el segundo, la problemática persiste aunque se rechace la divisibilidad en grados.

a) *El problema de la divisibilidad.*

Por lo que hace a la divisibilidad de la caución, Antón Oneca, tras admitir que aquella propiedad se encuentra en todas las penas consistentes en una cantidad, sea de tiempo, sea de dinero, opina que «la caución, aunque se fija en una cantidad de dinero y se extiende por un cierto tiempo, no parece que sea graduable, pues del tiempo sólo indica el Código un máximo, sin mínimo (artículo 30), y la cantidad que el fiador se obliga a entregar no está determinada en la Ley» (170).

Rodríguez Devesa considera indivisibles la reprensión pública, la pérdida de la nacionalidad española, la reprensión privada y el comiso, así como la multa, a la que reconoce divisibilidad matemática, pero no jurídica, atendida la diversidad de fortunas de los condenados. Añade que no necesita ser dividida la pena de arresto menor y concluye afirmando que «para todas las demás habrá que tener en cuenta la duración que se señala en el artículo 30» (171).

Córdoba entiende que la divisibilidad concurre siempre que «la sanción aparece delimitada entre un máximo y un mínimo cuantitativamente fijados», y puntualiza que «dicho factor cuantitativo puede venir dado por el tiempo o por un elemento distinto, como el dinero», pero sin citar siquiera a la caución (172).

Nosotros compartimos la opinión de que —en el puro terreno material— la divisibilidad del artículo 79 del vigente Código, aunque ya no se refiera de forma expresa a «cantidad o tiempo determinado», como el artículo 105 del Código de 1822, tanto puede girar sobre la

(170) ANTÓN ONECA: *ob. cit.* T. I, pág. 556.

(171) RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.* T. I, págs. 773 y 764.

(172) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 390. Pese a indicar que se ocupará por separado de las penas pecuniarias, sólo trata la pena de multa (págs. 390 y 394).

duración de una pena como sobre su contenido patrimonial. Sin embargo, esta declaración de principios respecto a las sumas dinerarias no significa que en concreto la multa o la caución española toleren la fragmentación en grados.

Aceptando, como aceptamos, los argumentos de Rodríguez Devesa en contra de la divisibilidad jurídica de la multa (173), los extenderíamos también a la caución, si admitiéramos su condición de pena pecuniaria. En ambas sanciones la diversidad de fortuna en los reos exigiría la concesión al Juez de un amplio arbitrio, difícilmente compatible con la división en grados. Además, la falta de límite máximo para el importe de la caución constituye un insuperable escollo técnico para cualquier intento de graduación aritmética.

Abundando en esa línea, el fracaso de la divisibilidad en la vertiente pecuniaria conllevaría en nuestro derecho positivo el de cualquier intento de operar simultáneamente con la duración y la cuantía (174). Para tal posibilidad sería preciso no sólo la determinación en ambos elementos, sino también la fijación legal de un nexo o tabla que permitiera reconducir a un grado determinado de pena la imposición de la caución en una cierta cuantía y por un cierto tiempo.

Desde nuestra concepción de la caución, no como pena pecuniaria o pena pecuniaria temporal —si se nos tolera la expresión— sino como pena temporal no pecuniaria, ha de admitirse su divisibilidad material. En páginas anteriores razonamos nuestra creencia de que los límites de la caución coinciden con los de la pena de destierro. Recordemos ahora que, en todo caso, la no aceptación del límite mínimo de seis meses y un día no apareja la indeterminación de la pena a nivel de Código, sino que habrá de continuarse la exégesis para identificarlo. El Juez ha de interrogarse necesariamente sobre su margen de elección temporal, es decir, sobre cuál sea el mínimo imponible. Con mayores o menores dificultades ha de encontrar una respuesta —los seis meses y un día, el mes o, si se quiere, el día como unidad mínima— y desde ese instante tiene ante sí un período de tiempo perfectamente divisible.

De la problemática de la divisibilidad jurídica nos ocuparemos en el apartado siguiente.

b) *Posición que se mantiene sobre la divisibilidad jurídica de la caución.*

El vigente Código penal no contiene una sola cita de la caución en el capítulo «De la aplicación de las penas». Falta incluso un precepto similar al del artículo 63 acerca de la multa. Nosotros celebramos no se haya unificado la regulación de ambas sanciones, pues hemos subrayado una y otra vez que la caución no es pena pecuniaria, que el importe de la obligación contraída por el fiador abonado no pertenece al

(173) Idem, GROIZARD; *ob. cit.* T. II, pág. 382.

(174) PACHECO estima que la gravedad de la caución depende de la suma que afianza, el plazo a que se extiende y el delito por el que se cause: *ob. cit.*, página 349.

núcleo de esta sanción, y que en la fijación de dicha cuantía interesa más la situación económica del propio tercero que la del reo. Lo malo es que la finalidad de la caución, por un lado, y las reglas generales de aplicación de las penas, por otro, se mueven en planos distintos. Mientras la caución, y por ende su duración, aspira a evitar un concretísimo mal futuro, el común de las penas pretende fundamentalmente ocasionar un mal al reo.

Planteadas así la cuestión, caben tres actitudes: 1.º Estimar que las reglas generales no afectan a la caución, por lo que ésta se impondrá, con base directa en el artículo 44 y en los preceptos de la parte especial, durante el tiempo que, dentro de los márgenes legales, se considere oportuno para evitar el mal temido. 2.º Concluir que, respetando siempre el carácter facultativo de la sanción, el Tribunal ha de escoger entre su no imposición o la individualización que resulte aplicando dichas reglas. Y 3.º Respetar las reglas generales sólo en cuanto puedan implicar delimitación favorable al reo.

Dadas unas amenazas en que únicamente hubieran concurrido circunstancias atenuantes, con la primera solución el Tribunal sería libre de imponer o no una caución de seis años. Con los criterios segundo y tercero, la caución habría de quedar entre los seis meses y un día, y los dos años y cuatro meses. A la inversa, si sólo concurrieran agravantes, con el primer criterio podría imponerse tanto la caución de seis años como la de seis meses y un día. Con el segundo, el Tribunal habría de elegir entre prescindir de la caución o imponerla en el grado máximo, o sea, de cuatro años, dos meses y un día a seis años. Con el tercero sería viable la caución en cualquiera de sus grados.

Nuestras preferencias se inclinan por la posición tercera. La segunda coloca al Juez ante alternativas disparatadas: cuando el Tribunal estima que la caución de un año es la apropiada, se le fuerza a elegir entre imponerla con una duración mayor u omitir su imposición. El primer criterio, aunque quizá el más correcto teleológicamente, pudiera en ocasiones pecar de gravoso para el reo. El tercero representa una posición de equilibrio, flexibilizando a favor del culpable el formalismo de una aplicación estricta de las reglas generales.

He aquí un interrogante que enlaza con el apartado siguiente, o sea, el de la escala 3 del artículo 73: ¿Qué sentido tiene que frente a un doble reincidente el Tribunal haya de escoger entre condenar a reprensión pública en lugar de la caución, o prescindir de ésta sin sustitutivo alguno? ¿No será mejor permitirle descender desde esa cota (175) de la reprensión pública hasta, por ejemplo, los cuatro o los dos años de caución suficientes para prevenir un mal determinado? Obsérvese que la inoperancia de la reprensión pública en la evitación del daño futuro significa que en estos casos más graves el Tribunal habría de imponer tan solo la pena base del delito de amenazas, sin acudir a la facultativa.

La concreción última del tiempo de la caución —siempre con el

(175) Cota en el orden del Código, pero de ninguna forma en la realidad.

techo derivado del juego de las repetidas reglas legales de aplicación general— habrá de hacerse atendiendo a la presumible duración de la situación de peligro.

c) *La escala 3 del artículo 73 del Código penal.*

La heterogeneidad de las penas incluidas en la escala 3 del Código penal parece evidente. Se ha dicho que «las (penas) de la escala tercera afectan sólo a la libertad de movimientos, y son propias de infracciones cuya repetición debe ser prevenida separando al delincuente del lugar propicio a la repetición del delito» (176), pero lo cierto es que ni la reprensión pública afecta a la libertad del reo o lo aparta de un lugar determinado, ni la caución admite su alineación, sin más, junto al extrañamiento, el confinamiento y el destierro. Con otras palabras, nada hay que objetar al orden de esas tres primeras penas, pero resulta discutible que la escala se cierre con la reprensión pública y la caución. En último extremo debió haberse evitado la ubicación de aquélla sobre ésta, bien invirtiendo su numeración u orden, bien recogiénolas alternativamente.

La imposición y mecánica de la caución por mor de esta escala ha pasado generalmente inadvertida. Que nosotros sepamos, sólo Rodríguez Devesa se ha referido a ella, aunque sin detenerse en su problemática (177).

Nuestra opinión sincera es que el legislador no ha sido consciente de las consecuencias que se derivan de influir junto a verdaderas penas, de imposición preceptiva en su caso, otra facultativa, la caución, cuya razón de ser estriba más en la evitación de un hecho concreto que en la retribución, la expiación o las prevenciones generales y especiales de las penas propiamente dichas. Entre auténticas penas cabe establecer una graduación, aunque sólo sea atendiendo al daño o dolor que infieren al reo; pero tal posibilidad desaparece con la caución, porque su particularísima finalidad se sale del nexo o marco común.

En los supuestos de pena superior a la recogida directamente para el tipo penal, el panorama se corresponde con el estudiado en el apartado anterior y, por las mismas consideraciones, defendemos aquí idéntico criterio. Si la doble reincidencia autoriza a imponer el destierro, el Tribunal hará bien en acudir a él cuando crea que así se evita mejor que con la caución el mal futuro, pero podrá retroceder a la caución misma cuando ésta baste o parezca más idónea, para cumplir los fines perseguidos. En la hipótesis de que como en el Código de 1932, sólo cupiera imponer la pena superior en un grado, sería disparatado admitir el «premio» inoperante de una represión y renunciar a la caución.

Por desgracia resulta imposible hallar una solución medianamente satisfactoria cuando se recorre la escala en sentido descendente. Ya no se trata de la transformación o sustitución de una pena facultativa, con la posibilidad de prescindir de ella si no gustase la metamorfosis, sino

(176) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios...*, pág. 386.

(177) RODRÍGUEZ DEVESA: *ob. cit.* T. I, pág. 766.

de la pena preceptiva, o sea, de aquella imprescindible en una sentencia condenatoria. A veces, por ejemplo en un delito de injurias, no se tropezará con dificultades serias bajando del destierro a la caución. Otras, sin embargo, nos encontraremos con que no hay mal alguno que precaver, así cuando se castigue un delito de muy improbable repetición, o la condena se pronuncie tras la muerte del ofendido.

En los últimos supuestos se repite la situación del Tribunal que, forzado a imponer una pena de inhabilitación o suspensión, no alcanza a encontrar en la infracción enjuiciada los elementos precisos para dotar de contenido a tales penas (178). Volviendo a la caución, habrá que decidirse bien por una condena formal, utilizando el nombre de esta pena de caución a los puros efectos de que el delito no quede impune, pero omitiendo la referencia a un mal concreto y a un fiador abonado, bien por desarrollar, también artificialmente, todo el juego de unas obligaciones sin objeto real. Colocados ante el dilema de escoger entre una solución u otra, nos inclinamos por la primera, ya que la segunda, so pretexto de mantener la integridad de la caución, se revela en verdad como la apoteosis del formalismo. Nos parece más honesto atenernos al caparazón de esta sanción que llenarlo arbitrariamente.

Anotemos los inaceptables efectos que, también en vía descendente, apareja la situación de la represión pública entre el destierro y la caución. Si, por disponerlo así el Código —en particular los artículos 51, 54, 64, 65 y regla 6.^a del artículo 61— hubiera que imponer caución como pena inferior en dos grados al destierro, se daría la paradoja de que el reo, que con una atenuante no calificada sólo sufriría el grado mínimo del destierro, y con el descenso en un grado únicamente habría de soportar la represión pública, podría verse compelido a cumplir seis años de destierro por no presentar fiador abonado para su caución.

No hay duda de que el descenso de la caución a multa de diez mil a cien mil pesetas, aunque cuente con el apoyo del artículo 74 del Código penal, pugna con el fin a que se orienta la imposición de aquélla. Si, como todo hace pensar, la multa es irrelevante en la prevención del mal futuro, el Tribunal, impedido de utilizar la caución, deberá absterse también de acudir a la multa.

I) La ejecución del mal.

La realización del hecho que se deseaba evitar sólo afecta, dentro de la caución, al fiador abonado. Cumplida la condición de la que pende su obligación de pago, desembocamos en el cobro de una deuda extrapenal.

Por no ser aquella obligación ni pena ni medida de seguridad, ha de rechazarse el intento de atribuir a esta responsabilidad las características de la pena de multa. El débito de fiador abonado es compensable, al menos en principio, con los créditos que tenga frente al Estado

(178) MANZANARES: *Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, año 1975, página 226.

(públicos, como el reembolso de impuestos indebidos, o privados). Nada se opone al devengo de intereses de demora o a la transmisión de la duda «inter vivos» o «mortis causa». Cabe también acordar su no ejecución sin necesidad de acudir a la vía de gracia (amnistía o indulto). Por último, son admisibles la transacción (piénsese en los procedimientos de ejecución general), así como la solidaridad pasiva y el pago por tercero. En tal contexto debe reconocerse al Tribunal la facultad de conceder los aplazamientos que estime oportunos.

El fiador abonado nunca sufrirá arresto sustitutorio por impago, pero, como cualquier otro deudor, puede incurrir en delitos de alzamiento de bienes, quiebra, concurso e insolvencia punibles.

En todo caso, el cobro del repetido crédito repercute en provecho del Estado (179). Aunque en nuestro Derecho positivo se eche en falta una declaración explícita en dicho sentido —como la contenida en el párrafo 3.º del artículo 57 del Código penal suizo— es lo cierto que el silencio legal no tolera otra interpretación. Sólo el Código de 1928 dispuso que la fianza se destinase «a la indemnización o reparación del daño causado» (180).

Por lo que hace a la constatación del mal, pensamos que, constituyendo éste, al menos en cuanto a los elementos externos, una infracción penal, el Tribunal que impuso la caución debe esperar la resolución que recaiga en el nuevo procedimiento criminal. De otro modo se corre el riesgo de que discrepen los pronunciamientos de ambos judiciales.

La referencia de nuestro artículo 44 no a un delito o falta sino a «el mal que se trata de precaver», suscita la duda de si para el cumplimiento de la condición suspensiva basta con que se ejecute el tipo penal, al margen de las eximentes que puedan concurrir. Aunque la redacción legal se preste a equívoco, creemos —como Ph. Graven en

irresponsabilidad, y en consecuencia la sentencia es absolutoria, no puede afirmarse que la caución haya fracasado.

La cuestión de si nuestra normativa sólo contempla las infracciones dolosas, se plantea en términos similares. El vocablo «mal» parece apuntar a una solución por el resultado objetivamente considerado, pero ello significaría conculcar el espíritu de la caución. De ahí que hagamos nuestras las palabras de Ph. Graven: «Como la caución preventiva se centra en un hombre que deliberadamente amenaza violar la Ley, su fin necesario es impedir que el interesado cometa una infracción intencional» (181). En nuestro derecho, la circunstancia de que la caución se prevea únicamente en relación con un delito de dolo específico, como el de amenazas, apunta en la interpretación dicha.

Es muy discutible que el fiador abonado tenga acción para repetir

(179) En el Derecho comparado, el Código colombiano de 1936 indica que «la caución se hará efectiva a favor del Tesoro Nacional» (párrafo 4 del artículo 55). Otros Códigos, como el peruano de 1926 (art. 40) y el cubano de 1936 (art. 589-F), adjudican la suma a la Caja de Indemnización o Resarcimientos. La última solución es adoptada también por el Derecho italiano.

(180) Párrafo 3 del artículo 129.

(181) PH. GRAVEN: *ob. cit.*, pág. 90.

contra el reo. El artículo 1.158 del Código civil, único aplicable en principio, se ciñe a los efectos del pago por tercero. Ahora bien, tal supuesto puede darse en el ámbito de la multa, pero no en la caución, donde el fiador abonado paga su propia deuda.

La responsabilidad del reo no es otra que la derivada de la nueva infracción penal. El destierro recogido en el artículo 44 no desempeña papel alguno en este caso. Por otro lado, la comisión del mal rehuye toda tipificación como desobediencia punible (artículo 237), o quebrantamiento de condena (artículo 334), lo que excluye el concurso (182). Adviértase que en la caución el reo «cumple» con la presentación del fiador abonado.

J) El abono de la prisión preventiva.

Los autores patrios no se pronuncian expresamente sobre el abono de la prisión preventiva a la caución, pero su exégesis del artículo 33 del vigente Código penal parece ser favorable a su inclusión en este precepto.

Antón Oneca estima que dicho artículo es «de común aplicación a cualquier pena de duración, aunque no sea privativa de libertad (183). En opinión de Córdoba, «la única condición que parece necesaria es la de que constituya una pena temporal, pero no importa que sea privativa o restrictiva de libertad, así como privativa o restrictiva de derechos» (184). Ferrer Sana abunda en igual criterio (185).

Cuello Calón, que estudia el artículo 33 a renglón seguido del 30, dedicado precisamente a la duración de las penas, cree que aquel artículo ha de entenderse «en el sentido de que cualesquiera que sean las penas impuestas al reo... se abonará toda la prisión preventiva sufrida», si bien en su cita de ejemplos olvide la caución (186).

Para nosotros no cabe duda de que, al ser la caución pena temporal, procede se le abone la prisión preventiva. Sólo a mayor abundamiento conviene añadir algunas consideraciones: 1.º Que aquella solución es particularmente razonable a partir del Código de 1944, en el que el límite máximo se establece a nivel legal, lo que impide —al menos hasta cierto punto— que el Tribunal pueda desvirtuar el abono por el fácil expediente de aumentar la duración de la caución. 2.º Que, dentro de las coordenadas de nuestro Código, la caución es una pena de menor gravedad intrínseca que el destierro (véase la escala 3 del artículo 73) y, naturalmente, que las privaciones de libertad, por lo que en buenos principios de igualdad de prisión preventiva debería comportar un abono mayor, temporalmente, en la caución que en el destierro, y en éste mayor que en las penas de prisión. Y 3.º Que, aceptando el criterio legal de abono día por día, cualquiera fuere la gravedad de la pena,

(182) PH. GRAVEN: pág. 92.

(183) ANTÓN ONECA: *ob. cit.* T. I, pág. 499.

(184) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 157.

(185) FERRER SAMA: *ob. cit.* T. II, pág. 202.

(186) CUELLO CALÓN: *Derecho penal, parte general*, pág. 755.

resulta oportuno no negar a la caución un abono perfectamente viable en el destierro sustitutorio.

Pese a que la imposición de la caución dentro de las amenazas comporte una pluralidad de penas en cuya ejecución la privativa de libertad goza de preferencia —como más grave— para beneficiarse con el abono, la remisión condicional de ésta puede desviar el beneficio hacia la pena de caución.

K) El destierro sustitutorio.

El Código vigente, como los de 1870 y 1932, acude al destierro del reo cuando éste no presenta fiador abonado. El Código de 1848-50 se había remitido al arresto menor. Antes, el de 1822, aunque según su artículo 79 el culpable pudiera «ser confinado donde pueda trabajar por un tiempo que no pase de la mitad del señalado al afianzamiento, había aceptado el arresto sustitutorio en la normativa específica de las amenazas (artículo 722). Por su parte, el Código de 1928 se mostró favorable al destierro, pese a rehuir el uso de tal denominación (párrafo 4.º del artículo 129).

Los autores patrios celebran el recurso al destierro. Viada apoya el cambio de criterio que el Código de 1870 supone sobre su inmediato anterior y escribe que «en defecto de la caución nada mejor hay que la distancia para impedir la ejecución del mal que se trata de prevenir» (187). Groizard puntualiza que «el tiempo y la distancia producen de ordinario los efectos a que se aspira por medio de la caución: del arresto no puede decirse lo propio» (188). Quintano Ripollés opina que, si la caución es un medio de lucha contra las penas cortas y privativas de libertad, debe prescindirse del arresto sustitutorio, y añade que la naturaleza precautoria del destierro es mucho más afín a la propia de la caución (189). Recientemente Córdoba hace suyos los argumentos de Groizard (190).

También nosotros preferimos el destierro a la prisión, pero, lógicamente, no porque el desterrado se encuentre en peores condiciones para cometer el mal que el internado en establecimiento penitenciario. Lo que ocurre es que la privación de libertad por el mismo tiempo de la caución sería un sufrimiento desproporcionadamente grave e injusto para el pobre en relaciones humanas. Por el contrario, si se acordara la prisión, como en nuestro Código de 1848-50, restaría un período de tiempo particularmente peligroso. A cambio de asegurar la no realización del mal en los primeros meses, habríamos aumentado la probabilidad de su ejecución en los posteriores. Dado que nuestro Código no recoge la sumisión a vigilancia de la Autoridad, no es posible acudir a esta sanción, quizá más apropiada y menos onerosa que el mismo destierro.

(187) VIADA: *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1890. T. I, página 426.

(188) GROIZARD: *ob. cit.* T. II, página 252.

(189) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios...*, página 338.

(190) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, página 189.

Puesto que el Código se refiere a «la pena de destierro» (191) y ésta se encuentra tanto en la escala general del artículo 27 como en la número 3 del artículo 73, hay que reconocer que dicha restricción de movimientos es pena formal y materialmente (192). La negativa o imposibilidad de prestar caución se traduce así en la agravación en dos grados de la caución inicial (del puesto 5.º al 3.º de la escala especial).

Se trata de un efecto sólo aceptable por la dificultad de encontrar una solución mejor. Sin embargo, el problema —que recuerda al del arresto subsidiario del multado— pierde parte de su gravedad si se invierten mentalmente los términos de la sustitución, como expusimos al ocuparnos de la naturaleza de la caución española (193). Desde tal perspectiva, el juzgador trataría de evitar el mal futuro empleando el destierro, pero permitiría su sustitución por la caución si el reo pudiera y quisiera presentar fiador abonado (194).

La consideración de pena que el destierro tiene, impide que, iniciado el mismo, quepa la presentación del tan repetidor fiador. Otra cosa sería confundir nuestra pena de destierro con una simple «astreinte» orientada a mover la voluntad del sancionado, tal y como sucede en el Derecho suizo, donde el encarcelamiento se extingue tan pronto como la caución se presta.

L) Breve resumen crítico.

La caución española, tradicional y vigente al mismo tiempo, es una «rara avis» de difícil defensa. Su complejidad, su insuficiente normativa y los problemas concretos con que tropieza su imposición no guardan relación alguna con sus efectos prácticos, ni con su ámbito de aplicación. El Tribunal ha de salvar una verdadera carrera de obstáculos para llegar a una imposición racional: desde preguntarse por su límite temporal mínimo, pasando por sus posibles márgenes económicos y siguiendo por la debatida cuestión de su divisibilidad en grados, hasta dar con los criterios de individualización personal según el reo, el fiador, o ambos. Las dificultades se reproducen luego alrededor de la persona del fiador, sus condiciones y responsabilidades. Y todo esto en relación con una sanción sólo prevista en delitos de amenazas y, además, de carácter facultativo.

Así las cosas, no sorprende la alergia judicial hacia tal caución. Ni las colecciones de sentencias del Tribunal Supremo recogen ejemplos de aplicación, ni nosotros conocemos, directamente o de simple referencia, un solo caso en que la caución haya sido utilizada dentro de la jurisprudencia menor. Desde que la reforma de 1944 dio vida al artícu-

(191) En el Código de 1928, donde la caución era medida de seguridad, a estas restricciones de libertad no se les denomina ni pena ni destierro.

(192) CÓRDOBA: *ob. cit.* T. II, pág. 189.

(193) Ver *supra* el epígrafe sobre la naturaleza.

(194) En la regulación de Vagos y Maleantes, al igual que en la de Peligrosidad Social y Rehabilitación, se parte de la sumisión a la vigilancia, para, en ocasiones, sustituirla por la caución.

lo 67 del vigente Código es lógico que los Tribunales se alejen todavía más de la caución, si cabe, buscando soluciones en dicho precepto.

La caución propiamente pecuniaria, como la de nuestro Código de 1928 y la del vigente Código suizo, ofrece quizá mayores ventajas, pero tampoco creemos que éstas sean suficientes para justificar su presencia en un nuevo Código penal español.

Cuando esta mal denominada pena no se ha aplicado a lo largo de una existencia más que centenaria, y cuando sus congéneres en Derecho comparado no parece cosechen éxitos mucho mayores, pensamos que lo mejor es pasar la página o, si se prefiere, trasladarla definitivamente al museo de curiosidades.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos del artículo 4.º del Código penal: conspiración, proposición y provocación

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Prof. Ayte. de Derecho penal de la Universidad de Sevilla

I

Entre las disposiciones genéricas del Código penal español agrupadas doctrinalmente bajo el nombre de “actos preparatorios punibles” (1), son tres las figuras definidas en el artículo 4.º (2): conspiración, proposición y provocación. La pena a imponer a los autores de las mismas se establece en el artículo 52 (3). Al margen de estos preceptos, en la Parte especial del Código y en Leyes penales especiales se prevén formas preparatorias de los delitos en particular, de la misma naturaleza que las recogidas en el artículo 4.º (4).

El conocimiento del contenido de cada uno de los actos del artículo

(1) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La punición de los actos preparatorios*, en ADP, 1968, págs. 277 ss.

(2) “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.”

“La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.”

“La provocación existe cuando se invita de palabras, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito se castigará como inducción.”

(3) “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del propio Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado.”

.....
“Igual pena se impondrá a los reos de conspiración, proposición y provocación para delinquir.”

(4) Ejemplos del Código penal: arts. 120, 214, 215, 217, 219 (1), 221, 223 (1), 385, 391, 416, 433, etc.

Del Código de Justicia Militar: arts. 269, 290, 291, 303, 378, 380 (1), etcétera.

De la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941: arts. 5, 9, 15, 59 y 60.

lo cuarto, requiere una exacta delimitación con el resto de las figuras contenidas en el mismo. El conocimiento que se puede obtener estudiando las tres figuras de manera dialéctica es muy superior al que se puede derivar de un estudio aislado de cada una de ellas.

A mi manera de ver, el núcleo o fundamento de punición de los actos del artículo cuarto estriba en la "decisión" de cometer un delito; mejor dicho, en la gestación de dicha decisión. Que del concurso de varios sujetos, que todos ellos implican, se pueden derivar problemas de participación es indudable. Pero lo auténticamente relevante, en este momento previo a la ejecución, es que alguna o algunas personas influyan en la decisión criminal de otra; razón por la cual los problemas del artículo 4.º están más próximos a la esfera de la inducción que a la de la coautoría o de la complicidad.

En la consideración dialéctica que pretendemos seguir, tomamos dos criterios de delimitación: 1) Que haya o no "a priori" una persona terminantemente decidida a cometer el delito; y 2) que las personas que toman parte en tales actos lo hagan, o no, con la intención de ponerse de acuerdo para ejecutar el delito.

Elemento esencial de la conspiración es que la decisión de cada uno de los conspiradores depende de la de los demás, sin cuyo concurso se abstendría. Ello quiere decir que es necesario que no haya ningún sujeto decidido con anterioridad al momento del concierto. Cada uno de los miembros de la pareja condiciona el aborto de la mujer a la decisión del otro. Cada uno de los adúlteros hace depender su voluntad de asesinar al marido del deseo del otro. Por otra parte, en el mismo concierto se proyecta la ejecución.

Algo distinto ocurre con la proposición. En ésta, por propia iniciativa legal, uno de los sujetos que intervienen está terminantemente resuelto a la ejecución del delito ("...el que ha resuelto cometer el delito..."). Sin embargo, busca a otro para que tome parte en la ejecución, quizá incluso exclusivamente. Por ejemplo, una persona está dispuesta a asesinar a su enemigo. Su decisión es terminante por dos motivos: a) Porque está dispuesta a ofrecer una cantidad tan grande de dinero como para inducir a uno u otro de los muchos profesionales del crimen que conoce; y b) porque en última instancia estaría dispuesto a hacerlo con sus propias manos. En mi opinión, ese es el requisito que ha de cumplir la conducta del sujeto que realiza la acción de proposición, según el artículo 4, II del Código penal.

No es de este lugar preguntarse si el proponente y el sujeto que acepta la proposición, o los sujetos que toman parte en el acuerdo de conspiración, han de realizar con posterioridad actos de coautoría (5); si basta con que realicen actos de complicidad material; o por contra no se requiere la presencia con actos de ejecución material de todos y cada uno de ellos. Tampoco nos interesa qué relación ha de existir entre ellos. ¿Es necesaria la inducción o basta la mera complicidad?

(5) R. MOURULLO, en J. CÓRDOBA, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, tomo I, Barcelona, 1972, pág. 151.

Lo que aquí nos interesa es el elemento diferenciador entre conspiración y proposición, el hecho de que en la proposición una de las partes (el que propone) está terminantemente decidida a ejecutar el delito, lo que hace que conspiración y proposición se configuren de manera distinta, al menos en la fase previa a la ejecución.

Todavía podemos dar un paso más en la realidad prejurídica de la puesta de acuerdo, para observar dos interesantes supuestos: el ofrecimiento criminal y la aceptación de ese ofrecimiento. Un ejemplo del primer caso sería el del "matón" que conociendo el odio de alguien hacia su rival, se ofrece a asesinarlo mediante el pago de una cantidad de dinero. Del segundo, la aceptación de tal ofrecimiento o la aceptación del sujeto a quien va dirigida la acción de proposición del artículo 4, II del Código penal "Que estos casos pueden darse ante los Tribunales es evidente. Veamos de qué manera pueden ser resueltos de la mano del artículo 4 ante la falta de preceptos específicos reguladores de los mismos (6).

En el ofrecimiento tiene la iniciativa el "matón" que se ofrece; pero, a diferencia del supuesto de la proposición, sólo se decide a ejecutar el delito tras la aceptación de la otra parte. Ahora bien, ¿qué ocurre en el momento de la decisión? ¿Estamos a partir de ese momento ante una auténtica conspiración? En mi opinión hay que distinguir dos hipótesis:

a) Si la decisión del que acepta no está condicionada a la disposición de quien se ha ofrecido (por ejemplo, sabe que puede encontrar otras muchas personas que estarían dispuestas al asesinato) la misma será totalmente libre, es decir, aquél no condiciona su decisión a la existencia de ese concreto ofrecimiento, faltando un requisito esencial de la conspiración. En este caso lo que habría que preguntarse es si la conducta del que acepta es a su vez de proposición.

b) Si la persona a quien se hace la oferta se representa ese ofrecimiento como decisivo para la comisión del delito (sea porque no conoce a nadie que se preste a ejecutarlo, sea porque nunca estaría dispuesto a realizarlo con sus propias manos) no habría inconveniente en estimar conspiración.

Aparte de estos casos, el ofrecimiento que no es aceptado queda impune (7).

Por lo que se refiere a la aceptación, se presentan dos modalidades

(6) En el Derecho español no están tipificadas tales conductas, a diferencia de lo que ocurre en el Ordenamiento alemán, donde el párrafo 30 sanciona el ofrecimiento para cometer un delito y la aceptación de dicho ofrecimiento. En el mismo sentido, el antiguo párrafo 49a.

(7) Tras esta realidad se observan los motivos de Política criminal que ha movido al legislador español. No se trata de que a nuestro legislador se le haya pasado por alto sancionar tales conductas, lo que ocurre es que ha partido de otros presupuestos de Política criminal, en base a los cuales la simple exteriorización de la voluntad delictiva no la ha considerado merecedora de punición.

des: la del sujeto a quien va dirigida la proposición del artículo 4, II y la de aceptación de un ofrecimiento (8).

En el primer supuesto, la aceptación de aquél a quien va dirigida la proposición no permite dar el paso de considerar que se realice la conducta de conspiración, pues el proponente nunca ha condicionado su decisión a la aceptación de aquél. Antes del comienzo de ejecución sólo la conducta del sujeto activo es castigada, por realizar la figura de proposición del artículo 4, II. En tanto que la conducta de quien acepta la proposición es todavía impune por atípica.

Finalmente, la aceptación del ofrecimiento. Como veíamos antes, si el aceptante no condiciona su decisión a la disposición de quien se ofrece, no se puede hablar de conspiración. Su decisión sólo será castigada como proposición si reúne los requisitos del párrafo II del artículo 4, ya que de él depende que el delito principal se ejecute o no. Quien acepta el ofrecimiento, en cambio, no es castigado, en la hipótesis de que no dependa de él que el delito se lleve a cabo. (Caso contrario, se convertiría la conducta de ambos en conspiración).

El tercero y último de los actos preparatorios del artículo 4 es la provocación. De la lectura del apartado que la regula se deduce que no encaja en ninguno de los dos criterios que hemos empleado para aproximarnos a una consideración unitaria de los actos del artículo 4. En efecto, en la provocación hay un sujeto, el provocador, que ni antes ni después se decide él mismo a ejecutar el delito; por eso no tiene sentido cuestionarse el momento de la decisión delictiva. Por otra parte, provocador y provocado no tratan de ponerse de acuerdo para cometer un delito; no se establece una comunicación entre ambas partes al objeto de realizar algo. La relación entre provocador y provocado sólo es relevante jurídicamente por lo que se refiere al provocador. Las diferencias existentes entre los dos actos anteriormente estudiados y éste, justifican que un sector de la doctrina española los estudie por separado, encuadrando a la provocación en el mismo capítulo dedicado a la inducción (9). Para esta ubicación sistemática hay razones dogmá-

(8) Para R. MOURULLO, la conducta de quien acepta el ofrecimiento convierte en inductor a quien se ofrece para ejecutar el delito, pues "aparece como el factor que condiciona la adopción de tal decisión". *Comentarios...*, tomo I, págs. 848 y 849. El hecho de que R. MOURULLO no hable en su comentario sobre la conspiración, del proceso de gestación de la misma, impide conocer su opinión sobre este extremo. Del párrafo citado se deduce que parece inclinarse por una actitud semejante a la nuestra, de dejar impune a la persona que se limita a aceptar la proposición.

(9) La inducción es el punto relevante a tener en cuenta en estos momentos anteriores al comienzo de ejecución. En ello se basa la diferencia entre conspiración y proposición, en que en ésta hay ya una persona decidida que no puede ser inducida, y en aquélla es precisamente el acuerdo lo que decide a cada uno de los partícipes en la acción de conspiración.

ticas (10), legales (11) y jurisprudenciales (12); si bien es cierto que puede ser peligroso desde el punto de vista policríiminal y de justicia material identificar la inducción con la conducta menos grave de provocación, sobre todo en la delicada materia de la delincuencia política (manifestaciones ilegales, huelgas, reuniones ilegales, prensa, asociación política, etc.).

En la provocación no existe ni resolución previa de cometer el delito, como ocurre en la proposición, ni intención de adoptar una resolución conjunta, como sucede en la proposición y en la conspiración. Los lazos de unión entre los distintos participante con el robustecimiento de la voluntad criminal que se observa en la conspiración y la proposición son mínimos, ya que el que provoca no ha de tener intención de colocarse por encima del Ordenamiento jurídico mediante la ejecución de la acción principal, pues no necesita ser autor ni participe en

(10) RODRÍGUEZ DEVESA llega, incluso, a estudiarlas sistemáticamente en lugares distintos de su *Tratado*, pues mientras se ocupa de la conspiración y la proposición entre los actos preparatorios, trata la provocación junto a la inducción. Es el caso más claro entre nosotros. R. DEVESA, J. M., *Derecho penal español, Parte general*, Madrid, 1974, páginas 653 ss. y 679.

En la doctrina española no existe unanimidad en cuanto a la naturaleza jurídica de los actos recogidos en el artículo 4. Para QUINTANO R., A., *Compendio de Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1958, págs. 381 siguientes, mientras que la conspiración es un acto preparatorio de la coautoría, la proposición y la provocación representan inducciones frustradas. Para CUELLO C., E., *Derecho penal*, tomo I, Parte general, Barcelona, 1968, 15 edic., págs. 616 ss., la provocación es una forma de participación y la proposición una resolución manifestada. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, tomo VII, Buenos Aires, 1970, páginas 268 y 286, considera a la conspiración y a la proposición como resoluciones manifestadas y a la provocación como una inducción frustrada. R. DEVESA, como acabamos de ver, estudia por separado a la proposición y a la conspiración, a las que considera resoluciones manifestadas, y por otro lado a la provocación como forma de participación y sin que suponga necesariamente una inducción frustrada. Finalmente, R. MOURULLO, *La punición...*, pág. 278, parece inclinarse por una consideración de las mismas como modalidades de la participación anticipada.

(11) El concepto de provocación es más amplio que el de inducción. Por eso, la falta de un precepto en el Código que regule la tentativa de inducción o inducción frustrada, hace que ésta sea castigada por la conducta menos grave de provocación, que si está recogida en el Código penal. En el mismo sentido, QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1963, págs. 247 ss. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pág. 165. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1948, pág. 405. En contra, R. MOURULLO, *Comentarios...*, tomo I, pág. 182.

(12) Que el párrafo III del artículo 4.º equipare a efectos penales provocación e inducción no quiere decir que la provocación sea una inducción frustrada "siempre", pero sí que una conducta de inducción puede ser subsumida en la de provocación, dada la actual redacción del Código, donde no se exige como en nuestro Derecho histórico el empleo de determinados medios. Ver infra II.

el futuro e hipotético delito. El que provoca no ha de conocer siquiera al provocado (13).

De lo anteriormente dicho hay que deducir que las razones que justifican la punición de la provocación no pueden ser las mismas que en la conspiración y la proposición, pues consumada la acción de provocar no hay todavía nadie decidido a cometer el delito (14). No se puede decir, pues, que en la provocación se castigue el peligro inmediato de la comisión del delito, manifestado en una resolución robustecida por la pluralidad de sujetos que en ella toman parte, pues ese peligro puede no existir y a pesar de ello estar en presencia de una provocación consumada.

Preferible es hablar de un peligro "abstracto" de ejecución del delito, ejecución que aparece más lejana que en los casos de la conspiración y la proposición. Por eso, las razones de su punición son más débiles. Parece más acertada la opinión de quienes ven en este género de "apología" (15), junto con otras previstas específicamente en la Parte especial del Código (16), una rebelión contra el Ordenamiento jurídico en su totalidad (17).

II

En materia de "actos preparatorios" le ha ocurrido a nuestro Tribunal Supremo lo que con la coautoría y la participación (18), carecer de la sensibilidad jurídica suficiente para estimar las diferencias conceptuales que el legislador español ha dejado traslucir, de manera más o menos velada, en la redacción del artículo 4: Saber qué entiende el Tribunal Supremo por cada una de las figuras recogidas en el mismo es tremendamente complicado. A esta dificultad han contribuido fundamentalmente dos razones:

(13) El que provoca puede dirigirse a una pluralidad de personas de entre las cuales alguna o algunas pueden sentirse impelidas a cometer un delito, o incluso ninguna, sin que ello afecte a la acción de provocar. QUINTANO, *Compendio...*, tomo I, pág. 384. R. MOURULLO, *Comentarios...*, tomo I, pág. 182.

(14) La provocación se consuma en el momento en que se exterioriza la "invitación" de posible eficacia, lo que quiere decir que no es necesario que haya sido realmente eficaz, a diferencia de la inducción. R. MOURULLO, *Comentarios...*, tomo I, pág. 187.

(15) Para QUINTANO, la única diferencia que existe con otras apologías reguladas en la Parte especial del Código, está en que la provocación no se puede basar en la apología de hechos ya realizados, sino de futura comisión. QUINTANO, *Compendio*, tomo I, pág. 384.

(16) Arts. 268 y 566, por ejemplo.

(17) "La apología como figura de delito ofende y pervierte el sentido moral; no debemos vislumbrar solamente una previsión de la ley penal, sino un amparo a las Instituciones del Estado". MOSQUETE, D., *El delito de apología*, en REEP, 1946, pág. 18.

(18) Para conocer la opinión del TS en torno al concepto de autor, ver la exposición de GIMBERNAT sobre la teoría del "acuerdo previo" sostenida por aquél. GIMBERNAT, *Autor y cómplice...*, págs. 57 ss.

A) En los supuestos en que los “actos preparatorios” no entraron en fase ejecutiva, el Tribunal Supremo ha escogido el camino fácil y peligroso de acudir al párrafo III del artículo 4, que regula la provocación, aplicándolo a casos de la más diversa naturaleza. Observando las colecciones jurisprudenciales, puede comprobarse cómo el Tribunal Supremo aplica tal precepto tanto a supuestos de auténtica tentativa de inducción como a otros en los que se hace difícil encontrar la más mínima conexión entre lo planeado o sugerido en la acción de provocar y la acción principal, ejecutada o no.

B) En segundo lugar, en los casos en que aquéllos pasaron a convertirse en ejecutivos, el Tribunal Supremo se limitó a enjuiciar las conductas de quienes en los mismos tomaron parte, sin preocuparse de aclarar si tuvieron o no importancia en el momento de gestación de la voluntad criminal.

C) Como se deriva de la primera de las observaciones realizadas, el conocimiento acerca de cómo se ha confrontado el Tribunal Supremo con “los actos preparatorios punibles” exige una especial consideración de la “provocación”, es decir, de la jurisprudencia de aquél emanada en que se estimó la conducta de provocación.

Existen dos razones acerca de la confusión jurisprudencial en torno a la provocación:

1. Una es la que se deriva de la forma en que el Tribunal Supremo se plantea el problema de la causalidad en la provocación (la acción de provocar sería la causa, y la ejecución del delito el resultado).

2. Otra la confusión entre provocación e inducción.

1. Por lo que se refiere al problema de la causalidad, se observa una tímida evolución del Tribunal Supremo.

a) En un primer momento, que abarca todo el final del siglo pasado y comienzos del presente, hasta el año 35, el Tribunal Supremo no se plantea siquiera la existencia de una relación causal entre provocación y delito principal a que se provoca (19). Como contrapartida, en cambio, no hace la más mínima alusión a la conversión de la provocación en inducción, entre otras razones por la peculiar regulación de aquélla en el Código penal de 1870, entonces vigente. Aparte de no colocarla sistemáticamente junto a la proposición y la conspiración, quedaba reducida su punición al empleo de determinados medios comisivos, prescindía de la cláusula de conversión automática en inducción (a los efectos de la sanción a imponer) desde el comienzo

(19) Ver Sentencias de 2 de junio de 1884 (*Colección jurisprudencial*, tomo V, referencia núm. 1.497), 4 de julio de 1885 (*CJ*, V, 118), 28 de mayo de 1904 (*CJ*, V, 1.276), 20 de junio de 1906, 7 de febrero de 1912 (*CJ*, V, 164), 10 de octubre de 1923 (*CJ*, V, 1.141), 18 de enero de 1934 (*CJ*, 103), 9 de diciembre de 1935 (*CJ*, 2.388). En contra: Sentencia de 9 de julio de 1884 (*CJ*, V, 1.127).

de la ejecución (20), determinando solamente la duración de la pena (21).

b) En una segunda etapa, el Tribunal Supremo comienza a preocuparse por dar una explicación acerca de la causalidad exigible en la acción de provocar. Así, por ejemplo, la Sentencia de 5 de febrero de 1954 (22) afirma: "la provocación... requiere no ya esa sola propuesta a otros para llevarla a cabo, sino que se invite a ésta... por medios... de posible eficacia en cuanto a la obtención del fin propuesto, es decir, que se estimule el ánimo de aquél a quien se dirige para lograr que éste, influenciado por el provocador, ejecute el acto criminoso". O la de 24 de diciembre del mismo año (23), en un caso de aborto: "...porque ello representa la utilización de un medio que puede ejercer positivo influjo en el ánimo de la mujer encinta para decidirla a cometer el delito de aborto", sin que importe que éste llegue a perpetrarse, dada la oposición de la mujer". U otra, también de aborto, de 27 de diciembre de 1954 (24), en el mismo sentido "...la eficacia de la provocación se une en el texto legal con el previo aditamento de "posible", con lo cual se sitúa la eficacia de la invitación en un plano abstracto...". Con gran claridad expone el criterio del Supremo la Sentencia de 30 de septiembre de 1966 (25): "...y si bien es cierto que no son asimilables en lo penal los conceptos de consejo impune y de provocación y proposición punibles, estos dos últimos prácticamente equiparables..., el hecho que se describe al constatar con tanta insistencia y detalle en el escrito la práctica del aborto, es evidente que cualquiera que sea la denominación gramatical conviene perfectamente al sentido jurídico por rebasar el mero consejo o sugerencia en abstracto y referirse a actividades delictivas concretas...".

c) Finalmente, a partir de la Sentencia de 17 de marzo de 1969 (26), parece que el Tribunal Supremo da un paso más. De la lectura detenida de la misma se deduce que el vínculo causal no ha de ser exigido en "abstracto", referido, quizá, al empleo de medios susceptibles de influir en una persona media ideal, sin atender para nada a las características peculiares de los concretos sujetos. Por el contrario, es precisamente conforme a dichas circunstancias concretas que se estima lo "posible" de la eficacia de los medios empleados: "...porque la eficacia de la provocación queda acreditada por la subsiguiente

(20) El artículo 582 del Código penal de 1870 decía así: "Los que provocaren directamente, por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, a la perpetración de los delitos comprendidos en este Código, incurrirán en la pena inferior en dos grados a la señalada al delito".

(21) Sentencias de 24 de junio de 1884, 4 de julio de 1885, 23 de mayo de 1904, 20 de junio de 1906, 10 de octubre de 1923, 27 de enero de 1934 y 9 de diciembre de 1935.

(22) *Aranzadi*, referencia 215.

(23) A. r. 2.988.

(24) A., r. 2.990.

(25) A., r. 3.896.

(26) A., r. 1.646.

efectividad del delito..., contribuyó no sólo por medios de posible eficacia, sino de real eficacia en la comisión del delito". O la Sentencia de 25 de marzo de 1969 (27): "...ya que redactando unos de los procesados, copiando otros y difundiendo algunos el manifiesto invitando a la inactividad laboral durante cierto día, consiguieron que ésta (la huelga) alcanzase a unos 19.000 mineros, 13 minas y 5 talleres metalúrgicos...". Por último, la Sentencia de 4 de noviembre de 1969 (28), que contempla un caso de auténtica inducción: "...porque existió provocación o invitación, eficaz e idónea, para cometer un delito continuado de hurto, ya que aunque causalmente fuera ínfima, produjo el grave efecto de determinar la ejecución o perpetración delictual".

Como es fácil comprender tras la lectura de sentencias como la última, la conversión de las conductas enjuiciadas en inducción, una vez comenzada la fase ejecutiva, no necesita de ficción legal alguna, ya que por su propia naturaleza integra aquella figura. En estos casos habría que estimar la inducción aun en el supuesto de que no existiese el precepto del último inciso del párrafo III del artículo 4: "...que hace que se transforme la provocación en inducción" (S. de 17 de marzo de 1969) (29); "...seguida a la provocación la perpetración del delito, han de ser imputados inductores del mismo y comprendidos en el número 2 del artículo 14..., y con el efecto de la asimilación legal de tal actividad a la inducción misma y se castigue como tal..." (S. de 4 de noviembre de 1969) (30).

2. En relación con este último punto, está la que consideramos segunda razón de la confusión del Tribunal Supremo en torno a la provocación: la identificación entre provocación e inducción. También aquí se observa una evolución del Tribunal Supremo, evolución paralela a la vista con anterioridad para la relación de causalidad, dada la proximidad de los problemas.

a) En un primer momento donde, como veíamos, no se exige vínculo causal alguno entre provocación y delito principal, la inducción en que aquélla se convierte tras el comienzo de ejecución, sólo puede operarse por virtud de una decisión del legislador, conversión a efectos de penalidad, como el mismo Tribunal Supremo afirma expresamente: "...pues si tal evento se diera, y a la provocación hubiera seguido la perpetración del delito, habría de estimarse y pensarse como" típica y real inducción, según de modo expreso estatuye el propio precepto del Código que se estudia" (Sentencia de 5 de febrero de 1954) (31). "...y el hecho de que éste (el aborto) no llegue a perpetrarse sólo impide que la provocación se convierta en inducción" (S. de 24 de diciembre de 1954) (32). "...porque si sus invitaciones hubiesen determinado la perpetración del delito, habría que sancio-

(27) A., r. 1.718.

(28) CJ 5.229.

(29) CJ 1.646.

(30) CJ 5.229.

(31) CJ 215.

(32) CJ 2.988.

narle como inductor y no como mero provocador, de acuerdo con la norma contenida en el segundo inciso del párrafo III del artículo 4 del Código penal” (S. de 7 de diciembre de 1954) (33). “...Teniendo en cuenta que a la provocación ha seguido inmediatamente la perpetración del delito, esa actividad provocativa obligaría en armonía con este precepto legal a calificarle siempre como inductor del homicidio” (S. de 26 de octubre de 1957) (34). “La provocación seguida de ejecución se transmuta en autoría por precepto imperativo del último inciso del artículo 4 del Código penal” (S. de 20 de marzo de 1961) (35).

b) Sin embargo, en un momento posterior y coincidente con una atención más estricta a la causalidad en la provocación, ésta se aproxima más a la propia inducción, lo que hace que el Tribunal Supremo no acuda a la ficción legal, ya que provocación e inducción se asemejan conceptualmente. A partir de ahora, los problemas surgirán de la distinción entre provocación e inducción frustrada, a las que el Tribunal Supremo parece identificar: “La ineficacia de la provocación de aborto es precisamente la nota diferencial entre este tipo de responsabilidad y el más grave de participación por inducción...” (S. de 12 de enero de 1962) (36). “...pues de acreditarse (en el caso concreto) y subseguir la perpetración del delito, ya dice el último inciso del precepto, que se aplicarán las responsabilidades propias de la inducción...” (S. de 23 de mayo de 1962). “...que no alcanza el grado de inducción al no ser seguido de efecto material” (S. de 2 de octubre de 1962) (38) “...con lo que se trataba de influir directamente en el ánimo de la destinataria para producir un resultado que, de acreditarse, nadie duda hubiese constituido al procesado recurrente en coautor del delito de aborto a título de inducción (S. de 30 de septiembre de 1966) (39).

En conclusión, se observa una evolución del Tribunal Supremo que, coincidiendo con la experimentada en materia de causalidad, va desde la consideración de la conversión de la provocación en inducción como una ficción legal, hasta el patrocinio de un concepto de provocación del que se deriva lógicamente la conversión en inducción tras el comienzo de ejecución, sin necesidad de acudir a ficción alguna.

El interés de analizar minuciosamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre provocación estriba en que dada la amplitud con que el Código penal la configura, es posible que el Tribunal Supremo haya conducido por el camino de la provocación típicos supuestos de conspiración y proposición. Hemos intentado ver si en algún caso de los enjuiciados por el Tribunal Supremo era posible descubrir los elementos de la conspiración y la proposición. Nuestros esfuerzos, sin embargo, han sido inútiles, ya que hubiese sido necesari-

(33) *CJ* 2.990.

(34) *CJ* 2.697.

(35) *A.*, t. XXXI, r. 1.348.

(36) *A.*, t. XXIX, r. 140.

(37) *A.*, r. 2.203.

(38) *A.*, r. 3.492.

(39) *A.*, r. 3.896.

rio que esta jurisprudencia se hubiera detenido a analizar en los supuestos de hecho los fenómenos psicológicos en que aquéllas se basan, examen que no ha hecho dadas las dificultades que ello supone y lo fácil que para él era estimar provocación.

La confusión del Tribunal Supremo viene motivada, en mi opinión, por carecer el Código penal de un precepto específico que regule la tentativa de inducción, lo que hace que aquél no encuentre otra salida que la de conducir tales supuestos por el cauce del párrafo III del artículo 4, que si bien es dogmáticamente correcto (40), ha provocado que el Tribunal Supremo generalice siempre que se encuentra ante un supuesto que encaje en dicho párrafo III hable de inducción (caso de comienzo de ejecución). Lo que realmente ocurre es que tal párrafo está concebido en unos términos tan amplios que permite albergar tanto supuestos de provocación propiamente dicha, como otros de tentativa de inducción. Una solución de "lege ferenda" sería crear un inciso que sancionara independientemente la tentativa de inducción, al tiempo de hacer desaparecer el último inciso del párrafo III (ficción de inducción a los efectos de la pena a imponer). Si a eso se añadiese una regulación independiente de la provocación con la fijación de una pena única, cualquiera que fuera el delito a que se provoca (siempre que se trate de una de las figuras típicas del libro II del Código penal), tendríamos un concepto legal de provocación que respondería a su auténtico sentido prejurídico, es decir, de "apología" o rebelión contra el Ordenamiento jurídico (41). Mientras tanto, la única solución posible es jugar con los márgenes máximos y mínimos, o diferencias de grado, que permite el artículo 52 CP, al objeto de no equiparar a efectos penales conductas tan distintas como la tentativa de inducción y la "invitación" abstracta y más o menos velada al atentado contra el Ordenamiento jurídico (tan frecuente en materia de prensa y delitos contra el Orden público).

B) En segundo lugar, según veíamos: ¿cómo ha considerado nuestro Tribunal Supremo los actos gestores de la voluntad criminal, en los supuestos en que ésta entró en fase ejecutiva? Dos son los criterios que el Tribunal Supremo ha utilizado para afirmar que hubo coautoría:

1.a) En los casos en que hubo "acuerdo previo" (entendiendo por tal la división del trabajo que implica la ejecución) atendiendo, además, para ello sólo al dato objetivo de la puesta de acuerdo, sin necesidad de concretar la misión asignada a cada uno de los participantes, siendo indiferente, como el mismo Tribunal Supremo afirma, el hecho de que incluso alguien no se reserve papel alguno en la acción principal. Así, la Sentencia de 8 de octubre de 1952 (42): "...basta la justificación de haber existido entre varias personas un previo acuerdo para la comisión de un delito para que todas y cada una de ellas haya de ser considerada penalmente responsable del delito planeado

(40) Ver *supra*, nota (11).

(41) Ver *supra*, nota (17).

(42) A., r. 1.448.

y ejecutado...". O la Sentencia de 27 de febrero de 1954 (43): "Que el previo acuerdo para delinquir liga a todos los agentes del delito por igual en cuanto a la resultancia apetecida y puesta en ejecución...". O, finalmente, la de 17 de junio de 1957 (44): "...porque el concierto y acuerdo previo de varias personas para la comisión de un hecho delictivo atrae sobre todas el carácter de coautores y les alcanza idéntica responsabilidad penal...".

b) Sin embargo, a partir de la Sentencia de 26 de octubre de 1960 (45), comienza a notarse una cierta evolución de nuestro Tribunal Supremo, en el sentido de no limitarse a una consideración puramente objetivista del "acuerdo previo", exigiendo, en cambio, una valoración de la intervención de cada partícipe en dicho concierto, pues aquéllas pueden ser de muy diferente naturaleza: "...porque el acuerdo o concierto de voluntades que engendre la resolución de cometer un delito, y que es la causa determinante de su realización, constituye una de las formas de la inducción". Como podemos ver, se exige ahora que el resultado del acuerdo sea la decisión de realizar algo, decisión que con anterioridad al mismo no existía. Ello es de enorme significado para poder distinguir los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación, entre sí y con las formas preparatorias de la participación. De ahí la insistencia en distinguir entre un acuerdo tácito (referido a personas que ya estaban decididas, por separado y con anterioridad, a la comisión del delito), y otro, en el que se exige que del mismo haya surgido una resolución delictiva que antes no existía. Así, la Sentencia de 9 de noviembre de 1964 (46): "...confundirlos (esos dos distintos acuerdos) sería deducir siempre de la unidad de la acción la unidad de voluntad, con lo que vendría a eliminarse la exigencia del requisito subjetivo (concierto de voluntades)...". En el mismo sentido la Sentencia de 12 de marzo de 1965 (47).

c) Hasta llegar a la importante Sentencia de 8 de julio de 1968 (48), que es un modelo de definición de la acción de conspiración, no sólo en sí misma considerada (resaltando los aspectos psicológicos de la puesta de acuerdo y toma de decisión peculiares de la misma), sino también en relación con la evolución experimentada tras el comienzo de ejecución: "La autoría moral o inducción, requiere para existir una presión eficaz, intensa y suficiente de una persona que no actúa ejecutivamente sobre otra, para impulsar su ánimo, una vez que su libertad de decisión no disminuida ni eliminada, acepta el acicate, excitación o persuasión ajena, para que, surgiendo una coordinación de ambas voluntades, se efectúe por éste el hecho delictivo, quedando ambos ligados por adecuada relación de causalidad y siendo los mismos

(43) A., r. 507.

(44) A., r. 1.740.

(45) A., r. 3.506.

(46) A., r. 4.686.

(47) A., r. 908.

(48) A., tomo 1.968-II, pág. 2.414.

igualmente responsables, pudiendo alcanzarse esta inducción para cualquier actividad apropiada para ello en el orden de las relaciones humanas, y siendo estimada por esta Sala como una de las formas de más corriente manifestación al margen de la actuación predominante del inductor, el acuerdo o concierto de voluntades, que produce como causa determinante la resolución de realizar una infracción criminal, cualquiera que sea la parte que cada uno de los culpables realice al asegurar la consumación". O la también significativa Sentencia de 31 de marzo de 1969 (49), por los importantes matices a que obliga atendiendo a la gravedad, siempre graduable, de la participación material o influencia psicológica: "No es el acuerdo previo una definitiva solución para todos los casos, caben participaciones personales distintas que han de valorarse según la intervención ejecutiva en el hecho, entendida su ejecución no sólo al proceso causal material, sino al producir un resultado con los factores físicos y directrices psíquicas en las que el partícipe colabora o auxilia, según una culpabilidad personal, individual y concreta, por que la participación tiene como arranque una acción principal de la que toman nombre el autor material y moral, como los cooperadores y auxiliadores, éstos se distinguen por su virtualidad operativa en los dos aspectos, pues el hecho está compuesto de elementos objetivos y subjetivos (50).

2. La segunda razón que ha llevado al Tribunal Supremo a estimar "acuerdo previo", con el efecto de dar lugar a coautoría y la consiguiente solidariedad de todos los partícipes por los resultados ocasionados, se produce en aquellos casos en que se haría difícil precisar los resultados causados por cada uno de los partícipes en la agresión simultánea. "Que cuando en acción conjunta y simultánea se aúnan y funden las voluntades de los determinados componentes de un grupo para acometer a otras personas, y causen a cada una de éstas lesiones aunque no se determine concretamente quiénes las hubieran causado, son todos ellos responsables como consecuencia del vínculo creado por la codelincuencia" (S. de 14 de abril de 1952) (51). "Que se opone al concepto de riña tumultuaria... pese a la pluralidad de personas actuantes y de conocerse cuál de ellas asestó el golpe mortal, la circunstancia de que los dos componentes de uno de los bandos en colisión ejercieron las violencias sobre sus enemigos, obraron con unidad de propósito y acción conjunta; por lo que la Sala sentenciadora hubo de apreciar la solidariedad delictiva de los dos reos, y los consideró con acierto como coautores de homicidio" (S. de 23 de enero de 1958) (52). "...calificación (riña tumultuaria) que no es posible admi-

(49) A., tomo XXXVI, r. 1.782.

(50) Esta sentencia viene a dar la razón y reconocer la crítica hecha por GIMBERNAT a la doctrina del "acuerdo previo" sostenida por el TS hasta entonces. Si se trata de una declaración programática que no va a impedir que aquél siga utilizando dicha teoría por razones de comodidad, requeriría un examen detenido de la jurisprudencia recibida desde entonces.

(51) A., r. 619.

(52) A., r. 59.

tir cuando hay unidad de propósito y acción en los culpables, como ocurre cuando la agresión se realiza en acción conjunta, con imposibilidad de separar las responsabilidades aislando el hecho singular y personalísimo con que cada uno haya concurrido, siendo forzoso subordinarlo al resultado que ofrezca el conjunto de todos los hechos" (S. de 9 de marzo de 1960) (53).

Necesaria es también en este punto la alusión a la evolución que vimos ha experimentado el Tribunal Supremo en torno al "acuerdo previo", recordando las Sentencias de 9 de noviembre de 1964 (54): "...y si lo mismo puede ser el acuerdo expreso que tácito, no puede llegar a confundirse el acuerdo presunto con el tácito, y confundirlos sería deducir siempre de la unidad de acción la unidad de voluntad". Y la de 12 de marzo de 1965 (55): "Nunca debe llegar a confundirse el concierto presunto con el acuerdo tácito y confundirlos sería deducir siempre de la unidad de acción la unidad de voluntad..."

Es cierto que la evolución experimentada por el Tribunal Supremo en torno a las diversas facetas del "acuerdo previo" se haya producido a un nivel más programático que realmente práctico, cayendo a veces en contradicciones (56). Pero ello revela, al menos, la voluntad de aquél de comenzar a matizar las diferentes posibilidades de tomar parte en ese difícil terreno de lo "preejecutivo". Matización que ha de abarcar tanto a los aspectos materiales como a los psicológicos, renunciando a un tratamiento del problema como el realizado hasta ahora. Ello permitiría ver con claridad cuál es la naturaleza del "acuerdo previo" del tipo de la conspiración, que no es otra sino la de "vinculación psicológica" de quienes toman parte en ese concierto en cuya virtud puede decirse que lo jurídicamente relevante de aquélla es que varias personas, en virtud de su interés personal en la consecución de la misma finalidad delictiva, hacen nacer en cada una de ellas la voluntad decidida de cometer el delito principal, determinando, pues, el nacimiento y robustecimiento de la voluntad delictiva, y, por tanto, un mayor peligro de que el delito se lleve a cabo, ya que colectivamente deciden hacer algo que de otra manera no harían por separado. Si nuestro Tribunal Supremo llega a distinguir entre comienzo de ejecución como base para poder apreciar formas participativas, y "actos preparatorios punibles" donde se plantea el problema de tomar una decisión, habrá dado un gran paso para solucionar los numerosos problemas de la "progresión criminal".

Finalmente, y para obtener una visión totalizadora, haremos una pequeña referencia a la proposición, al solo objeto de poner de relie-

(53) A., r. 650.

(54) A., tomo XXXI, r. 4.686.

(55) A., r. 908.

(56) Véase el comentario de GIMBERNAT a las Sentencias de 29 de noviembre de 1958 y 3 de marzo de 1965, en las que declarándose la importancia de la autoría conjunta y el concierto de voluntades para estimar coautoría, el TS no es consecuente, lo que conduce a resultado injusto o erróneamente fundamentados. GIMBERNAT, *Autor y cómplice...*, págs. 72 y 73.

ve cómo el Tribunal Supremo ha insistido en ese importante aspecto psicológico de la relación entre el proponente y el sujeto a quien aquél se dirige: "Son elementos necesarios para que la proposición para cometer un delito sea castigada: 1. Que éste esté expresamente castigado por la Ley. 2. Resolución del culpable de cometer el delito. A. *Que éste proponga su ejecución a otra u otras personas*" (S. de 30 de noviembre de 1934) (57). "En toda generación delictiva el grado de proposición se revela cuando el agente ha formado el propósito firme y decidido de cometer una infracción punible y resuelto a llevarla a efecto *propone su ejecución a otra u otras personas*, de modo consciente, preciso y persuasivo, solicitando de ella su ayuda, auxilio o cooperación" (S. de 28 de mayo de 1935) (58).

En esta ocasión no estudiamos aspectos importantes de la proposición, como pueden ser el papel que se ha de reservar cada parte en el delito principal, o el muy interesante de su distinción con la tentativa. Y ello, porque desde el punto de vista de este trabajo, lo que interesa es la relación psicológica y el nacimiento de la decisión de cometer el delito, cuestiones en las que para el Tribunal Supremo y para el Código penal ya hay una persona decidida a tal finalidad que puede influir en otra y decidirla también (por eso se le castiga), pero que no puede ser influida, en el sentido de determinar su decisión (cuestión distinta es que su voluntad se vea robustecida), razón por la cual no se castiga a quien acepta la proposición (a no ser que el delito principal comience a ejecutarse).

III

1. Como decíamos al principio de este trabajo, vamos a proceder al intento de interpretar sistemática y funcionalmente todo el contenido del artículo 4.º. Para ello es necesario, en primer lugar, tratar de dilucidar los criterios que han sido tenidos en cuenta por el legislador en la incriminación de estas conductas.

El legislador español ha prestado atención a la fase previa de la ejecución de delito para sancionar conductas en que se intenta hacer surgir la voluntad delictiva de alguien. Por otra parte, no exige que la persona que lleve a cabo el intento de convencer a otra estuviese ella misma ya decidida y ni siquiera que tenga la intención de participar en la ejecución del delito principal. Ejemplos de lo primero son la conspiración y la proposición, pues mientras que en aquella no hay persona alguna que esté previamente decidida, en ésta el proponente lo estaba ya de antemano. Ejemplo de lo segundo es la provocación, en la que el sujeto activo no tiene nada que ver con el delito principal a que provoca.

1.a. Como consecuencia del criterio sentado con anterioridad, hay que deducir la relevancia de la tentativa de inducción y la irrelevancia

(57) A., r. 2.025.

(58) A., r. 1.060.

de la exteriorización de la voluntad delictiva, implícitas en todos estos actos. Al principio hemos afirmado que el legislador español atiende al intento de suscitar una voluntad delictiva. La consecuencia lógica a derivar de ello es que para él tal intento determina la imposición de una pena, mientras que la simple exteriorización de la voluntad delictiva es irrelevante. Una prueba de esto la ofrece la proposición, donde la conducta del sujeto activo exterioriza estos dos aspectos: por un lado, el deseo de cometer, él mismo, el delito principal; por otro, un intento de hacer nacer el mismo deseo en la persona a quien se dirige. Supongamos, por otro lado, un caso en que dicha persona a quien aquél se dirige acepta la propuesta, es decir exterioriza también su voluntad delictiva. No obstante, el legislador español deja impune esta última conducta siempre que no se vislumbre en ella un intento de inducir a su vez al proponente. De ello cabe deducir que lo relevante en la conducta del sujeto activo de la proposición no es la exteriorización de la voluntad delictiva, coincidente con la manifestación impune del otro sujeto. Lo desvalorado es la tentativa de inducción de la persona a quien se dirige. Esa tentativa es punible aunque esta última persona no acepte su proposición, o incluso, en el caso de que se trate de una tentativa de inducción imposible (la persona a quien se dirige estaba ya decidida con anterioridad a la comisión del mismo delito a que se le intenta inducir). Demostrando con ello cómo en nuestro Derecho existen casos en los que se castiga la tentativa de inducción (59).

1.b. De todo cuanto antecede se deriva que conspiración y proposición no se encuentran en una relación de progresión, en que la proposición esté destinada a convertirse en conspiración en el momento de la aceptación del sujeto a quien se dirige (60). No existe tal re-

(59) Ver *supra*, autores de la nota (11).

(60) El Código de 1822 se ocupaba de la conspiración en el artículo 4: "La conspiración para un delito consiste en la resolución tomada entre dos o más personas para cometerlo. No hay conspiración en la mera proposición para cometer un delito que alguno haga a otro u otros, cuando no es aceptada por éstos". Y de la proposición en el art. 6: "La proposición hecha y no aceptada, y la conspiración en que no haya llegado a haber tentativa, no serán castigadas sino en los casos en los que la ley lo determine expresamente". Que ya incluso en este momento se trata de algo más que meras resoluciones manifestadas lo prueba el mismo texto legal en su art. 9: "El pensamiento y la resolución de delinquir cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar o empezar la ejecución del delito, no están sujetas a pena alguna, salvo de vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley". Por eso, al sujeto activo de la acción de proposición no se le castiga por que manifieste su propósito de cometer el delito, sino por su intento de inducir a la persona a quien se dirige a la comisión del mismo. Las diferencias con la proposición, tal como es concebida en la actual regulación legal, son grandes, pues, por un lado no se exige que el sujeto activo de la proposición esté terminantemente decidido a ejecutar el delito; mientras que, como veremos, tal resolución es elemento esencial y característico de la actual proposición. Por otro lado, proposición y conspiración se encuentran en una misma progresión en la que la proposición está destinada a convertirse en conspiración, de la que no aparece sino como una modalidad frustrada. Todo ello en el Código de 1822, cosa que tampoco ocurre en la actualidad donde ambas son modalidades distintas.

lación en virtud de las definiciones que de una y otra proporciona el artículo 4.º. Y todo ello dada la relevancia que en la proposición tiene que el sujeto activo esté ya decidido a cometer el delito, hasta el punto de ser elevado por el legislador a elemento esencial, frente a la exigencia contraída en la conspiración, de que ninguno de los conspiradores esté decidido con anterioridad al acuerdo de conspiración.

Este punto tiene también importancia para la consideración jurídica del ofrecimiento y la aceptación. Naturalmente, la consideración que se haga de estas figuras ha de estar mediatizada por lo que hemos considerado punto de partida del legislador en el tratamiento de estos actos, es decir, el principio de la inducción. En efecto, dado que lo relevante no es la exteriorización de la voluntad delictiva, sino el intento de inducción, las conductas de ofrecimiento y aceptación sólo pueden ser objeto de una consideración jurídica correcta si trascendiendo el aspecto externo a que sus nombres hacen referencia, se considera el contexto psicológico, volitivo, en que dichos actos de ofrecimiento y aceptación se producen. Vayamos por partes.

1.c. Tomemos en primer lugar el ofrecimiento. Este puede tratarse tanto de un caso en el que quien se ofrece no condiciona su decisión a la aceptación, como del caso opuesto en que quien se ofrece sí condiciona su decisión a la aceptación de la otra parte. Lógicamente, el tratamiento de uno y otro supuesto es muy diverso. Mientras que el primero sólo podrá ser considerado como proposición, en la hipótesis de que concurran los restantes requisitos exigidos por el artículo 4, II; el segundo, que es el que aquí nos interesa, puede implicar el primer paso de una conducta destinada a convertirse en conspiración, siempre que se cumplan los requisitos de la misma, es decir, tanto quien se ofrece como quien acepte condicionen su resolución delictiva a la de la otra parte. En otro caso no, y entonces habría que comprobar si la conducta de uno y otro encajan en el supuesto de proposición, con la renuncia consiguiente a su tratamiento como conspiración.

1.d. Por lo que se refiere a la aceptación de un ofrecimiento, ocu-

Del concepto de proposición recogido por el Código de 1822 se deriva que también configura de manera distinta a la conspiración, veamos por qué. El art. 4 define a la proposición como un intento frustrado de conspiración ("...proposición para cometer un delito, que alguna persona hace a otra u otras, cuando no es aceptada por éstas) a la que sólo se castiga en el caso de que no sea aceptada por la otra parte. Ello obliga a preguntarse cómo habría de punir el supuesto de quien estando decidido "a priori" a cometer el delito, consigue de la persona a quien se dirige inducirla al mismo. Como proposición no sería punible, pues por disposición legal ésta requiere el no convencimiento de esa persona. Por otro lado, sería injusto y absurdo dejar impune esta conducta, pues es de mayor gravedad que la simple proposición. Por eso, la única solución es insertarla en la conspiración, para lo cual es necesario configurarla de manera distinta a la actual, ya que en el Código de 1822 no es esencial y característico de la conspiración el que con anterioridad al acuerdo de comisión del delito ninguno de los que en él toman parte esté decidido a cometerlo.

Así, pues, estos dos actos se configuran en el Código de 1822 de manera muy distinta a la regulación actualmente vigente.

rre algo parecido. Para poder considerar jurídicamente la conducta de aceptación hay que tener en cuenta cuál es la relación en que se encuentra respecto a su correspondiente figura de ofrecimiento. Las variedades que en este caso se presentan son, según que la especialidad esté en el aceptante o en el que se ofrece, las siguientes:

a) Si el aceptante no condiciona su decisión a la del que se ofrece, no se puede hablar del paso definitivo hacia la conspiración, pues una de las dos partes, el que acepta, no condiciona su decisión. Sólo se podrá hablar de una proposición por su parte en el caso de que se diesen los restantes requisitos exigidos por el artículo 4.º, II.

b) Si el aceptante condiciona su decisión a la de quien se ofrece, pero quien se ofrece no, entonces la conducta de aquél es impune. Se tratará, en todo caso, de un acto preparatorio de la conspiración que, como hemos dicho, no se castiga. En este supuesto, sólo podría hablarse de proposición por parte de quien se ofrece, si se dan los requisitos restantes. De conspiración no se puede hablar desde el momento en que quien se ofrece no condiciona su decisión.

c) Sólo en el caso de que tanto quien se ofrece como quien acepta condicionan recíprocamente sus decisiones, se puede decir que el acuerdo que surge del concierto de voluntades es un acuerdo de conspiración. Pero téngase en cuenta que sólo en el momento en que el acuerdo recaiga hay conspiración. Las conductas anteriores de una y otra parte, hasta ese momento, encaminadas a dicha finalidad, son impunes, sin que pueda hablarse de tentativa de inducción antes del acuerdo de conspiración.

1.e. Una última cuestión es la de si en aquellos supuestos en que no puede hablarse ni de conspiración (ya que una de las partes está decidida "a priori" a cometer el delito) ni de proposición (en el caso de que quien se ofrece o quien acepta como sujeto a quien va dirigida la acción de proponer, no esté decidido "a priori" a cometer el delito), puede estimarse tentativa de inducción, subsumible en la de provocación del artículo 4.º, III, dada la amplitud con que aparece concebido dicho párrafo. Para esta solución existen obstáculos de naturaleza dogmática y de política criminal.

Si comparamos aquellos supuestos con uno normal de tentativa de inducción, vemos que mientras en éste el inductor quiere el resultado por encima de todo, en aquéllos el "hipotético" inductor lo condiciona a la decisión libre y voluntaria de su compañero, exigiendo además que la otra parte se decida también en virtud de su resolución. O sea, éste no lleva a cabo una conducta activa de influir en la decisión del otro. Su conducta es más bien pasiva, en el sentido de que espera de la otra parte que se convenza por el simple hecho de saber que él está decidido. Las conductas revelan diversa gravedad, y por tanto, no merecen el mismo tratamiento, planteándose de nuevo un caso de los que manifiestan la necesidad de graduar la inducción (61) La decisión que se suscita con la acción de provocar es una decisión que nada tie-

(61) SCHROEDER, F. Ch., *Der Täter hinter der Täter*, Berlín, 1965, página 215.

ne que ver con la resolución en que proponente y conspirador están interesados y que sería por la única que se le podría castigar.

2. Como decíamos al principio del apartado II, al Tribunal Supremo le faltó profundizar en la cuestión, tan relevante en nuestro estudio, de la gestación de la voluntad delictiva. Un deseo de simplificación le ha llevado a calificaciones imprecisas, cuando no injustas, en su tendencia a considerar siempre de autoría la conducta de tomar parte en el "acuerdo previo" a la comisión del delito, con independencia del papel asignado o realizado en la ejecución, y de la influencia en el acuerdo.

Así, en el aborto, la calificación de conspiradores de la pareja de novios que acude a otra para que le indique una persona idónea en la práctica de aquél; como, asimismo, la conducta del practicante que se presta a realizarlo (S. de 3 de marzo de 1969) (62). Como ocurre también en el caso de la Sentencia de 3 de enero de 1969, donde sí es de conspiración la conducta de madre e hija, pero no la del practicante que se presta a la realización. O la de 26 de enero de 1967 (63), en la que el Tribunal Supremo considera, erróneamente, de delito de aborto, en grado de conspiración, la organización de personal y medios para la práctica del mismo. (Esta conducta puede encajar en otro tipo de la Parte especial, pero no en el artículo 4.º, I). En el mismo sentido la Sentencia de 1 de julio de 1958 (64).

La conducta de A y B, que se ponen de acuerdo para realizar delitos de estafa, es de conspiración; pero, en cambio, la de un tercero que se preste a suplantar la personalidad de un familiar, necesaria en la estafa, no (S. de 11 de octubre de 1960) (65). Algo parecido ocurre en el caso de quien se presta para hacer de vigilante en el asesinato que han decidido realizar dos amigos suyos (S. de 9 de octubre de 1952) (66). Hay conspiración en el supuesto de quien se pone de acuerdo con el ladrón antes del robo para comprarle el producto del mismo (S. de 27 de mayo de 1953) (67). No siempre es de conspiración la conducta de quienes se prestan a firmar como testigos en la falsificación de documentos que faciliten la estafa organizada por otros, mediante el uso de una cambial (S. de 25 de junio de 1962) (68).

De acto preparatorio de la conspiración calificaría la conducta del amante que sugiere a la mujer la conveniencia del aborto, que no se convierte en conspiración dada la oposición de aquélla (S. de 23 de mayo de 1962) (69). En el mismo sentido, el marido que entrega a la mujer un abortivo, no hace sino exteriorizar implícitamente su propuesta (S. de 2 de octubre de 1962) (70). Lo difícil es distinguir estos

(62) *JC*, núm. 411, págs. 68 ss.

(63) *A.*, t. XXXIV, r. 177.

(64) *JC*, t. XXXV, núm. 738, pág. 743.

(65) *JC*, t. XLII, núm. 738, pág. 199.

(66) *JC*, t. XXVIII, núm. 459, pág. 82.

(67) *JC*, núm. 1.465, pág. 948.

(68) *JC*, t. XLVII, núm. 790, pág. 844.

(69) *JC*, t. XLVII, núm. 598, pág. 298.

(70) *JC*, t. XLVIII, núm. 934, pág. 109.

casos de ofrecimiento (impune) de la provocación (punible), como en ambos casos calificó el Tribunal Supremo. De la diferencia que existe entre ambas figuras hemos hablado en I.e.

En cambio, los términos en que se dirige el amante a la mujer en la Sentencia de 30 de septiembre de 1966, en que como dice el texto de la misma, se rebasa "el mero consejo o sugerencia", "haciendo ver los presuntos males de la no aceptación", permiten hablar de tentativa de inducción, punible conforme al artículo 4, III.

De qué naturaleza ha de ser la influencia de un conspirador sobre otro, lo expresa con gran claridad la Sentencia de 4 de noviembre de 1969 (71), en un caso de inducción: "...produjo el grave efecto de determinar la ejecución o perpetración delictual, que antes no se le ocurrió al procesado realizar".

De especial importancia son las Sentencias de 8 de julio de 1968 (72): "...acuerdo o concierto de voluntades que produce como causa determinante la resolución de realizar una infracción criminal", y la de 31 de marzo de 1969 (73). Como, asimismo, la de 28 de octubre de 1964 (74) y 17 de junio de 1957 (75). En estas sentencias se reconoce la necesidad de estimar no sólo el papel desempeñado o a desempeñar por quienes participan en un acuerdo delictivo, sino también, y sobre todo, el grado y naturaleza de la influencia desarrollada por cada uno de ellos, y determinante, de una manera o de otra, de la resolución delictiva. Diferencia de grado que no es indiferente para el Derecho.

Por lo que se refiere a la proposición, sólo recordar las Sentencias de 30 de septiembre de 1934 y 28 de mayo de 1935, que ponen de relieve la importancia de que en la misma el sujeto activo de la proposición esté ya decidido a cometer el delito.

(71) *JC*, vol. IV, núm. 1.910, pág. 54.

(72) *Aranzadi*, t. 1968-II, pág. 2.414.

(73) *JC*, núm. 8, t. marzo, pág. 845.

(74) *Aranzadi Diccionario R.* 2.427.

(75) *Aranzadi Diccionario R.* 1.740.

Resoluciones adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa

Resolución (76) 2 sobre el tratamiento de los condenados a penas de larga duración, adoptada el 17 de febrero de 1976 en la reunión 254.^a de Delegados de los Ministros.

El Comité de Ministros,

Considerando que los delincuentes que han cometido graves infracciones o los reincidentes que repetidas veces han cometido graves infracciones son actualmente condenados a penas privativas de libertad de larga duración (en lo sucesivo: "penas largas");

Considerando que la ejecución de las penas largas puede tener efectos nefastos sobre el delincuente y su medio social;

Considerando que la ejecución de las penas largas y una readaptación apropiada de los condenados enfrentan a los establecimientos y a su personal con una tarea difícil;

Considerando que, acaparada por otras numerosas tareas, la sociedad no está siempre dispuesta a consagrar toda la atención debida y los medios financieros necesarios a la ejecución de las penas largas;

Teniendo en cuenta la Resolución (73) 5 sobre el conjunto de las reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos,

I. Recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros:

1.—Proseguir una política criminal según la cual las penas largas no deben imponerse más que cuando sean necesarias para la protección de la sociedad;

2.—Adoptar las medidas legislativas y administrativas convenientes para favorecer un tratamiento adecuado durante la ejecución de estas penas;

3.—No aplicar medidas estrictas de seguridad más que allí donde se encuentren condenados verdaderamente peligrosos;

4.—Prever en la prisión posibilidades de trabajo apropiadas y un sistema adecuado de remuneraciones;

5.—Alentar la instrucción y formación profesional, con previsión de un sistema de remuneraciones adecuado a estas actividades;

6.—Alentar el sentido de la responsabilidad de los reclusos mediante la introducción en todos los dominios que sean apropiados para ello de un sistema de participación;

7.—Reforzar los contactos con el mundo exterior, en particular fomentando el trabajo fuera del establecimiento;

8.—Acordar permisos no como alivio de la prisión, sino como parte integrante del tratamiento;

9.—Asegurarse de que todos los casos de los reclusos serán examinados tan pronto como sea posible para ver si se les puede conceder la liberación condicional;

10.—Conceder al recluso la libertad condicional, con reserva de las exigencias legales concernientes a los plazos, desde el momento en que pueda formularse un pronóstico favorable, no pudiendo justificar la denegación de libertad condicional, por sí solas consideraciones de prevención general;

11.—Adaptar las penas de reclusión perpetua a los mismos principios que rigen las penas largas.

NOTA: El delegado de Grecia, acogiéndose al artículo 10.2.c del Reglamento interior de las reuniones de los Delegados de los Ministros, se reservó el derecho de su Gobierno a aceptar o no el texto de la resolución.

Proyecto de Convención Europea sobre represión del terrorismo*

Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios de la presente Convención,

Considerando que el objeto del Consejo de Europa es la realización de una unión cada vez más estrecha entre sus miembros;

Conscientes de la creciente inquietud motivada por la multiplicación de actos de terrorismo;

Deseando que se tomen medidas eficaces para que los autores de tales actos no escapen a la persecución y al castigo;

Convencidos de que la extradición es un medio particularmente eficaz para alcanzar este resultado,

Han convenido lo siguiente:

ARTICULO 1

A efectos de la extradición entre Estados Contratantes, no se considerará como infracción política, como infracción conexas con una infracción política o como infracción inspirada en móviles políticos, ninguna de las infracciones que se mencionan a continuación:

- a) las infracciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Convención para la represión de la captura ilícita de aeronaves, firmada en La Haya el 16 de diciembre de 1970;
- b) las infracciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Convención para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, firmada en Montreal el 23 de septiembre de 1971;
- c) las infracciones graves que constituyan un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de aquellas personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos;
- d) las infracciones que impliquen el alzamiento, la captura de rehenes o el secuestro arbitrario;
- e) las infracciones que impliquen el empleo de bombas, granadas, proyectiles, armas de fuego automáticas, o cartas o paquetes explosivos, en la medida en que su utilización presenta un peligro para las personas;

* El texto de esta Convención ha sido adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 10 de noviembre de 1976 en Estrasburgo.

- f) la tentativa de cometer alguna de las infracciones anteriormente citadas o la participación en calidad de co-autor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer una de esas infracciones.

ARTICULO 2

1. A efectos de la extradición entre Estados Contratantes, un Estado Contratante puede no considerar como infracción política, como infracción conexa con una tal infracción o como infracción inspirada en móviles políticos, todo acto grave de violencia, que no estando previsto en el artículo primero, vaya dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas.

2. Lo mismo procederá en relación con todo acto grave contra los bienes, distinto de los previstos en el artículo primero, cuando haya creado un peligro colectivo para las personas.

3. También procederá lo mismo en lo relativo a la tentativa de cometer alguna de las infracciones anteriormente citadas o en la participación en calidad de co-autor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer alguna de esas infracciones.

ARTICULO 3

Las disposiciones de todos los tratados y acuerdos de extradición aplicables entre los Estados Contratantes, incluida la Convención europea de extradición, quedan modificadas, en lo relativo a las relaciones entre los Estados Contratantes, en cuanto sean incompatibles con la presente Convención.

ARTICULO 4

Cuando alguna de las infracciones previstas en los artículos 1 ó 2 no figure en la lista de casos de extradición de un tratado o convenio de extradición vigente entre los Estados Contratantes, se considerará, no obstante, comprendida en la misma a efectos de la presente Convención.

ARTICULO 5

A efectos de la interpretación de la presente Convención se entenderá que ninguna de sus disposiciones implica la obligación de aplicar la extradición si el Estado requerido tiene serias razones para creer que la petición de extradición motivada por alguna de las infracciones previstas en el artículo 1 ó 2, ha sido presentada con la finalidad de

perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o cuando la situación de esta persona corre peligro de agravarse por una u otra de estas razones.

ARTICULO 6

1. Todo Estado Contratante adoptará las medidas necesarias en orden a establecer su competencia para conocer de las infracciones contempladas en el artículo primero en el caso de que el autor sospechoso de la infracción se encuentre en su territorio y el Estado no le entregue después de haber recibido una petición de extradición de otro Estado Contratante, cuya competencia en la persecución se funda en una regla de competencia igualmente existente en la legislación del Estado requerido.

2. La presente Convención no excluye ninguna competencia penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

ARTICULO 7

El Estado Contratante en cuyo territorio sea descubierto el autor sospechoso de una infracción prevista en el artículo primero, someterá el asunto, sin ninguna excepción y sin demora injustificada, a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, si, recibida su petición de extradición en las condiciones mencionadas en el párrafo primero del artículo 6, no entrega al autor sospechoso de la infracción. Estas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que en cualquier infracción de carácter grave conforme a las leyes de ese Estado.

ARTICULO 8

1. Los Estados Contratantes acuerdan en materia penal la más amplia ayuda mutua judicial en todo procedimiento relativo a las infracciones previstas en el artículo 1 ó 2. La ley aplicable en lo relativo a la asistencia mutua en materia penal será, en todo caso, la del Estado requerido. Sin embargo, la ayuda mutua judicial no podrá ser negada por el solo motivo de afectar a una infracción política, a una infracción conexa con una tal infracción o a una infracción inspirada en móviles políticos.

2. A efectos de la interpretación de la presente Convención, se entenderá que ninguna de sus disposiciones implica la obligación de conceder la mutua ayuda judicial si el Estado requerido tiene serias razones para creer que la petición de ayuda mutua, motivada por una infracción prevista en el artículo 1 ó 2, ha sido presentada con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza,

religión, nacionalidad u opiniones políticas, o cuando la situación de esta persona corre el peligro de agravarse por una u otra de estas razones.

3. Las disposiciones de todos los tratados y acuerdos de ayuda mutua judicial en materia penal, aplicables entre los Estados Contratantes, incluida la Convención europea de mutua ayuda judicial en materia penal, quedarán modificadas, en cuanto a las relaciones entre los Estados Contratantes, en la medida en que sean incompatibles con la presente Convención.

ARTICULO 9

1. El Comité Europeo para los Problemas Criminales del Consejo de Europa se encargará de la ejecución de la presente Convención.

2. En cuanto sea necesario, facilitará el arreglo amistoso de toda dificultad a que dé lugar la ejecución de la Convención.

ARTICULO 10

1. Cualquier diferencia entre Estados Contratantes acerca de la interpretación o aplicación de la presente Convención, que no haya sido resuelta por el procedimiento del párrafo 2 del artículo 9, será sometida a arbitraje a instancia de una de las Partes en litigio. Cada una de las Partes designará un árbitro y estos dos árbitros designarán, a su vez, un tercero. Si en el plazo de tres meses a contar desde la petición de arbitraje, una de las Partes no hubiera procedido a la designación del árbitro, éste será designado, a petición de la otra Parte, por el Presidente del Tribunal europeo de Derechos del Hombre. Si el Presidente del Tribunal europeo de Derechos del Hombre perteneciera a la jurisdicción de una de las Partes en litigio, la designación del árbitro incumbirá al Vicepresidente del Tribunal o, si el Vicepresidente perteneciera a la jurisdicción de una de las Partes en litigio, al miembro más antiguo del Tribunal que no estuviere sometido a la jurisdicción de ninguna de las Partes en litigio. El mismo procedimiento se aplicará en el caso de que los dos árbitros no pudieran ponerse de acuerdo para la elección del tercero.

2. El tribunal arbitral fijará su procedimiento. Sus decisiones serán tomadas por mayoría. Su sentencia será definitiva.

ARTICULO 11

1. La presente Convención queda abierta a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa. Será ratificada, aceptada o aprobada. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán entregados para su depósito al Secretario General del Consejo de Europa.

2. La Convención entrará en vigor tres meses después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

3. Entrará en vigor con respecto a todo Estado signatario que ulteriormente lo ratifique, acepte o apruebe, tres meses después de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

ARTICULO 12

1. Cualquier Estado puede, en el momento de la firma o en el momento del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, designar el territorio o territorios a los que haya de aplicarse la presente Convención.

2. Cualquier Estado puede, en el momento de depositar el instrumento de ratificación, aceptación o aprobación o en cualquier momento posterior, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, extender la aplicación de la presente Convención a cualquier territorio designado en la declaración, cuyas relaciones internacionales garantiza o en favor del cual está habilitado a estipular.

3. Cualquier declaración hecha en virtud del párrafo precedente podrá ser retirada, en lo relativo a cualquier territorio designado en la misma, en las condiciones previstas en el artículo 14 de la presente Convención.

ARTICULO 13

1. Todo Estado, en el momento de la firma o en el momento del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, puede declarar que se reserva el derecho a negar la extradición con relación a cualquier infracción enumerada en el artículo 1, cuando considere que se trata de una infracción política, de una infracción conexas con una infracción política o de una infracción inspirada en móviles políticos, con la condición de comprometerse a tomar debidamente en consideración, al valorar el carácter de la infracción, su carácter de particular gravedad, teniendo presente:

- a) que ha creado un peligro colectivo para la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas; o bien
- b) que ha alcanzado a personas extrañas a los móviles que la inspiraron; o bien
- c) que se han empleado para su realización medios crueles o pérfidos.

2. Todo Estado que haya formulado una reserva en virtud del párrafo precedente, puede retirarla en todo o en parte. La retirada se

efectuará mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, la cual producirá efecto en la fecha de su recepción.

3. Si un Estado hubiera formulado una reserva en virtud del párrafo primero de este artículo no podrá pretender la aplicación del artículo 1 por parte de otro Estado; sin embargo, si la reserva fuera parcial o condicional, podrá pretender la aplicación de ese artículo en la medida en que haya sido aceptado por él mismo.

ARTICULO 14

Cualquier Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención mediante una notificación escrita dirigida al Secretario General del Consejo Superior de Europa. La denuncia producirá efecto inmediatamente o en el momento posterior de la firma que precisa la notificación.

ARTICULO 15

La Convención dejará de producir efecto con respecto a todo Estado Contratante que se retire del Consejo de Europa o que deje de pertenecer a él.

ARTICULO 16

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo.

- a) las firmas;
- b) el depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación;
- c) las fechas de entrada en vigor de la presente Convención de conformidad con el artículo 11;
- d) las declaraciones recibidas en aplicación del párrafo primero del artículo 12, las notificaciones posteriores recibidas en aplicación del párrafo 2 de ese artículo y las retiradas que se produzcan en aplicación del párrafo 3 de ese mismo artículo;
- e) las reservas formuladas en aplicación del párrafo primero del artículo 13;
- f) la retirada de cualquier reserva efectuada en aplicación del párrafo 2 del artículo 13;
- g) las notificaciones recibidas en aplicación del artículo 14, así como la fecha en que la denuncia empiece a producir efecto;
- h) toda cesación de los efectos de la Convención en aplicación del artículo 15.

Resolución (76) 10

Sobre determinadas medidas penales sustitutivas de las penas privativas de libertad

(Adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 9 de marzo de 1976, durante la 255 Reunión de Ministros)

El Comité de Ministros,

Considerando el interés de los Estados miembros del Consejo de Europa de establecer principios comunes de política criminal;

Considerando la tendencia constatada en todos los Estados miembros de evitar, en la medida de lo posible, la aplicación de penas privativas de libertad, en razón de sus múltiples inconvenientes y por respecto a las libertades individuales y convencido de que esta política podría llevarse adelante sin poner en peligro la seguridad pública;

Considerando, entonces, que no sólo es necesario desarrollar las medidas de sustitución existentes desde hace ya algún tiempo (como la remisión condicional y la *probation*), sino igualmente promover nuevas medidas que permitan a los tribunales elegir entre varias formas de sanciones la que más convenga al caso individual;

Considerando que las medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad, siendo menos costosas que el encarcelamiento, pueden servir al fin de la readaptación del delincuente;

Vistas las experiencias llevadas a cabo en este terreno en varios Estados miembros,

Recomienda a los gobiernos de los Estados miembros:

1. Revisar la legislación en orden a eliminar los obstáculos legales en la aplicación de las medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad;

2. Desplegar todo el esfuerzo posible para desarrollar las medidas sustitutivas ya existentes, y particularmente:

a) examinar las nuevas modalidades de la medida de *probation*, incluyendo la utilización cada vez mayor de facilidades para el alojamiento de los sometidos a esta medida, experimentadas en algunos Estados miembros, en orden a su adopción eventual;

b) asegurar que las penas pecuniarias puedan ser ampliamente utilizadas como sanciones, que haya métodos que permitan adecuar estas penas a los medios económicos del condenado y que los métodos de ejecución sean susceptibles de evitar, en la medida de lo posible, el recurso a la prisión por deudas;

c) examinar la posibilidad de aplicación de diversas interdicciones

(como la privación del permiso de conducir) y de la confiscación como medidas independientes sustitutivas de las penas privativas de libertad;

3. Examinar nuevas y diversas medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad, en orden a su introducción eventual en las legislaciones respectivas, y especialmente:

a) considerar la posibilidad de aplicación de medidas penales que revelen la constatación de la culpabilidad sin imponer una sanción sustancial al delincuente;

b) considerar la oportunidad de la *suspensión de la sentencia*, después de haber comprobado la culpabilidad, en orden a permitir el pronunciamiento de una sanción teniendo en cuenta la evolución operada en el delincuente después de su enjuiciamiento;

c) examinar las ventajas del *trabajo en beneficio de la comunidad* y de un modo particular la posibilidad concedida:

— al delincuente de purgar su sanción prestando un servicio a la comunidad,

— a la comunidad de contribuir activamente a la resocialización del delincuente aceptando su participación en un trabajo llevadero;

d) examinar la contribución de las medidas de semidetención como medios de mitigar el régimen de encarcelamiento total y que permiten al condenado no tener que cortar o reanudar de nuevo sus lazos con el entorno social;

4. Poner a disposición de los servicios responsables de la aplicación de las medidas sustitutivas los recursos necesarios y asegurar su empleo lo más eficazmente posible;

5. Desarrollar procedimientos que permitan coordinar el poder judicial con el proceso continuo de elaboración de las medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad;

6. Desplegar el mayor esfuerzo posible para informar al público acerca de las ventajas de las medidas sustitutivas en orden a asegurar la aceptación de estas medidas;

7. Procurar que la presente resolución, acompañada del informe explicativo, sea ampliamente difundida en los servicios y organismos competentes;

Invita a los gobiernos a enviar cada cinco años al Secretario General del Consejo de Europa un informe en el que se dé a conocer la aplicación dada por ellos a las presentes recomendaciones.

Nuevo impulso del Consejo de Europa a la lucha antidroga: intensificación de las investigaciones a nivel internacional⁽¹⁾

Aunque actualmente se hable algo menos en la primera página de los periódicos, no por ello el problema de la droga queda menos entero y preocupante en los países europeos. Por esta razón, el Consejo de Europa acaba de recomendar a los diecinueve Estados miembros (2) que prosigan e intensifiquen las investigaciones en este campo.

Esencialmente preconiza la puesta en marcha de estudios sobre: los datos oficiales y la cifra negra en el abuso de drogas; las formas de delincuencia relativas al abuso de drogas; la evolución de las muestras representativas de consumidores de drogas; los efectos de la legislación sobre la evolución del fenómeno de la droga; los efectos de la droga en la conducción del automóvil y los métodos de detección del abuso de drogas en los conductores.

Para facilitar estos estudios, el Consejo de Europa tiene la intención de organizar reuniones entre investigadores de diferentes países miembros, con el fin de establecer criterios comunes que permitan obtener datos y resultados comparables e intercambiar los conocimientos sobre estas cuestiones.

Desde hace varios años el Consejo de Europa viene preocupándose de los problemas relacionados con la droga. De un modo particular invitó en 1973 a los gobiernos miembros a intensificar las medidas legislativas destinadas a sancionar a los traficantes de drogas.

El nuevo programa quinquenal del Consejo de Europa (1976-1980) prevé, por otro lado, un intercambio de información sobre problemas concernientes a los toxicómanos y a los traficantes en Europa y otras regiones, a fin de llegar a una actitud común, sobre todo en materia de prevención (en particular, los medios de desbaratar a los traficantes de droga). El examen de las legislaciones relativas a la droga y de los programas de intervención, la eficacia de la educación como medida preventiva, los efectos de los controles legislativos, figuran igualmente en este programa.

(1) Traducción del francés del Comunicado del Servicio de Prensa del Consejo de Europa, B (76) 81, de 12 de noviembre de 1976, por Manuel Gallego Díaz.

(2) Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Francia, República Federal de Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Malta, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido.

Anteproyecto de Código Penal Colombiano

El pasado mes de septiembre se presentó en Bogotá, al Presidente de la República, don Alfonso López Miclensen, el Anteproyecto de Código Penal para Colombia, por la comisión redactora del mismo.

Su contenido se reparte en 451 artículos, distribuidos en tres libros: Primero, Parte general; Segundo, De los delitos en particular, y Tercero, De las contravenciones.

De ser aprobado este anteproyecto de código por el poder legislativo, se convertiría en el sexto código penal colombiano a partir de la independencia de Colombia en 1819. El primer Código penal colombiano se promulgó en 1837, teniendo como modelo el Código penal francés de 1810; el segundo en 1873; el tercero en 1890; el cuarto en 1922 y el quinto en 1936, texto vigente, con un contenido de 435 artículos dividido en dos libros: Primero, De los delitos y de las sanciones en general, y el Segundo, De los delitos en particular. Este Código se inspiró en modelos italianos.

La elaboración de este anteproyecto fue encomendada mediante Decreto número 416, de 22 de marzo de 1972, a una comisión de juristas formada por los profesores Jorge E. Gutiérrez Anzola, Alfonso Reyes Echandía, Luis Carlos Pérez y otros notables profesionales del Derecho.

Este Anteproyecto de Código Penal Colombiano está editado por el Ministerio de Justicia en un libro de 881 páginas, donde se contienen actas, exposición de motivos y articulados, habiendo sido dirigido por el profesor Alfonso Reyes Echandía.

(RAFAEL ACOSTA)

Jurisprudencia penal 1976

(3.^a parte)

ALFONSO SERRANO GOMEZ
Profesor Adjunto de Derecho penal

Artículo 3.º, párrafo primero. Consumación.

Para la consumación de los delitos de robo y hurto no es necesario que el reo pueda disponer más o menos libremente de lo robado o hurtado y que consiga el fin lucrativo propio de estos delitos, sino que basta que sus actos alcancen la objetividad propia de la infracción delictuosa quedando los objetos durante algún tiempo fuera de la disposición de su dueño, bastando pues para la consumación del delito de robo, que se produzca el apoderamiento de las cosas muebles ajenas con violencia y ánimo de lucro, de forma que la "res furtiva" quede fuera del control de su propietario algún tiempo durante el cual, quien se hubiese apoderado de ella tenga la posibilidad de disposición, aunque sólo sea ideal o potencial, de ahí, que de conformidad con esta doctrina, los hechos que se relatan en el resultando correspondiente de la sentencia recurrida deban calificarse, como acertadamente lo hizo la Sala de instancia, como constitutivos de un delito de robo en grado de consumación, en cuanto que, de los mismos aparece, que los procesados se apoderaron del vehículo en el lugar en el que su propietaria lo había dejado estacionado y después de transportarlo a un lugar oscuro y solitario en el que desmontaron las piezas y accesorios que deseaban, las transportaron a su domicilio siendo sorprendidos por la Policía Municipal cuando realizaban uno de los viajes con el expresado fin, de donde resulta que los procesados realizaron todos los actos ejecutivos integrantes de la figura penal habiendo recorrido íntegramente el "iter criminis", de modo, que la intervención de la Policía se produjo posteriormente, logrando impedir que se produjera el agotamiento del delito. (S. 13 octubre 1976.)

Artículo 3.º, párrafo tercero. Tentativa.

La tentativa de delito, como grado de la vida del mismo y que extiende la punición, supone la realización de acciones ejecutivas, que den ciertamente comienzo a la realización material de la infracción criminal, por hechos exteriores —elemento objetivo, referido a la antijuricidad tipificada—, sin practicarse todos los actos de ejecución que debieran producir el resultado final, y cuyas acciones se deban al plan del autor, a que se refiere el adverbio “directamente” del artículo 3.º, párrafo 3.º del Código penal —requisito subjetivo—; pero aquellos primarios actos ejecutivos que rebasan a los meramente preparatorios, han de incidir sobre el sujeto pasivo del atentado, y en la esfera peculiar del bien jurídico protegido que se pone en indudable peligro o riesgo de lesión definitiva, por penetrar con iniciación causal, en el núcleo del tipo, que se contiene en el verbo principal de la definición, sin alcanzar el pleno desarrollo exigido en la norma, para el superior estadio de la consumación. (S. 6 octubre 1976.)

Artículo 3.º, párrafo tercero. Desistimiento voluntario.

En aquellos ordenamientos punitivos que, como el nuestro, distinguen entre *delito frustrado e intentado*, el acento de la diferencia entre ambos grados de ejecución ha de ponerse en la *adecuación típica* de los actos realizados, de suerte que la estructura del correspondiente tipo delictivo decidirá si se han practicado *todos* los actos ejecutivos que deberían producir el resultado o solamente se ha realizado una parte del *iter criminis* exigido por el tipo en cuestión; siendo, a su vez cuestión distinta la operabilidad del *arrepentimiento activo* en el delito frustrado y el *desistimiento voluntario* en la tentativa, por lo que fijando ahora la atención en este último supuesto, más que a una *indagación psicológica* de los motivos que llevaron al autor a desistir de la inicial resolución delictiva, habrá que atender a la *valoración jurídica* de dichos motivos, en cuyo punto ya se comprende que si los *impedimentos* surgidos se representan en la mente del autor como *absolutos* en orden a obtener el fin propuesto, el desistimiento que de ello se deriva ha de valorarse en todo caso como involuntario; siendo ya cuestión más problemática cuando de *impedimentos relativos* se trate, cuestión eminentemente circunstancial pero en la que cabe anticipar como criterio de validez interpretativa aceptado por esta Sala en buen número de supuestos aquél en que si el sujeto desiste es llevado por un aumento del riesgo con el que no contaba de antemano y surgido durante la propia ejecución (Sentencias de 11 de octubre de 1888, 4 de mayo de 1929, 14 de octubre de 1975, 22 de mayo de 1965), lo que, lógicamente, impide considerar el desistimiento como espontáneo, vale decir voluntario. (S. 7 junio 1976.)

Artículo 8.º, 4.º. Legítima defensa

La doctrina y la jurisprudencia modernas, operando sobre la frase inicial del texto del número cuarto del artículo 8 del Código penal, “el que obra en defensa”, exigen que la reacción se produzca con auténtico “ani-

mus defendendi”, y que el presunto defensor se halle en situación real de “necessitas defensionis” es decir que, es indispensable que la defensa sea *necesaria* —“estado de necesidad defensiva” dicen las sentencias de 7 de octubre de 1971, y 30 de marzo de 1974, “estado jurídico de defensa”, la de 26 de junio de 1973—, lo que comporta que, en aquellos casos, en los que no hubo real y actual riesgo para el bien jurídico protegido de que se trate, por la inidoneidad del ataque, por haberse el defensor anticipado a éste o prorrogado la defensa indebidamente pues el ataque ya había cesado, concurrirá una hipótesis de *exceso extensivo e impropio*, en el que, faltando la necesidad de la defensa, es imposible la estimación de la institución de la legítima defensa, ni como eximente de los números cuatro, cinco y seis del artículo 8 del Código penal, ni como eximente incompleta o atenuante privilegiada del número primero del artículo 9 del mismo Cuerpo legal, si bien, y en esto están de acuerdo todos, podrían operar, en los casos en que la defensa se produzca cuando ya ha cesado el ataque, como provocación atenuatoria, regulada en el número cinco del artículo 9; debiéndose destacar finalmente, que ese exceso extensivo o impropio, debe diferenciarse del *exceso* en los medios, *intensivo o propio*, en cuyo caso existiendo agresión ilegítima —circunstancia primera del número cuatro del artículo 8.º—, pero no proporcionalidad entre los medios de ataque y los de defensa —circunstancia segunda del número cuatro del citado precepto—, no hay legítima defensa completa pero se puede aplicar, por lo menos, la incompleta del número primero del artículo antes mencionado.

Que esto sentado, y partiendo también de que la agresión ilegítima es el bastión inexpugnable de la legítima defensa, piedra angular y requisito capital y fundamental de la misma, sin cuya presencia es inútil la pretensión de aplicar dicha eximente de modo completo e incluso incompleto, y recordando que para que haya agresión ilegítima es perciso un ataque a bienes jurídicos, actual, inminente, ilegítimo y real —sentencia de 12 de noviembre de 1963— “acometimiento real y efectivo” inespulado, violento o injusto —sentencia de 15 de febrero de 1963—, “acto de fuerza injustificada y directa contra la persona agredida” —sentencia de 28 de noviembre de 1964—, o, finalmente, “empleo de fuerza, acometimiento o acción ofensiva con riesgo inminente y concreto” —sentencia de 14 de febrero de 1969—; y que concretamente en el caso de la bofetada, las sentencias de 30 de diciembre de 1902, 30 de enero de 1904, y 17 de abril de 1912, sostuvieron que constituía agresión ilegítima, mientras que lo negaron las de 17 de abril de 1879, 19 de octubre de 1881, 28 de septiembre de 1883 y 24 de noviembre de 1967, de cuyo aparente enfrentamiento cabe inferir que la bofetada podrá tener un carácter y significación *agresivos* cuando constituya acto de ataque que por la corpulencia, robustez, edad y fuerza del que la da e inferioridad física y débil complexión del que la recibe, ponga en peligro *por sí misma*, la vida e integridad corporal de éste, o constituya augurio seguro de mayores males, o naturaleza solamente *ofensiva o injuriosa real*, cuando agravia al receptor de dicha bofetada pero no ponga en peligro su vida e integridad corporal ni signifique pórtico, preludio o prólogo de ulterior continuación agresiva, la que imponga y haga necesaria la consecutiva defensa. (S. 21 octubre 1976.)

Artículo 9.º, 3.º. Menor edad.

Ha de acogerse el único motivo, del fundado recurso del Ministerio Fiscal, que pretende se deje sin efecto la operatividad de la atenuante de menor edad, número 3.º del artículo 9 del Código penal, apreciada sin razonamiento alguno, por la Sala de instancia, siendo así, que de los hechos probados resulta, según las fechas que consigna, que las relaciones amorosas, las inició el inculpado, cuando tenía quince años y seis meses, y que bajo promesa de matrimonio logró captar la voluntad de su novia, e iniciar los yacimientos, cuando ostentaba diecisiete años y siete meses pasados, así como que, la hija producto del embarazo surgido, nació cuando tenía dieciocho años y ocho meses y que por fin, las relaciones —con intimidad— continuaron, hasta que ya había cumplido los veinte años, en que pretendió contraer matrimonio con otra mujer; puesto que si bien es cierto, que le podía amparar tal atenuante privilegiada al inicio de sus relaciones, como el estupro de seducción que cometió, fue de tracto temporal muy amplio —más de cuatro años y medio—, y las intimidades carnales debidas al engaño duraron más de dos y medio, y ya teniendo dieciocho años, pasaron este límite durante dos años y cuatro meses, en su continuidad, también ha de ser cierto, que el delito continuado referido, se estuvo realizando mucho tiempo durante la mayoría de edad penal, y que su consumación, por la ruptura de las relaciones de noviazgo, e incumplimiento de la promesa de matrimonio, falsamente realizada, acaeció cuando tenía más de veinte años, por lo que el beneficio de la atenuación singular referida no es posible concedérselo, como antes doctrinalmente quedó justificado. (S. 5 octubre 1976.)

Artículo 9.º, 5.ª. Provocación.

Dentro de los llamados antaño estados pasionales o de lo que hoy día se denomina móvil determinante, puede incardinarse la circunstancia atenuante quinta del artículo 9 del Código penal, la cual consta: a) de una *provocación*, entendida no exactamente en el sentido del párrafo tercero del artículo 4 del Código penal, sino en el de irritar o estimular a una persona, con palabras o actos, para que se enoje —sentencia de este Tribunal de 7 de febrero de 1901—, o en el de excitar, irritar o incitar a otro mediante palabras, gestos o actitudes —sentencias de 20 de mayo de 1952 y 22 de febrero de 1969—, con voluntad de causar un estado de excitación generador y precursor de la acción criminal; no reputándose provocación la reprensión o recriminación, por fuentes que sean, ni la disputa verbal o el simple estado de discusión, excluyéndose también en los casos de riña, pelea o reyerta, mutuamente aceptada y con recíproco acometimiento, aunque sí puede estimarse concurrente cuando uno de los futuros contendientes, reta o desafía al otro o cuando la incita a reñir con él mediante palabras injuriosas o acciones que supongan agravio u ofensa —sentencias de 12 de diciembre de 1871, 11 de marzo de 1885, 14 de enero de 1953, 4 de junio de 1960, 22 de mayo de 1964, 9 de febrero de 1965, 25 de febrero de 1967, 6 de marzo de 1968 y 12 de mayo de 1969, entre otras muchas—; b) es preciso que esta *provocación preceda*

inmediatamente al delito, esto es, que no medie un espacio de tiempo, mayor o menor, entre el hostigamiento y la reacción, sino que ésta suceda acto seguido de producirse aquél —sentencias de 14 de enero de 1891, 16 de abril de 1902 y 4 de octubre de 1913—; c) que sea *adecuada*, lo que tanto vale como decir proporcionada a la reacción suscitada en el agente y capaz de excitar a éste —sentencias de 11 de octubre de 1943, 28 de noviembre de 1944, 15 de marzo de 1952, 20 de junio de 1963, 2 de febrero de 1968 y 14 de diciembre de 1970—; d) que *provenga del ofendido* y no de tercera persona; y e) que se hallen debidamente probados los hechos concretos integrantes de la provocación, requisito de constancia procesal que ha sido subrayado por las sentencias de este Tribunal de 29 de mayo de 1882, 25 de junio de 1902, 20 de noviembre de 1908 y 22 de abril de 1940. (S. 21 octubre 1976.)

Artículo 9.º, 9.ª. Arrepentimiento espontáneo (analogía).

La atenuante de arrepentimiento espontáneo del número 9 del artículo 9.º del Código penal, requiere subjetivamente un cambio de dolo, demostrado con la aparición de un estado ético-sicológico, de pesar y enmienda, por el mal delictivo realizado, y que además se manifieste espontáneamente, o sea, sin presiones o impulsos ajenos, de manera libre, antes de conocer el agente la apertura de procedimiento criminal, y que por fin objetivamente dé vida, a alguna de las cuatro conductas exigidas en dicha norma, utilitariamente; por lo que la atenuante analógica a la indicada, habrá de ser semejante aunque no idéntica, a los requisitos ideal y material referidos, suponiendo una conducta útil para la Justicia o para el perjudicado, y revestida de un deseo protegible en lo espiritual, pero no puede montarse la misma sobre una restitución económica ínfima de lo total sustraído, en delitos contra la propiedad, sin constancia de otros elementos, pues tal comportamiento, según doctrina muy común de esta Sala, sólo tendrá eficacia en la reparación del daño económico, dentro de la responsabilidad civil, pero no alcance beneficioso en rebajas ostensibles de la punición. (S. 2 junio 1976.)

Artículo 10, 6.ª. Premeditación.

Doctrinalmente, se dice que la premeditación no puede confundirse con el mero propósito de delinquir ni con la meditación que precede siempre a las determinaciones de la voluntad y, partiendo de la clasificación cuatripartita carrariana se distingue entre el *dolo simple*, cuando la voluntad de cometer un delito se ha formado de un modo normal, siendo por tanto, la meditación que de ordinario precede a la ejecución de los actos humanos, el *dolo de impetu*, en el que la voluntad se forma de un modo rápido e instantáneo, el *dolo deliberado* en el que hay un “*espacium deliberandi*” o persistencia en el propósito de delinquir, pero sin serenidad de ánimo, y, finalmente, el *dolo premeditado*, en el que la voluntad se ha formado de modo lento y reflexivo y con un período dilatado de fría incubación. Con lo cual en dicho *dolo premeditado*, se constata un “plus” de culpabilidad, una mayor intensidad dolosa, una mayor cantidad de voluntad criminal y una mayor dosis de libertad, viniendo a constituir una agra-

vante calificada. Pero modernamente dicha agravación se ha sometido a intensa y profunda revisión, superando los llamados criterios *cronológico* e *ideológico* para pasar al *psicológico* y al *sintomático*, valorativo o de los móviles, del cual hay huella en las sentencias de este Tribunal de 25 de marzo de 1957, sosteniéndose: a) la compatibilidad de dicha agravante con los estados emocionales o pasionales; b) que lejos de constituir siempre una manifestación de libertad moral puede integrar una inequívoca y segura señal de obsesión o de perversidad innata; c) que, en ciertos casos, puede ser su concurrencia indiferente, e, incluso, constituir una atenuante toda vez que se han revelado más peligrosos para la sociedad los delincuentes súbitos o de ímpetu, que actúan por motivos fútiles y que carecen de frenos inhibitorios, los que poseen en grado sumo el que premedita, pues, recorriendo un largo trecho entre la ideación y la ejecución, tiene muchas posibilidades de retroceder y de desistir; y d) que constituyendo la contrafigura, polo opuesto o signo contrario de las atenuantes pasionales de ímpetu en las que se exige siempre la concurrencia de un móvil moral o noble, en la premeditación tiene que constatarse la presencia de un móvil perverso o malévolo, inmoral o innoble, pues es más peligroso el que actúa instantáneamente que el que lo hace por móviles nobles o generosos aunque se produzca de modo premeditado.

Los requisitos de dicha agravante son los siguientes: 1.º, *serenidad de ánimo*, o concepción fría, serena, cuidadosa y reflexiva de la perpetración de un delito, planeándolo de modo metódico y ordenado en todos sus detalles ejecutivos; 2.º, *persistencia en el propósito de delinquir*, elemento cronológico que la práctica señaló primero "ad aliquos dies" y más tarde, a veces, del día a la noche o de la noche al día y la Bula papal "In supremo solio" fijó en seis horas, influyendo en algunas sentencias de este Tribunal, el cual, sin embargo, el 26 de enero de 1926 declaró que se trata de un lapso de tiempo o intervalo desde el instante en que surgió la idea criminal hasta que tuvo lugar la realización del hecho y que patente que el culpable persistió tenazmente en su resolución, y, el 30 de mayo de 1947, identificó tal requisito como el tiempo necesario para que, el delincuente, con fría razón, se haga cargo de las consecuencias de sus actos, y sea demostrativo de que perseveró tenazmente en su resolución; y 3.º, que dicha agravante sea *conocida*, es decir patente, acreditada o probada y, de ningún modo, conjeturada o sospechada, requisito en realidad superfluo pues todas las circunstancias modificativas, y no sólo la premeditación, han de estar tan probadas y acreditadas como el hecho punible mismo. (S. 7 junio 1976.)

Artículo 10, 9.ª. Abuso de confianza

La agravante de abuso de confianza aplicable a los delitos de hurto y concretamente en el supuesto contemplado, no viene determinada como erróneamente argumenta la tesis de la defensa, por el vínculo o relación entre la culpable, profesional de la hostelería que prestaba sus servicios en dicha calidad en el hostel y los huéspedes del mismo, objeto del despojo, ni tampoco de las relaciones de amistad, dependencia o cualquiera otra derivada de vínculo social análogo, sino que nace, de la situación favorable en que se encontraba la culpable para la perpetración del delito

y en buscar las ventajas que la misma le proporcionaba para su ejecución, ventajas que de otra manera no hubiera obtenido, siendo indudable los vínculos laborales que las unían al dueño del establecimiento hotelero, por razones del servicio a realizar, lo que supone haber depositado en ella su confianza, obligando a la culpable a guardar lealtad, quebrantándola aprovechándose de las facilidades de que disponía para recorrer todo el *hostal* y en la ocasión más propicia por la ausencia de los perjudicados de sus habitaciones cometer la sustracción. (S. 13 octubre 1976.)

Artículo 10, núm. 16. Morada del ofendido.

Tanto la hipótesis específica de agravación referente al robo en casa habitada, prevista en el artículo 506, número segundo, como la agravante genérica de comisión del hecho punible en la morada del ofendido, cuando éste no hubiera provocado el suceso, establecida en el número 16 del artículo 10 responden, en sustancia y por encima de sus visibles diferencias, a un común designio del legislador de refuerzo, en uno y otro caso, de la protección penal de la vivienda individual o familiar, subrayando, así, enérgicamente, el respeto que, como sede personal, ha de merecer el hogar humano a los terceros, por más que la específica nota agravatoria del robo venga inspirada principalmente —según la jurisprudencia viene insistentemente recordando— en el grave peligro que para las personas representa un insospechado encuentro o enfrentamiento con el malhechor, en tanto que en la agravante genérica predomina la nota moral reprobatoria del desentendimiento por parte del infractor de la reverente consideración debida a la santidad del hogar ajeno, por parte de quien a él accede o en él es recibido a título de visitante, huésped —abstracción hecha del especial supuesto del hurto doméstico— u otro concepto semejante, que particularmente obliga al extraño a un mejor comportamiento; por lo que ni una ni otra previsión agravatoria es aplicable al presente caso de robo con homicidio, en el que decae, por una parte, la razón de ser de la agravación específica, dado el carácter cuasi-familiar de la relación entre él y la víctima y el delincuente, asiduo de la casa, en tales términos que ni podría ser estimado este último ajeno a ella ni insólita o motivadora de alarma su presencia en la misma y, de otra parte y por lo que afecta a la agravante genérica de morada —invocada subsidiariamente, por el Ministerio Fiscal en el segundo y último motivo de su recurso— tampoco puede ser apreciada, al haber sido la propia víctima la primera que, olvidándose del sagrado carácter del hogar, lo desprotegió, como tal, al desnaturalizarlo, llevando a él a quien hasta entonces era su íntimo amigo, con el propósito de entregarse allí ambos a las prácticas sodomísticas a las que el primero era conocidamente aficionado y el otro fingió en aquella ocasión estar dispuesto a acceder, consintiendo, incluso, en algunos lúbricos preliminares, y sin que pueda obstar a esta descalificación moral y, consiguientemente, penal de la vivienda de la víctima el dato de haber sido el propio procesado quien predispusiera a su amigo a tal encuentro en ella, alimentando sus torpes apetitos y esperanzas para poder, con tal pretexto y ocasión, llevar a cabo su propia idea depredatoria,

ya que tal doblez podría, si acaso, dar vida a la agravante de astucia —no alegada ni debatida en el juicio— más no a la de morada, propugnada por el Ministerio Público que, aquí, sería determinante de la imposición de pena capital. (S. 26 octubre 1976.)

Artículo 14. Codelincuencia.

En todos los casos de coparticipación o codelincuencia en la perpetración de un mismo delito, ha de concurrir necesariamente: a) *concierto previo*, acuerdo de voluntades, común resolución del hecho, "negotio criminis" o "pactum scaeleris", realizado por los partícipes con el propósito de cooperar a un fin común, o "animus adjuvandi", el que, como luego se verá, algunos sectores doctrinales, con cierta exageración, exigen sea distinto en los autores que en los cómplices, demandando en el primer caso un "dolo de autor" y, en el segundo "un dolo de cómplice", reñidos, a veces, con la realidad; b) *conciencia de la ilicitud del acto* convenido, de tal modo que el acuerdo y la actividad que posteriormente ha de desarrollarse, tienen que dirigirse o converger a la consecución de un hecho que revista los caracteres de delito; c) *aportación de esfuerzo propio* al deseo colectivo, recíproca cooperación o realización conjunta, teniendo que efectuar, cada uno de los partícipes, algún *acto ejecutivo*, aunque no es necesario que lleven a cabo, personalmente, todos los actos que integren la perpetración de que se trate, reputándose ejecutivas las acciones que, una vez conocido el plan delictivo, aparecen como partes integrantes del comportamiento típico; y d) *causalidad* de la conducta de los partícipes respecto al resultado, o cooperación causante en la codelincuencia *principal*, que es sólo cooperación no causante en la coparticipación *secundaria*. (S. 21 octubre 1976.)

Artículos 14 y 16. Autoría y complicidad (diferencias)

La distinción entre autoría y complicidad, además de interés especulativo, tiene trascendencia práctica, pues hoy día, el Código español, sanciona a estas formas de participación, con diferente pena; existiendo respecto a este punto tres teorías que tratan de señalar los linderos o fronteras que separan ambos conceptos, a saber: 1.º, *la objetiva*, conforme a la cual, autor es el que realiza una característica del tipo y cómplice el que sin realizar ninguna característica del tipo contribuye a su efectucción con actos preparatorios o con actos de ayuda prestados en el momento de la perpetración del hecho; 2.º, *la subjetiva*, calificada por muchos de insostenible, y conforme a la cual, autor es el que quiere el hecho como propio —"animus auctoris"—, y cómplice quien lo quiere como ajeno —"animus socii"—; y 3.º, *la objetiva material*, que es aquella que reputa autor al que tiene el dominio final del acto, entendiendo por autoría el doloso tener en las manos el curso del suceso típico, o bien, el poder de suspensión e interrupción del hecho, derimiendo, finalmente, al coautor como al cotitular del dominio final del acto. Pudiéndose ob-

tener de la conjunción de las tres teorías un criterio divisorio(según el cual, autor material y directo será el que, con evidente protagonismo, realiza o ejecuta, de propia mano o a través de un instrumento inconsciente, los actos nucleares, capitales o fundamentales constitutivos del tipo penal de que se trate, mientras que cómplice es el que perpetra actos periféricos, de carácter auxiliar, accesorio o complementario, no causantes ni generantes del resultado, aunque coadyuven a su obtención de modo no necesario. (S. 21 octubre 1976.)

Artículo 24. Retroactividad.

A los solos efectos de atacar el haberse aplicado al procesado en la sentencia de instancia, la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de reincidencia del número quince del artículo 10 del Código penal, se formula el único motivo de casación del presente recurso, fundamentándolo en ser la anterior condena impuesta al culpable por delito de apropiación indebida de 20 de marzo de 1974 y estableciéndose en el artículo 24 del Código penal que las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, al modificarse las cuantías de determinados artículos del citado Código por la Ley de 28 de noviembre de 1974, la apropiación indebida por la que fue condenado el procesado puede no ser constitutiva de delito, argumentación que queda por completo desvirtuada al establecerse en el párrafo segundo de la disposición transitoria de dicha Ley de cuantías que las sentencias ya ejecutadas no se rectificarán, a efectos de antecedentes penales, por razón de las variaciones de cuantía que para la calificación de ciertos delitos se establecen en esta Ley. (S. 28 septiembre 1976.)

Artículo 69. Delito continuado.

Dos son las hipótesis básicas que sirven para fraguar la unidad culpabilística en que fundamentalmente reposa el llamado delito continuado: Aquella en que, ya *ab initio*, el culpable planea la sucesiva concate-nación de acciones para lograr el final delictivo previsto (el total apoderamiento o defraudación cuando de infracciones patrimoniales se trata) y aquella otra en que creando el *climax* adecuado por la inicial acción delictiva puesta por el infractor, éste va aprovechando las ocasiones iguales o semejantes que se van ofreciendo a su designio criminoso para reiterarlo, a modo de recaída en la tentación, de suerte que así como en el primer caso el dolo unitario se sustenta en la unidad de plan preconcebido, en el segundo supuesto es tan sólo la unidad de ideación o de propósito, con pluralidad de sucesivas voliciones, la que sirve para fundar la homogénea culpabilidad que se propugna en esta figura delictiva, la cual acaba de recortarse si, junto a dicho esencial requisito subjetivo, concurren las demás abrazaderas o conexiones de corte objetivo, en especial la de unidad de precepto penal violado y un cierto contexto espacial-temporal, de modo que no existiendo grandes cortes o cesuras en ta-

les aspectos locativos y cronológicos, no pueda decirse que se rompió aquel unitario plan o, al menos, aquella unitaria ideación o designación del culpable. (S. 22 septiembre 1976.)

La mejor doctrina científica entiende perfectamente posible la continuación delictiva aun cuando las acciones que la integran sean unas consumadas y otras intentadas (o frustradas) siempre y cuando se dé la violación de la misma norma fundamental y concurren, como es lógico, los demás requisitos del delito continuado, en especial el de su homogénea culpabilidad; y ello es así no sólo por dicha razón técnica de la unidad de tipo penal violado, sino, además, por una razón fundamental de justicia material, pues si concurrendo las necesarias conexiones que dan vida a la figura delictiva de que se trata, la misma se disgregará en atención al distinto grado de ejecución de alguna de sus acciones integrantes, fácilmente se echa de ver que se haría de peor condición al reo de esa dualidad o pluralidad delictiva que al que, habiendo logrado consumir toda la serie de acciones, se le imputara, por lo mismo, un solo delito, premiándose así el éxito total en la empresa delictiva, frente a su parcial fracaso; siendo problema distinto el de la penalidad a imponer cuando de delitos patrimoniales se trata, tan íntimamente vinculados a su cuantía en la legislación patria, en cuyo caso, si bien la norma fundamental o primaria infringida sirve de abrazadera para la continuación, ello ha de ser sin detrimento para que recobren su imperio las normas complementarias o secundarias que castigan el delito imperfecto, si se da el caso de que, a virtud de dicha cuantía patrimonial pudieran sancionarse con mayor pena el delito intentado o frustrado, pues en tal caso, habría un verdadero concurso de normas en la que el principio de alternatividad y mayor rango punitivo, consagrado de manera general en el artículo 68 del Código penal, impondría el desplazamiento de la norma de la consumación por la de la imperfección delictiva en cuanto esta última atrajera superior castigo. (S. 28 septiembre 1976.)

De conformidad con el criterio objetivo-subjetivo, acogido por la mayor parte de la doctrina científica y también por los Tribunales de casación de la mayor parte de los países europeos y americanos, esta Sala viene exigiendo para la calificación de un hecho como delito continuado una serie de requisitos no sólo objetivos, como son: a) una pluralidad de acciones u omisiones homogéneas realizadas por el mismo sujeto; b) que tales acciones u omisiones vulneren una o más disposiciones legales dirigidas a la protección del mismo bien jurídico patrimonial; c) que tales conductas guarden cierta relación espacio temporal entre sí, bien por su ejecución en un mismo tiempo o en una ocasión, o bien por la utilización de las relaciones o del idéntico "modus operandi"; sino también subjetivos, como la "unidad de propósito o resolución" respecto a todas esas acciones, elemento denominado más modernamente "dolo conjunto", "unitario" o "planificado" que constituye una verdadera abrazadera psíquica para las mismas y puede traducirse en una unidad de culpabilidad, consistente en la formación mental de un proyecto, plano o programa intelectual o ideal, en que figuran ordenadas todas aquellas acciones u omisiones diversas, dirigidas a la consecución de un resultado volitivamente

querido, previo conocimiento y representación de las particularidades objetivas a través de las cuales ha de desenvolverse la actuación delictuosa, sin que tenga que darse en cambio forzosamente como dato preciso e indispensable la unidad de sujeto pasivo de los singulares delitos cometidos contra el patrimonio en los que los titulares del bien jurídico lesionado pueden ser diversos como establecen las Sentencias de 30 de septiembre de 1967; 16 de junio de 1972 y 14 de abril de 1973, entre otras, o constituir una colectividad o sujeto pasivo masa (Sentencia de 12 de febrero de 1969); ni tampoco es preciso el elemento negativo de la imposibilidad de individualización o determinación de los hechos, que en realidad constituye un dato inoperante para una correcta valoración de la culpabilidad unitaria exigida, que es precisamente lo que da vida y justifica la creación de esta forma de delitos, ya que la mayor parte de las veces no depende más que de un mero defecto de prueba derivado de la mayor o menor acuciosidad o celo empleado por el instructor o por la acusación en lograr la individualización de los hechos, circunstancia que en justicia no debería ser tenida en cuenta por ser ajena a la culpabilidad del acusado, que según el criterio adoptado modernamente en la evolución del Derecho penal que sienta el principio que cada cual debe ser castigado con arreglo al grado de intensidad de la culpabilidad exteriorizado en la comisión del hecho típicamente antijurídico y no atendiendo a elementos extraños puramente circunstanciales, como el de la individualización de los hechos en sus fechas y resultados, que esta Sala ya ha declarado innecesario en la Sentencia de 22 de octubre de 1970, 24 noviembre 1972 y 14 abril 1973. (S. 9 octubre 1976.)

Artículo 236. Atentado.

Es indispensable atenerse al hecho probado de la sentencia de instancia, que declara de forma tajante estar autorizados los Guardias Forestales para realizar sus funciones sin llevar el uniforme reglamentario, lo que en forma alguna desvirtúa el nervio de la teoría de defensa, insistiendo repetidamente con diferentes argumentos ser indispensable tal uso de uniforme para el ejercicio de sus funciones como guarda, lo que en realidad constituye la base del recurso, ahora bien, cuando la Audiencia, efectuando estudio y resumen de las pruebas practicadas en autos, dice lo contrario, a ello es preceptivo atenerse, con mayor razón si se añade de facto que el guarda llevaba viviendo en San Juan dieciséis años y con anterioridad en varias ocasiones, por pastoreo abusivo, había denunciado al procesado, por lo que éste, el día 4 de noviembre de 1974, al llamarle la atención el guarda para que no entrara con su ganado vacuno en la repoblación forestal conocida por "Can Guillén", al mismo tiempo que le dirigía insultos sumamente soeces al agente de la autoridad, le agredió con el bastón que llevaba, causándole heridas inciso-contusas en diferentes partes de la cabeza, por lo que claramente menospreció el principio de autoridad que aquél ostentaba, incurriendo en el delito previsto y sancionado en el párrafo 1.º del artículo 236 del Có-

digo penal y en la falta incidental de lesiones del artículo 582 del mismo texto legal. (S. 2 junio 1976.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas.

El recurso se fundamenta en la falta de voluntariedad y de coincidencia de su ilicitud por el procesado; intencionalidad que para dejar de apreciarla, eliminando la presunción "iuris tantum" establecida en el párrafo 2.º del artículo 1.º del Código penal, es necesario sea ofrecida una prueba contraria a ella, conteniéndose en la resultancia de la sentencia declaraciones de hecho que la excluya, lo que en modo alguno sucede en el supuesto debatido, afirmándose en el relato fáctico cómo al procesado, sujeto de malos antecedentes, condenado, entre otros delitos, por tres de robo, le fueron ocupadas en su propio domicilio, calle Alenza, por funcionarios de orden público, dos pistolas, una marca "Star", calibre 9 milímetros con el número ilegible y otra, marca "Walter" calibre 22 milímetros de largo, un cargador con ocho balas del mismo calibre, un paquete conteniendo veinticuatro balas de 9 mm., seis balas sueltas de 22 mm. y dos cajas de cincuenta balas del mismo calibre, encontrándose tanto las armas como las municiones en perfecto estado de conservación y funcionamiento, por lo que indudablemente se ha cometido el delito de riesgo y peligro previsto en el artículo 254 del Código penal, estimado por la doctrina con el carácter de formal, bastando para su consumación la tenencia de las armas sin cumplir los requisitos establecidos en el Reglamento de Armas y Explosivos de 27 de diciembre de 1944. (S. 11 noviembre 1976.)

Artículo 302, 6.º. Falsedad en documento oficial.

En el relato fáctico de la sentencia recurrida se contienen datos más que suficientes para apoyar, como propugna el *primer motivo* del recurso, el delito continuado de falsificación en documentos oficiales en lugar de los trece que se imputan al procesado que recurre, una vez que se afirma que el abandono de los automóviles de que se trata en causa era llevada a cabo con un *plan preconcebido* por un grupo de personas que se dedicaban al tráfico ilegal de compra-venta de coches que primero introducían los automóviles extranjeros en territorio español y luego acudían a la subasta de aquellos otros abandonados, tras conseguir manipular los facsímiles de los números de motor y bastidor que daban base a los certificados de adjudicación de los vehículos subastados, de suerte que tales certificados eran luego empleados en la matriculación de los introducidos ilegalmente; de cuyo grupo de personas formaba parte el recurrente y su co-reo, que eran quienes, llevados de su amistad del secretario de la Delegación de Hacienda —organismo encargado de la subasta y adjudicación de los coches— y abusando de la confianza en ellos depositada por aquel funcionario, fueron cambiando los facsímiles originarios y correspondientes a los automóviles abandonados por los corres-

pondientes a los entrados subrepticamente en España, para así poder legalizar posteriormente su matriculación y tenencia; de suerte que una vez sentada esa premisa fáctica, reveladora suficientemente del plan unitariamente concebido y luego ejecutado de manera fraccionada a lo largo de los años 1967 a 1969, no puede ignorarse que en el arranque de toda la conducta enjuiciada se da pristina e indubitable la *unidad de dolo* en su versión más estricta, sin que la diversidad de automóviles abandonados y subastados en trece ocasiones distintas, puedan romper aquel unitarismo inicial, antes bien, los refuerzan puesto que se da igualmente el aprovechamiento de semejantes ocasiones, se perjudica a un mismo sujeto pasivo, la Hacienda Pública, defraudada por la clandestina importación de coches y se da unidad de precepto penal violado, la falsedad en documentos oficiales prevista con igual *modus operandi* en el número sexto del artículo 302 del Código penal y cometida por particular según lo sancionado en el artículo 303 del propio Código; razones todas que deben llevar a estimar la existencia de un delito continuado de falsedad en documentos oficiales con independencia de que ello pueda favorecer al reo, pues ya se ha dicho que fueron superadas las consideraciones pietistas que están en el origen de la institución desplazadas por otras rigurosamente técnicas y acomodadas a la realidad en que debe inspirarse todo derecho punitivo; sin que ello quiera decir que dada la importancia y alcance plural de la actividad desplegada por los procesados no deba tenerse en cuenta lo dispuesto en la regla cuarta del artículo 61 del Código penal a los efectos de un condigno señalamiento de pena, aunque la misma no deba rebastar los beneficios penales a que el recurrente pueda tener derecho, para no incurrir en "reformatio in peius". (S. 6 octubre 1976.)

El "modus operandi" incriminado en esta causa es el comprendido en el número 6 del artículo 302 del Código penal, no hay duda de que será preciso para la tipicidad de la conducta que, en documento primitivamente verdadero, se realicen interpolaciones, añadidos, complementos de textos o intercalaciones, o bien cambios, mutaciones, supresiones o desfiguraciones del referido texto que, con apariencia de verdad, varían esencialmente el contenido, significación o trascendencia del referido documento. Pero, tratándose de documento privado, cobra especial relieve el problema del momento en que se considera acabado o completo y, por tanto, íntegro e intangible a los efectos del núm. 6 antes mencionado. Y por más que es frecuente sostener que el documento privado queda ultimado cuando ha sido redactado y suscrito por los otorgantes, deduciéndose así de lo prescrito en el artículo 1.225 del Código civil, es lo cierto que, examinado el contexto de los artículos 1.228 y 1.229 del mismo cuerpo legal, se deduce la eficacia de los documentos o notas firmadas por los otorgantes e incluso el de los meramente escritos aunque no firmados, si bien en este último caso ha de tratarse, naturalmente, de manuscritos autógrafos, es decir, redactados manualmente o de puño y letra por aquella persona a quien han de perjudicar. Lo que comporta que el documento privado podrá ser de redacción mecanografiada o impresa, e incluso manuscrita por un tercero o por uno de los otorgantes, y en tal caso

será indispensable la suscripción del mismo por todos los intervinientes, y desde el momento de dicha suscripción, el documento quedará debidamente terminado y en condiciones de idoneidad objetiva para la práctica de las alteraciones o intercalaciones a que se refiere el núm. 6 del artículo 302 antes citado, o, por el contrario, de redacción manuscrita o suscripción no es siempre indispensable para que el documento se reputa concluso y constituya materia proclive a las variaciones referidas (S. 13 octubre-1976.)

Artículo 303. Falsedad (delito continuado).

El segundo motivo tiene por base la infracción por aplicación indebida del artículo 302 del Código penal —precepto que ha sido aplicado tan sólo en su relación con el artículo 303, al que indudablemente quiere referirse el recurrente dado el fundamento del recurso— impugnando el recurrente la calificación de los hechos como constitutivos de cinco delitos de falsificación de documento mercantil cometidos por particular, cuando las cambiales las aportó el procesado a la reunión ya firmadas las cinco, y argumentando que se trata de un delito continuado al no llevar a cabo cinco conductas delictivas, ni realizó la falsificación de las firmas en actos aislados de lugar y tiempo, sino que fueron realizados continuadamente y como integrantes de un solo quehacer delictivo; motivo éste que debe ser estimado al aparecer de relación fáctica la concurrencia de todos los requisitos del delito continuado, destacando la voluntad unitaria culpable, verdadero eje y sustancia del delito continuado, como lo viene calificando, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 3 de mayo y 4 de diciembre de 1968 y 22 de octubre de 1970, pero las falsificaciones se hicieron, además, en el mismo tiempo, empleando los mismos medios comisivos y fueron entregadas unitariamente en la misma reunión y a las mismas personas, ello unido a la unidad de patrimonio lesionado o potencialmente lesionado; procediendo en su consecuencia estimar este segundo motivo de fondo para condenar por un solo delito continuado. (S. 5 octubre 1976.)

Artículo 303. Falsedad en documento oficial.

Para la integración del delito de falsedad documental del artículo 303 del Código penal, se exigen determinados requisitos, alguno de los cuales afectan al sujeto activo del delito, que ha de tratarse de un particular; en cuanto al documento ha de ser público u oficial, letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles; en cuanto a la mecánica comisiva ha de cometer alguna de las falsedades designadas en el artículo 302 del propio Código, que afecte a la sustancia, trascendencia o extremo fundamental del documento y tenga potencia e idoneidad suficiente para provocar un daño real en el tráfico jurídico o mercantil; y por fin, en cuanto al elemento subjetivo, ánimo, dolo o intención del agente, ha de tener conciencia de alterar la verdad y voluntad de alterarla. (Sen-

tencias de 10 de febrero y 17 de mayo de 1972, 16 de mayo y 24 de septiembre de 1973.)

En el desarrollo de tal doctrina este Tribunal tiene declarado que tienen el carácter de oficial, los documentos privados unidos a actuaciones oficiales, porque quedan amparados por la legalidad y veracidad de éstas, incluso los privados con visos de legalidad, en cuanto aparentan situaciones protegidas por el poder, consagrando errores para los particulares; los impresos verdaderos falsamente rellenos, siempre que afecten a la esencia o extremo fundamental del documento, como la potencia para daño real en el tráfico jurídico, abarcan tales alteraciones por el dolo del agente. (S. 30 septiembre 1976.)

En el caso presente, cometido el delito de falsificación de documento oficial extranjero en el territorio de la República de Venezuela, es obvio que corresponde a los Tribunales de dicho país el enjuiciamiento, y, en su caso, punición de tal conducta, con lo que habiendo sido juzgado y condenado en España el procesado, en principio, no cabe duda de que la Audiencia "a quo" cometió el error "in iudicando" denunciado por el impugnante al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 303 y 302, 9.º, del Código penal y 339 y 340 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; sin que quepa aplicar el artículo 335 de dicha Ley, para mantener la competencia de los Tribunales españoles, como pretende el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso por escrito, toda vez que, aun siendo cierto que el delito de falsificación comenzó a cometerse en España al escribir el procesado desde el territorio nacional a Venezuela, interesando de un amigo incógnito que le obtuviera un permiso de conducir falso y enviándole al efecto seis mil pesetas como quiera que la *inducción* para la perpetración de un delito, que es como podría calificarse esta inicial conducta —con un autor moral, el procesado, y otro material, su amigo residente en Venezuela—, *por sí sola* y a menos que *sea eficaz* y vaya seguida de la ejecución del delito por parte del inducido o instigado, carece de virtualidad y constituye un a modo de acto preparatorio impune, es lo cierto que el acto delictivo falsario se perpetró y consumó en Venezuela, y ya es sabido que, a tenor del propio artículo 335, no pueden castigar los Tribunales españoles aquéllos actos integrativos del "iter criminis" realizados en España pero que *no constituyan por sí delito*.

Lo expuesto no excluye la posibilidad de castigar en la segunda sentencia al procesado, como reo de un delito de uso de documento oficial falsificado, comprendido en los artículos 304, 303 y 302, núm. 9, del Código. Pues, *por una parte*, la doctrina más calificada sostiene, ante el silencio del Código, la completa equiparación de los documentos oficiales extranjeros con los españoles a efectos del delito de falsedad siempre y cuando el documento de que se trate sea capaz de producir efectos dentro del territorio español y de su sistema jurídico, añadiendo que si se trata de falsedad de documentos extranjeros perpetrada en España será siempre punible por aplicación del elemental principio "locus regit actum" y la cometida en el extranjero, bien en documentos españoles bien en documentos extranjeros, y tanto sea llevado a cabo por nacionales como por no nacionales, sólo será punible en los casos del artículo 336 de la Ley

Orgánica, y *por otra*, es indudable que, con independencia del lugar de perpetración del delito, el procesado, a sabiendas, usó en España el documento falsificado, con intención de beneficiarse de él obteniendo un permiso de conducir español, o utilizando el propio permiso falsificado que, al estar redactado en el idioma castellano, autoriza a su titular para conducir vehículos por vías públicas españolas, tal como dispone el artículo 261, II, d) del Código de la circulación. (S. 20 octubre 1976).

Artículo 306. Falsedad en documento privado.

Si se trata de documentos privados, cuya falsedad se castiga en el artículo 306 del Código penal, será preciso: a) la "mutatio veritatis", alteración de mudamiento de verdad, con tal de que la inveracidad o mendacidad recaigan sobre extremos trascendentes o importantes y no sobre aspectos inocuos e irrelevantes; b) que dicha alteración de la verdad se efectúe mediante cualquiera de los medios comisivos enunciados en el artículo 302 del Código penal, siquiera sea preciso reconocer la inidoneidad de algunos de ellos —7.º y 8.º— para operar sobre documentos privados; c) que la inveracidad se efectúe en documento privado, entendiendo por tal no el definido en la angosta sentencia de 22 de octubre de 1908 —famosa precisamente por no haber acertado en su intento conceptual—, sino el aceptado comúnmente que lo define como, documento en el que, sin intervención, como tal, de fedatario o funcionario público, una o varias personas crean, modifican o extinguen una relación jurídica, preconstituidamente y con finalidad probatoria, y que no sean públicos, oficiales o de comercio —elemento negativo éste último, que es indispensable para la adecuada concreción, como han destacado la doctrina y la jurisprudencia representada por las sentencias de 12 de diciembre de 1974, 6 de diciembre de 1975 y 13 de febrero, 18 de marzo y 15 de junio de 1975, entre otras muchas—; d) que exista y se constate el llamado *dolo falsario*; y e) que, además, concorra, bien el elemento normativo consistente en *el perjuicio a tercero*, o bien el elemento subjetivo del injusto o ánimo de causar tal perjuicio, propósito específico que, con unanimidad, la doctrina y la jurisprudencia, reconocen que no es el "lucri faciendi", sino el *dolus damnosus*. (S. 13 octubre 1976.)

Artículo 344. Delitos contra la salud pública.

La doctrina de esta Sala venía estimando en la antigua redacción del artículo 344 la presencia de un delito de peligro abstracto, en que para existir bastaba la posibilidad del resultado dañoso para las personas en colectividad, teniéndolo por consumado el delito, por la simple posesión de drogas tóxicas o estupefacientes en disposición de venta, aunque no se hubiere traspasado la posesión, y al margen de la presencia incluso de lucro, ajeno a esta figura, por lo que entendía, que la mera tenencia de la sustancia unida al deseo de enajenarlas consumaba la infracción; calificación, que las posteriores reformas del Código penal afectante a tal norma, ratificaron como acertada, pues la de 8 de abril de 1967, título "ex novo"

el capítulo que contenía dicho artículo 344 “De los delitos de riesgo en general”, y la de 15 de noviembre de 1971, que modificó con mayor rigor y amplitud el contenido de tal norma, acogió, en sus numerosos verbos típicos, todo el ciclo de producción económica, e incluso el ciclo jurídico, que se refieren respectivamente, a la creación, o expansión de dichas sustancias, persistiendo el fenómeno de consumación anticipada por la mera existencia de un riesgo abstracto, y la ausencia de formas imperfectas, lo que se pone de relieve, al tipificar, la simple “tenencia” de la droga, tóxica o estupefaciente, siempre que anímicamente, el poseedor, tenga el propósito de destinarla posteriormente al tráfico, en cualquiera de sus modalidades —elemento subjetivo del injusto—, o lo que es lo mismo, la “tenencia con tendencia de tráfico” es delito del artículo 344, a diferencia de la tenencia para el propio consumo, en que por faltar el indispensable tráfico, resulta comportamiento impune, sin perjuicio de su posible encaje dentro del “tipo de autor”, y de la legislación sobre Peligrosidad Social —Ley de 4 de agosto de 1970—. (S. 7 octubre 1976.)

El artículo 344 del Código penal común, previendo y sancionando la ilícita y subrepticia expansión de drogas tóxicas o estupefacientes, se integran y perfeccionan de una parte por la concurrencia de un elemento interno o psicológico caracterizado por la conciencia del agente de carecer de autorización o justificación legal requerida para llevar a cabo cualquiera de los actos enumerados en dicho precepto, y de otro elemento de naturaleza objetiva y externa, constituido por la ejecución a sabiendas de actividades de transporte, tenencia o tráfico finalísticamente encaminado a promover, facilitar o favorecer el uso o expansión de sustancias o drogas nocivas a la salud, sin que la propia índole de esta tipicidad delictiva por ser de tendencia y riesgo preciso para su consumación del resultado material de un daño o lesión concreta en los bienes jurídicamente protegidos, que no es la salud individual, sino la colectiva o general puesta en peligro por la difusión, utilización y comercialización de las sustancias nocivas, bastando para que el delito se perfeccione, con la creación de una situación real que conduzca o dé lugar a dicho riesgo y peligro con probable certeza, de ahí que esta clase de infracciones consideradas por la doctrina científica y jurisprudencial de resultado cortado, sean difícilmente apreciables las formas delictivas imperfectas, y asimismo que cuando de las actuaciones sólo se acredita la tenencia y transporte ilegal de la sustancia nociva, el Tribunal “a quo” ante la presencia de los hechos enjuiciados, partícipes activos, y circunstancias concurrentes, siente con la mayor certeza convincente posible, el destino potencial de aquélla y el ulterior designio y finalidad de su tenedor, a efectos de valorar si la posesión es con exclusivo propósito de consumo personal o de transmisión a terceros, que es propiamente lo que criminaliza el artículo 344 citado. (S. 22 octubre 1976.)

Artículo 399. Malversación de caudales públicos.

El artículo 399 del Código regulador del delito de malversación, que la doctrina denomina, con el término de impropia, se abarcan dos figuras

similares, donde la diferencia última radica en la clase de fondos malversados: a) fondos, rentas o efectos provinciales o municipales o de pertenencia a establecimientos de instrucción o beneficencia, b) caudales embargados, secuestrados o depositados por Autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. Respecto de esta segunda figura delictiva del texto legal se derivan como requisitos esenciales del delito: 1.º En cuanto al sujeto activo que sea administrador o depositario de caudales. 2.º En cuanto al objeto de estos caudales, en su más amplio sentido, aunque pertenezcan a particulares, se encuentren embargados, secuestrados o depositados por Autoridad pública. 3.º En cuanto al "modus operandi" que el administrador o depositario, los sustraiga o consiente que otro lo haga, o se produzca la sustracción por abandono o negligencia; o se aplique a usos propios dichos caudales a destino diferente, nieguen a entregar las cosas o rechazaren el pago (artículos 394 a 398 del Código penal). Cuando media embargo de bienes en procedimiento judicial, habrá de probarse el hecho de la traba, el nombramiento y aceptación del depositario o administrador y el acta de disposición. (S. 8 octubre 1976.)

Artículo 408. Homicidio en riña tumultuaria.

Lo característico de esta figura no es sólo la especial dinámica comisiva —confusión y tumulto— sino el desconocimiento del autor del resultado lesivo principal —muerte y lesiones—, constando en cambio el de los secundarios —lesiones o violencias—, añadiéndose, por ciertos sectores doctrinales, que es una concesión al espíritu pragmático más burdo, una responsabilidad objetiva disfrazada y un homicidio, en el caso del artículo 408, que se achaca arbitrariamente a una persona por la comisión de actos no homicidas sino lesivos o violentos. Y siendo sus requisitos o elementos constitutivos los siguientes: a) *sujeto activo* lo es cualquiera de los que riñen, pero siendo delito esencialmente plurisubjetivo, han de intervenir más de dos personas, aunque el Código español, a diferencia de otros, no lo exige expresamente, habiendo declarado la sentencia de este Tribunal de 29 de noviembre de 1947 que debe concurrir pluralidad de ofensores y de ofendidos; b) *sujeto pasivo*, lo es el fallecido a consecuencia de la reyerta; y c) *la acción* o dinámica comisiva se compone de un elemento *positivo*, otro *negativo* y, finalmente, un último *subsidiario*; el elemento *positivo* es la riña, reyerta, pendencia, pelea o quimera, confusa y tumultuaria, es decir gregaria, amorfa, caótica y anárquica, de todos contra todos, entremezclándose los contendientes de tal modo que es imposible aislar o singularizar las acciones combativas de cada uno y el resultado concreto de las mismas, siendo preciso destacar que, *por una parte*, aunque este Tribunal en sentencias de 12 de enero de 1872 y 6 de diciembre de 1882, sostuviera que las banderías determinadas destruyen la figura delictiva específica, la tendencia actualmente dominante —véase sentencia de 7 de marzo de 1961—, sostiene que lo importante es que, con bandos o sin ellos, haya habido una pendencia de signo caótico, y que, *por otra*, si hay concierto previo, aunque sea tácito, para lesionar o matar a un tercero, no se aplicará el artículo 408 aunque el acometi-

miento fuera tumultuario —sentencia de 14 de abril de 1952—; *el elemento negativo*, absolutamente esencial, consiste en desconocerse o ignorarse el autor de la muerte, habiendo declarado este Tribunal, en sentencias de 11 de noviembre de 1895, 14 de octubre de 1924 y 20 de mayo de 1946, que por mucha confusión y caótico tumulto que hubiere en la campal pelea si se sabe quien es el autor jamás habrá lugar a la especialidad del tipo; y el *elemento subsidiario*, radicante en que, no conociéndose la identidad del autor, conste la de quien infirió al fallecido heridas graves, o, en su defecto, ejerció violencias sobre la persona del mismo, de tal modo que la responsabilidad de la persona incógnita se extiende a los autores conocidos de actos concomitantes agravándola en razón a su eficacia. (S. 21 octubre 1976.)

Artículo 420, 2.º. Lesiones.

Debe acogerse el motivo del recurso del Ministerio Fiscal, pues si el hecho probado determina, que el procesado, por imposición personal impropcedente, con motivo de querer bailar con una incipiente mujer, agredió a un joven muchacho de diecisiete años, que era su pareja, dándole diversos golpes y un 'rodillazo en los testículos, que le produjo graves lesiones, de las que curó en ochenta y un días, con pérdida del testículo izquierdo, que le tuvo que ser extirpado, quedándole la reducción de un 50 por 100 de la capacidad germinativa y hormono-secretante, no se concibe, cómo en su calificación, la Audiencia, pueda estimar, sin razonamiento alguno, esta ablación, como mera "deformidad", comprendida en el núm. 3.º del artículo 420 del Código penal, porque no reúne las características que esta Sala exige para su presencia, de fealdad y visibilidad externa, y aunque pueda ser, que subconscientemente estimare, que tal ausencia glandular, mereciera sólo la valoración de "miembro no principal", recogida en el mismo tipo delictivo, es lo cierto, que esa calificación, como postula el Ministerio Fiscal, y antes quedó demostrado, era, a su vez, imposible de acoger, debiendo sustituirse por la pérdida de un miembro principal, por tratarse de un órgano con relevante misión para el desenvolvimiento de la función generatriz, endocrínica y libidinosa del cuerpo humano, que queda muy afectada en el ofendido —en su mitad—, tratándose de un órgano con función autónoma, a pesar de ser bilateral, y cualitativamente esencial, en valoración comparativa con otros del cuerpo humano, por lo que el delito a aplicar, es el definido en el núm. 2.º del artículo 420 del mismo Código, que agrega a la pena de prisión menor, ya impuesta por la Audiencia, la de multa. (S. 6 octubre 1976.)

Artículo 420, 3.º. Lesiones.

En la relación de hechos declarados probados aparece no tan solo la concurrencia de todos los elementos que según la doctrina y la jurisprudencia constituyen el delito de lesiones, sino también la agresividad del procesado que encontrándose acompañado de una señorita y estimando era observado por un viandante, se dirigió al mismo sosteniendo con él agrias palabras, siguen diciendo los hechos probados, pasando a las vías de hecho y sufriendo el citado viandante heridas de las que tardó en curar ciento

dos días, sin defecto ni deformidad, acción ésta de pasar a la vía de hecho que la resultancia fáctica atribuye tan sólo al procesado y que ha de presumirse voluntaria en virtud de la presunción "iure iunctum" establecida en el párrafo 2.º del artículo 1.º del Código penal, al no haberse probado lo contrario, que es reprochable al procesado, pues es sabido que en los delitos cualificados por el resultado basta —como dice la sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 1975— se constate la presencia de un dolo genérico, indeterminado, indiferenciado o general de lesiones, sin que sea preciso que el agente se represente y quiera un resultado de concretas y específicas lesiones, de duración predeterminada, prefijada y de gravedad mayor o menor, es decir que, es suficiente con que la intención delictiva se proyecte y gravite sobre el simple hecho de ofender físicamente a otro, pero son que importe —en orden a la culpabilidad— que el resultado lesivo sea más o menos relevante y que fuera o no querido por el agente en su exacta, cuando no matemática, dimensión; por lo que concurren o se dan en el suceso el elemento, que niega el recurrente que concorra, de voluntad de lesionar o "animus laedendi o vulnerandi"; pero es que aun en el supuesto de que se tratase de una riña mutua y libremente aceptada, en que degenerase las agrias palabras que la precediera, cada uno de los contendientes sería agresor recíproco del otro y ambos sujetos activos y pasivos de la transgresión de orden jurídico. (S. 9 octubre 1976.)

Artículo 430. Abusos deshonestos.

Ya es tema clásico en la jurisprudencia el de si el beso erótico, dado contra la voluntad de la mujer, basta a constituir por sí mismo el delito de atentado al pudor ajeno —de abusos deshonestos violentos en nuestro meridiano jurídico— o más bien una simple contravención sin mayor trascendencia punitiva; tema eminentemente circunstancial si los hay, puesto que como viene afirmando esta Sala en sus últimas resoluciones, la distinción debe ser ensayada no sólo con arreglo a criterios *cuantitativos* de gravedad —como lo confirma *a sensu* contra el artículo 567-3.º del Código penal— sino también conforme a *criterios cualitativos*, por modo que así como en el delito se quebranta de modo preponderante la libertad sexual individual, ya de forma real y directa, ya presunta o indirecta dada la edad menor de doce años de la ofendida, en la paralela falta citada, la mayor nimiedad de tales embates a la pudicia ajena —el simple beso como más representativo— viene compensada por su mayor trascendencia a las *buenas costumbres* o a la *decencia pública* citadas expresamente en el precepto en línea equivalente a la moral, dando así a entender la "mens legis" que castiga la liviana infracción en tanto en cuanto afecta a la moralidad sexual colectiva, a los hábitos morales públicos, lo que explica el encuadramiento de dicha falta entre las que atacan el orden público; de todo lo cual cabe concluir que el beso dado con carga o intención lasciva, unido a otros actos de libidine que claramente atacan a la libertad sexual del individuo en cualquiera de las dos formas —real o presunta— a que se ha hecho mención, rebasarán la esfera contravencional en sus dos esferas —de orden público, de orden personal— para integrar derechamente la superior infracción de carácter delicto-

tual prevista y sancionada en el artículo 430 en relación con el que le precede. (Sentencias de 12 de abril y 25 de septiembre de 1975 entre las recientes). (S. 29 octubre 1976.)

Artículo 430. Abusos deshonestos (consumación).

El delito de abusos deshonestos, como infracción de mera actividad o comportamiento, y no de resultado objetivo, se consuma cuando el agente, con deseo libidinoso, que quiere satisfacer a medio de su conducta, realiza tocamientos impúdicos de cierto alcance cuantitativo, sobre el cuerpo de otra persona, contra o sin su voluntad, a medio de un solo acto o de una serie de actos entramados entre sí, sin que resulte preciso que aquél logre la completa efectividad sensual apetecida; no integrando tal delito del artículo 430 del Código penal, los meros actos preparatorios para la satisfacción del deseo sexual, sin operancia ejecutiva en el cuerpo ajeno, y resultando posible, a pesar de tal rápida ejecución, la forma imperfecta de tentativa de abusos deshonestos, en casos aislados y hasta excepcionales, cuando el sujeto activo poseído de dicho deseo lujurioso, que es el elemento subjetivo del injusto, produce la existencia incompleta del requisito objetivo o material, con acto o actos ejecutivos, iniciales y externos de su propósito, que recaigan ya sobre la persona ofendida, pero que no supongan el uso indebido libidinoso de su cuerpo, con la presencia de indudable peligro y que signifiquen el inicio posible del abuso mismo, y de la imposición de la opresión deshonestas. (S. 6 octubre 1976.)

Artículo 431. Escándalo público.

Según el texto legal y la interpretación jurisprudencial al mismo del artículo 431 del Código penal, regulador y sancionador del delito de escándalo público, exige para su integración de varios requisitos esenciales que la doctrina de esta Sala viene concretando de la siguiente manera: 1.ª Una ofensa al pudor —moral personal de uno o varios sujetos pasivos— o las buenas costumbres —moral sexual colectiva—. 2.º Realizada de cualquier modo lo que supone que abarca actos, palabras, imágenes, escritos, medios de difusión por tanto de amplitud ilimitada. 3.º Que los hechos supongan grave escándalo en cuantas personas los presencien o los conozcan una vez ocurrido, o trascendencia para los que las sufren, atentando a su moral sana, normal o elemental honestidad. 4.º Dolo, intención o malicia consistentes en la conciencia de la lesividad de los actos para el pudor y las buenas costumbres y voluntad de realizarla. 5.º En cuanto a la naturaleza de los actos domina el de la relatividad, porque han de apreciarse y valorarse judicialmente en sí, y en relación a las nociones imperantes en torno de la decencia, al decoro público y a las normas éticas del contorno social. (Sentencia de 20 de mayo de 1976.)

Analizando a la luz de esta doctrina el único motivo del recurso que considera infringido el artículo 431 del Código penal, es evidente que el mismo ha de decaer, pues si el recurrente, dando rienda suelta a sus inclinaciones homosexuales, se presenta en un bar, con el rostro maquillado, gran escote y con desprecio al más elemental recato y respeto a los clientes del establecimiento procede a mostrar sus pechos que por trata-

mientos hormonales se habían desarrollado en proporciones y formas femeninas, con ademanes lascivos, provocando la repugnancia e indignación de la clientela, y pese a los requerimientos de un camarero, continuó, junto con otras tales exhibiciones, que fueron contempladas por menores de quince años, es claro que su conducta integró plenamente el delito de escándalo público, reuniendo los requisitos fijados en el anterior considerando, y penado en el artículo 431 número segundo del Código penal que obligaba al Tribunal de instancia, como hizo con todo acierto, a aplicar la pena de arresto en su grado máximo. Razones que conducen a la desestimación del motivo del recurso. (S. 30 septiembre 1976.)

Artículo 436, párrafo primero. Estupro.

Es doctrina jurisprudencial reiterada y conocida la de que el llamado *estupro común o de seducción*, descrito en el párrafo primero del artículo 436 del Código penal, gravita sobre dos requisitos esenciales que mutuamente se complementan: el *engaño* y la *honestidad* de la mujer mayor de dieciséis y menor de veintitrés años, víctima de la asechanza seductora; requisitos que cobran particular relieve en la vida social de nuestros días, en la que una mayor libertad de costumbres y en el comportamiento sexual de la juventud, podrían oscurecer aquellas exigencias típicas hasta poner en contradicción las previsiones del legislador con la realidad ambiental; por lo que es preciso reafirmar las bases en que se apoya el delito, comenzando por el engaño, alma del mismo, el cual ha de tener relevancia y potencia causal tales que determina la entrega de la mujer lo que, a su vez, explica que una larga tradición jurídica, una y otra vez confirmada en la *praxis*, hasta el punto de ser exigida en algún texto de Derecho comparado, venga conectando el genérico engaño de nuestro texto legal —artículo 436, párrafo primero del Código penal— a la falsa *promesa de matrimonio*, como la más eficaz palanca, según enseña una experiencia secular, de conseguir el acceso carnal con mujer honesta, honestidad que si no explícitamente exigida por el tipo penal en esta modalidad de estupro, está latente en el mismo como implícito y sobreentendido por el legislador, pues ya se comprende que la operabilidad y eficacia de la falsa promesa matrimonial presupone la buena fama y costumbres de la joven con la que el seductor entabla relaciones de noviazgo, lo que explica igualmente que la jurisprudencia venga exigiendo en torno a tales relaciones —mostrando así la interacción de los dos elementos del delito en estudio— que las mismas estén adornadas de las cualidades de lícitas, públicas, serias y de tal entidad que presagien, aun cuando sea *tácitamente*, una fundada culminación de matrimonio (Sentencias de 4 de mayo de 1961, 9 de febrero de 1971 y 10 de noviembre de 1975, entre muchas); de suerte que en materia tan escabrosa como la examinada, es preciso evitar un anacronismo de doble filo: aquel que lleve a admitir cualquier sedicente engaño en pugna con la actual liberalización de costumbres antes aludida, como aquel otro que llevara a exigir de forma expresa y categórica —en remedo de los históricos y fenecidos esponsales— el compromiso de contraer matrimonio como previo al yacimiento, pues si es cierto que aún perdura en el seno de no pocas familias de nuestro

tiempo la formalización de un tal ofrecimiento mediante la llamada “petición de mano”, tal acto no viene a ser sino la culminación de un anterior proceso de noviazgo con virtualidad bastante para engendrar el engaño envuelto en una promesa tácita de nupcias. (S. 19 octubre 1976.)

Artículo 436, párrafo último. Abusos deshonestos.

El delito de abusos deshonestos no violentos se halla descrito y sancionado en el último párrafo del artículo 436 del Código penal, en el cual se castiga, con la pena de multa, a cualquier abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias que las establecidas en este artículo y en los dos precedentes; y si bien la referencia concreta efectuada por dicho precepto a los sujetos activo del referido delito, elimina toda problemática al respecto, como no se alude claramente en su texto al sujeto pasivo de la infracción citada, se ha planteado, tiempo ha, la cuestión de si dicho sujeto pasivo deberá ser necesariamente mujer, o si, por el contrario, podrán serlo, *indiferentemente, varón o hembra*. La primera posición, obtenida del enlace o conexión sistemáticos entre el párrafo último del artículo 436 y los demás párrafos del mismo y los artículos 434 y 435, todos del Código penal, tiene a su favor las reiteradas referencias a “doncella” —artículo 434—, “hermana” —artículo 435—, “mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés” —párrafo primero del artículo 436—, “mujer mayor de doce años y menor de veintitrés” —párrafo segundo del citado artículo 436— y “mujer honesta de doce o más años y menor de dieciséis” —párrafo tercero del mismo artículo—, es decir, la alusión constante a sujeto pasivo perteneciente al sexo femenino, sin resquicio o fisura alguna que permitan una interpretación distinta; y, además, ciertos conceptos, empleados por el legislador, como el de doncella o mujer honesta, carecen de todo valor y relieve si se han de aplicar a varón, y, v.g., el engaño a que se refiere el artículo 436, en sus primero y tercer párrafo, polarizado por la jurisprudencia en la promesa de matrimonio o en las relaciones de noviazgo serias, prolongadas y ostensibles, tampoco tiene sentido, serio y racional, si tanto el sujeto activo como el pasivo son varones; culminando los argumentos reforzadores de esa primera posición, observando que el sujeto pasivo, *varón*, de delito de abusos deshonestos no violentos, puede incluso ser *mayor de edad*, aunque menor de veintitrés años, lo que implica la concesión de una protección penal a la moralidad sexual individual, desusada y exagerada, así como completamente injustificada. Pero, sin embargo, este Tribunal, en Sentencias de 5 de marzo de 1966, 10 de diciembre de 1968, 22 de marzo de 1971 y 5 y 19 de enero de 1973, destruyó lo que parecía sugestiva y convincente tesis, valiéndose para ello de la conexión, perfectamente sistemática, entre el artículo 436, párrafo cuarto, no sólo con los párrafos y artículos inmediatamente precedentes, sino con el artículo 430, llegando así a la conclusión de que si los abusos deshonestos violentos pueden perpetrarse con persona de uno u otro sexo, el delito de abusos deshonestos no violentos o estupro puede cometerse tanto con sujeto pasivo hembra como con sujeto pasivo varón. (S. 4 junio 1976.)

Artículo 452 bis b), 1.º. Corrupción de menores.

Los hechos probados que se relatan en el resultando correspondiente de la sentencia recurrida, cuales son el que el procesado, captando la voluntad del menor ofendido mediante la entrega de 700 pesetas, logró conseguir que éste se dejase acariciar y masturbar, lo que repitió a los pocos días mediante la entrega al menor, en esta segunda ocasión, de 500 pesetas, integran evidentemente la figura delictiva que prevé y sanciona el Código penal en el número 1.º del artículo 452, bis b), como acertadamente lo entendió la Sala de Instancia, ya que los referidos actos suponen una desviación del normal ejercicio sexual con virtualidad suficiente para producir en el menor un trauma psíquico, que dado el momento en que se produce, como es el de formación integral de su personalidad, en el doble aspecto físico y moral, puede conducirle a persistir en la depravación que supone la realización de actos de la naturaleza de aquellos en cuyo ejercicio le inició el procesado. (S. 7 junio 1976.)

Artículo 452 bis d). Prostitución.

La procesada compró un piso, donde facilitaba habitación con cama a prostitutas profesionales mediante el pago de cantidades que éstas les satisfacían, y que los hombres, con los que realizaban su tráfico, "les pagaban las cantidades que habían pactado", es decir, que pagaban a las prostitutas y no a la procesada; y aunque sea cierto que la narración histórica suspecta y tildada por la recurrente de insuficiente, no especifica el importe de dichas cantidades, es lo cierto que ese dato, de un lado, es completamente indiferente e inane a los efectos del precepto penal aplicado que no exige que la dedicación a la prostitución del local de que se trate persiga una finalidad lucrativa determinada y exactamente concretada, y, de otro, superfluo y ocioso, ya que basta con que una mujer yazca con hombres distintos mediante precio para que se la pueda reputar prostituta aunque no conste la suma exacta que percibe por cada entrega sexual. (S. 2 junio 1976.)

El artículo 452 bis) del Código penal, al penar como delito el relativo a la prostitución, caracterizado como favorecimiento con ánimo de lucro la prostitución ajena y donde destaca como elemento esencial, lo que esta Sala viene denominando con el nombre de *tercería* lucrativa, destaca como elementos esenciales del delito: 1.º En cuanto al sujeto activo del delito que se trate de dueño, gerente, administrador o encargado de local o servidores del mismo —número primero— o arrendadores o arrendatarios también del local donde se ejerza la prostitución o la corrupción ajenas— o los que participen en su financiación. 2.º En cuanto a los locales, abarca a todos, se hallen o no abiertos al público, donde haya un destino con alguna nota de reiteración, habitualidad o dedicación a prostitución o corrupción, bien se trate de alquiler de habitaciones, bien de viviendas, aunque el sujeto activo las ocupe en todo, en parte o viva incluso en el piso. 3.º En cuanto al acto, destino o finalidad de tales habitaciones, locales, pisos o viviendas, es ejecutar la prostitución, la co-

rrupción; explotar cualquiera de estas formas de actos inmorales o participar en su financiación; no siendo, pues, precisas más determinaciones de abarcar el comercio carnal de mujeres, las prácticas homosexuales o cualesquiera otras formas de corrupción o degradación sexual de las personas. (S. 26 septiembre 1976.)

Artículo 480. Detención ilegal.

El artículo 480 del Código penal, defiende con tipicidad básica, contra la detención ilegal realizada por particulares, de cualquier manera, que suponga la privación absoluta de la facultad deambulatoria de un ser humano que por su condición resulte antijurídica, y con ausencia de causas de justificación, y que alcanza, en su reproche, además del agente ejecutivo de la detención, según el párrafo 2.º de dicha norma, al que proporcione lugar para la realización de la misma; la que cuando recaea sobre sujetos pasivos menores o niños, contiene una mayor gravedad, por su incapacidad o dificultad de resistir, profundos efectos para su psiquismo, y alarma y conmoción para su familia y para la sociedad, operando el subtipo del artículo 481, núm. 4.º del propio cuerpo legal cuando se hubiere exigido rescate para poner en libertad al detenido, ya que el propósito lucrativo, no exigible por regla general para cometer el delito, supone una causa ilícita, que actúa como "plus" de culpabilidad y motivo desencadenante de superior peligro. (S. 28 octubre 1976.)

Artículo 489 bis. Omisión del deber de socorro.

El delito de omisión del deber de socorro tipificado en el artículo 489 bis del Código penal, constituye una infracción dolosa de comisión por omisión teniendo su razón de ser en el deber jurídico y moral de prestar auxilio al semejante que lo precisa por solidaridad humana, y cuando la omisión de tal deber se contrae a la propia víctima causada, se acrecienta la especial antijuridicidad en la conducta del agente, dado que la exigencia de actuación y auxilio es superior en su entidad que cuando se trata de víctima no propia, bastando en aquel supuesto que el culpable capte y se aperciba del peligro originado por él al darse cuenta de que existe una persona lesionada a la que deja desamparada y en contingencia grave e inminente de su integridad física, sin hacer nada por remediar la situación tras producir y conocer el accidente, optando por la conveniencia interesada y egoísta de la huida, y siendo así que los hechos declarados probados de la sentencia recurrida acreditan que el procesado atropelló a un peatón, originándole tan graves heridas que determinaron su muerte inmediata, a pesar de lo cual aquel "continuó la marcha, aunque se había dado cuenta del accidente por la rotura del parabrisas y el choque contra el atropellado", no atendiendo los requerimientos de sus acompañantes a que parase y averiguar lo ocurrido, hasta doscientos metros más avanzados de la calzada, en donde dichos acompañantes bajaron y retrocedieron al lugar de la colisión, "mientras el procesado continuaba

su marcha hasta su domicilio”, de cuya transcripción se desprende inequívocamente la concurrencia de los elementos exigidos para la calificación del delito previsto y sancionado en el párrafo tercero del artículo 489 bis citado, toda vez que ni espontáneamente, ni aun a requerimientos de los amigos usuarios del vehículo, el procesado se detuvo a auxiliar al herido tras haberse dado cuenta perfecta del accidente y colisión acaecida, sin que existiera impedimento alguno que pudiera oponerse o desaconsejar la prestación del socorro obligado, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación defensiva esgrimida en el recurso de que “la víctima dejó de ser persona por su muerte inmediata, y sin persona a la que socorrer no podía haber delito de omisión de tal socorro”, pues el adjetivo “*inmediata*” utilizado en el “*factum*”, tan sólo refleja proximidad, prontitud o cercanía, pero en forma alguna que fuera instantánea, súbita, repentina o fulminante, como las propias actuaciones justifican, que habiendo sido vistas por esta Sala conforme a la facultad otorgada por el artículo 899 de la Ley Procesal, arrojan que la víctima fue recogida y llevada al centro asistencial donde se le apreciaron diversas heridas y conmoción cerebral de pronóstico “grave”, siendo seguidamente trasladada a la Ciudad Sanitaria “Francisco Franco” donde ya ingresó cadáver, lo que acredita que el procesado tuvo oportunidad y tiempo bastantes para prestar el auxilio eficaz que le venía impuesto por ley, moral y humanidad, que voluntariamente soslayó. (S. 8 octubre 1976.)

Artículo 508. Casa habitada.

La noción de *casa habitada* que describe el artículo 508 del Código penal a los efectos calificadores del artículo 506, número segundo del mismo Código hasta llegar a integrar un verdadero subtipo del delito de robo, es un concepto eminentemente fáctico que, si bien coincide, por regla general, con la noción legal de domicilio, ya sea en la versión civil que del mismo artículo da el artículo 40 del Código civil, ya en su versión administrativa tenida en cuenta por la legislación municipal, no es forzoso que implique tal coincidencia, pues basta, en el plano jurídico penal, que se trate de albergue o habitación de una o más personas, es decir, de lugar apto para pernoctar, de suerte que una misma persona puede tener a la vez más de una morada, incluso en localidades distintas, con entera independencia de cual de ellas pueda constituir su domicilio legal, siempre que se cumpla con la exigencia de servir de habitación, con la posibilidad, por tanto, de que en cualquier momento pueda presentarse en ella el morador ausente (Sentencias de 10 de febrero de 1949, 26 de abril de 1965); concepto el expuesto que descubre la verdadera *ratio* de esta agravante específica que no es otra que la existencia de riesgo que para las personas representa la entrada en su morada —circunstancial o permanente— de sujetos extraños con propósitos de atentar contra la propiedad, a la par que de proteger la intimidad de tal morada, razón por la cual su allanamiento con fines depredatorios queda embebido en esta modalidad o subtipo del robo (“*ad exemplum*”, Sentencia de 17 de diciembre de 1973).

Que aplicada la anterior y conocida doctrina al supuesto de hecho de la sentencia recurrida, si en su *factum* se dice del procesado que, tras de salvar distintos obstáculos, penetró en el bar del mesón de autos “y luego en la habitación que sirve de dormitorio a su propietario”, es obvio que se ha expresado de manera suficiente el concepto de casa habitada tal como se describe en el artículo 508 del Código penal y viene interpretándolo esta Sala sin que sirva a desvirtuarlo la alegación de que el perjudicado tiene su domicilio en otro lugar de la misma población, de suerte que el cuarto de que habla el *factum* más bien tendría misión de vigilancia del establecimiento que de casa habitación; pues aunque así fuera, esa función fiscalizadora es perfectamente compatible con la de habitación del dueño tantas veces como lo crean oportuno, hasta tal punto de que bien podría hablarse de segunda morada del mismo, dotada de idéntica protección jurídico-penal que la de su domicilio legal, habida cuenta del fundamento de esta agravante cualificadora que antes se ha expuesto; por cuyas razones no se precisa insistir más a fin de desestimar este motivo del recurso. (S. 28 junio 1976.)

Desistido el primer motivo del recurso, en el segundo motivo se combate por indebido la aplicación del artículo 506, 2.º en relación con 508, 1.º del Código penal por estimar que no hay casa habitada, ni dependencia de la misma. Olvida tal alegación el concepto de casa habitada del artículo 508 del Código penal, especialmente su última parte, donde se estiman como dependencias de casa habitada “los demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio, en comunicación interior con el mismo y con el que formen un solo todo”, requisito que concurren en el presente caso como describe el resultando de hechos probados. Habiendo declarado la jurisprudencia de esta Sala que los establecimientos industriales o mercantiles son dependencia de casa habitada cuando comunican interiormente con ella, como en el caso de autos, en que la dependencia de la Caja de Ahorros comunicaba interiormente con el portal del inmueble y era precisamente por donde entraban y salían los empleados de aquella. (S. 14 octubre 1976.)

Artículo 514, 1.º Hurto (diferencias con el hurto de uso).

Las diferencias esenciales que separan el hurto común del hurto de uso, de los artículos 514, 1.º y 516 bis del Código penal, se derivan en primer lugar de las propias y respectivas definiciones legales dominando en el hurto: 1.º El ánimo de lucro, 2.º La ausencia de violencia o intimidación de las personas o la fuerza en las cosas. 3.º El hecho de tomar cosa mueble ajena. 4.º La ausencia de voluntad del dueño de la cosa. En el hurto de uso hay una nota común, la falta de autorización del dueño y dos notas diferenciales: 1.ª El ánimo, que ha de ser de no haber el vehículo como propio. 2.ª El objeto, que ha de ser vehículo de motor. 3.ª La finalidad del delincuente, que sólo es el uso. La doctrina jurisprudencial, siguiendo las líneas de tales definiciones legales, destaca tales diferencias, acentuando especialmente, como del propio cuerpo legal se deduce: que en el hurto hay ánimo de apoderamiento definitivo, de ha-

cer el autor cuyas las cosas sustraídas, en tanto que en el hurto de uso —sobre recaer sólo sobre vehículos de motor— la intención es sólo de usar el coche o vehículo, para su posterior abandono; abandono que desde el principio se planea por el autor... (como el sujeto tomó el ciclomotor) “con ánimo de quedárselo”, la intención delictiva está clara: lucro, sobre la cosa y no sobre su uso. El recurrente lo utiliza varios días y actuando como si fuera el dominio de la cosa, separa varias piezas, las queda para sí y el resto lo abandona. Sin que esta conducta posterior modifique la calificación del hecho, donde prima la intención. (S. 7 octubre 1976.)

Artículo 514, 4.º. Hurto (reincidencia).

Es constante doctrina de esta Sala que la pluralidad de antecedentes penales por delitos contra la propiedad, sirven para fundar la cualificativa del número cuarto del artículo 514 del Código penal, en cuanto uno de aquellos constituye uno de los delitos mencionados en dicho precepto o dos de ellos integran las dos faltas a que también alude mentado mandato penal, sin que la virtualidad de dichos antecedentes se agote en tal función cualificadora, si, una vez cumplida ésta, el resto de las condenas anteriores impuestas pueden engendrar la agravante de reincidencia, simple o múltiple (Sentencias de 28 de junio de 1907, 2 de enero de 1908, 28 de junio de 1910, 23 de junio de 1915, 28 de noviembre de 1939, 16 de marzo de 1948, 11 de marzo de 1950, 10 de marzo de 1955, 24 de noviembre de 1956, 25 de junio de 1957, 2 de diciembre de 1958, 3 de julio de 1959, 29 de marzo de 1960, 22 de noviembre de 1965, 16 de diciembre de 1967, 4 de junio de 1968, 12 de mayo de 1969, 30 de enero de 1970, 17 de marzo de 1975 y otras muchas); doctrina que no vulnera el artículo 59, pues ni la cualificativa de que se trata integra *por sí* el delito, sino que actúa como complemento del tipo, ni es tampoco *toda ella* elemento inherente al delito, puesto que sólo *una parte* de la misma sirve para complementarlo, por lo que el resto de las condenas no consumidas por la cualificación que convierte la falta en delito, pueden servir para fundar la reincidencia, en cualquiera de sus versiones, si concurren los requisitos de ellas, y sin violación, por tanto, del principio *non bis in idem*.

Que aplicada la anterior y conocida doctrina al único motivo del recurso, se hace preciso desestimarlo en cuanto pretende combatir la agravante quince del artículo 10 del Código penal como incompatible con lo dispuesto en el artículo 59 del mismo Código, una vez que en el hecho del apartado c) del resultando probatorio las condenas anteriores por robo y hurto de uso sirvieron al Tribunal *a quo* para transformar lo que sería una simple falta de hurto por la cuantía de lo sustraído, estimado en doscientas pesetas, a tenor de lo que autoriza el número cuarto del artículo 515, número cuarto del referido texto punitivo, de modo que apreciar *además* la Sala de Instancia la agravante de simple reincidencia, infringió por indebida aplicación la regla segunda párrafo primero del artículo 61; argumento que sería válido si sobre el recurrente pesara una tan sólo de las dos condenas contra él pronunciadas en 25 de noviem-

bre de 1969, pero que carece de eficacia casacional una vez que en dicha fecha fue condenado por los delitos de robo y hurto de uso, pues, según lo dicho, el primero de tales delitos asume la función de cualificar la falta, convirtiéndolo en delito, a tenor del número cuarto del artículo 515, y el segundo sirve para fundar la reincidencia simple, como con acierto apreció el Tribunal de Instancia; sin que desvirtúe esta doctrina el hecho de que ambas condenas fueran fulminadas en un mismo fallo, pues si ello hubiera sido obstáculo para apreciar la doble reincidencia —como con igual acierto desestimó el Tribunal provincial respecto de los restantes delitos de hurto y robo también penados en su sentencia, constitutivos *per se* de delito, dada la fecha de comisión de los hechos, anterior a la reforma de 28 de noviembre de 1974— no lo es, en cambio, para sentar la doctrina y requisitos de la birreincidencia antes de la mentada reforma legal de 1974; argumentos todos que llevan, como se ha dicho, o desechar el recurso. (S. 23 septiembre 1976.)

Artículo 515, 1.º. Hurto

El recurso se basa en la teoría de que la tipificación del delito cometido debe estar en relación con el valor del beneficio obtenido por el procesado, tesis a todas luces insostenibles; si el culpable vende el producto del hurto por muchísimo menos de su valor, como ocurre la generalidad de las veces, en que terceros tratan de aprovecharse de la ocasión que se les presenta, nos encontraríamos que de nada sirve la diferenciación de cuantías fijada en el artículo 515 del Código penal para el establecimiento de la pena a la que es preceptivo atenerse y si el hecho probado de la sentencia, fija el valor real de lo sustraído en 236.215 pesetas, dicha cifra es la que únicamente debe tenerse presente a efectos de la tipificación del delito, importe del perjuicio causado a la víctima; sin poder atenderse tampoco, las otras alegaciones de la defensa de ignorar el procesado el contenido de la bolsa sustraída, al abrirla, comprobando se trataba de joyas, procedió a venderlas y aprovecharse de su valor, por lo que tanto en este hurto como en todos los que se enjuicien, es preciso atenerse a la diferenciación de cuantías, no pudiendo aplicarse el número 2.º del artículo 515 como se solicita, por exceder de 200.000 pesetas el importe de la suma hurtada. (S. 22 octubre 1976.)

Artículo 516 bis. Hurto de uso.

En orden a la punición de esta conducta, pueden distinguirse hasta cuatro posiciones doctrinales y jurisprudenciales, con repercusión legal en ocasiones, a saber: 1.º) la de la *absoluta equiparación* con el hurto común, sostenimiento que los diferentes ordenamientos—el español entre ellos—, no exigen, al definir la susodicha infracción que el agente tenga un propósito de apoderamiento definitivo y total, siendo indiferente, por tanto, que el dicho sujeto activo se proponga incorporar la cosa a su patrimonio o intente tan sólo usarla durante cierto tiempo, restituyéndola

o abandonándola más tarde; como este sistema fue el romano, tal como se infiere de la definición pauliana: "Contrectatio rei alienas, lucri faciendi gratia, vel ipsius re, vel etiam usus eius, posesionisve, quod legi naturali prohibitum est admittere", y también el de las Partidas: "Malfetría que facen los omes que toman alguna cosa mueble agina encubiertamente sin plazer de su señor con intención de ganar el señorío, o la posesión, o el uso de ella", influye poderosamente en las legislaciones medievales y hasta en la Edad Moderna, con excepción del territorio francés, donde regía el adagio: "Le larcin d'usage nest pas regardé comme un veritable vol", y fue aceptado por este Tribunal, en Sentencia de 7 de diciembre de 1875, la que sostuvo el criterio rigorista de la asimilación total, y, según algunos sectores doctrinales, también por las Sentencias de 3 de enero de 1891, 9 de junio de 1906, 9 de junio de 1915, 31 de marzo de 1922 y 13 de marzo de 1930, las cuales, sin embargo, referíanse más bien al problema de la determinación del momento consumativo en el hurto común; 2.º) la de la *impunidad*, basada en el criterio de la diferente naturaleza del hurto de uso, respecto al hurto común, y en la atipicidad de aquella figura, habiendo sido mantenida por este Tribunal en Sentencias de 21 de enero de 1884, 30 de enero del mismo año y 24 de diciembre de 1949, en las que se estimó la ausencia del ánimo de lucro, parificando a este elemento subjetivo del injusto con el propósito de apoderamiento definitivo; 3.º) la de la *punición como figura específica*, e independientemente del hurto común, bien con carácter general, bien, restringidamente, para casos especiales, posición, esta última, que es la española del artículo 9 de la Ley de 9 de mayo de 1950, del artículo 10 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, del artículo 403, segundo del Código de Justicia Militar, y del artículo 516 bis del Código penal, introducido por la reforma de 1967 y remodelado mediante Ley de 28 de noviembre de 1974, así como la italiana plasmada en el artículo 626 de su Código penal, la uruguaya evidenciada en el artículo 324 del suyo, y la de otras muchas legislaciones; y 4.º) la llamada *cuantitativa* que, independientemente de la existencia de tipificaciones para casos especiales, equipara el hurto de uso al hurto común, pero sin que la tasación o justiprecio de la cosa sustraída se haga "in toto", sino atendiendo, tan sólo, al valor del uso de la misma, habiendo sido adoptada esta solución por las Sentencias de esta Sala de 24 de diciembre de 1949, referida al hurto de uso de un automóvil, de 23 de noviembre de 1967, respecto al hurto de uso de una bicicleta, de 9 y 15 de marzo y 21 de mayo de 1973, referidas al hurto de uso de ciclomotor de menos de cincuenta centímetros cúbicos de cilindrada, cuya "atormentada" noción establecen dichas resoluciones de modo definitivo, y de 26 de junio de 1974, todas las cuales, en resumen, mantuvieron la tesis de que, en tales casos, la cuantía de lo sustraído se determina por el valor de la utilización, es decir, por el importe del aceite o de la gasolina consumidos o por el precio de alquiler, añadiendo que, si estos módulos no constan, se puede incardinar la conducta del infractor, según los casos, bien en el artículo 587, número primero, del Código penal, bien en el número cuarto del artículo 514 del mismo cuerpo legal. (S. 4 octubre 1976.)

Artículo 529, 1.º. Estafa.

Como manifestaciones muy comunes del elemento psicológico e ideal del delito de estafa del artículo 529, núm. 1.º del Código penal, recogidas en esta norma expresamente, se encuentran: la “ficción de empresa”, que tanto supone a efectos penales, como la simulación de una actividad mercantil o civil, que aparente una entidad de importancia y seriedad negocial, en un orden complejo de actividades, y cuya ostentación, es causa de error, lucro y perjuicio patrimonial; y las “negociaciones imaginarias”, integradas, por la mera figuración de celebrar el agente, un contrato de derecho privado, que promete falazmente concertar con otra persona, para ganar su voluntad, con la simulación unilateral de contraprestaciones vanas, cayendo en el error de celebrarlo, y realizado el desplazamiento patrimonial del que se aprovecha el agente, que incumple, como era su previo propósito, las promesas, ofrecidas inauténticamente, como señuelo o “artifici”. (S. 4 octubre 1976.)

La llamada *estafa negocial o mercantil*, presupone, como viene declarando esta Sala, la existencia de convenciones de lícita apariencia y se acoge a la buena fe que el tráfico mercantil implica, tanto por la rapidez de sus operaciones, como por la masificación de las mismas, circunstancias que son las que explota en su beneficio el autor del fraude pero en el que, lógicamente, se reconocen todas las características del delito en examen: *engaño* o ficción, ya específico del artículo 529 y siguientes, ya genérico del artículo 533 del Código penal, *error* causado en el sujeto destinatario del engaño acerca del verdadero alcance y fines de la “propuesta” operación mercantil, *acto de disposición* originado por el yerro, por virtud del cual la cosa apetecida por el agente se desplaza o ingresa en su patrimonio o en el de un tercero en connivencia con él, y finalmente *perjuicio* que tal traslación económica origina en el sujeto pasivo (o en un tercero) con el consiguiente *lucro* para la parte injustamente enriquecida; de suerte que concurriendo todos estos elementos propios de la estafa, no debe haber inconveniente alguno en subsumir el pretendido acto de comercio en el tipo penal correspondiente, por más que se revista de la apariencia de un contrato usual en el tráfico, con pago aplazado mediante letras de cambio escalonadas u otro medio igualmente empleado entre comerciantes; antes al contrario, el *rigor poenalis* debe actuar en estos casos con mayor acuidad, precisamente para proteger intereses de alto valor comunitario implicados en la vida del comercio y evitar el desprestigio que una incorrecta y punible utilización de medios de pago como el cambiario gravitan de modo parasitario sobre los mismos hasta originar su grave deterioro por todos lamentado.

Que en aplicación del pensamiento que antecede se hace preciso ratificar la tesis de instancia cuando considera los hechos probados constitutivos de un delito de estafa del artículo 529 número primero del Código penal, sancionado en el 528 número segundo del mismo Código, toda vez que del relato se desprenden con toda evidencia los elementos característicos de dicho tipo de estafa, en primer lugar el *engaño*, representado por la ficción que utilizó el procesado de obrar en nombre de la Compañía Ch., S. A., sin ser ello cierto para lo que jugó con el equívoco de su

apellido igual al nombre de dicha empresa, engaño que provocó la entrega al procesado de veinte cajas de whisky y tres días más tarde de otras tantas, por un valor total de 154.800 pesetas, mercancía inmediatamente vendida por el procesado a precio inferior, aprovechando que para el pago habían sido libradas letras escalonadas con vencimiento en los dos meses siguientes; es decir, que el inculpado alegó una cualidad que no tenía y un crédito del que carecía para pagar en su momento la mercancía adquirida, lo que hace ingresar el engaño entre los expresamente descritos en el número primero del artículo 529 del Código penal y cuya potencia causativa se alude en el *factum*, diciendo que tanta fue la confianza que el procesado supo infundir en el ánimo del vendedor, que ni siquiera se le exigió el concepto de las letras, expresión harto gráfica del *error* que la conducta del recurrente produjo en su destinatario, causa, a su vez, del *desplazamiento* de la mercancía a manos del acusado y del *perjuicio* que se siguió para el comprador de buena fe que adquirió el whisky al reo, no menos que para la propia empresa vendedora en cuanto a la parte de mercancía no recuperada. (S. 18 octubre 1976.)

Artículo 529, 5.º. Estafa (frustración).

El recurso pretende atacar el grado de frustración en que se aprecia el delito de estafa; pero basta examinar el *modus operandi* empleado en esta ocasión por el inculpado para comprender que realizó *todos* los actos de ejecución del delito, cuales fueron el de aprovechar una letra —entre otras que le fueron confiadas por su principal para descuento— y que tenía en su dorso la firma en blanco de tal comitente, para poner mecanográficamente la cláusula de endoso a su favor y presentarla, así preparada, en la sucursal bancaria nombrada en el *factum*, para obtener el propuesto descuento de la misma lo que no logró; de suerte que bien puede decirse que *subjetivamente* se realizó plenamente el tipo penal de abuso de firma en blanco contemplado como estafa en el núm. 5.º del artículo 529 del Código penal, aunque *objetivamente* no llegara a darse la defraudación o perjuicio buscado; conducta distinta de la mera *tentativa* con la que se arguye en este motivo, pues es sabido que en este primer grado de ejecución del delito el culpable sólo alcanza a poner por obra *una parte* del *iter criminis*, de modo que en ambos planos, subjetivo y objetivo, el delito queda truncado, cosa que ya se ha visto no acontece en el supuesto de autos en que el procesado hizo cuanto estaba *de su parte* para lograr el éxito o resultado delictivo, lo que si no consiguió fue por causas ajenas a su voluntad, esto es, al ser descubierta en última instancia su suplantación. (S. 21 octubre 1976.)

Artículo 531. Estafa (diferencias con el art. 529, 1.º).

Entre la estafa común o propia del artículo 529 núm. 1.º, cuando el medio comisivo empleado consiste en fingirse dueño de un bien inmueble, vendiéndolo o enajenándolo o arrendando, y la específica y privilegiada del artículo 531 párrafo 1.º del propio Código, se dan como elementos comunes: el psicológico, consistente, en aparentar el agente la cualidad de propietario de la que carece respecto a determinado bien

inmueble, mediante cuyo ardid logra captar la voluntad de la víctima y el objetivo, representado por el perjuicio sufrido por el sujeto pasivo y correlativo beneficio obtenido por el activo como consecuencia del acto de disposición que aquél realiza impulsado por el error de conocimiento producido en su ánimo, diferenciándose tan solo ambas figuras, en que el tipo de la específica requiere que el inmueble tenga existencia física real, de forma que cuando sea radicalmente inexistente o imaginario el supuesto queda subsumido en la figura genérica del artículo 529, como así lo ha venido declarando esta Sala en varias sentencias, y, entre ellas, en las de 9 de octubre de 1961, 2 de febrero de 1962, 6 de mayo de 1964 y 17 de diciembre de 1968. (S. 7 octubre 1976.)

Artículo 533. Estafa.

El delito de estafa, descrito en el artículo 533 del Código penal, ya se considere, según criterio tradicional, como un *tipo complementario* que cierra la regulación legal de las “estafas y otros engaños”, a modo de cautela legislativa que evite la atipicidad de maquinaciones no descritas en los preceptos anteriores, ya se considere, con técnica más moderna como el *tipo básico o genérico* de la estafa, del que las demás especies vendrían a ser tipos cualificados a virtud de los específicos engaños que recogen, es lo cierto que, en todo caso, habrá de reunir los elementos propios y característicos de toda estafa, a saber, el *engaño* inicial y *causativo* del *perjuicio* producido en el sujeto pasivo sobre la realidad de la situación suscitada por el sujeto agente, error que, a su vez, es causa del *acto de disposición patrimonial* por virtud del cual la cosa apetecida por el culpable pasa a su poder, lo que origina, por ende, un *perjuicio* para el defraudado con correlativo *lucro* para el delincuente; de suerte que la única especialidad de este tipo básico es que el engaño sea reconocido por vía negativa, o, como dice el precepto, “no se halle expresado en los artículos anteriores de esta sección”, los que por actuar como *lex specialis* desplazarían a la norma genérica que es el artículo 533; sin que, por lo demás y como acontece en todo ataque patrimonial de esta índole, sea óbice para el *nacimiento* del delito el que la conducta engañosa se produzca en el seno de la contratación o del tráfico mercantil —en el que tantas veces se produce la llamada estafa comercial— como tampoco será obstáculo a la *consumación* de la estafa que el perjuicio ya producido con el efectivo desplazamiento de la cosa a manos del culpable, se enerve por la posterior devolución o indemnización, conducta que queda ya extramuros del tipo y que sólo afecta, como es harto sabido, a la subsistencia de la responsabilidad civil, pero no a la responsabilidad penal que ya quedó afirmada y que sólo puede beneficiarse con la posible atenuante de arrepentimiento espontáneo si, por acaso, se dan los requisitos de tal minorante de la sanción penal. (S. 14 octubre 1976.)

Artículo 535. Apropiación indebida.

Tras las reformas penales de 1870 y 1944, las dos hipótesis de acción que se albergan en el artículo 535 del Código penal: la *apropiación o dis-*

tracción de dinero o cosa mueble ajenos, y la *negación* de haberlos recibido quedan perfectamente equiparados en el tipo, de suerte que este último supuesto de negativa no es una simple mendacidad *subsequens*, sino que es menester ponerlo en relación con los títulos fiduciarios que otorgan la posesión al *accipiens*, con la resultante obligada de entregarlos o devolverlos al *tradens*, tan pronto como lo exija la naturaleza jurídica del título transmisor de la posesión, de modo que la falsa alegación de no haber recibido la cosa confiada por su dueño viene a funcionar como simple presunción de *iure* del apoderamiento; con lo que dicho se está que en la hipótesis de que se cobra toda su vigencia la problemática —que por ello es común a los dos supuestos— del título traslativo de la posesión, en cuyo enunciado el legislador ha seguido un claro sistema de *numerus apertus*, por lo que el depósito, comisión o administración que se mencionan como paradigmáticos del tipo, no excluyen la posibilidad de que intervengan otros —incluso innominados o atípicos en el campo iusprivativista— siempre que guarden con los nombrados la fundamental analogía de otorgar la posesión de la *res commendata* al sujeto activo del delito, con la fundamental consecuencia de entregarla o devolverla a quien, en definitiva, resulte dueño de la misma, en el tiempo y circunstancias que se desprendan del propio título que sirve de fundamento a la transitoria situación posesoria (ad exemplum Sentencia de 18 de mayo de 1963). (S. 6 octubre 1976.)

El contrato de empresa o de arrendamiento de obras, regulado en los artículos 1.588 y siguientes del Código civil, es título apto e idóneo para generar apropiación indebida de los materiales que el “dominus” entregue al artífice o constructor y que éste no destine a la finalidad convenida o de los que se apropie incorporándolos a su patrimonio, pero en el caso de recibir dinero del referido dueño, en concepto de precio, de parte de él, o con el carácter de precio anticipado de la sobras que se ha obligado a realizar, es indudable que el receptor de dicho dinero no se constituye en mero poseedor legítimo de tales bienes con obligación posterior de intervenir, entregar o restituir, sino que, habiendo adquirido la propiedad del mencionado dinero, le corresponden, sobre él, todos los derechos atribuidos y concedidos al dueño por el artículo 348 del Código civil, entre ellos el “*ius disponendi*” y, por tanto, si no lo destina a la construcción pactada sino que se lo apropia, incorpora a su patrimonio o dispone del mismo en su exclusivo provecho y además no realiza la obra pactada, ello entrañará un incumplimiento de contrato con indudable trascendencia en el orden civil pero carecerá de relevancia penal por la vía del artículo 535 del Código punitivo; sin que por lo demás quepa incardinar el caso en preceptos de la índole de los artículos 528 y siguientes del Código penal, porque en la narración histórica de la sentencia de instancia, no hay huella, rastro o atisbo de que el procesado se valiera de cualquier tipo de falacia o engaño para conseguir la entrega del dinero y de las letras de cambio de autos. Procediendo en consecuencia estimar el segundo motivo del recurso, por aplicación indebida del artículo 535 del Código penal. (S. 20 octubre 1976.)

Artículo 543. Usura encubierta.

Según doctrina de esta Sala, la modalidad de *usura encubierta* descrita típicamente en el artículo 543 del Código penal exige dos inexcusables requisitos: a) La realidad de un *préstamo usurario*; y b) que ese préstamo subyacente y oculto pero existente, *se disfrace* o vista de otra forma contractual cualquiera; de tal modo que así como en la usura habitual es la iteración de la conducta, la "consuetudo delinquendi": la que acota la originaria ilicitud civil tornándola en antijurídico-penal, en la usura encubierta o "palliata" es la adopción de formas lícitas en el tráfico jurídico para enmascarar un negocio reprobable por logrero y leonino, haciendo más difícil su descubrimiento y persecución, lo que determina su elevación a delito penal; por más que esta modalidad delictiva esté también prevista como ilícito civil en la llamada "Ley Azcárate" de 23 de julio de 1908, en su artículo 9.º, dualidad que se explica por la posterior instauración de la usura como delito en nuestro Derecho a virtud de las reformas penales de 1928 y de 1932, en particular esta última, debiendo entenderse, dada la virtual coincidencia de ambas previsiones, que la penal desplaza a la civil, siendo, en cambio, esta última-disposición la que seguirá suministrando el concepto de préstamo usurario, a lo menos con fuerte valor indicativo, por lo que, a tenor de su artículo 1.º, cabrá atender para la antedicha calificación, no sólo a la exigencia de intereses desproporcionados, sino a los otros dos supuestos, alternativos del primero, de haberse otorgado el préstamo en condiciones leoninas o de suponerse recibida mayor cantidad que la entregada. (S. 27 octubre 1976.)

Artículo 565. Imprudencia.

La conducta seguida por la víctima, en la culpa atribuible a otra persona, y que condujo al daño de aquélla, de contribuir causalmente al evento, con aportación colateral y favorecedora, influyendo en el mismo, si bien no determina la ausencia de culpa de la conducta esencial y originadora del agente, sí posibilita la rebaja de su grado o entidad cualitativa, porque actúa dentro de la relación causal natural y directa, que liga la referida conducta principal con su efecto, al ayudar, de manera más o menos intensa, en la consecución del daño o del mal, contribuyendo con la causa ajena complementariamente, de manera concausal, lo que aún tiene mayor influencia, si la conducta culpable y ajena de la víctima, no resulta previsible con claridad y evidencia. (S. 2 junio 1976.)

Es preciso recordar que la calificación de excesiva o adecuada, aplicada a la velocidad que debe desarrollar un vehículo de motor en orden a la seguridad del tráfico en que se ve inmerso es eminentemente relativa y circunstancial, dependiendo, por tanto, de múltiples factores implicados en la circulación, los más caracterizados de los cuales se hallan ya estereotipados y recogidos en las normas que regulan una actividad tan fuertemente reglamentada como la circulatoria, lo que implica, de una parte, la previa existencia del llamado *deber de cuidado*, y de otro lado, su fácil

captación por el destinatario de dicha norma, en gracia, precisamente, a la previsibilidad *del peligro* de la situación contemplada por aquélla, lo que traducido a términos de dogmática penal implica la conjunción de los dos elementos —*normativo y psicológico*— en que se basa la noción de culpa ó imprudencia punible, siendo ya una cuestión de mera mensuración, la de determinar si la culpa es leve (simple en el lenguaje legal) o grave (temeraria en el mismo orden) y si infringe o no una norma reglamentaria (lo que de ordinario así ocurrirá por lo antes dicho) y bien entendido que tal infracción normativa no ha de consistir en pura desobediencia (propia del injusto policial o administrativo) sino que ha de *operar causativamente* respecto del *resultado* dañoso, con el que se cierra el conjunto de factores integrantes del delito culposo en el aspecto de que se trata. (S. 7 octubre 1976.)

El artículo 565 número primero del Código penal al definir y penar el delito de imprudencia temeraria, viene a establecer que éste consiste en realizar un hecho, con tal descuido y falta de atención, que si en lugar de esta conducta negligente, hubiera mediado malicia constituiría delito. La doctrina ya antigua de esta Sala ha venido estableciendo como requisitos esenciales del delito: La acción u omisión voluntaria, no maliciosa, un mal efectivo y concreto y una relación de causalidad entre aquélla y éste (Sentencias de 22 de diciembre de 1959, 12 de junio de 1961 y 26 de febrero de 1962, entre otras muchas). Modernamente y al compás de la evolución de la doctrina y de los tiempos se viene afirmando que la esencia y raíz de la imprudencia es la desatención en el actuar de las personas que provoca un descontrol de la conciencia y de la voluntad con que se actúa, así como del campo, los objetos y las personas sobre las que recae aquella actividad. Esta desatención es base de la imprudencia temeraria, cuando se incurre en imprevisiones de lo que era fácil, asequible y vulgar de prever, y que eran exigibles a cualquier persona. Con ta conducta se infringen los deberes objetivos de cuidado, y se crea un riesgo previsible, evitable y atribuible al sujeto con actuación negligente; un resultado lesivo constitutivo de delito y una relación de causalidad, inmediata, directa y eficaz entre el hecho humano, con negligencia grave y el mal efectivo y concreto, sin interferencia decisiva de elementos extraños (Sentencias de 15 de febrero, 21 de marzo de 1974 y 20 de marzo de 1975, 22 de diciembre de 1975, 28 de enero y 13 de marzo de 1976, entre otras muchas). (S. 18 octubre 1976.)

DERECHO PENAL 1.º (PARTE GENERAL): “Unidades didácticas redactadas para la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1974.

La obra completa consta de seis unidades o fascículos. Las unidades primera, segunda y tercera, han sido preparadas por el doctor don José Antonio Sáinz Cantero con la colaboración del doctor don Alfonso Serrano Gómez y doña Pilar Sacristán Represa. Las unidades cuarta, quinta y sexta han sido preparadas por el equipo docente formado por los doctores José Antonio Sáinz Cantero, Alfonso Serrano Gómez y la señorita Pilar Sacristán Represa bajo la dirección del profesor doctor José Antonio Sáinz Cantero.

Esta exposición de las materias que integran los programas de la parte general del Derecho penal está destinada a aquellos alumnos que a través de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, vayan a cursar los estudios de Derecho penal correspondientes al segundo curso de la licenciatura en Derecho. Esto se pone de manifiesto en una introducción puntualizadora de los objetivos del curso, la organización de la docencia, así como de la bibliografía básica que puede y debe consultarse al estudiar la parte general del Derecho penal.

Resalta en primer lugar el hecho de que, respondiendo a su carácter didáctico, las unidades cumplen perfectamente con el difícil arte de enseñar, que encuentra su dificultad máxima cuando la relación profesor-alumno, al menos en su vertiente personal permanente, está imposibilitada por el distanciamiento físico. Las unidades se distinguen por su claridad en todos los órdenes: conceptual, expositivo y lingüístico.

Además, y este es el aspecto más meritorio que encontramos en la obra, el enfrentamiento del universitario con cada uno de los temas que componen la asignatura, no se produce friamente, sino que, por el contrario, adquiere calor y estilo universitario al ir precedido cada uno de ellos de un esquema-resumen que resulta sumamente gráfico y orientador. También para un mejor estudio y comprensión de la materia el autor da una serie de instrucciones concretas y una amplia relación bibliográfica de las principales obras que el alumno puede consultar sobre cada tema, tanto para aclarar sus conocimientos, como para darle la oportunidad de contrastar críticamente unas opiniones con otras mediante su debida ampliación.

Tras el estudio del tema, puede el alumno realizar ejercicios de auto-comprobación de sus conocimientos por medio de unas pruebas objetivas

cuyas soluciones aparecen recogidas en la misma unidad. Y, sobre todo, se da al alumno la posibilidad de afianzar y razonar sobre sus propios conocimientos a través de la realización de las actividades recomendadas que se contienen al final de cada tema.

Con arreglo a este sistema expositivo, que indefectiblemente se sigue en cada tema, la Unidad Didáctica/1 que contiene los temas I al VI, analiza en su tema primero el concepto, naturaleza y función del Derecho penal entendido como sector del ordenamiento jurídico, así como sus relaciones con otras ramas del mismo. Los cinco temas restantes que componen esta primera unidad están dedicados al estudio de la Ciencia del Derecho penal como conocimiento científico de aquellas normas a las que se ha hecho referencia. Bajo este aspecto, se analiza su evolución y tendencias tanto dentro como fuera de España, así como su concepto, método y relaciones con otras ciencias que como, por ejemplo, la Criminología y la Penología están también dedicadas al estudio del fenómeno delictivo desde los más variados puntos de vista. Para el estudio de estos cinco temas, el autor remite a su obra "La Ciencia del Derecho penal y su evolución" en la que el alumno puede encontrar una perfecta exposición de los mismos.

La Unidad Didáctica/2, que comprende los temas VII al XII, contiene un completo análisis de la Ley Penal y de los problemas derivados de su aplicación. En ella se analizan las fuentes del Derecho penal —con todas las implicaciones que este tema trae consigo—, la interpretación de la ley penal como única fuente directa del Derecho penal y todas aquellas cuestiones relacionadas con su aplicación en el espacio, en el tiempo y en relación con las personas.

La Unidad Didáctica/3, que comprende los temas XIII al XVIII, inicia el estudio de la teoría jurídica del delito, parte central de la obra. Tras definirlo como acción típica, antijurídica, culpable y punible, se pasa al análisis de los elementos "acción", "tipicidad" y "antijuridicidad". En cuanto a los temas referentes a la tipicidad y a la legítima defensa, se remite al alumno para su estudio al "Derecho penal español. Parte general" del profesor José María Rodríguez Devesa.

Con la Unidad Didáctica/4 se pone punto final al análisis de los elementos que constituyen el delito. Culpabilidad y punibilidad son analizados en los temas XIX a XXIV. Para los temas XX a XXIII se remite también al alumno a la ya mencionada obra del profesor Rodríguez Devesa.

La Unidad Didáctica/5 comprende los temas XXV a XXX y analiza de forma exhaustiva las formas de aparición del delito con sólo mínimas remisiones a la obra del profesor Rodríguez Devesa ya que dicha Unidad Didáctica —salvo los temas referentes al encubrimiento y a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal—, se encuentra íntegramente redactada.

Cierra esta obra dedicada al estudio de la parte general del Derecho penal, la Unidad Didáctica/6. En ella, y a lo largo de los temas XXXI a XXXVI, junto al análisis de las consecuencias jurídicas del delito (penas, medidas de seguridad y responsabilidad civil), se estudian las causas de extinción de la responsabilidad criminal. Solamente el tema XXXII no se encuentra redactado en esta unidad.

En definitiva, nos encontramos ante una completa exposición de lo que en todas las universidades españolas es objeto de estudio dentro de la parte general del Derecho penal. Precisamente por ello, esta obra no solamente es útil para los alumnos de la Universidad a Distancia (a los que está específicamente destinada), sino también para todo profesional del Derecho penal, tanto científico (dada la abundante y actual bibliografía citada en la obra), como práctico, así como para todo tipo de alumno (oficial o libre) de la Universidad Española que desee adquirir —sin regatear esfuerzo personal—, unos conocimientos fundamentales y a la vez amplios de la parte general del Derecho penal.

Agustín ZUGALDÍA ESPINAR

FERNANDEZ RODRIGUEZ, María Dolores: "El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas". Santiago de Compostela, 1976, 211 páginas.

"El estudio crítico de la personalidad y, en especial, de la obra de Rafael Salillas no puede emprenderse haciendo abstracción del momento y medio histórico-cultural del que son fruto; no sólo por ser genérico e insustituible instrumento de comprensión de toda labor científica y humana, sino por la importancia intrínseca del mismo". De esta forma comienza María Dolores Fernández Rodríguez las "determinaciones previas" de su interesante estudio sobre Salillas. Y, en efecto, le sobra razón en tal afirmación en cuanto difícilmente se puede analizar la personalidad de Salillas desvinculada del momento socio-cultural e histórico que le rodeaba.

El siglo XIX es prolijo en corrientes filosóficas que determinan una auténtica evolución en el pensamiento penal y criminológico. Con esta perspectiva, la autora plantea las diversas opciones ideológicas. Se hace eco, en primer lugar, del movimiento krausista como intento, no siempre afortunado, de síntesis del subjetivismo de Kant y Fichte con el absolutismo de Schelling y Hegel.

No es, no obstante, el krausismo —al margen de su especial influencia en nuestro país— de las tendencias más relevantes en la evolución de las ideas penales y filosóficas en el siglo XIX. Así es considerado en el libro al resaltar como movimientos punta el positivismo y el materialismo. A ambos se hace especial mención con la brevedad y rigor que exige el planteamiento general del tema, mostrándolos como introductores influyentes en las modernas estructuraciones metodológicas del saber y en los cambiantes planteamientos sociales que aún controvertidos inciden favorablemente en las nuevas concepciones filosóficas y penales. De este modo, por ejemplo, la influencia positivo-materialista en las ciencias biológicas fue decisiva.

Inevitable y lógicamente el área extensiva del positivismo y materialismo filosófico-científico llegó al ámbito de las Ciencias del Derecho penal, sacudidas en este sentido y con anterioridad por el correccionismo, dimensión jurídico-penal de la filosofía krausista.

Desde este punto de partida, llega Fernández Rodríguez a las reacciones jurídico-criminológicas salpicadas por las opciones filosóficas antes aludidas. Así, el propio correccionalismo de Roeder, la escuela positiva —propiciadora de la criminología— a través de sus tres máximos representantes, Lombroso, Ferri y Garófalo y otras escuelas promovidas en el positivismo crítico (Escuela sociológica —E. Durkheim—, Escuela del medio social o lionsesa —Lacassagne—, Escuela de interpsicología —Gabriel Tarde—, Escuela económica holandesa —A. Bonger— y la Escuela sociológica alemana —F. von Liszt, Prins y von Hamel—) son revisadas con claridad y precisión.

Junto a la Ciencia del Derecho penal y la criminología sería absolutamente inexcusable omitir, en el intento de situar el entorno de Rafael Salillas, el estudio de la Ciencia penitenciaria. A este tema —Movimiento de Reforma Penitenciaria y aparición de los sistemas penitenciarios— está dedicado el siguiente epígrafe de este capítulo.

Concluye el estudio dedicado al mundo intelectual de Rafael Salillas con un documentado examen de la España decimonónica. "En la filosofía española del siglo XIX, que sigue una clara inspiración escolástica como la de J. Balmes o bien se mueve dentro del tradicionalismo como J. Donoso Cortés, no encontraron eco las nuevas corrientes positivista y materialista pero, paradójicamente, cuando éstas dominan en los restantes países europeos, la filosofía krausista gozó de cierta aceptación en nuestra patria. Por otra parte, las poco afortunadas circunstancias socio-políticas por las que atravesaba nuestro suelo, especialmente en la segunda mitad del siglo, no favorecieron la consecución de importantes logros científicos". Sobre esta advertencia introductoria, la ágil y analítica pluma de María Dolores Fernández pasa revista a la Ciencia del Derecho penal, a la Criminología y a la Ciencia Penitenciaria en la España del siglo pasado.

Planteados los diversos aspectos y circunstancias que rodean a Rafael Salillas, los capítulos siguientes —núcleo esencial del trabajo— están dedicados a la vida y obra del autor, a su pensamiento penitenciario y a sus planteamientos criminológicos.

Las diversas actividades de este médico nacido en Anqués el 26 de marzo de 1854, sus aficiones literarias, su formación y práctica médica, lo accidental de su ingreso en la Dirección General de Establecimientos Penitenciarios, sus inquietudes intelectuales abiertas al delincuente como sujeto criminológico manifiestan un Salillas autodidacta fielmente reflejado en el capítulo segundo, el cual se completa con una exhaustiva clasificación de sus obras.

El pensamiento penitenciario de Salillas incide en las cuestiones más debatidas en la ciencia penitenciaria del pasado siglo (régimen celular, trabajo, clasificación, instrucción y personal penitenciario). Junto al criterio positivista de repulsa al régimen celular acepta la consideración correccionalista del trabajo al aire libre como medio de readaptación y corrección del penado. Coincidente con Ferri y lejano al correccionalismo clasifica la población penal como base de la organización penitenciaria (los que pueden ser educados y a ella pertenecen algunos jóvenes delincuentes, los que pueden ser reintegrados entre los que se encuentran los delincuentes por pasión y los ocasionales —ambas categorías irían desti-

nadas a los establecimientos penitenciarios comunes—, los que deben ser eliminados que son los delincuentes natos e incorregibles —eliminación relativa, o sea, la deportación—, los locos y semilocos —manicomios judiciales— y los incurables, inválidos y ancianos —hospital penitenciaria—) y considera la educación intelectual una mera fuerza cuyo influjo es dependiente de las disposiciones innatas del individuo y de las circunstancias en que se encuentre. Aboga, sin embargo, entre trabajo y escuela, como medios de reintegración social a poner en práctica en los establecimientos penitenciarios, decididamente por el primero. Los funcionarios de prisiones fue la cuestión a la que Salillas otorgó más importancia, en cuanto, a su entender, de ellos depende el éxito o fracaso de cualquier sistema.

Con todo —en opinión de Fernández Rodríguez— del análisis del pensamiento penitenciario de Salillas no puede desprenderse ninguna contribución científico-penitenciaria, entendiéndolo como tal en sentido estricto, toda aportación nueva de sistemas o métodos en la ejecución de las penas privativas de libertad. No obstante, se ha de reconocer —y así lo subraya la autora— que su contribución penitenciaria es imprescindible para conocer los factores evolutivos de la historia penitenciaria española.

El pensamiento criminológico salilliano es ajustado en el libro al distinguirse claramente dos períodos: el primero, formativo, comprende desde 1888 a 1892; el comienzo del segundo, creativo, después de un período de transición, coincide con la publicación en 1896 de “El Lenguaje”, primera de sus obras dedicadas al delincuente español.

Durante la fase formativa aprecia la influencia positivista y en especial de Lombroso, el impacto de las teorías antropológicas, la consideración del delincuente como un ser enfermo —tipo patológico y tipo instintivo, con anomalías atávicas, teratológicas y fisio-patológicas—, las propuestas de la teoría del “atascamiento” del carácter o fatiga, para la apreciación de la degeneración propia del tipo patológico y del retraso evolutivo característico del tipo instintivo, la edad de los progenitores en el momento de la generación como factor delincencial de más relieve en los elementos heredados en la degeneración y los estudios llevados a cabo sobre el tipo de regicida.

La fase creativa se manifiesta según la interpretación de Fernández Rodríguez en dos vertientes: una de ellas supone una continuada y definitiva revisión de los principales postulados de la teoría del fundador de la escuela positiva y en ella ha de destacarse la persistencia en la aceptación del delincuente nato, si bien desprendiéndolo del carácter de vedetismo del concepto lombrosiano; la segunda vertiente está constituida por las investigaciones en torno a la delincuencia española y en las que radica su personal aportación.

La principal contribución de Salillas a la ciencia criminológica española la constituye su teoría criminológica cuya formulación se encuentra en su obra “Hampa”. “La teoría básica” sólo puede considerarse un complemento, que no desarrollo, de la misma en cuanto en ella hallan desenvolvimiento básico biosociológico alguno de sus conceptos esenciales. En este sentido Fernández Rodríguez discrepa de Dorado Montero al creer que de hampa se deduce nítidamente el objeto de la teoría: la delin-

cuencia asociada española y dentro de ésta la representada por los delitos contra la propiedad.

Se completa este último capítulo del libro con el estudio de los caracteres esenciales que configuran la personalidad criminológica de Salillas: aplicación del método positivista y utilización de la literatura picaresca en la formulación de su teoría criminológica como teoría biosicológica, consideración del delincuente no ya como un enfermo, como sostenía Salillas y apuntaba la autora en el primer período, sino en una doble dimensión: biológica y sociológica. En definitiva, el pensamiento criminológico de Salillas se ofrece interpretado bajo una triple vertiente: positivo-sociológico-evolutiva. Positivo es el método utilizado y uno de sus desenvolvimientos aceptados: la embriogenia. Sociológica es la consideración del mundo social como el factor delincencial más importante. Evolucionista es el desenvolvimiento de los conceptos básicos del mismo.

Esta breve síntesis de la tesis doctoral de María Dolores Fernández Rodríguez, dirigida por el profesor Sáinz Cantero y ahora publicada en este excelente libro es indudablemente una importante aportación sobre el pensamiento salilliano, más aún cuando está construida con unos planteamientos críticos que llevan a la propia autora a reconocer en sus conclusiones que “el resultado del balance de la aportación criminológica de Salillas realizado con la objetividad que nos proporciona la perspectiva histórica, es menos positiva de lo que al iniciar el estudio presumíamos”. Afirmación que no le impide considerar a don Rafael Salillas y Panzano como la figura más representativa de nuestra Ciencia Criminológica, cuya importancia y relieve, si bien sobrevalorados no han sido aún superados.

Lorenzo MORILLAS CUEVA

GAUCHER, R.: “Los terroristas”, trad. de M. García Roig. Barcelona, 1967, 430 págs.

Se ocupa el autor de los orígenes del terrorismo, que dice hay que ir a buscarlos en Rusia, precisamente con la introducción allí del *Catecismo revolucionario*, en 1869. Diez años después aparecen en ese país un grupo de jóvenes que deciden combatir por medio de la violencia organizada la autocracia existente. Tras ocuparse de los primeros momentos históricos del terrorismo, del terror y la contrarrevolución, pasa a tratar de la lucha por la independencia en Macedonia, Irlanda, Israel y Argelia, con especial atención de la O.A.S.

El terrorismo, dice, persigue sembrar el miedo en la población en general, así como en determinados grupos en particular. Las acciones se realizan en muchas ocasiones de forma indiscriminada, aunque se procura que el efecto sea de tal importancia que tenga repercusiones no sólo nacionales, sino en el extranjero. Suele recurrirse al terrorismo, porque los fines políticos que se persiguen no se han conseguido por otros procedimientos, como pueden ser la propaganda o incluso los resultados de unas elecciones. Se llega al asesinato en particular, o de ciertos miem-

bros de un cuerpo, como pueden ser policía o militares, aunque también se suelen cometer actos de sabotaje a instalaciones, industrias, establecimientos, etc. También pueden conseguirse buenos objetivos si se llega a la contraviolencia por parte del poder constituido, ya que puede ser una forma de desprestigio en el extranjero, así como crear el desconcierto en el interior.

En ocasiones se pretende que la opinión pública mundial tome conciencia de un problema concreto; en estos casos se pide ayuda, por una parte, mientras que por otra se está amenazando con seguir, e incluso aumentar la campaña terrorista. No se pretende tomar el poder, pero sí conseguir determinados fines políticos, siendo uno de los más importantes la división del enemigo.

El terrorismo de grupos reducidos que no consigue un cierto apoyo popular está condenado al fracaso, siendo antes o después desarticulado. La única posibilidad de supervivencia es que cambien las condiciones económicas y políticas del país donde está actuando, lo que le permite intervenir en nuevos frentes.

Puede el terrorismo surgir con la lucha armada, o como complemento de la guerrilla, actuando ésta en el campo y aquél en la ciudad. Ambos sistemas tienen en común el actuar por sorpresa, crear temor y atacar el poder; aunque unos y otros suelen utilizar armas ligeras, la menor proporción las tienen las usadas por los terroristas.

El lugar idóneo para la guerrilla y el terrorismo son los países subdesarrollados, donde por las condiciones de vida es fácil conseguir elementos nuevos que se unen. En los países de mayor desarrollo socioeconómico, mientras el terrorismo puede subsistir, difícilmente puede sobrevivir la guerrilla que, por otra parte, está perdiendo su significado y organización tradicional.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: "Estadísticas Judiciales de España". Madrid 1976. Años 1970/1971. 447 págs. y 1972/1973, 452 páginas.

Han aparecido en el presente año las estadísticas judiciales correspondientes a 1970, 1971, 1972 y 1973. Se editan en dos volúmenes, comprendiendo cada uno de ellos dos años. Se recoge la estadística penal común —con un apéndice para la jurisdicción castrense—, la estadística judicial civil, la contencioso administrativa, laboral, penitenciaria y de los Tribunales Tutelares de Menores.

Cabe hacer una breve exposición de cómo ha evolucionado la criminalidad en nuestro país, a través de los datos que se recogen en la parte correspondiente a la estadística penal común. Teniendo en cuenta los últimos diez años, es decir, de 1963 a 1973 (no hay datos posteriores publicados), y considerando la actuación de las Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción, se desprende:

— La delincuencia se incrementa en ese período en un 77,88 por 100, pues se pasa de un total de 25.047 delitos apreciados en 1963, a 44.556 para el año 1973.

— El número de condenados se incrementa en un 82,74 por 100, pues se pasa de 23.008 a 42.046.

— Hubo en el año 1963 un condenado por cada 1,08 delitos apreciados, mientras que el año 1973 la proporción fue de 1 a 1,05.

— La reincidencia tiene una evolución preocupante, pues mientras el número de reincidentes y reiterantes fue de 3.047 para el año 1963, diez años después se eleva a 8.428, o sea, que casi se triplica.

— Se aprecia una disminución, en cifras absolutas y relativas, en los siguientes delitos: falsedades, que fueron 1.172 en el año 1963 y 1.072 para el año 1973; en los delitos cometidos por los funcionarios públicos la relación fue de 170 a 147, mientras que la proporción en los delitos contra el honor fue de 72 a 55. Téngase en cuenta, no obstante, que la criminalidad aumentó en un 77,88 por 100.

— El mayor incremento se aprecia en los delitos contra la salud pública —e inhumaciones ilegales— que pasa de 59 casos en 1963 a 7.961 para 1973. El motivo hay que buscarlo no sólo en el aumento de tráfico de estupefacientes y la nueva redacción del artículo 344, sino especialmente en que la Policía se ocupa con mayor interés en la persecución de esta forma de criminalidad, creando brigadas especiales y dedicando mayor número de funcionarios, con lo que se descubre mayor número de delitos. También es importante la variación en los delitos de imprudencia, pues se evoluciona de 3.724 a 14.582. En cuanto a los delitos contra la propiedad, se pasa de 10.093 a 17.541, lo que supone una media inferior a la general, pues el aumento es sólo del 73,79 por 100. Sin embargo, este incremento debía ser mucho mayor si no fuera por las modificaciones de cuantía que separan los límites entre delito y falta.

— En los demás delitos, el aumento en cifras absolutas es pequeño, y siempre inferior al incremento real que le correspondería.

En cuanto a las penas impuestas, la evolución fue:

— Siete penas de muerte, en los diez años que se consideran.

— Se impuso la pena de reclusión mayor en 37 casos en 1963, y solamente en 24 durante el año 1973.

— La relación para reclusión menor fue de 134 a 174.

— Presidio y prisión mayor, 623 y 1.030.

— Presidio y prisión menor, 6.128 y 7.916.

— Arresto mayor, 9.755 y 14.206.

— Multa, 7.950 durante el año 1963 y 24.002 en 1973.

Si tenemos en cuenta el número de condenados entre los años 1963 y 1973, que vimos se incrementaba en un 82,74 por 100, se aprecia una tendencia muy acusada de los tribunales a imponer cada vez con menos frecuencia penas de larga duración. Tiene interés el notable incremento en la imposición de la pena de multa, que se triplica en diez años, con lo que se evita el problema que crea la privación de libertad.

En la jurisdicción castrense hubo 567 condenas por delito en el año

1963 (566 varones y una mujer), y en 1973 fueron 682 (680 varones y dos mujeres).

— En 1963 se condenaron 21.405 varones y 1.603 mujeres, representando éstas el 7,49 por 100 del total de condenados; en 1973 lo fueron 40.318 varones y 2.098 mujeres, representando ahora éstas el 5,20 por 100 del total de condenas.

Se aprecia un notable aumento de la delincuencia juvenil. En el año 1963 se condenaron 1.502 jóvenes comprendidos entre los dieciséis y diecisiete años, 3.010 comprendidos entre dieciocho y veinte años, y 3.734 entre los veintiuno y veinticinco, mientras que en el año 1973 fueron 3.823, 6.583 y 7.876, respectivamente. Se observa que mientras para los mayores de diecisiete años las cifras de condenados se duplican en esos diez años, para los de dieciséis y diecisiete años ese aumento es de dos veces y media. Este es el fenómeno que se aprecia en todos los países, cada vez tienen delinquentes más jóvenes y en mayor proporción.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

LANDROVE DIAZ, Gerardo: "Las consecuencias jurídicas del delito"
Bosch. Barcelona, 1976, 195 págs.

Como ya en el mismo prólogo se encarga de aclarar el profesor Landrove, su libro "Las consecuencias jurídicas del delito" es una obra específicamente dedicada a los alumnos de Derecho penal. Bajo esta óptica y con absoluta fidelidad a ese propósito se dedica a lo que constituye la última parte de los programas de Derecho penal, parte general: pena, extinción de la responsabilidad criminal, responsabilidad civil, costas procesales y medidas de seguridad.

En forma concreta, pero sobre todo clara y precisa, expone en las páginas de su obra, sin incurrir en dogmatismos abrumadores para el alumno, las cuestiones relativas a las materias señaladas dejando para obras de otra naturaleza el estudio profundo de los problemas que la materia suscita. El propósito del autor es el planteamiento correcto de todas y cada una de las cuestiones que el tema encierra, breve análisis de las soluciones propuestas por la doctrina y tesis que parece más conveniente, pero siempre en este último punto sin obligar ni coaccionar en cuanto a la captación de la tesis dada. La técnica utilizada por el profesor Landrove, recordemos que siempre dirigida principalmente, tiene la virtud de despertar el interés por el estudio más profundo del tema que se analiza, objetivo último que, en definitiva, debe ser la aspiración preferente de la enseñanza universitaria.

Al estudio de la pena, primera y principal consecuencia jurídica del delito, se dedica la primera parte del libro. Partiendo de la consideración de qué es la pena, se recogen, a continuación, las distintas concepciones que con respecto a sus fines y fundamento son tradicionales. Las últimas aportaciones de la Nueva Defensa Social, con un simple pero detallado estudio de su significación, ventajas e inconvenientes, dan paso a la

clasificación que de las penas se hace tanto en el terreno doctrinal como legislativo.

Con el de la pena de muerte se inicia el estudio de cada una de las penas en particular. A una visión histórica de la vigencia, utilización y forma de ejecución de la pena capital, sigue la problemática actual que la misma plantea. El examen de los argumentos abolicionistas y antiabolicionistas, siempre en forma objetiva y desapasionada, referencias de derecho comparado y breve comentario respecto de cada una de las formas actuales de ejecución, dejan libertad al lector de valorar su conveniencia, si bien, no pasa desapercibida la inclinación abolicionista del profesor Landrove. Las consideraciones generales dan paso al examen de la pena de muerte en nuestro derecho histórico y en nuestra legislación vigente para terminar con un análisis de la doctrina española y su encuadramiento abolicionista o antiabolicionista.

Una visión rápida de las penas corporales, desaparecidas hoy en nuestro derecho, nos introduce en las penas privativas de libertad. Iniciado el tema con una breve pero completa ojeada histórica, se presta especial atención a la ejecución de la pena privativa de libertad. La obra de Howard y los distintos sistemas penitenciarios (filadélfico, de Auburn, progresivo, prisión abierta...) dan los elementos de juicio necesarios para comprender el porqué de la crisis que actualmente sufren las penas privativas de libertad, especialmente las más cortas de ellas respecto a las que se proponen diversos sustitutivos. Con exhaustivas referencias al derecho vigente se expone el tratamiento legal y la forma de ejecución en el derecho español. El examen de instituciones como la redención de penas por el trabajo, libertad condicional y condena condicional, completan la exposición de la materia.

Atención específica dedica el profesor Landrove a la crisis de las penas cortas privativas de libertad, dedicándose al estudio de los distintos sustitutivos que se proponen tanto por la doctrina nacional como por el derecho extranjero.

Las penas restrictivas de libertad, en sus manifestaciones de extrañamiento, confinamiento y destierro, junto con las privativas de derechos, son contempladas en la obra desde el punto de vista positivo preferentemente, sin abandonar nunca la aguda crítica ni el certero comentario.

Última parte del estudio de las penas lo constituyen las pecuniarias. Después de examinados sus efectos beneficiosos e inconvenientes, se dedica el profesor Landrove a la exposición de las soluciones e instituciones aconsejadas para obviar estos últimos, con especial referencia a la generalizada solución iniciada en el derecho sueco de los días-multa. Se trata, por fin, como se hace con respecto a cada tema, la regulación legal vigente de la multa, la caución y el comiso en el Código penal.

Cumpliendo perfectamente el objetivo de claridad y fácil acceso a la materia que en todo momento está presente en la exposición del profesor Landrove, la complejidad con que en nuestro Código se presentan las reglas para la determinación de la pena desaparece, merced a una acertada sistemática, para convertirse en una ordenación fundamentalmente didáctica que hace fácil la comprensión y articulación de los preceptos

legales a cada una de las particularidades previstas por dicho cuerpo legal.

Agotado el tema en lo que a la pena se refiere se inicia el estudio de la extinción de la responsabilidad criminal y la consideración histórica, legal, doctrinal y crítica de cada una de sus causas.

Consecuencia jurídica del delito, si bien de distinta naturaleza que la pena, es la responsabilidad civil nacida del mismo o de las faltas. Cuál es su contenido, quiénes las personas responsables, cuáles sus causas de extinción y el orden de prelación en el pago son asimismo analizadas en la obra que comentamos.

Punto final del trabajo lo constituye la medida de seguridad. Su concepto, clases y diferencias con la pena hacen perfectamente asimilable la noción que, después, es contemplada desde su alojamiento legal tanto en el Código penal como en la Ley de peligrosidad y Rehabilitación Social.

Hemos de discrepar, necesariamente, del profesor Landrove, de la afirmación que en el prólogo de su libro hace respecto a que su obra no llena ningún vacío. Lo llena y muy eficazmente. Se trata de un trabajo al que el hecho de ir dirigido fundamentalmente a facilitar la tarea del universitario estudiante de Derecho penal, lejos de desmerecerlo, aumenta su mérito, pues es verdaderamente complejo combinar, con la cohesión y plenitud que lo hace el profesor Landrove, claridad y exhaustividad, todo ello sin que en nada desmerezca la calidad de la exposición.

Juan José GONZÁLEZ RUS
Profesor Ayudante. Granada

SAINZ CANTERO, José Antonio: "Derecho penal II", Unidades Didácticas. UNED. Madrid, 1974.

La obra iniciada por el profesor Sáinz Cantero con las Unidades Didácticas, parte general, destinadas a la Universidad Nacional de Educación a Distancia, halla en las de parte especial que ahora comentamos, el complemento perfecto para lo que debe ser un curso universitario de Derecho penal.

La imposibilidad del tan necesario contacto directo profesor alumno, que constituye la característica fundamental de la Universidad a Distancia, supone un importante obstáculo para el desarrollo de la enseñanza que es preciso obviar si se quieren obtener unos mínimos de rendimiento aceptables. Tal inconveniente es superado, perfectamente, gracias a la clara idea que de la forma en que ha de plantearse una enseñanza de tal naturaleza tiene el profesor Sáinz Cantero. El método utilizado para ello—que no es exclusivo ni supone innovación creada para la UNED, pues no es otro el sistema que en la docencia universitaria, completado con seminarios clases prácticas, sumarios, casos reales, etc., viene desde hace ya bastante tiempo utilizando en las distintas facultades donde ha desarrollado su labor universitaria—constituye el camino más idóneo para lograr

tal propósito, combinándose exposiciones teóricas, casos prácticos, actividades complementarias de crítica y desarrollo de algunos temas, ejercicios de autocomprobación, etc., con la consulta voluntaria de las detalladas relaciones bibliográficas que para cada cuestión se indican, todo ello con la clara intención de desarrollar la capacidad crítica del alumno.

Alterando la sistemática legal, se inicia el estudio de los delitos en particular por el de aquellos que se dirigen contra la persona, entendiéndose por tales todos aquellos que atentan contra valores fundamentales de que es titular la misma. Aparecen, así, recogidos en las tres primeras Unidades Didácticas en que se examinan los mismos, y bajo el enunciado general de delitos contra la vida humana independiente, el delito de homicidio —extensamente expuesto—, sus modalidades agravadas, parricidio y asesinato —que el autor considera de naturaleza autónoma, aun reconociendo la conveniencia de convertirlos en figuras agravadas del homicidio para el caso de una deseable reforma del Código y evitar así los enojosos problemas que plantea la participación en tales delitos—; el infanticidio —también figura autónoma de marcado carácter finalista, respecto de la que el autor propugna una profunda revisión del abultado privilegio que la ley vigente otorga y que podría consistir en su conversión en modalidad atenuada del delito de parricidio—; el auxilio al suicidio —considerado tipo autónomo final que para su punición exige la efectiva realización del suicidio—; la inducción al suicidio —de las mismas características que el auxilio—; el homicidio consentido —tipo privilegiado en el que es preciso el consentimiento expreso de la víctima para que la conducta pueda ser subsumida en él— y, en último lugar, el tipo subsidiario del homicidio simple, delito de sospecha aplicable en defecto de aquél para los supuestos que recoge, de homicidio en riña tumultuaria.

Dentro todavía de los delitos contra la persona, y bajo el epígrafe de delitos contra la vida humana dependiente, se examinan, a continuación, el tipo básico de aborto y sus modalidades agravadas y privilegiadas junto con la expención de abortivos y difusión de prácticas abortivas o anticoncepcionales. Del delito de aborto, respecto de cuya criminalización o descriminalización se recogen las más últimas tendencias y la situación del mismo en el derecho comparado, se hace un estudio exhaustivo de cada uno de sus elementos, tanto en lo que se refiere al tipo básico, como en lo que respecta a sus configuraciones agravadas y atenuadas, dando fin con él a la primera Unidad Didáctica.

Los delitos contra la integridad corporal y la salud abren la segunda de las Unidades. Las lesiones, en todas las modalidades legales recogidas por el legislador español en los artículos 418 a 428 son sintetizadas con una evidente finalidad clarificadora y un respeto absoluto a los criterios científicos para facilitar el pormenorizado estudio a que a continuación se las somete.

La “arcaica e inapropiada para nuestro tiempo” normativa legal de los delitos contra la honestidad en el Código español, es analizada, científicamente derruida más bien, por la perfecta crítica que de ellos hace el profesor Sáinz Cantero. Desde el principios de legalidad, que no se respeta por algunas de las figuras, al de culpabilidad, del que cabe decir

otro tanto, pasando por la misma rúbrica, vaga e inapropiada, van siendo señaladas por el autor las innumerables deficiencias, anacronismos y periclitadas valoraciones que muestra un título vuelto por completo de espaldas a la realidad de la sociedad de hoy, sin que apenas alguna figura salga indemne del naufragio general en que cae el Título IX de nuestro Código penal. El estudio profundo de los delitos de calumnia e injurias pone punto final a la segunda Unidad Didáctica.

Continuando con los delitos contra las personas, entendidos en el sentido amplio que el autor señala, son objeto siguiente de estudio por el profesor Sáinz Cantero los delitos contra el estado civil de las personas, distinguiendo dentro de ellos entre los afectantes al estado civil absoluto, suposición de parto, sustitución de un niño por otro, ocultación o exposición de un niño por otro, ocultación o exposición de hijo legítimo para hacerle perder su estado civil y usurpación de estado civil, y los atentatorios al estado civil relativo, celebración y autorización de matrimonios ilegales y bigamia.

Los delitos contra la libertad y seguridad, con el análisis particularizado de cada uno de los tipos que en ellos se incluyen, continúan en la línea de profundidad y agotamiento del tema que caracteriza a toda la obra. El último de ellos, delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo del que el profesor Sáinz Cantero es profundo conocedor —fue el primer autor español que se ocupó monográficamente del tema—, puede servir como ejemplo verificador de lo que se afirma.

La cuarta Unidad Didáctica da acogida a las infracciones de carácter patrimonial. La crítica de la rúbrica legal de “delitos contra la propiedad”, abre el estudio de los supuestos de apoderamiento injusto de una cosa ajena, bien subrepticamente (hurto), o bien los efectuados con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas que constituyen los supuestos de robo, extorsión y usurpación. Siguiendo el orden del Código, se contemplan seguidamente los apoderamientos injustos de cosa ajena mediante engaño en que consisten las defraudaciones. Bajo la denominación de “Tráficos patrimoniales ilícitos” se recogen las tipicidades consistentes en el uso abusivo del patrimonio propio para lucrarse causando perjuicio a intereses patrimoniales de tercero (maquinaciones para alterar el precio de las cosas, usura, delitos relativos a las casas de préstamos, encubrimiento con ánimo de lucro y —éstos traídos de otros lugares del Código— los juegos ilícitos). Dentro de “Otras infracciones patrimoniales”, se recogen los delitos de incendio, estragos, daños y cheque en descubierta, para terminar con el estudio de la escusa absolutoria del artículo 564.

Dentro de los delitos contra la colectividad se incluyen por el profesor Sáinz Cantero los delitos contra los sentimientos religiosos, falsedades contra la administración de justicia, de riesgo en general y de los funcionarios públicos. Se ocupa, para terminar, de los delitos contra el Estado, las faltas, y legislación penal especial. El sistema seguido en estas dos unidades, sin diferir sustancialmente del anterior, sustituye la exposición doctrinal del autor, hasta ese momento comprensiva de todas las cuestiones relativas a cada tema, por un más extenso esquema de los que habi-

tualmente acompañan a cada lección como preámbulo de la misma, dedicando atención preferente a la autoformación del propio alumno con la utilización de la completa relación bibliográfica, tanto de obras generales como monográficas, que se consideran adecuadas para el uso de quienes se inician en el estudio del Derecho penal, que, también en todas las lecciones, tratan los puntos más discutidos e importantes.

La labor puramente teórica que constituye el contenido fundamental de las Unidades Didácticas, se complementa, a partir de la cuarta unidad, con dos casos prácticos por lección de realización voluntaria para el alumno, según el esquema de resolución que también en las mismas se propone y que permitirá, por su concepción eminentemente pedagógica, una mejor asimilación de las nociones adquiridas con el estudio.

La que hemos reseñado brevemente es, sin duda, una importante obra de Derecho penal. Y lo es tanto por su concepción como por el planteamiento dado al reto que supone la formación universitaria, aquí en su faceta penal, de unos alumnos a los que ni tan siquiera se reconoce, ni a los que es fácil dirigir nuevas orientaciones a lo largo del curso. Pero lo es, sobre todo, porque consigue aunar en una sola dos cualidades difícilmente combinables: claridad y sencillez de exposición —no se olvida nunca quiénes son los destinatarios de la obra— y seriedad y profundidad científica en todos y cada uno de los temas abordados. El profesor Sáinz Cantero demuestra que, con ser una rara habilidad, no se trata de un empeño imposible.

Juan José GONZÁLEZ RUS

NOTICIARIO

LUIS JIMENEZ DE ASUA, MAESTRO DE MAESTROS

Este insigne profesor de Derecho penal falleció en Buenos Aires el 16 de noviembre de 1970. Al cumplirse ahora el sexto aniversario de su deceso recordamos a nuestros lectores algunos de sus rasgos biográficos.

Nació don Luis, como le llamamos sus discípulos, en Madrid, el 19 de junio de 1889. Estudió Derecho y se graduó muy joven en la Universidad Central de Madrid. Para el doctorado elaboró su valiosa y futurista tesis sobre "La sentencia indeterminada" (Madrid, 1913). De estudiante pasó inmediatamente a ocupar, por oposición, la cátedra de Derecho penal en la Universidad de Madrid. Desde entonces no cesaron sus actividades jurídicas y políticas. En el Derecho penal, rápidamente se situó a la cabeza de los más famosos catedráticos de esta asignatura en el mundo entero. Ha sido el maestro de muchos profesores —de casi todos, directa o indirectamente— en España e Iberoamérica, cuyas universidades recorrió infatigablemente para dictar cursos o conferencias cuidadosamente preparadas sobre temas de la *Enciclopedia de las Ciencias Penales*, como a él le gustaba llamar a todas las que guardan relación con el Derecho punitivo. Los que tuvimos la dicha de tratarle sabemos con qué afán desentrañaba cualquier punto del Derecho y sus bases filosóficas. Lo presentaba con claridad asombrosa y facilidad de comprensión para quienes le leíamos, o mejor si le oíamos sus magníficas disertaciones.

Tuvo siempre una verdadera obsesión por los estudios jurídicos en todas las ramas y en la variada forma de presentación, ya fuera filosófica, histórica, lógica o simplemente divulgadora. Ese era, precisamente, su mayor mérito: sus conferencias las podían oír tanto los especialistas como los que no tuvieran una preparación suficiente. Privaba siempre en él el buen sentido pedagógico de no despreciar a los indoctos. Por el contrario, les ayudaba a clarificar sus mentes.

Es uno de los pocos que se han destacado entre los que más y mejor han escrito. Por eso sus biógrafos le presentan como "jurisconsulto, escritor y político español". Su inmensa obra sólo es concebible para los que le conocimos en la diaria faena. Se levantaba muy temprano, generalmente a las seis de la mañana y se ponía a escribir concienzudamente durante tres o cuatro horas. Escribía a mano, con letra que temían los linotipistas. A veces, muy pocas, dictaba. De cualquier forma, como buen artista, llenaba de correcciones las páginas de los primeros borradores; tanto sus manuscritos como los hechos a máquina por quienes le servíamos de secretarios. Por la tarde, invariablemente, leía o preparaba sus clases o conferencias. Era verdaderamente infatigable. Si descansaba al-

gunos fines de semana no era por propia iniciativa, sino por la influencia e insistencia de quienes estábamos a su alrededor. Se comprende así la magnitud de la labor realizada. No todo llegó a publicarse, con ser muchos los libros aparecidos en la imprenta. Su obra cumbre e imperecedera es el *Tratado de Derecho Penal*, escrito en Buenos Aires de 1950 a 1970 en que apareció el séptimo volumen, pocos días antes de su muerte. Muchos penalistas han dicho de este magnífico tratado —a mi juicio el mejor de habla hispana— que es una verdadera enciclopedia de las ciencias penales. En efecto, cualquier pensamiento o detalle preciso en relación con la filosofía penal, su historia, el análisis de los caracteres del delito, etc., etc.; de penalistas españoles, iberoamericanos, franceses, italianos, ingleses, alemanes y de muchos otros países, se ha de encontrar en sus páginas, porque es incontable el material bibliográfico que él ha manejado para esta voluminosa obra. Siempre estaba al día en el desarrollo del Derecho penal en cualquier rincón del mundo y, como verdadero maestro, sus conocimientos no los guardaba para su propio mérito. Ahí nos los ha dejado a todos para que podamos servirnos de ellos. Este afán de leer revistas y de estar al día en la materia es lo que explica que fuera conocido en el mundo entero y se tradujeran muchas de sus obras a las lenguas de la cultura occidental e incluso al japonés.

Recordemos muy pocas obras entre su amplia bibliografía. La ya citada tesis para el grado de doctor sobre *La sentencia indeterminada; Eugenesia, Eutanasia y Endocrinología; El Criminalista* (15 tomos de 1941 a 1963); *Defensas Penales* (Buenos Aires, 1944); *La Ley y el Delito* (Caracas, 1945). Y otras muchas relacionadas con la actividad jurídico-penal de España y de casi todos los países iberoamericanos. Publicó también algunos trabajos fuera de su especialidad, entre los que recordamos: *Panamericanismo, Latinoamericanismo, Hispanoamericanismo* (Buenos Aires, 1926); *Política, Figuras, Paisajes* (Madrid, 1928); *Libertad de Amar y Derecho a Morir; Notas de un confinado* (Madrid, 1930); *Al servicio de la nueva generación* (Madrid, 1930); *La Constitución de la Democracia Española y el problema regional* (Buenos Aires, 1946).

Jiménez de Asúa realizó su primer viaje a América en mayo de 1925 y, hasta febrero de 1926, lo empleó en dictar un curso de cuatro meses en Córdoba (Argentina), otro de seis conferencias en Buenos Aires, tres conferencias en Mendoza (Argentina), tres en Chile, un cursillo en Arequipa (Perú) y otro de un mes en La Habana.

En 1963 se constituyó el Secretariado Ejecutivo de la *Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica*, con la colaboración de profesores universitarios de los países americanos. La primera reunión se realizó en Santiago de Chile. Jiménez de Asúa fue uno de sus propulsores, con asistencia a muchas reuniones plenarios que han venido teniendo lugar hasta ahora en México (1965), Lima (1967), Caracas (1969), Bogotá (1970), Sao Paulo (1971), San José de Costa Rica (1972), Medellín (Colombia) (1973), Santiago de Chile (1974) y San Cristóbal (Venezuela) (1975).

Empezó a destacarse su política en 1926 cuando, al protestar por la forma en que se había cubierto la cátedra que desempeñaba Unamuno,

fue deportado a las Islas Chafarinas. En julio de 1927, como presidente eventual del Ateneo de Madrid, se negó a dar posesión a la junta nombrada por Real Orden, siendo detenido y encarcelado por espacio de una semana. En febrero de 1928 dio una conferencia en el curso eugenésico que se dictaba en la Universidad de Madrid. A consecuencia de esta conferencia se suspendió el curso. Repitió la misma conferencia en Murcia, invitado por aquella Universidad. Fue suspendido de empleo y medio sueldo. Los estudiantes se declararon en huelga como protesta. A Jiménez de Asúa se le abrió un expediente en el que no resultó nada contra su probidad científica, pero se le impuso una sanción gubernativa. Los estudiantes de Madrid, en solidaridad con él, acordaron abonarle el sueldo por medio de una suscripción entre ellos, regalándole, además, un álbum con sus firmas. En diciembre de 1930, al ser detenidos los miembros del primer comité revolucionario (Besteiro, Alcalá Zamora, Largo Caballero y otros) formó parte del segundo. Al advenimiento de la República no quiso desempeñar ningún cargo retribuido; pero, como pertenecía al Partido Socialista Obrero Español, salió diputado a las Cortes Constituyentes. Fue elegido presidente de la Comisión de Constitución de aquellas Cortes, en la que tuvo parte muy activa. También presidió la Subcomisión Penal de la Comisión Jurídica Asesora que redactó el proyecto de *Código Penal*. Inauguró el curso de 1931-32 en la Universidad de Madrid, disertando sobre el tema: *La teoría jurídica del delito*. También intervino en la redacción de la *Ley de Vagos y Maleantes* de 1933, que ha sido adaptada a muchos países de América. Fue diputado en las Cortes de 1933-35 y vicepresidente primero de las elegidas en febrero de 1936. Presidió la asamblea de diputados y compromisarios que designó a don Manuel Azaña como Presidente de la República. Fue ministro plenipotenciario en Praga de 1936 a 1939 y representó a la República en la Sociedad de las Naciones de 1938 a 1939. Exiliado al fin de la guerra, fijó su residencia en Buenos Aires, en cuya Universidad fue profesor extraordinario de 1940 por espacio de muchos años. Alternó esta cátedra, como se dijo antes, con sabias disertaciones en casi todos los países iberoamericanos, en algunos de los cuales, como Venezuela, dictó varios cursos de Derecho penal en diferentes oportunidades. En 1945 presidió las Cortes Españolas en el exilio y en 1962 fue nombrado Presidente de la República en el exilio.

Nunca perdió su fe en los españoles. Muchas veces nos dijo a sus amigos: "Las nuevas generaciones harán posible una España libre y digna. Los que quedemos de nosotros tendremos que orientarles y ayudarles, pero no detenerles en su seguro avance social. En España se restablecerá la democracia porque la moral y la bondad de sus ciudadanos así lo exige".

Murió como había vivido, entre libros y papeles, en Buenos Aires, el 16 de noviembre de 1970. Aunque no pudo ver la nueva etapa de la España que comienza, siempre la intuyó y la tuvo presente.

CURSILLO SOBRE INTRODUCCION GENERAL AL ESTUDIO DE LA CRIMINOLOGIA

Organizado por el Instituto de Criminología de Madrid, Israel Drapkin, profesor emérito de Criminología de la Universidad Hebrea de Jerusalén impartió un cursillo sobre "Introducción General al estudio de la Criminología" durante los días 18 a 29 del mes de octubre. Los temas expuestos fueron: I. Definición, objeto y finalidades, dificultades y limitaciones para su estudio; II. Evolución histórica, prehistoria, códigos antiguos, Grecia, Roma, Edad Media; III. César Beccaria, su tiempo y sus ideas; IV. César Lombroso, el hombre y su obra; V. El mundo post-lombrosiano, Europa y los Estados Unidos; VI. Factores criminógenos de tipo endógeno; VII. Factores criminógenos de tipo exógeno; VIII. Nociones básicas de victimología; IX. Fundamentos de clínica criminológica, y X. Prevención y tratamiento, medidas intra y extra-murales.

SIMPOSIUM SOBRE VALORACION DE LAS DEFICIENCIAS, INVALIDECES Y PERJUICIOS CORPORALES

Organizado por la Real Academia Nacional de Medicina, se ha celebrado un Simposium sobre Valoración de las deficiencias, invalideces y perjuicios corporales. Se ha desarrollado en cuatro sesiones con los siguientes temas:

Día 16 de noviembre, 1976.—Primera sesión. *Introducción. Conceptos generales, importancia del problema*, profesor D. Manuel Bermejillo, presidente de la Academia. *Criterio y Valoración. Tablas. Guías y Cuadros. Baremos de Valoración*, Doctor D. Manuel Blanco Argüelles, jefe del Servicio de Traumatología de la Clínica del Trabajo.

Día 23 de noviembre, 1976.—Segunda sesión. *Valoración de procesos en Neuropsiquiatría*, profesor D. Juan José Antonio Escudero, académico de número. *Valoración en Cirugía general y Aparato locomotor*, profesor D. Hipólito Durán Sacristán, académico de número. *Valoración sobre los problemas Médico-Legales*, profesor D. Bonifacio Piga, académico electo.

Día 30 de noviembre, 1976.—Tercera sesión. *Valoración en los procesos de las enfermedades del Tórax*, Dr. José Zapatero, académico correspondiente. *Valoración en los procesos del aparato genitourinario*, profesor D. Luis Cifuentes, académico de número. *Valoración en los procesos Oftalmológicos*, profesor D. José Pérez Llorca, académico numerario.

Día 7 de diciembre, 1976.—Cuarta sesión. *Valoración desde el punto de vista Jurídico-penal*, profesor D. José M.^a Rodríguez Devesa, catedrático de Derecho penal. *Valoración desde el punto de vista Jurídico-civil*, profesor D. Luis Díez-Picazo, catedrático de Derecho civil. *Valoración desde el punto de vista Jurídico-Laboral*, profesor D. Manuel Alonso Olea, catedrático de Derecho del Trabajo.

El profesor Rodríguez Devesa abordó el tema desde el aspecto jurídico-

penal insistiendo en que la brevedad del tiempo de que disponía no era suficiente para tantas cuestiones y tan complejas, se refirió a las diferentes facetas que presenta las deficiencias, invalideces y perjuicios corporales desde el punto de vista del sujeto activo, el autor del delito, del delito mismo, de la responsabilidad civil y de las medidas de seguridad. En relación con el autor del delito aludió a la enajenación y la sordomudez, como eximentes y atenuantes, cuando son incompletas. Estimó que la fórmula actual del Código penal no es satisfactoria, particularmente en cuanto al preceptivo internamiento que cierra posibilidades al tratamiento ambulatorio. Criticó con dureza la exigencia de que la salida del establecimiento destinado a enfermedades mentales precise de previa autorización del tribunal sentenciador, y que no se diferencien las medidas previstas para los oligofrénicos de las que la ley previene para las genuinas psicosis, porque los oligofrénicos no puede decirse que sean auténticos enfermos mentales, no son susceptibles de un tratamiento curativo y necesitan ante todo de una medida de tipo pedagógico para transformarles en seres útiles al nivel de su incapacidad. Examinó la cuestión después del lado del delito mismo, cuya gravedad, tratándose de lesiones, depende de la índole de éstas. Expuso la clasificación que adopta el Código penal que distingue lesiones de propósito, a saber, castración, esterilización y mutilaciones, lesiones dolosas, con dolo mediato o de segundo grado, y lesiones culposas, las dos últimas castigadas también en su forma culposa, esto es, cuando se cometen por imprudencia o negligencia. Prescindiendo de las lesiones causadas de propósito, el resto se clasifica por su gravedad en lesiones graves, menos graves y faltas, según el resultado que se produzca. Enumeró los distintos tipos de resultado, analizando en algún caso el alcance de las expresiones que utiliza el Código, como, por ejemplo, el de la deformidad, que es más bien un concepto estético en relación con el aspecto que ofreciera la víctima antes de cometerse el delito. Defendió a nuestro Código del reproche de casuismo, porque no es mayor que el de otros códigos penales europeos, como el alemán, el austríaco o el italiano. Aseguró también que no estaba justificada la objeción de desconocer el principio de que no hay pena sin culpabilidad, idea que compartió hasta ahora y que cree que debe ser rectificada, porque se trata de casos en los que se imputan consecuencias necesariamente unidas a la acción del sujeto y que, por ello, deben ser imputadas a título de dolo si la acción es dolosa, o bien media dolo de ímpetu en el que se asumen las consecuencias, cualesquiera que sean, de la acción, sin que pueda tampoco ponerse en duda el dolo. Respecto a la responsabilidad civil, subrayó que la fijación de su cuantía depende del arbitrio del tribunal y ha de comprender, además de los gastos ocasionados por la curación de las lesiones, lo dejado de percibir por razón de ellas, los daños morales e incluso los perjuicios causados por las lesiones a terceras personas, que deberán ser asimismo resarcidas. Sobre la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, afirmó que las medidas previstas para los toxicómanos, ebrios y exhibicionistas no son adecuadas, aparte de la falta de establecimientos adecuados.

INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGIA

Recientemente se ha fundado el Instituto Vasco de Criminología —IVAC—, en San Sebastián. La sesión inaugural ha tenido lugar el día 3 de noviembre, en la Sala de Cultura de la Caja de Ahorros Municipal. Bajo el tema "Investigación sobre delincuencia e inadaptación juvenil", y tras la presentación del Nuevo Instituto, por el profesor Beristain Ipiña, se desarrollaron los temas siguientes:

1. *Peligrosidad y los jóvenes. Prostitución. Toxicómanos. Ebrios habituales.* Intervinieron: Amunárriz Yaregui, Muñoz González, Cuesta Arzamendi, Lorenzo Cuervo y Resusta Melgar.

2. *Delincuencia juvenil y estructura social capitalista,* con la intervención de Enrique Etxebarúa.

SEMANA DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA CRIMINOLOGIA

Organizado por la Facultad de Derecho de San Sebastián —Instituto Vasco de Criminología—, durante los días 17 a 23 de noviembre, se ha celebrado la Semana de Introducción al Estudio de la Criminología, donde el profesor Drapkin ha expuesto los puntos más importantes en relación con los orígenes de la Criminología, desde las épocas remotas, pasando por el positivismo criminológico, hasta nuestros días.

REUNION DEL COMITE ORGANIZADOR DEL SEMINARIO NACIONAL SOBRE EVOLUCION DE LA CRIMINALIDAD ESPAÑOLA. SU PREVENCION Y TRATAMIENTO

El día 26 de noviembre se ha celebrado la segunda reunión de este comité; la primera tuvo lugar el 21 de mayo último.

Se pretende realizar un Seminario sobre los problemas de la criminalidad en España, cuya fecha está prevista para el mes de noviembre del año 1977.

El programa de trabajo se divide en tres grupos de temas a tratar, bajo los epígrafes de: I. La criminalidad adulta; II. Delincuencia juvenil, y III. El sistema de justicia penal.

En esta reunión se desarrollaron los distintos puntos de que consta el programa; se designó definitivamente el jefe responsable de cada uno de estos grupos, así como la composición de las demás personas que han de trabajar en cada uno de ellos, sin perjuicio de que puedan incorporarse otras que aporten algo de interés.

Asistieron a esta reunión: el director general de Instituciones Penitenciarias, señor Moreno Moreno; Castellón Mora, por cuya iniciativa se realizará este Seminario; Denis Szabo, director del Centro Internacional de Criminología Comparada de la Universidad de Montreal, Alarcón Bravo, Barrera Maseda, Baristain Ipiña, García Valdés, Lagua Arrazola, López Oruezábal, Martín Canivell, Rodríguez Devesa, Rodríguez Gandul, Serrano Gómez y Tavera Benito.

CENTENARIO DE "L'UOMO DELINQUENTE"

ALFONSO SERRANO GOMEZ

En este año —1976— se cumple el centenario de la primera edición de la obra de Lombroso, *Uomo delinquente* (1). Queremos en el presente trabajo recordar al autor italiano, ya que con este libro puede decirse que se inicia la Criminología.

La obra tuvo gran éxito, no sólo en Italia, sino en el extranjero, siendo traducida a diversos idiomas; de ahí que inmediatamente apareciera la segunda edición. Se enfoca el estudio del delincuente desde un punto de vista nuevo, pese a que había algunos antecedentes entre los frenólogos, como se verá, a hacer referencia al español Cubí Soler; son los factores causales endógenos los que se tendrán en cuenta, a través de un estudio científico, donde se llegó a la conclusión de que el hombre fatalmente podía nacer delincuente, por lo que estaba predestinado al delito.

Aunque la obra venía integrada por dos volúmenes, en la última edición aparece un tercero, de cuyo contenido ya hay algunas referencias en la segunda edición, aunque ahora se amplíen. Este volumen suele aparecer con el título *El delito*, del que hay traducción española (2).

En la dedicatoria de este tercer volumen, Lombroso se hace eco de las críticas de que era objeto su *Hombre delinquente*, pues se le acusaba de haber olvidado las causas sociales y económicas del delito, así como no dar soluciones para evitarlo. Sin embargo, se defiende diciendo que su escuela establece todo un sistema para la prevención del delito, después de estudiar su etiología; mientras que otros pensadores solamente señalan como único medio de lucha contra el delito la prisión y deportación.

(1) El título completo de la primera edición de la obra, de la que se hicieron cinco, 1876, 1878, 1884, 1889 y 1897, fue: *L'uomo delinquente studiato in rapporto alla Antropologia, alla Medicina Legale ed alla discipline carcerarie*. Tras algunas modificaciones, en la 5.^a ed. aparece con el título: *L'uomo delinquente in rapporto alla Antropologia, alla Giurisprudenza ed alla Psichiatria*.

(2) LOMBROSO, C.: *El delito. Sus causas y remedios*, trad. de BERNALDO DE QUIRÓS, Madrid, 1902, que utilizamos para este trabajo. Véase: FERRI, E., *Sociología criminal*, trad. SOTO HERNÁNDEZ, I, pág. 51, nota.

También sufrió otras críticas, por considerar que la obra no aportaba nada a la administración de justicia y al propio Derecho penal.

Esas circunstancias, junto con la influencia de sus discípulos Ferri (3) y Garofalo, contribuyen a que Lombroso se ocupe más de los factores exógenos en la última edición (1897), posterior a la Sociología de Ferri (1880) y a la Criminología de Garofalo (1885).

Aunque el italiano se hizo famoso por sus teorías sobre el delincuente nato, sin embargo, nos vamos a ocupar del tercer volumen en cuanto que muchos de los problemas que allí se plantean siguen todavía teniendo valor y son tratados por la criminología moderna. Por otra parte, del *Uomo delinquente* hay un exhaustivo trabajo del profesor Landecho (4), mientras que de la repercusión en España de tales teorías —dadas a conocer especialmente por Salillas (5) y, sobre todo, por Dorado Montero (6)— hay otra obra de Maristany (7). Dorado, que se ocupó más del Derecho penal que de la Criminología, y que estuvo en Italia durante el esplendor de la Escuela positiva, se encuentra más en la línea del correccionalismo (8), que del positivismo criminológico; Salillas, por su

(3) Escribe FERRI: "La obra de Lombroso nació con dos pecados originales: 1.º El haber dado demasiada preponderancia en el fondo, pero sobre todo en la forma, a los datos craneológicos y antropométricos en comparación con los datos psicológicos. 2.º Haber confundido, en las dos primeras ediciones, todos los criminales en un solo tipo", en *Sociología criminal*, cit., I, pág. 51.

(4) LANDECHO, C. M.: *La tipificación lombrosiana de delincuentes*, tesis doctoral, inédita.

(5) SALILLAS, en su trabajo *La Antropología en el Derecho penal* (conferencia leída en el Ateneo de Madrid, el 16 de diciembre de 1887), "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1888, tomo 73, págs. 603 y ss., expone los principios fundamentales de la escuela positiva y de la obra de LOMBROSO, sin entrar en críticas.

(6) Escribe DORADO: "Quien desee conocer los estudios últimos de antropología criminal, tiene que tomar como fuente esta obra, que lo ha sido también de la renovación que la ciencia penal ha sufrido últimamente en Italia y aún fuera de ella. Muchos más son, como veremos, los trabajos hechos sobre la materia en nuestros días; pero la obra hasta hoy más completa es el *Uomo delinquente*... No se crea, sin embargo, que los resultados que respecto del tipo criminal nos ofrece, sean todos definitivos; al contrario, hay muchos provisionales, y otros contradichos por éste o aquél antropólogo o alienista; hasta hay algunos con que el mismo LOMBROSO no está ya conforme", en *La antropología criminal en Italia*, Madrid, 1889, págs. 76-77, trabaja sobre la tercera ed. del *Uomo*, y la obra la escribió durante su estancia en Bolonia, en la segunda mitad del año 1886.

Más adelante, al tratar de los méritos de esta escuela dice: "No es de esto decir que carezca de errores ni defectos: tiene también muchos, tanto de doctrina como de propaganda y de polémica; pero no es nuestro propósito ponerlos aquí de relieve, porque no vamos a hacer una crítica", pág. 154. Amplía la exposición sobre el tema en su obra, *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*, Madrid, 1891.

(7) MARISTANY, L.: *El gabinete del doctor Lombroso*, Barcelona, 1973.

(8) DORADO MONTERO, P.: Véase su *Derecho protector de los criminales*, Madrid, 1916.

parte, estuvo más cerca de la Sociología criminal y ciencia penitenciaria que de la Antropología (9). No faltaron críticas a estas nuevas doctrinas (10), y lo cierto es que en España no tuvo gran repercusión la obra,

(9) Véase: ANTÓN ONECA, J.: *D. Rafael Salillas*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1974, fas. II; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a D., *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*, Santiago de Compostela, 1976.

(10) Recoge SALILLAS en su trabajo *La Antropología en el Derecho penal*, cit., que el Presidente del Tribunal Supremo, en la apertura de los Tribunales, el 15 de septiembre de 1887 decía: "Bien puedo concluir asegurando que los tribunales de justicia rechazarán absolutamente, en su diaria aplicación, teorías y doctrinas tan destructoras de todo régimen social, condenándolas y atemorizándolas abierta y decididamente", pág. 603.

ARAMBURU Y ZULOAGA, F., en una serie de conferencias recogidas en su obra *La nueva ciencia penal*, Madrid, 1887, hace una crítica de la escuela positiva, y por supuesto del *Uomo delinquente*, con muchos postulados no está de acuerdo. En la parte dedicada al delincuente, termina diciendo que "la mujer tiene con mucha mayor frecuencia que el hombre, los caracteres que los positivistas describen al señalarlos el tipo del delincuente", menor capacidad de cráneo, menor peso del cerebro, desproporción entre el rostro y el cráneo, zurdez, ambidextrismo, largura de los brazos, debilidad muscular. "Y a pesar de todo, la mujer es cuatro veces menos criminal que el hombre", págs. 170-180. Ya veremos cómo para LOMBROSO prácticamente no existe la mujer delincuente nata.

El padre Jerónimo Montes, discrepa bastante de las teorías de LOMBROSO, en especial de la concepción del delincuente nato, *Precursores de la ciencia penal en España*, Madrid, 1911, págs. 189 y ss.

El propio DORADO MONTERO escribe años después: "parece que la existencia real del delincuente llamado nato y la del correspondiente tipo criminal quedan desvanecidas. Se trata de unos puros conceptos, formales, como todos los conceptos, y, como todos también, relativos y subjetivos", en *El Derecho protector de los criminales*, cit., pág. 59.

Tal vez las críticas más duras vengan del Padre CÁMARA (Tomás Cámara y Castro), obispo de Salamanca, quien también arremete contra DORADO MONTERO, por enseñar a los alumnos de Derecho de aquella universidad, las teorías deterministas del positivismo. Elevó protestas al Rector, al Director General de Instrucción Pública y al Ministro de Fomento, sin conseguir que ninguno de ellos se pronunciara contra DORADO. Tampoco es cierto que el Padre CÁMARA excomulgara a DORADO (véase ANTÓN ONECA, *Apostillas a un libro sobre Dorado Montero*, en homenaje a Dorado Montero, "Revista de Estudios Penitenciarios", octubre-diciembre, 1971, págs. 1671-1672).

Expone el padre CÁMARA su crítica al positivismo, y en especial al *Uomo delinquente*, en su *Carta pastoral del Obispo de Salamanca a la juventud estudiosa, acerca de las bases del nuevo Derecho penal*, Salamanca, 1897. De esta carta pastoral se hizo una segunda edición, ya como libro, el mismo año, con el título de *Determinismo. La antropología criminal jurídica y la libertad humana*, en la que rechaza el fatalismo y proclama el libre albedrío (págs. 2-3).

Hace referencia a las ediciones segunda y quinta del *Uomo*, y escribe: "Pues si con la sangre se hereda el vicio, ¿cómo no igual las virtudes, cómo no el talento, que no es tan voluntarioso como la honradez? Nadie cree que pueda transmitirse sus condiciones a su descendencia" (páginas 49-50).

"Si no hay herencia, tampoco hay atavismo" (pág. 51).

Crítica el método de LOMBROSO, en cuanto que elige a unos cuantos de-

de cuyos dos primeros volúmenes no hay traducción castellana, aunque sí la tuvieran otras de las obras de Lombroso (11).

Hay que señalar que, con anterioridad a Lombroso, hubo un español —Mariano Cubí Soler— que ya hacía referencia al delincuente nato, aunque con la denominación de *criminal nato* (12). Pese a que el frenólogo español un tercio de siglo antes que Lombroso usaba ya esa nomenclatura (13), después de haber estudiado unos dos mil cráneos en Estados Unidos, su postura es más acorde con la mantenida por las modernas corrientes criminológicas (14).

También con referencia a los rasgos físicos de los delincuentes tenemos antecedentes entre nuestros fisonomistas, que se remontan a más de dos siglos antes. El más importante fue Jerónimo Cortés (15), de cuya

lincuentes, pero no a la suma; tampoco la suma total de los caracteres, sino la excepción en la mayoría de los casos; no se ha podido trazar la figura del hombre honrado, ni la línea divisoria que le separa del delincuente; la noción misma del delincuente no está bien definida; faltan series bastantes de donde inferir legítimas consecuencias, toma datos de fuentes a veces tan diversas, incapaces de compararse... (págs. 54 y ss.).

“El tipo criminal de nacimiento, explicado de la manera que hemos visto, por herencia o por enfermedad, no ha podido resistir a los serios ataques que los antropólogos le han asentado” (pág. 66).

Sin embargo, considera que todas esas discusiones ha salido algo positivo, aprovechable por la medicina legal, la antropometría, la justicia. La antropología tiene su valor, pero al remontarse por encima de sus posibilidades le han venido los fracasos (págs. 72 y ss.).

En su obra, el padre CÁMARA, hace algunas críticas de la postura de DORADO MONTERO, y dice de él: “Estudió en San Clemente de Bolonia, de donde vino turbado en sus ideas. El engolfarse en los laberintos de la antropología italiana, sobre todo del apóstata Ardigó..., le convirtió en indiferente y escéptico” (pág. 18, nota).

ANTÓN ONECA dice que la escuela positiva causó impacto en DORADO. Véase su obra, *La autopsia de Dorado Montero*, Salamanca, 1951, páginas 18 y ss.

Sobre el programa de cátedra de DORADO, véase BARBERO SANTOS, *Pedro Dorado Montero (aportación a su biografía)*, en “Revista de Estudios Penitenciarios”, abril-junio, 1966.

(11) MARISTANY, ob. cit., págs. 30 y ss.

(12) Véase nuestro trabajo, *Criminología de los primeros autores clásicos*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1973, fasc. I.

(13) Parece que se empleaba alguna denominación similar a la de *delincuente nato* con anterioridad a CUBÍ, ya que escribe: “Cuando el hombre es demente o *criminal nato*, si queremos aún servirnos de este último impropio término”. Parece que no estaba de acuerdo con la denominación y lo identifica con los dementes. Véase su obra *Sistema completo de frenología*, 2.^a ed., Barcelona, 1844, pág. 419 (la 1.^a ed. es de 1843).

(14) Sostiene CUBÍ que la frenología enseña cómo la acción de un órgano o grupo de órganos productores de conductas benévolas o asesinas no destruye la posibilidad de que funcionen los demás órganos de la cabeza. De activar éstos pueden devolver al sujeto su conducta ordenada. Es posible reprimir la acción de órganos preponderantes, ya por circunstancias accidentales, por educación, buenos ejemplos, etc. Sin embargo, hay casos que no tienen solución, son sujetos anormales a quienes se les debe aislar y prohibir la reproducción (ob. cit., págs. 170, 172 y ss., 178, 179 y 416).

(15) Véase nuestro trabajo, *Aportación española al estudio de la tipología criminal*, en “Revista de Policía Española”, julio-agosto, 1970.

obra hace una comparación el Padre Jerónimo Montes con la de Lombroso en relación con los rasgos físicos de los delincuentes, encontrando gran similitud entre ambas (16).

Sin embargo, ni la obra de Cubí ni la de Jerónimo Cortés, restan para nada méritos a la de Lombroso.

En este tercer volumen, en diversas ocasiones se hace referencia a la delincuencia política; se recogen estadísticas de diversos países europeos, así como también de Estados Unidos, para fundamentar las conclusiones. También en algunas ocasiones aparecen alusiones al delincuente nato. Es curioso resaltar que para Lombroso la mujer prácticamente en ningún caso resulta ser delincuente nata (17), con lo que el problema lo mantiene solamente a los varones.

Se divide la obra en tres partes. La primera se ocupa de la *Etiología del delito*; consta de dieciocho capítulos, de los que pasamos a recoger las ideas fundamentales, así como su supervivencia en la criminología actual.

Capítulo I.—Se ocupa Lombroso en este capítulo de la influencia que el clima tiene en el delito, problema real que sigue siendo tratado por la moderna criminología. Por otra parte, señala que en el delito son múltiples las causas que influyen, las cuales se encuentran conectadas entre sí.

No cabe duda que son muchas las causas que determinan el que un sujeto delinca —hoy se habla de factores influyentes—, que hay relación entre ellas y que no suele ser un solo factor el que desencadena el delito; es más, a veces esos factores son desconocidos hasta por el propio autor (18).

Se despeja con esto la creencia de muchos que piensan que el italiano solamente concedía valor a los factores endógenos.

Capítulo II.—Se destacan aquí la importancia que tienen determinados factores geográficos, así como de algunas enfermedades. Sostiene que la delincuencia es mayor en las grandes ciudades que en las poblaciones menos habitadas.

No cabe duda que hay diferencias notables de criminalidad por zonas geográficas. Entre nosotros, por ejemplo, las de mayor criminalidad son las costeras, y entre éstas las más visitadas por el turismo (19); lo mismo puede decirse de las grandes zonas urbanas, en relación con la rural o pequeñas capitales (20).

(16) JERÓNIMO MONTES, *Precursores de la ciencia penal en España*, cit., págs. 101 y ss.

(17) La mujer “verdadera delincuente nata no existe casi nunca más que en forma de prostituta, por encontrar en esta profesión un sustitutivo del delito. La mayoría de las mujeres criminales son delincuentes ocasionales o pasionales”. LOMBROSO, *El delito*, cit., pág. 551.

(18) Véase nuestra obra, *Delincuencia juvenil en España. Estudio criminológico*, Madrid, 1970, págs. 141 y ss.

(19) Véanse *Estadísticas Judiciales de España*, 1973, págs. 262 y ss.; SERRANO GÓMEZ, *Sustracción de vehículos en España*, 1970, págs. 42 y ss.

(20) Véanse *Estadísticas Judiciales de España*, págs. 262 y ss.; de los 47.556 delitos conocidos por Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción, en el año 1973, se cometieron: 23.801 en capitales de provin-

Capítulo III.—Se estudia aquí el problema de raza y delito. Se ocupa, en principio, de la delincuencia en los pueblos salvajes, en los que junto a tribus donde el delito prácticamente no se da, hay otras que viven de la rapiña. Destaca el bandidaje de la parte meridional de Italia y en la isla de Sicilia, cuya influencia se debe a razas que años atrás poblaron esas zonas y que fueron gitanos, portugueses y corsarios corsos. El problema de Sicilia obedece especialmente a que todavía se deja sentir allí la huella árabe. Termina el capítulo ocupándose de la criminalidad de judíos y gitanos, destacando la alta delincuencia de estos últimos.

El tema de raza y delito sigue siendo objeto de estudio por parte de los criminólogos. No cabe duda que hay razas que delinquen más que otras, así como también dentro de una misma raza el volumen y formas de criminalidad varía cuando se trata de unos países a otros, e incluso dentro de cualquiera de ellos en las regiones. Constantemente los criminólogos americanos insisten en el mayor índice de delincuencia de los negros en relación con los blancos (21). Sin embargo, no se tiene en cuenta su situación en la sociedad americana, donde son discriminados en muchos casos, realizan los peores trabajos —aunque haya alguna excepción—, son tratados peor por la justicia y la policía (22), etc. De todas formas, para conocer si una raza es más criminógena que otra, con la que convive o se le compara, es necesario colocar a todos sus miembros en una situación similar socioeconómica. Esto, no obstante, resulta difícil de poder llevar a la práctica; faltan trabajos al respecto, por lo que hay que poner en tela de juicio los resultados que se obtengan en relación con el tema raza y delito.

En España tenemos los gitanos, de los que se ocupa Lombroso, y un grupo étnico puramente nacional, los “quinquis”. Su criminalidad es mayor que la media nacional, pero también sus condiciones de vida son mucho más duras y discriminadas (23).

Capítulo IV.—Distingue aquí la delincuencia rudimentaria y tradicional del robo, homicidio, etc., de la que procede de los ciudadanos más civilizados y poderosos, donde entra en juego la astucia, el fraude, el poder y la corrupción. Ambas formas de criminalidad son compatibles en la misma sociedad, en especial las capitalistas, donde existen estratos sociales muy dispares; los más débiles en el terreno socioeconómico son quienes con más frecuencia inciden en la delincuencia tradicional, mien-

cia, 9.363 en municipios superiores a los 20.000 habitantes, 4.487 en municipios de 10.000 a 20.000 habitantes, y 9.889 en municipios de menos de 10.000 habitantes, pág. 284; SERRANO GÓMEZ, *La criminalidad en España y Francia*, en “Revista de Policía Española”, septiembre, 1975.

(21) Véase CAVAN, R. S., *Criminology*, Nueva York, 1966, págs. 35 y ss.; FRANKLIN, E., *The Negro Family in the United States*, Chicago, 1939; HENTIG, *El delito*, III, trad. RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1972, páginas 225 y ss.; LEWIS, J. H., *The Biology of the Negro*, Chicago, 1942.

(22) HENTIG, *ob. cit.*, III, pág. 240; OVERBI, A., *Discrimination in the Administration of Justice*, en “The Sociology Punishment and Correction” (Johnston-Savitz-Wolfgang, Nueva York, 1970, págs. 261 y ss.

(23) Véase nuestra obra, *Delincuencia juvenil en España*, cit., páginas 227 y ss.

tras que los poderosos vienen a ser los creadores de la delincuencia evolutiva y moderna (24).

Tiene una gran preocupación por las notables diferencias que existen entre las clases sociales, siendo frecuentes las injusticias debido a la opresión de los poderosos sobre los más débiles. Considera que la civilización cambia las formas de criminalidad, a la vez que crea nuevos delitos. Dice, "donde la majestad de la ley se desconoce y desprecia, sus representantes no pueden ser respetados".

Insiste en la mayor delincuencia de las grandes aglomeraciones y el sentido negativo que tiene la prensa y novelas en cuanto relatan hechos criminales, pues con frecuencia suelen ser imitados.

El tema de la evolución de la criminalidad, la mejor situación ante la justicia de los poderosos y la corrupción, son temas que recientemente se han discutido en el V Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (Ginebra, 1-12 septiembre, 1975) (25).

De todos es conocido el mayor índice de criminalidad de las grandes urbes (26). Por su parte, la prensa tiene junto a una función preventiva de informar a los ciudadanos de los delitos para que no sean víctimas, otra de carácter negativo, en cuanto una detallada información lleva a veces a que el delito sea imitado.

Capítulo V.—Se plantea aquí el problema de la criminalidad y los movimientos migratorios. Considera que conforme los países tienen más población, la criminalidad aumenta en mayor proporción que los habitantes. Se ocupa también de las migraciones interiores, de la zona rural a la urbana, así como los problemas de las segundas generaciones, o sea, la delincuencia de los hijos de los emigrantes.

Como consecuencia de que cada vez son más frecuentes los movimientos migratorios, y de que el delincuente en muchas ocasiones se transforma en emigrante o turista, el tema es objeto de preocupación por la criminología en los momentos actuales (27), aunque hayan variado notablemente las conclusiones sacadas por Lombroso. Sin embargo, no olvidemos que también han variado los motivos y formas de esos movimientos.

(24) Justifica el bandolerismo de aquella época, que considera como una "especie de salvaje justicia contra los opresores", y recoge de un informe de Gobone lo siguiente: "Los campesinos de la Italia meridional veían en el bandido el vengador de las injusticias con que la sociedad les abrumaba... De 124 concejos de Basilicata, sólo 44 no tuvieron ningún bandido, precisamente los que estaban dirigidos por alcaldes honrados". Véase BERNALDO DE QUIRÓS y J. ARDILA, *El bandolerismo andaluz*, Madrid, 1933.

(25) Naciones Unidas, A/CONF. 56/3; A/CONF. 56/4.

(26) Véase supra nota 16.

(27) Véanse FERRACUTI, F., *Appunti di Criminologia*, Roma, 1970, págs. 243 y ss.; GILLIOZ, E., *La criminalité des étrangers en Suisse*, en "Revue Penal Suisse", 2, 83, 1967, págs. 178-191; INTRONA, F., *Aspetti degenerativi e criminologici delle migrazioni interne*, "La Scuola Positiva", V, 4, 1963; KENNEDY, J. F., *A nation of immigrants*, Nueva York, 1964; HENTIG, *El delito*, I, trad. BARBERO SANTOS, Madrid, 1971, págs. 278 y ss.; Naciones Unidas (V Congreso prevención delito... cit.), A/CONF. 56/3, VII.

No obstante, ya se preocupaba Lombroso de que el emigrante debía ser informado antes de iniciar su marcha, cosa que ha costado hacer a muchos países en los últimos años.

El tema es de sumo interés para nosotros, ya que somos un país con grandes movimientos migratorios y turísticos (28).

Capítulo VI.—Se hacen algunas apreciaciones en relación con la carestía de los alimentos y la delincuencia. Cuando los alimentos básicos son caros aumentan los delitos contra la propiedad y disminuyen los que se cometen contra las personas, sucediendo lo contrario cuando esos alimentos son baratos. El hambre deprime el vigor sexual, mientras que la abundancia lo excita; en las épocas de hambre se cometen menos violaciones.

En éste, como en la mayoría de los capítulos, se hace referencia a la delincuencia política. Dice que se ha exagerado en cuanto a la relación entre el hambre y las rebeliones; recoge un estudio de Faraglia referente a cuarenta y seis grandes épocas de hambre que hubo entre los años 1182 y 1820, coincidiendo solamente seis de ellas con rebeliones.

Capítulo VII.—Se ocupa de los efectos del alcohol en la descendencia, así como de su influencia en la criminalidad, siendo los delitos más frecuentes cometidos bajo sus efectos: lesiones, homicidios y resistencia a la autoridad. También se ocupa de los efectos criminógenos de la morfina y el opio, no sólo de los delitos cometidos en estado de intoxicación, sino de los que se cometen para conseguir el producto.

No hace falta insistir en la influencia del alcohol en la criminalidad, sobre todo contra la integridad física de las personas. Tampoco toda la problemática que plantea el consumo y tráfico ilegal de estupefacientes (29). Sin embargo, ya Lombroso apunta uno de los problemas de mayor gravedad como es la delincuencia de los consumidores —adictos o no— para conseguir tales estupefacientes.

Capítulo VIII.—La instrucción lleva consigo el aumento de unos delitos y la disminución de otros. Resulta más feroz la delincuencia del poco instruido, mientras que es más astuta la del mejor formado. La educación en las prisiones resulta positiva, de ahí que recomiende que se mejoren los conocimientos de los reclusos, pues con ello se evita la reincidencia, ya que el recluso instruido se aparta de los internos más pervertidos.

También sigue en pie el problema de la relación entre la instrucción y la delincuencia. El delincuente aprovecha sus facultades y de ahí que sea diferente la criminalidad, más rudimentaria en el menos formado (30). También es cierto que si al penado se le instruye el peligro de reincidencia es menor, entre otras razones porque al salir de la prisión le será más fácil encontrar trabajo.

(28) Véase nuestro trabajo, *Criminalidad y movimientos migratorios*,

en "Revista Española de la Opinión Pública", julio-septiembre, 1969.

(29) Véase: DRESSLER, D. (ed.), *Readings in Criminology and Penology*, Nueva York, 1972, págs. 141 y ss.; A/CONF. 53/3, III.

(30) Véanse: WOLFGANG, E. y FERRACUTI, F., *La subcultura de la violencia*, trad. GARZA GARZA, México, 1971; LÓPEZ-REY ARROJO, M., *Criminología*, Madrid, 1975, págs. 340 y ss.; SELLIN, T., *Culture Conflict and Crime*, Nueva York, 1938.

Capítulo IX.—Considera Lombroso que la influencia de la riqueza en el delito es algo más discutible que la instrucción. Puede tener efectos positivos y negativos, y pone en tela de juicio las fortunas hechas en poco tiempo. La pobreza lleva consigo el tener que sustraer lo preciso para subsistir. Hay una criminalidad propia del rico y otra característica del pobre (31). Sin embargo, no considera la miseria como la causa principal del delito. El rico tiene más defensa ante la justicia que el pobre.

Cabe destacar de este capítulo una idea que muchos criminólogos han tardado en captar: que la miseria no es el factor principal de la delincuencia; influye, pero en mucha menos proporción de lo que se ha venido estimando (32).

Capítulo X.—Considera muy compleja la posible influencia de la religión en el delito, ya que junto a delinquentes ajenos a la religión hay otros muy religiosos o ateos. No obstante, en la introducción de la obra decía que la religión entre los protestantes parece impedir bastantes delitos, mientras que no ocurre lo mismo en varios países católicos. Sólo vienen a tener efecto preventivo las religiones que son fanáticas y apasionadamente morales.

No cabe duda que toda religión que se inspire en criterios de justicia tiene efectos preventivos. Se ha dicho que entre los católicos se da un mayor índice de criminalidad que para los miembros de otras, que es lo que mantiene Lombroso (33). De ser así habrá que pensar que tal vez obedezca a que la religión católica ha venido recogiendo a la mayor parte de los sectores en peor situación socioeconómica, y aunque la debilidad económica no lleve fatalmente al delito, sí que influye.

Capítulo XI.—Los hijos ilegítimos y los huérfanos dan un mayor índice de criminalidad. De aquí que considere como factor preventivo importante la protección de la familia.

Este es un fenómeno que se aprecia en todas las partes del mundo (34), y también entre nosotros (35). No cabe duda que la familia tiene un efecto preventivo muy importante.

Capítulo XII.—Se dedica este capítulo a la relación entre herencia y criminalidad. Se estudian autores individuales y familias delinquentes.

(31) Toma de Shakespeare, lo siguiente: "Los harapos, en seguida denuncian el crimen entre sus agujeros; pero el oro le oculta y defiende".

Véase: GLASER, D. y RICE, K., *Crime and Economic Condition*, en Dressler, ob. cit., págs. 351 y ss.; GIANNINI, M. C., *Economia e criminalità*, en "Appunti di Criminologia", de FERRACUTI, cit., págs. 161 y ss.; WARD, D. A. (ed.): *Delinquency, Crime, and Social Process*, Nueva York, 1969; McDONALD, L., *Social Class and Delinquency*, Londres, 1969; MAYS, J. B., *Crime and the Social Structure*, Londres, 1963.

(32) Véase nuestra obra, *Delincuencia juvenil en España*, cit., página 176.

(33) HENTIG, *El delito*, cit., II, trad. CEREZO MIR, págs. 19 y ss., 25 y ss. y 192 y ss.

(34) Véase: GÖPPINGER, H., *Criminología*, tra. SCHAWARK y LUZARRAGA CASTRO, Madrid, 1975, págs. 228 y ss.; MIDDENDORFF, W., *Criminología de la juventud*, trad. RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1963, págs. 125 y ss.

(35) Véase mi obra, *Delincuencia juvenil*, cit., pág. 173.

No puede sorprendernos este capítulo teniendo en cuenta los dos primeros volúmenes de la obra.

El tema de la relación entre herencia y criminalidad, que tan importante fue para Lombroso, hoy sigue discutiéndose, aunque no se puedan determinar resultados concretos (36).

Capítulo XIII.—El problema que se plantea el autor es el de la edad y precocidad criminal, las edades comprendidas entre los quince y veinticinco años son las de mayor volumen de criminalidad.

Que la criminalidad es más frecuente en las edades más bajas es un fenómeno que se mantiene en todos los países, teniendo cada vez delinquentes más jóvenes (37).

Capítulo XIV.—La mujer se inicia a edad más avanzada que el varón en el delito, y su criminalidad está relacionada con su posición social y familiar (38). La mujer tiene menos estigmas degenerativos que el hombre. Sin embargo, la delincuencia de la mujer es mayor de lo que parece, pues muchos de los delitos que comete son de los que menos se denuncian, como el hurto doméstico, el aborto y el encubrimiento.

Dice, por otra parte, que si la prostitución se contabilizara como delito, la delincuencia de la mujer sería casi tan alta como la de los varones. La prostitución evita que la mujer delinca en muchas ocasiones.

En efecto, es cierto, como apunta Lombroso, que la mujer se inicia a edad más tardía que el varón (39), así como que la emancipación temprana la pone en peligro de caer en el delito, precisamente por perder la protección de la familia. Además de los factores que señala Lombroso de por qué la delincuencia de la mujer es mayor de lo que realmente parece, hay que añadir: que cuando actúa unida a varones, éstos procuran defenderlas diciendo que nada sabían ellas, que iban engañadas; por

(36) ABRISQUETA, J. A.; CASTILLÓN MORA, L., *Criminología clínica y endocrinología*, en "Delincuencia juvenil", Madrid, 1972, págs. 127 y ss.; KALLMAN, F. J., *The Genetics of Schizophrenia*, Nueva York, 1938; SHIELDS, J., *Monozygotic Twins*, Oxford, 1962; SERRANO GÓMEZ, A., *Herencia y criminalidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1969, fas. III.

(37) Véase nuestra obra, *Delincuencia juvenil en España*, cit., páginas 179 y ss.; *Delincuencia juvenil*, en "Revista de Información Jurídica", enero-marzo, 1974.

(38) Tras considerar que la mujer española es de las que da menos índice de criminalidad, añade: "en los pueblos donde la mujer está tan instruida como el hombre... participando en las luchas varoniles, da una cifra de criminalidad que se aproxima a la del hombre", pág. 41.

(39) En España, por ejemplo, la población reclusa femenina el 31 de diciembre de 1975 (penadas) era: de dieciséis a veinte años, cuatro; de veintiuno a veinticinco (19), de veintiséis a treinta (16), de treinta y uno a cuarenta (28), de cuarenta y uno a sesenta (39) y más de sesenta (18). Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 1975, pág. 25. Sin embargo, los jóvenes penados comprendidos entre los dieciséis a veinte años eran 209; de los 42.416 condenados en el año 1973, eran 40.318 varones y 2.098 hembras, mientras tenía entre dieciséis y diecisiete años 3.752 varones, las hembras solamente eran setenta y una; frente a los 6.340 jóvenes comprendidos entre los dieciocho y veinte años, las mujeres fueron 243. "Estadísticas Judiciales de España", 1972-1973, pág. 288.

otra parte, la policía y la justicia suelen tener cierta benevolencia con ellas (40).

Capítulo XV.—Los solteros delinquen con más frecuencia que los casados. En cuanto a la relación entre el delito y el ocio, estima que las profesiones de los delincuentes son muchas veces ficticias, al decir que tienen tal o cual profesión sólo sirve para camuflar el delito, pero en realidad no trabajan en nada.

También en los momentos actuales se mantiene esa realidad de que el soltero delinque menos que el casado. El matrimonio tiene efectos preventivos (41); claro, que tampoco hay que olvidar que muchos delincuentes no llegan a casarse precisamente por su situación, ya que no se encuentran en condiciones de formar un hogar y mantener una familia, mientras que no faltan los que prefieren seguir siendo solteros. También es frecuente que carezcan de profesión, o que trabajen de forma esporádica en diversos trabajos sin cualificar.

Capítulo XVI.—Reconoce que en su época se dan supuestos de sujetos que buscan la prisión como un refugio, pues se les asegura cobijo y alimentación. Considera que las prisiones son criminógenas, ya que es un lugar donde los delincuentes se corrompen entre sí y se asocian.

Aunque se dan en la actualidad algunos casos de buscar el sujeto la prisión, por lo menos para pasar los meses de invierno, es poco frecuente. Por otra parte, es cierto que la prisión tiene efectos criminógenos en algunos casos, ya por asociación de sujetos para actuar conjuntamente al salir en libertad, esto, no obstante, no es tan frecuente como parece, pues en pocas ocasiones coincide la puesta en libertad, otra cosa es el compromiso anterior, o el encuentro ocasional posterior a la libertad; sin embargo, muy importante es el estigma que produce la prisión, y que lleva a un vacío social ante el sujeto, así como la falta de asistencia pos-carcelaria (42).

Capítulo XVII.—Considera múltiples las causas de la delincuencia asociada: persistencia de algunas asociaciones tradicionales de malhechores como la mafia, la camorra y el bandolerismo (43); facilidad de disponer y manejar las armas; aparición de jefes inteligentes; organización de grupos en prisiones; raza, entre las que cita a los gitanos, beduinos y negros americanos; herencia, que justifica en las familias delincuentes; algunos buscan la complicidad para vencer el miedo que les da el actuar solos. También considera que la delincuencia asociada a veces es ocasional, como coincidencia al salir de la cárcel, vivir en el mismo barrio, etc.

Quizá pueda destacar de este capítulo, para la realidad actual, en la criminalidad asociada: la importancia del jefe, el que algunos sujetos

(40) HENTIG, *ob. cit.*, III, págs. 60 y ss.

(41) De los 42.416 condenados en España en el año 1973 eran casados 18.769 y solteros, 22.871.

(42) Véanse: GÖPPINGER, *ob. cit.*, págs. 324 y ss.; JOHNSTON-SAVITZ-WOLFGANG, *ob. cit.*, págs. 573 y ss.; véase también núm. 183 de la "Revista de Estudios Penitenciarios", 1968, dedicado a *La Orden de la Merced*.

(43) Véase: BERNALDO DE QUIRÓS-ARDILA, *El bandolerismo andaluz*, citado.

buscan la compañía para vencer el miedo de actuar solos, así como la asociación ocasional. Hay otros factores de interés en la asociación actual (44). Cabe destacar también la existencia de familias delinquentes entre gitanos y quinquis, cosa que raramente se da en la población en general:

Capítulo XVIII.—Entre las causas del delito político concede gran importancia a las zonas industriales y de gran población —las zonas agrícolas son poco revolucionarias—, raza, sectas y partidarios, imitación de lo que ocurre en otros países, ideales, tradición histórica, influencias económicas, guerras, etc.

Aunque las condiciones de la criminalidad política han variado en los últimos tiempos, puede considerarse que todavía los factores que recoge Lombroso tienen valor en la actualidad (45).

Se ocupa Lombroso en la parte segunda de su obra de la *Profilaxis y terapéutica del delito*. Se pone el italiano en una posición que es mantenida por la criminología moderna: es más importante intentar evitar el delito que reprimirlo. Sin embargo, reconoce las dificultades que supone la prevención, y viene a vaticinarle sus escasas posibilidades de éxito, no porque no sea posible, sino porque le va a faltar apoyo. Escribe: “desgraciadamente, al menos en nuestra raza latina, los medios preventivos del delito son un sueño idealista” (pág. 453). Buena parte de las medidas preventivas que propone pueden tener en la actualidad plena aplicación, cabe destacar:

— Evitar las grandes aglomeraciones en las ciudades. Deben estar bien urbanizadas, iluminadas, etc.

— Mejor distribución de la riqueza y protección a los más débiles.

— Se siente satisfecho por la abolición del tormento, pero al no haberse encontrado otros medios eficaces de lucha contra el delito considera importante que las policías se perfeccionen en el aspecto técnico.

— No es partidario de elevar las penas con fines preventivos, pues aunque surtan algún efecto, hay que confiar más en las verdaderas medidas preventivas.

— Debe utilizarse la prensa con fines preventivos. Conviene que ésta saque a la luz delitos y corrupción, que no se hace por los procedimientos normales de combatir el delito.

— Se muestra partidario de que los bancos cumplan mejor su función, para evitar la delincuencia evolutiva.

— No es partidario de la inmunidad de ciertos cargos políticos. Debe evitarse que cada día haya más personas con privilegios ante la justicia.

— Mejor selección de los funcionarios, ya que puede ser una forma de evitar la comisión de delitos. También considera que ha de tenerse mucho cuidado en la selección de los encargados de administrar justicia.

(44) Véase nuestro trabajo, *Criminología de las asociaciones ilícitas*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1971, fasc. I.

(45) FAVROD, C. H., *La Révolution algérienne*, París, 1959; GUMBEL, *Les Crimes politiques en Allemagne*, París, 1931; BERISTAIN IPIÑA, *Terrorismo y delitos políticos*, en “Revista de la Facultad de Derecho de Caracas”, núm. 20, 1974-1975, págs. 241 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., *El delito político*, en “Cuadernos para el Diálogo”, sup. núm. 69, Madrid. 1976.

— Se muestra decidido partidario de la lucha contra la corrupción.

— Considera que para evitar el alcoholismo el gobierno debe crear centros de recreo, con lo que muchos pasarían el tiempo en ellos en lugar de terminar en los establecimientos de bebidas. Para los alcohólicos han de crearse centros de desintoxicación; también para los delincuentes alcohólicos, que no deben ir a las prisiones comunes.

— Considera que la educación familiar es muy importante para el futuro comportamiento de los hijos, pudiendo evitarse así que muchos terminen en el delito.

— Se ocupa ampliamente de cómo debe ser el tratamiento de los jóvenes delincuentes. No es partidario de su internamiento más que en los casos realmente necesarios, para evitar el efecto pernicioso de los centros.

— Para la prevención del delito político considera importante la existencia de sistemas democráticos, independencia judicial y una economía sana.

— Se ocupa de las prisiones y del régimen penitenciario. Considera vital el tratamiento individual.

— Hace una crítica de la prisión cerrada, por los problemas que lleva consigo.

— Considera absurdo el pretender corregir a un sujeto para devolverle a la sociedad reformado, cuando ese tratamiento se hace precisamente en unas condiciones que distan mucho de la vida real que va a encontrar cuando quede en libertad.

Consta esta segunda parte de la obra de nueve capítulos, y en el último se hace una crítica de los jurados, pues considera que si difícil resulta conocer la verdad de los hechos a quienes son profesionales en la administración de justicia, no pueden ofrecer muchas garantías los que no lo son. Justifica el mejor funcionamiento de los jurados en el sistema anglosajón, en base a que en aquella sociedad está más arraigado el sentimiento del deber y la justicia. También se muestra en contra del derecho de gracia, si la ley es justa sobra la gracia, si la ley es injusta sobra ésta.

Termina diciendo que no hay una gran preocupación en el proceso por ocuparse de los problemas reales del presunto culpable. Se atiende más a la aplicación objetiva de la ley.

Presenta Lombroso un plan de prevención, muchos de cuyos puntos siguen manteniendo en la actualidad, como son el problema de las grandes urbes, la conveniencia de que se fomenten industrias y servicios en otras más pequeñas, mejorar la distribución de la riqueza y protección a los más débiles, lucha abierta contra la corrupción (46), lucha contra el alcoholismo y tóxicos (47), efectos negativos de la prisión cerrada (48),

(46) Naciones Unidas, A/CONF. 56/3, I.

(47) Véase DRESSLER, ob. cit., págs., 141 y ss.; Naciones Unidas, A/CONF. 56/3, III.

(48) Vid. supra nota. 43. Naciones Unidas, A/CONF. 56/6, I y II.

tratamiento especial para los jóvenes (49), la familia es un eslabón fundamental en la prevención del delito, etc.

Trata la tercera y última parte de la obra de *Síntesis y aplicaciones de la pena*. La pena, dice, no debe considerarse como compensación a la sociedad ofendida, ni como una excomunión del sujeto, tampoco un mal que se impone al culpable, sino más bien como un bienestar para la sociedad. Basa el derecho de penar en la defensa contra el delincuente. No confía en la prisión como sistema para corregir al recluso, pues los peligros corruptores de la misma son más poderosos que sus beneficios; de ahí que considere que la prisión debe quedar solamente para los sujetos incorregibles; la pena es necesaria en muchos casos, pero hay otros en que no lo es, ya que el delito fue más o menos ocasional y el autor no volverá a repetir los hechos.

— Considera fundamental tener en cuenta la intención del sujeto, por lo que se pronuncia en contra de que la pena en las lesiones esté en función del tiempo que tardan en curar las mismas.

— Se muestra partidario de que la duración de la pena sea indeterminada, y debe jugar en relación con la enmienda del delincuente.

— Hace referencia a la figura del juez de ejecución de penas, en cuanto considera que es misión de éste seguir las fases de la ejecución. Sin embargo, afronta un problema que apenas se ha tenido en cuenta por los países que han creado esa figura: considera que los jueces no tienen los suficientes conocimientos criminológicos, por lo que deben estar asesorados por peritos antropólogos y criminólogos. Por no tener en cuenta esto, el juez de ejecución de penas ha sido un fracaso en muchos países.

— La libertad condicional debe concederse cuando el penado se encuentre realmente en condiciones de obtenerla, pues resulta inútil que siga privado de libertad.

— Como sustitutos de las penas de privación de libertad considera conveniente los arrestos domiciliarios, reprensión judicial, caución, destierro y la multa.

— La pena de multa debe ser proporcional a la posición económica del sujeto, con arresto sustitutorio en caso de impago. Debe la multa destinarse a indemnizar a la víctima, y el propio juez penal debe resolver la responsabilidad civil, para evitar el proceso civil. Vemos cómo Lombroso se ocupa de la víctima, la que prácticamente se encuentra olvidada en el derecho moderno, así como también de la forma que resulta más cómoda para indemnizar.

— Se muestra contrario a que los jóvenes ingresen en prisión. Cuando

(49) Véanse: GIBBONS, C., *Delincuentes juveniles y criminales*, trad. GARZA GARZA, México, 1969, págs. 300 y ss.; LAVASSEUR, G., *Tratamiento de los jóvenes delincuentes reincidentes*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", octubre-diciembre, 1970; MANNHEIM, H. y WILKINS, L. T., *Prediction methods in relation to Borstal Training*, Londres, 1955; GIBBONS, T. C. N., *Psychiatric studies of Borstal Lads*, Londres, 1963; HOOD, R. G., *Homeless Bostal boys*, Londres, 1966; WEST, D. J., *La delincuencia juvenil*, trad. GODÓ GOSTA, Barcelona, 1970, págs. 253 y ss.; ALARCÓN BRAVO, J., *Tratamiento del joven delincuente*, en "Delincuencia juvenil", cit., págs. 215 y ss.

delincan deben ser internados en centros benéficos. También se opone a la prisión preventiva, así como al ingreso de los ancianos en prisión, los que deben ser enviados a asilos, donde se les controlará.

— Los delincuentes enajenados, que representen un peligro para la sociedad, deben ser destinados a asilos especiales, pero nunca a las prisiones comunes.

— Se muestra partidario del sistema de *probation*, así como de la condena condicional. Es contrario a las penas cortas de privación de libertad, por sus efectos negativos.

— En relación con el aborto, considera que debe ser considerado como una contravención, pero no como delito, salvo cuando tengan un fin de lucro. Es un delito con mucha cifra negra, dándose casi en todos los casos en mujeres solteras, que con el aborto pretenden evitar una familia ilegítima. La ficción del Derecho civil que concede personalidad al concebido, no debe extenderse al Derecho penal.

— Dice que el mejor sistema penitenciario no es capaz de evitar la reincidencia.

— Tampoco es partidario de la penalización del adulterio. El amor no es un derecho que puedan exigirse los cónyuges. El proceso y la condena provoca escándalos inútiles y perjudiciales. El adulterio debía llevar a la posibilidad de conseguir el divorcio.

— Considera Lombroso que este tercer volumen, junto con los dos primeros de la obra, forman todo un ciclo completo de un estudio criminológico.

— Dice que la Antropología criminal resuelve problemas teóricos del Derecho penal, así como consigue también buenos resultados en el proceso penal mediante los peritajes psiquiátricos, e incluso a veces sirve para demostrar la inocencia de algunos presuntos culpables.

Vemos cómo Lombroso plantea problemas y pide soluciones que hoy están siendo recogidas por la moderna criminología, como son los sistemas que propone para sustituir las penas privativas de libertad (50), que la prisión solamente debe quedar para los delincuentes incorregibles (51), se ocupa de liberalizar el tema del aborto (52), mejor trato para la delincuencia juvenil, no confía demasiado en los sistemas penitenciarios en cuanto a la posibilidad de corregir al delincuente (53), la prisión tiene efectos criminógenos, el adulterio no debe ser constitutivo de delito (54), etc.

(50) CAVAN, S. C.: *Criminology*, Nueva York, 1962, págs. 267 y ss.; DRESSLER, ob. cit., págs. 573 y ss.; JOHNSTON-SAVITZ-WOLFGANG, *The Sociology of Punishment and Correction*, Londres, 1970, págs. 383 y ss.; LAVASSER, G., *El tratamiento en medio libre y en la probation*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", octubre-diciembre, 1970; CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, Barcelona, 1958, págs. 613 y ss.; NEUMAN, E., *Prisión abierta*, Buenos Aires, 1962; LÓPEZ-REY, *Criminología*, cit., págs. 491 y ss.; SÁINZ CANTERO, J. A., *Arresto de fin de semana y tratamiento del delincuente*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", octubre-diciembre, 1970.

(51) Naciones Unidas, A/CONF. 56/6, II.

(52) Véase: LANDROVE DÍAZ, G., *Política criminal del aborto*, Barcelona, 1976.

(53) Véase: supra nota 47; Naciones Unidas, A/CONF. 56/6, I.

(54) Véase: RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español*, parte especial, Madrid, 1975, pág. 173.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXIX

AÑO 1976

TOMO XXIX - FASCICULO III - SEPTIEMBRE - DICIEMBRE

	Páginas
SECCION DOCTRINAL	
<i>La cultura de la violencia</i> , por Israel Drapkin	469
<i>Empresas multinacionales y delincuencia fiscal</i> , por el profesor Klaus Tiedemann	487
<i>Consideración especial de la caución española</i> , por José Luis Manza- nares Samaniego	505
<i>La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos del artículo 4.º del Código penal: conspiración, proposición y provocación</i> , por Joaquín Cuelio Contreras	535
 CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Proyecto de Convención Europea sobre represión del Terrorismo ...</i>	557
<i>Resolución (76) 10. Sobre determinadas medidas penales substitutivas de las penas privativas de libertad</i>	563
<i>Nuevo impulso del Consejo de Europa a la lucha antidroga; intensi- ficación de las investigaciones a nivel internacional</i>	565
<i>Anteproyecto de Código Penal Colombiano</i>	566
 SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Jurisprudencia penal 1976</i> , por Alfonso Serrano Gómez	567
REVISTA DE LIBROS	603
NOTICIARIO	617
<i>Centenario de "L'Uomo delinquente"</i> , por Alfonso Serrano Gómez.	623

<i>La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos del artículo 4.º del Código penal: conspiración, proposición y provocación, por Joaquín Cuello Contreras</i>	535
---	-----

Crónicas Extranjeras

<i>Proyecto de Convención Europea sobre represión del Terrorismo</i> ...	557
<i>Resolución (76) 10. Sobre determinadas medidas penales sustitutivas de las penas privativas de libertad</i>	563
<i>Nuevo impulso del Consejo de Europa a la lucha antidroga: intensificación de las investigaciones a nivel internacional</i>	565
<i>Anteproyecto de Código Penal Colombiano</i>	566

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal 1976, por Alfonso Serrano Gómez</i>	567
--	-----

Revista de Libros	603
------------------------------------	-----

Noticario	617
-------------------------	-----

<i>Centenario de "L'Uomo delinquente", por Alfonso Serrano Gomez.</i>	623
---	-----

Suscripción anual: España, 1.200 pesetas
Extranjero, 1.350 pesetas

Número suelto, España, 480 pesetas
Extranjero, 600 pesetas