

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XXX
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMLXXVII**

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

Consejo de Redacción:

JOSE ANTON ONECA
Catedrático jubilado de Derecho penal

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

MIGUEL BAJO FERNANDEZ
Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ
Presidente de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ
Magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo

HORACIO OLIVA GARCIA
Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Complutense

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

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

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

JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada

JUAN CORDOBA RODA
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

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

FERNANDO DIAZ PALOS
Magistrado del Tribunal Supremo

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

INDICE

	Páginas
Sección Doctrinal	
<i>Libertad de asociación y Ley penal</i> , por Juan Córdoba Roda ...	5
<i>La estructura típica del delito de coacción</i> , por Angel Torio López.	19
<i>Observaciones para una futura reforma de la Ley de delitos monetarios</i> , por Miguel Bajo Fernández ...	41
<i>La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución</i> , por José María Morenilla Rodríguez ...	65
<i>Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822</i> , por Joaquín Cuello Contreras.	83

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: Septiembre-diciembre 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 XXX
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMLXXXVII**

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

Libertad de asociación y Ley penal

Un estudio sobre el Núm 5.º del Art. 172 del Código penal

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. *Consideraciones previas*: 1. La reforma introducida por la Ley 23/1976, de 19 de julio.—2. El objeto de protección del artículo 172 del Código penal.—3. La existencia de una *asociación* como exigencia común a las cinco modalidades del artículo 172.—4. Los requisitos de la asociación y su fundamentación.—5. Cuestiones planteadas en relación al concepto de asociación por la Ley 21/1976, de 14 de junio, de Asociación política. — II. *Examen del número 5.º del artículo 172, en particular*: 1. El requisito de la *implantación de un sistema totalitario como propósito de la asociación*: A) La exigencia de que el propósito lo sea de la asociación. B) El significado del término “totalitario”; planteamiento de la cuestión interpretativa. C) El *totalitarismo* en la ciencia política. D) Las posibilidades de su definición. E) Consecuencias de la exposición precedente en orden a la interpretación del número 5.º: a) Las cuestiones planteadas por la indeterminación del concepto. b) Propuesta de unos criterios interpretativos. c) Partido político y sistema totalitario.—2. El *sometimiento* a una disciplina internacional.—3. Conclusión sobre el ámbito de aplicación del precepto.—III. *Otras cuestiones*: 1. El problema de la aplicabilidad del número 3.º del artículo 172.—2. Examen de ciertas cuestiones planteadas por la Ley 21/1976, de 14 de junio, de asociación política: A) Constitución de asociaciones sin cumplir las exigencias legales. B) Referencia de los artículos 6 y 8 de la Ley 21/1976

I

1. La Ley 23/1976, de 19 de julio, “sobre modificación de determinados artículos del Código penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo” ha introducido varias reformas que afectan a aspectos sustanciales de las libertades políticas. De entre la serie de materias reguladas por los indicados preceptos, es nuestro propósito dedicar el presente trabajo a un examen crítico de uno de los sectores de la referida Reforma; a saber, al representado por el número 5.º del artículo 172.

El número 5.º del artículo 172 del Código penal declara “asociaciones ilícitas” a “las que, sometidas a una disciplina internacional se propongan implantar un sistema totalitario”. La inclusión de este número en el artículo 172 proviene de la Ley 23/1976, de 19 de julio, que, aparte de sustituir los números 3 y 4 de dicho artículo 172 en

su redacción anterior por modalidades dotadas de una configuración distinta y de añadir el número 5, derogó el artículo 173 que, desde entonces, ha quedado sin contenido.

La Ley 23/1976, de 19 de julio, resulta plausible en la medida en la que ha derogado el artículo 173 del Código penal, que declaraba "asociaciones ilícitas, entre otras, a las "asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la Ley y cualesquiera otras de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso". La expresión "declaradas fuera de la Ley" guarda correspondencia con lo que establecía la Ley de Responsabilidades políticas de 9 febrero 1939, que había sido declarada vigente por la disposición derogatoria dos de la Ley de 15 de noviembre de 1971. En virtud de la Ley de Responsabilidades políticas se declaraban fuera de la Ley "los siguientes partidos y agrupaciones: Acción Republicana, Izquierda Republicana, Unión Republicana, Partido Federal, Confederación Nacional del Trabajo, Unión General de Trabajadores, Partido Socialista Obrero, Partido Comunista, Partido Sindicalista, Sindicalista de Pestaña, Federación Anarquista Ibérica, Partido Nacionalista Vasco, Acción Nacionalista Vasca, Solidaridad de Obreros Vascos, Esquerra Catalana, Partido Galleguista, Partido Obrero de Unificación Marxista, Ateneo Libertario, Socorro Rojo Internacional, Partido Socialista Unificado de Cataluña, Unión de Rabassaires, Acción Catalana Republicana, Partido Catalanista Republicano, Unión Democrática de Cataluña, Estat Catalá y todas las Logias Masónicas y cualesquiera otras entidades, agrupaciones o partidos filiales o de análoga significación a los expresados, previa declaración oficial de hallarse, como los anteriormente relacionados fuera de la Ley".

No obstante el juicio por nosotros emitido en el párrafo anterior, observemos que la inclusión en el Código penal de elementos valorativos que comportan una falta de determinación del ámbito de los tipos, resulta gravemente censurable. En numerosas ocasiones en lugar de ofrecer el legislador una descripción clara y terminante de las acciones conminadas con pena, establece la esfera de lo delictivo en virtud de elementos cuya indagación requiere la formulación de juicios de valor determinantes de una incertidumbre, mayor o menor, en la fijación del ámbito de lo punible. No escasos ejemplos de ello, cuya enumeración no puede efectuarse aquí, ofrecen el Código penal y las Leyes Penales especiales, con la particularidad, además, de que la introducción de elementos de esta naturaleza se ha visto acrecentada en las sucesivas reformas penales. Consecuencia de todo ello es que la función atribuida a los Tribunales vea incrementada su complejidad por la atribución a éstos de cometidos que originariamente son propios del legislador. La labor de los órganos judiciales consistente en la pura aplicación de la Ley a la realidad, se ha visto, en efecto, ampliada por la tarea de llenar de contenido una serie de elementos valorativos dotados de una formulación abstracta e indeterminada. De todo ello, el número 5.º del artículo 172 del Có-

El Código penal ofrece un ejemplo de significación extrema, como en el presente trabajo nos proponemos demostrar. Para su desarrollo, tras exponer unas breves consideraciones referentes a las asociaciones ilícitas en general, estudiaremos el contenido y alcance del número 5 del artículo 172 y, por último, ciertas cuestiones que el examen de dicho precepto plantea.

2. El objeto de los artículos 172 a 176 del Código penal es el castigo de las trasgresiones o abusos que con ocasión del ejercicio del derecho de asociación reconocido por las Leyes, puedan llevarse a cabo. La presente regulación —arts. 172 a 176— encuentra su origen en el Código penal de 1870, que, a su vez, respondía al propósito de castigar el ejercicio abusivo del derecho de asociación reconocido y proclamado por el artículo 17 de la Constitución de 1869, que rezaba según el tenor siguiente: “tampoco podrá ser privado ningún español: ...del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública.” Dentro de la normativa vigente el derecho de asociación aparece reconocido por el artículo 16 del Fuero de los Españoles —“los españoles podrán... asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las Leyes”—, y por el artículo primero de la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre derecho de asociación política —“el derecho a asociarse libremente para fines lícitos, reconocido en el artículo 16 del Fuero de los Españoles, se ejercerá, en cuanto tenga por objeto la acción política, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley”.

De los cinco números comprendidos en el artículo 172 del Código penal, los dos primeros provienen del Código penal de 1870 y los tres últimos de la Ley 23/1976, de 19 de julio, que, a la vez que incorporó dichos números al artículo 172 en sustitución de los que bajo los números 3.º y 4.º aparecían antes de dicha Ley, privó de contenido al artículo 173.

3. Común a las cinco modalidades comprendidas en el artículo 172, es la existencia de una *asociación*. La redacción de cada uno de los cinco números comienza, en efecto, con la expresión “las que”, referida a las “*asociaciones* ilícitas” aludidas por el párrafo primero, habiendo desaparecido, tras la reforma efectuada por la Ley de 19 de julio de 1976, la referencia a los “grupos y diversas entidades”, que aparecía contenida en el hoy derogado artículo 173 del Código penal. Necesario resulta, pues, el determinar, ante todo, qué es lo que debe entenderse por “asociación”.

A tal efecto, recordemos que la presente regulación encuentra su origen en los artículos 198 a 201 del Código penal de 1870, que respondían al propósito de castigar el ejercicio abusivo del derecho de asociación reconocido y proclamado por el artículo 17 de la Constitución de 1869. Cabe, pues, afirmar que existe una comunidad de significado entre los términos “asociaciones” y “asociación”, empleados por el Código penal y la indicada Constitución, respectivamente. La “asociación” no puede ser definida sino como el organismo resultante de la unión de una pluralidad de personas, dotado de una

entidad independiente de sus individuos y dirigido al logro de un determinado fin.

4. La existencia de una *asociación* a efectos de la posible estimación de cualquiera de las modalidades del artículo 172 del Código penal, requiere la concurrencia de los elementos de la noción antes formulada: pluralidad de sujetos y entidad organizada en función de una cierta finalidad. La formulación de un tal concepto de asociación está basada en las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, en que si el origen de la regulación del artículo 172 se encuentra, según vimos, en los textos constitucionales relativos al *derecho de asociación*, y si esta última presupone —en la significación que a un tal término le corresponde en la esfera jurídico penal, es decir, en la iuspolítica, e incluso en la iusprivada (1)— la existencia de una entidad mínimamente organizada resultante de la unión de varias personas para la consecución de una meta, el conjunto de tales requisitos resultará imprescindible para las “asociaciones” a las que las Leyes penales hacen referencia. Sería, en efecto, inaceptable el entender que la asociación requiere la presencia de una serie de elementos en la esfera de las Leyes políticas y civiles, y estimar, en cambio, que los mismos no resultan necesarios en las Leyes penales, máxime cuando la regulación de éstas encuentra su origen en los textos constitucionales.

En segundo lugar, la confrontación entre las modalidades del artículo 172 y otras figuras que fueron en su día previstas o aparecen hoy incluidas en el Código penal —*entidades* del art. 173 antes de la reforma de 19 de julio de 1976, *asociación para el delito de robo* del artículo 513 y *conspiración* del artículo 4—, conduce, asimismo, a reclamar para las “asociaciones” del indicado artículo 172 la concurrencia de los requisitos antes referidos. Resulta así significativo el que el artículo 172 exija para cada uno de sus números la existencia de una *asociación*, a diferencia del artículo 173 en el contenido que tenía antes de la referida reforma de 1976, que extendía el ámbito de lo punible a “grupos”, “organizaciones”, “partidos” y “demás entidades”. Y obsérvese, además, que la confrontación entre las asociaciones del artículo 172 —particularmente las del número 2.º— y la conspiración del artículo 4.º, conduce a destacar las siguientes diferencias entre aquéllas y ésta: a) la conspiración equivale al concierto entre dos o más personas para la ejecución de un delito, unido a la resolución conjunta de ejecutarlo en concreto; b) la asociación, aun cuando no presupone una tal resolución, exige, en cambio, la integración de cada individuo en una entidad mínimamente organizada.

5. Para estimar la existencia de una asociación a los efectos de

(1) ALBADALEJO, *Derecho civil, I, Introducción y Parte General*, Barcelona, 1970, p. 290. LLUIS y NAVAS, *Derecho de asociaciones*, Barcelona, 1967, pp. 91 y ss.; SÁNCHEZ DE FRUTOS, *La asociación. Su régimen jurídico en Derecho español*, en “Revista de Derecho inmobiliario, 1965, pp. 883 y ss.

aplicar el artículo 172, no es necesario, obviamente, que la respectiva asociación o entidad ostente personalidad jurídica según la Ley 21, 1976, de 14 de junio, es decir, que haya sido objeto de la inscripción prescrita por el artículo segundo, número cuatro, de dicha Ley —“La inscripción determina la adquisición de la personalidad jurídica por la asociación...”.

Huelga, por otro lado, decir que las asociaciones constituidas con arreglo a dicha Ley 21/1976 pueden ser *ilícitas* a los efectos del artículo 172 del Código penal. Expresamente lo reconoce así el artículo 6.º, número 2, cuando declara: “serán sancionados con suspensión de uno a tres años o disolución de la asociación, según la gravedad y demás circunstancias apreciadas por la Sala del Tribunal Supremo prevista en el artículo 8.º: a) Las actividades que determinen la ilicitud de las asociaciones conforme a lo establecido en el artículo 1.º —el número 4 del artículo 1.º dispone que “son asociaciones ilícitas las tipificadas como tales en el Código penal”—. Aun cuando el artículo 8.º de dicha Ley exija para la ilicitud de las asociaciones que lleven éstas a cabo unas “*actividades*”, parece claro que la atribución a una asociación de la cualidad de *ilícita* a los efectos del artículo 172 del Código penal, no debe entenderse condicionada, como más adelante veremos a la realización por ella de determinadas actividades.

II

Una vez sentadas las precedentes observaciones de orden general, procede que seguidamente entremos en el examen particularizado de los elementos integrantes del número 5.º del artículo 172 del Código penal que declara “asociaciones ilícitas” a “las que, sometidas a una disciplina internacional se propongan implantar un sistema totalitario”.

1. Para que una asociación pueda ser calificada como ilícita conforme al número 5.º del artículo 172, se requiere que la misma se *proponga implantar un sistema totalitario*.

A) Ante todo, es preciso poner de relieve que dicha finalidad debe ser perseguida *por* la asociación. Esto es, del propósito definidor de la asociación ilícita debe ser titular la asociación y no sus individuos. El que la referida finalidad inspire la conducta de determinados partícipes, no resulta, pues, suficiente para atribuir a la asociación la cualidad de *ilícita* conforme al número 5.º del artículo 172. Para averiguar si concurre o no un tal requisito, deberá el juzgador indagar cuáles son los fines que realmente son propios de la correspondiente entidad, sin que las dificultades de prueba que esta labor comporte, puedan ser soslayadas a través de la pura y simple consideración de cuáles eran los propósitos que *individualmente* perseguían determinados miembros.

En relación a este punto se suscita la cuestión de si, de ser completamente imposible a la respectiva asociación la efectiva consecución de la meta de implantación de un sistema totalitario, procede,

o no, descartar su calificación conforme al correspondiente número del artículo 172. Aun cuando la *letra* de la Ley no ofrezca base suficiente para responder en sentido afirmativo a la cuestión planteada, cabe pensar en que la consideración de la *voluntad* del precepto conduzca a excluir en tales casos la estimación del número 5 del artículo 172. De interés resultan en relación a un problema similar, aunque en materia de propagandas ilegales (arts. 251 y siguientes del Código penal), las sentencias de 23 de enero de 1967 y 17 de mayo de 1967.

La aplicación del número 5.º del artículo 172 requiere la *concreta* constancia del fin de implantar un sistema totalitario como objetivo de la asociación. Con ello queremos destacar el que la *abstracta* o *vaga* alusión a que la meta de la respectiva asociación era la implantación del aludido sistema, resulta insuficiente a los efectos de aplicar el artículo 172. Las *características particulares* del referido propósito deben aparecer claramente establecidas. La estimación del número 5 del artículo 172 requiere, pues, la determinación del modo y forma *concretas* de la implantación del sistema totalitario, como meta de la respectiva entidad. Ilustrativa sobre este punto resulta la jurisprudencia dictada en materia de propogandas ilegales —cfr., vgr., las sentencias de 18 de junio de 1966, 23 de enero de 1967, 26 de mayo de 1970 y 6 de octubre de 1970.

B) Qué es lo que merece la consideración de “totalitario”, no lo dice ni el Código penal ni ningún otro texto legal. Tampoco la Ley de reforma 23/1976, de 19 de julio, aporta datos, ni en su articulado, ni en su exposición de motivos, para determinar qué es lo que debe entenderse bajo un tal término. A la vista de ello la única vía posible para interpretar la referida noción, es la de indagar qué es lo que por “totalitario” se entiende fuera del lenguaje de la Ley. Un tal término pertenece a la ciencia política. Es, pues, preciso acudir a ella, y con una cierta extensión en atención a la importancia del actual precepto, para determinar el significado y alcance del indicado término.

C) La palabra “totalitario” parece encontrar su origen, según los tratadistas de la ciencia política, en la Italia y Alemania de fines de los años veinte y decena del treinta (2). Mussolini y Hitler utilizaron el término en sus discursos, habiendo sido empleado por Karl Schmitt al calificar el Estado nacional socialista como “totalitario” (3). Esta palabra ha sido aplicada, en numerosas ocasiones, en relación al régimen político existente en la Unión Soviética, aun cuando, según se ha observado, el Diccionario de la Academia Soviética usó exclusivamente dicho término para otorgar una denominación a los regímenes “fascistas”, y los autores de la Unión Soviética reprobaban la aplicación de la palabra “totalitario” al régimen existente en su país, como expresivo, dicho uso lingüístico, de un aspecto de la pro-

(2) SCHAPIRO, Leonard, *Totalitarianism*, Londres, 1972, pp. 13 y ss.

(3) FIJALKOWSKI, Jürgen, *La Trama ideológica del totalitarismo*, Madrid, 1966, pp. 235 y ss.

paganda de la “guerra fría”. Observemos, por último, que, según Schapiro pone de relieve, desde el fin de la segunda guerra mundial el referido término ha sido utilizado por periodistas, políticos y autores de ciencia política de un modo impreciso e indiscriminado, a sistemas tan heterogéneos como el de la China comunista, Cuba, las democracias populares de la Europa Oriental, la Rusia Zarista, el Imperio Romano durante Deocleciano, los Estados Unidos durante la decena de los sesenta, Ginebra bajo Calvino y la Iglesia Católica. El repetido término ha sido, además, aplicado no sólo a Estados o sistemas políticos, sino incluso a Movimientos, Líderes, Procesos e Ideales (4).

El examen de la utilización que se ha dado a la palabra “totalitario” conduce a suscitar la cuestión de si, aparte de dejar constancia del empleo de aquélla en relación a los objetos referidos, cabe atribuir a la misma una determinación conceptual dotada de un significado claro y un ámbito de aplicación real. Una postura muy difundida es la de entender que el referido término tiene una vaguedad tal, que la convierte en una noción inservible. Así, por ejemplo, BENJAMÍN R. BARBER, sostiene que es “difícil hallar una justificación convincente de la presencia del *totalitarismo* en el vocabulario del análisis de política comparada”. Las definiciones de dicha noción, prosigue el citado autor, son contradictorias, careciendo de un significado específico (5).

Ello, no obstante, no faltan autores en la ciencia política, que han ofrecido una definición del repetido término. Hasta el punto, incluso, de que se ha intentado una clasificación sistemática de las definiciones formuladas en dos grupos: “esencialistas” y “fenomenológicas”. Bajo la primera categoría se incluyen aquellas que recalcan el contenido ideológico, las metas y otros atributos relativamente abstractos y no susceptibles de mensuración. Y bajo la segunda, aquellas definiciones que tratan de identificar el concepto a través de un “síndrome” de características descriptivas de un comportamiento objetivo y, por ello, mensurable, de determinada clase de regímenes (6).

De particular interés, para el objeto de nuestro estudio, pueden resultar, por su rigor formal, elaboraciones tales como la de LEONARD SCHAPIRO. Según este autor, existen cinco rasgos que permiten atribuir a un régimen la cualidad de *totalitario*: el Líder; la subyugación del orden jurídico; el control sobre la moralidad privada; la continua movilización de la población y la legitimación basada en el apoyo de las masas populares (7). Sobre la base de estos elementos SCHAPIRO y otros autores distinguen el sistema totalitario, por un lado, del Estado de Policía y del Estado absolutista, por otro. Observan, así, que el de Policía, a diferencia del totalitario, carece de una ideología v de

(4) SCHAPIRO, *ob. cit.*, pp. 14 y s.

(5) BARBER, Benjamín R., *Conceptual Foundations of Totalitarianism*, en CARL J. FRIEDRICH, MICHAEL CURTIS, BENJAMÍN R. BARBER, *Totalitarianism in Perspective: Three Views*, Nueva York, Washington, Londres, 1969, pp. 37 y s.,

(6) BARBER, *ob. cit.*, pp. 10 y ss.

(7) SCHAPIRO, *ob. cit.*, p. 20.

una movilización de masas. Y, en relación al Estado absolutista, ponen de relieve que, aparte de presuponer el Estado totalitario el hecho histórico de la llamada "revolución democrática" o "democracia de masas", el absolutismo contiene los principios del liberalismo moderno, a diferencia del totalitarismo que niega por completo tales principios (8).

Interesante para el presente estudio resulta, asimismo, la significación que al *Partido* le es atribuido por los sistemas totalitarios. Nos referimos con ello al hecho de que, como los tratadistas de ciencia política observan, el Partido es concebido, en los regímenes totalitarios, como un instrumento al que el Líder y el grupo dominante acuden para, junto a otros medios, alcanzar o mantener su autoridad. En atención a ello, no parece correcto, en términos generales, el atribuir a un partido político la calificación de totalitario (9).

D) El examen del valor atribuido por la doctrina política al término "totalitarismo" no permite ofrecer una noción que, como formulación conceptual basada en un consenso general de la doctrina, conduzca a calificar de un modo seguro e inequívoco a determinados objetos como *totalitarios*. La elevada vaguedad de la noción a la que en la exposición anterior hemos hecho referencia, se ha visto incrementada por el hecho de que, en no escasas ocasiones, el referido término ha sido utilizado como expresión de actitudes que, por su evidente emotividad, están reñidas con el rigor lógico que debe regir la utilización de las categorías conceptuales. Así, BABER y NEUMANN ponen de relieve que los hombres de Estado incurren, en ocasiones, en una emotividad en la utilización del referido término, que resulta peligroso y equívoco a los efectos de la aprehensión conceptual de ésta. Aluden con ello dichos autores al hecho de que la indicada palabra es utilizada, en ocasiones frecuentes, con el propósito, no tanto de definir o esclarecer una realidad, cuanto de provocar una reacción de orden afectivo entre los destinatarios de la correspondiente manifestación (10).

La vaguedad de la referida noción ha dado lugar a que la determinación de los regímenes a los que la misma deba ser aplicada, sea absolutamente incierta. Así, por ejemplo, HERBERT MARCUSE formula una crítica a la noción de *totalitarismo* en atención a que, según dicho autor, las características de restricción de libertades y dictadura que se atribuyen a la Unión Soviética no guardan una gran diferencia en relación a aquellas que definen a otros países, tales como los Estados Unidos de América, que, incorrectamente, son, con frecuencia, contra-

(8) SCHAPIRO, *ob. cit.*, p. 104.

(9) Como ilustración de lo expuesto, los autores hacen referencia a la relación que Stalin mantuvo con el Partido Comunista durante la época del acceso del primero al poder y de la consolidación de éste (SCHAPIRO, *ob. cit.*, pp. 60 y ss.).

(10) BARBER, *ob. cit.*, p. 38; NEUMANN cit. por BARBER. Este último autor, en el pasaje aludido, pone los ejemplos de la advertencia formulada por el General De Gaulle a la Unión Soviética, de evitar la realización de una política totalitaria en Checoslovaquia, y de la intervención del Presidente Johnson al defender la presencia americana en el Vietnam.

puestos al régimen soviético. Pese a la aparente libertad existente en América, el grado de aquélla no difiere sensiblemente, a juicio de MARCUSE, de la existente en el otro sistema político aludido, ya que lo decisivo en la presente materia no es el valor que formalmente pueda atribuirse a la libertad, sino la determinación real de “qué es lo que puede ser elegido y qué es lo que es elegido por el individuo” (11). Y recuérdese, por último, que la evolución experimentada durante los últimos años en los países socialistas ha conducido a que la doctrina política haya puesto en tela de juicio la aplicabilidad de la noción de “totalitario” para describir a todos y cada uno de los sistemas políticos existentes en los referidos países (12).

E) Una vez determinada la significación correspondiente al término “totalitario”, en virtud de la indagación del valor correspondiente a dicha noción, procede seguidamente extraer las consecuencias que de lo expuesto se desprenden, a fin y efecto de interpretar el número 5.º del artículo 172.

a) Ante todo, debemos observar que si la utilización en la ciencia política del término “totalitario” resulta, por su vaguedad e imprecisión censurable, con mucha mayor razón lo será en el lenguaje del Código penal, en atención a la claridad y certeza que para cumplir una función de garantía debe observar la letra de la Ley punitiva. Al parecer, dicha vaguedad e imprecisión han sido, además, intencionadamente creadas por el legislador español al objeto de transmitir a los Jueces y Tribunales la carga, que aquél no quiso asumir, de decidir cuáles asociaciones, de las originariamente constitutivas —en la redacción anterior a la Ley de Reforma de 1976— de las organizaciones y partidos políticos cumplidores del tipo del número 3 del artículo 173, caen dentro del ámbito del número 5 del artículo 172 del Código penal vigente. La vaguedad e incertidumbre de la redacción del número 5.º del artículo 172 bien puede, así, ser calificada de excepcional, como una breve referencia a otros pasajes del propio Código y a sistemas jurídicos distintos al español, demuestra.

En comparación al número 5.º del artículo 172 la vaguedad de otros elementos valorativos utilizados a lo largo del Código penal —tales como, en relación a la materia objeto del presente estudio, la “moral pública” y la “subversión”— palidece en importancia (13).

Un examen de la regulación contenida en otros sistemas jurídicos distintos al español pone de relieve el que, aunque éstos recurran a la inclusión de elementos valorativos al objeto de determinar el

(11) MARCUSE, *Repressive Tolerance*, en ROBERT PAUL WOLFF, BARRINGTON MOORE JR. y HERBERT MARCUSE, *A Critique of Pure Tolerance*, Londres, 1969, pp. 122 y s., y MARCUSE cit. por BARBER, *ob. cit.*, p. 106.

(12) SCHAPIRO, *ob. cit.*, pp. 106 y ss.; BARBER, *ob. cit.*, pp. 108 y ss.

(13) Resulta así sorprendente el que, con ocasión de la discusión de la Ley de Reforma 23/1976, de 19 de julio, haya podido sostenerse por algún procurador que sus reparos a otorgar su voto favorable a dicha Ley, respondían a la incertidumbre de la que ésta adolece, aunque no por la fórmula del número 5 del art. 172, sino por la utilización de términos tales como “número considerable de personas” por el núm. 4 del art. 166 —fórmula ésta que, por lo demás aparecía ya utilizada por el art. 189 del Cód. pen. de 1870—.

ámbito del ejercicio ilícito del derecho de asociación, tales elementos no comportan, en términos generales, la vaguedad y consiguiente incertidumbre de la fórmula empleada por el número 5.º del artículo 172. Ante la imposibilidad de efectuar en el presente trabajo un estudio ius-comparatista de esta interesante cuestión, nos limitaremos a hacer una referencia a guisa de ejemplo, a la ordenación contenida en los Códigos penales alemán e italiano.

El primero de ellos castiga en su parágrafo 84 determinados actos de participación en un "partido declarado anticonstitucional por el Tribunal de Garantía de la Constitución Federal, o en un partido del que el Tribunal de Garantía de la Constitución Federal haya afirmado que constituye la organización sucedánea de un partido prohibido". Y en su parágrafo 85 pena ciertas conductas de participación en "un partido o asociación del que se ha declarado por resolución firme que constituye la organización sucedánea de un partido prohibido, en un proceso seguido conforme al parágrafo 33, párrafo 3.º, de la Ley de Partidos", o "en una asociación que haya sido prohibida por resolución firme en atención a contrariar el orden constitucional o las ideas del entendimiento entre los pueblos ('Völkerverständigung'), o de la que se ha afirmado por resolución firme que constituye la organización sucedánea de una tal asociación prohibida". En relación a estos preceptos importa poner de relieve que al Juez Penal no le corresponde una facultad de decisión sobre la concurrencia, o no, de los presupuestos correspondientes a la calificación del respectivo partido o asociación (14).

En cuanto al Código penal italiano, el artículo 270 declara: "Quien en el territorio del Estado promueva, constituya, organice o dirija asociaciones encaminadas a establecer violentamente la dictadura de una clase social sobre las otras, o bien a suprimir violentamente una clase social o a subvertir violentamente los ordenamientos económicos o sociales constituidos en el Estado, será castigado con la reclusión de cinco a doce años. A la misma pena queda sometido quien en el territorio del Estado promueva, constituya, organice o dirija asociaciones que tengan por fin la supresión violenta de todo ordenamiento político o jurídico de la sociedad" (15).

Sin entrar en una consideración crítica de los distintos aspectos y cuestiones referentes a la regulación de los límites del ejercicio del derecho de asociación en el Derecho Penal comparado, por la imposibilidad de llevarla a cabo en el marco de la presente exposición, debemos concluir que el grado de vaguedad e incertidumbre que la redacción del número 5.º del artículo 172 del Código penal español resulta excepcional.

Los referidos defectos del texto del número 5.º del artículo 172 ponen seriamente en tela de juicio la viabilidad de dicho precepto,

(14) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munich, 1974, páginas 683 y ss.

(15) PIOLETTI, *Associazioni sovversive e antinazionali*, en Enciclopedia Forense, I, 1958, p. 480.

esto es, la posibilidad de su aplicación a la vida real. Si censurada ha sido la utilización del término "totalitario" en la ciencia política, por las enormes dificultades de determinar la significación de dicha palabra, con mucha mayor razón lo deberá ser su empleo en el lenguaje del Código penal, que, por una irrenunciable función de garantía, debe extremar el rigor lógico en la redacción de la Ley, empleando términos cuyo sentido no deje lugar a la duda e incertidumbre. Y si costoso resulta a la ciencia jurídico-penal dilucidar la significación y ámbito del referido término, estas dificultades alcanzarán la más elevada cota en relación a quienes en el ejercicio de la función jurisdiccional, deban aplicar la Ley, y a quienes, como ciudadanos, sean destinatarios de ésta. Baste a tal efecto observar, en una situación que raya los lindes de lo grotesco, que, para indagar los Jueces y Tribunales, de una parte, y los destinatarios de la norma, de otra, el ámbito correspondiente a lo prohibido en el ejercicio del derecho de asociación, deberían en rigor acudir a una detenida lectura de los tratadistas de ciencia política y tomar, además, postura en orden a la cuestión de si, conforme a lo que un sector de ellos sostiene, ostenta el término "totalitario" un significado lógicamente aprehensible y caso de responderse de modo afirmativo, en relación, además, al problema de cuál sea en concreto dicha noción. Y si difícil resulta determinar el cumplimiento del elemento objetivo del tipo, correspondiente al referido término del número 5.º del artículo 172, cabe imaginar, la frecuencia con que en la práctica diaria pueden difundirse situaciones de error sobre la concurrencia del indicado elemento.

b) No obstante las consideraciones expuestas en el apartado sistemático precedente, el intérprete debe intentar, por todos los medios, ofrecer una exégesis de lo dispuesto en la Ley, es decir, del número 5.º del artículo 172. Y ello, en último término, al objeto de evitar los mayores males que, de lo contrario, acaso pudieren seguirse en la aplicación del precepto. En cumplimiento de esta función y en atención a las características del término "totalitario" expuestas con anterioridad, procede que extrememos el rigor lógico en la interpretación del precepto, a fin de compensar, en la medida de lo posible, la imprecisión e incertidumbre de la redacción legal —con todo, la cuestión que queda abierta en la de que ello sea posible—. *Extremar el rigor* no puede aquí sino significar el exigir, para la estimación de un "sistema totalitario", todos y cada uno de los requisitos que, en virtud de su conjunción, determinen el que, a los ojos de cualquier observador, merezca el respectivo sistema la cualidad de *totalitario*. La concurrencia de *una parte* tan sólo de las características definidoras de dicha noción, o de aquellas que únicamente para un cierto sector doctrinal puedan motivar la apreciación de la cualidad de *totalitario*, debe estimarse, pues, insuficiente, a no ser que se quiera incurrir en una interpretación laxa del referido término. Al objeto de determinar cuáles son los requisitos que en su conjunto definen la indicada noción, deberá acudirse a aquellas construcciones.

de la ciencia política que manifiesten un mayor rigor o cúmulo de exigencias. Útil a tal efecto puede resultar, por ello, el síndrome de características elaborado por SCHAPIRO, conforme a los términos expuestos con anterioridad, y a los que aquí, en evitación de reiteraciones, nos remitimos —supra C.—. En suma, deberá entenderse que una asociación se propone instaurar un sistema totalitario, si persigue la creación de un orden político que cumpla la totalidad de requisitos correspondientes a la elaboración doctrinal referida.

c) Dado el valor que a los partidos políticos ha correspondido en los sistemas totalitarios —cfr. supra C.—, debe extremarse el rigor lógico a la hora de dilucidar si un cierto partido merece la consideración de totalitario. En efecto, si el partido es concebido en los regímenes totalitarios, según pusimos de relieve, como un *instrumento* al que el líder y el grupo dominante acuden para, junto a otros medios, alcanzar o mantener su autoridad, resulta evidente la necesidad de operar con el indicado rigor. Únicamente si la respectiva asociación tiene como objetivo la instauración de un régimen político de liderazgo o caudillaje según los términos antes expuestos, deberá entenderse cumplido el presente elemento del tipo.

2. Aparte del propósito de implantar un sistema totalitario, el número 5.º del artículo 172 del Código penal requiere el que la respectiva asociación esté *sometida a una disciplina internacional*, como exigencia ésta que debe añadirse al propósito examinado en el apartado sistemático precedente. El término “disciplina” posee distintas acepciones. Equivale en una primera de ellas y, según el Diccionario de la Lengua, a “doctrina, instrucción de una persona, especialmente en lo moral”, y también a “regla, orden y método en el modo de vivir”, que “tiene mayor uso hablando de la milicia y de los estados eclesiásticos secular y regular”. Dado el contexto del número 5.º del artículo 172 en el que el Código habla de “sometidas a una disciplina internacional”, no parece que “dicha disciplina” deba ser entendida como *doctrina*, esto es, como conjunto de principios referentes a un determinado sector de la realidad cual puede ser, en este caso, el de la vida política, sino en el de *ordenación* de las actuaciones o comportamientos conforme a los principios y jerarquías. La existencia de una *comunidad ideológica* entre la asociación que se propone instaurar un sistema totalitario y otras entidades existentes fuera de la nación, no resulta, pues, suficiente para motivar la concurrencia del presente requisito. Únicamente si la asociación que persigue la implantación del indicado sistema, está sometida a un orden jerárquico dotado de una existencia supra-nacional, es decir, vigente en uno o varios Estados distintos al español, deberá entenderse cumplido el presente elemento del tipo.

3. A la vista de las dificultades inherentes a la determinación del ámbito de lo “totalitario”, de las observaciones efectuadas sobre la relación entre dicha noción y la de partido político, así como de la exigencia concerniente al sometimiento a una “disciplina internacional”, debemos concluir que el ámbito de aplicación real del

número 5.º del artículo 172 no puede sino ser extremadamente limitado y reducido. En términos generales, entendemos que del hecho de constituir una asociación alguno de los partidos o agrupaciones declarados fuera de la Ley, por la de Responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939, no cabe derivar la consecuencia de que aquélla cumpla los requisitos del número 5.º del artículo 172.

III

1. Llegados a este punto de la exposición, la duda que al intérprete asalta, es la de si el crítico examen efectuado del número 5.º del artículo 172 resulta, o no, inútil a los efectos de lograr una limitación del ámbito de lo delictivo cumplidora del postulado de certeza y seguridad jurídicas. Cabe, en efecto, pensar en que el rigor lógico en la interpretación de dicho número 5.º es a tales efectos inútil, pues, dada la amplitud del número 3.º del artículo 172, las asociaciones que escapen a la aplicación del número 5.º por inobservancia de alguno de sus requisitos, resultarán alcanzadas, en último término, por el número 3.º del artículo 172 que reputa “asociaciones ilícitas” a “las que tengan por objeto la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, o el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional”. En respuesta a la cuestión planteada, y frente a lo manifestado por determinadas voces, digamos que del hecho de constituir una asociación alguno de los partidos declarados fuera de la Ley, por la de Responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939, no cabe derivar la consecuencia de que aquélla cumpla los requisitos del número 3.º del artículo 172. La aplicación de dicho número 3.º requiere la concreta constancia de que la respectiva asociación en sus *características particulares* tenía por objeto “la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, o el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional”.

2. Para concluir importa hacer una breve referencia a ciertas cuestiones que en relación al objeto de nuestro estudio plantean determinados preceptos de la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el derecho de asociación política.

A) El que una asociación se constituya sin haber cumplido los requisitos y trámites exigidos por la Ley, no debe dar lugar hoy a la estimación de ninguno de los cinco números del artículo 172 del Código penal. La asociación para la acción política surgida al margen de lo establecido por la Ley 21/1976, de 14 de junio, queda, sin duda, fuera del ámbito de aplicación de los tipos de asociación ilícita.

B) El párrafo 2 del artículo 6, de la Ley 21/1976, de 14 de junio, dispone: “serán sancionados con suspensión de uno a tres años o disolución de la asociación, según la gravedad y demás circunstan-

cias apreciadas por la Sala del Tribunal Supremo prevista en el artículo 8.º: *a)* las actividades que determinen la ilicitud de las asociaciones conforme a lo establecido en el artículo 1.º; *b)* la recepción de fondos procedentes del extranjero o de Entidades o personas extranjeras”. El párrafo 6 del propio artículo 6.º declara: “La responsabilidad civil y penal de las asociaciones políticas y de sus miembros se exigirá ante los Tribunales de Justicia ordinarios, de acuerdo con la legislación sustantiva y procesal común.” Y el artículo 8.º de la propia Ley establece: “Una Sala del Tribunal Supremo conocerá de todos los asuntos contenciosos que puedan plantearse al amparo de esta Ley. El procedimiento se regulará por Ley.”

En relación a los trascritos preceptos importa aquí poner de relieve que las resoluciones que al amparo del artículo 6.º adopte la Sala del Tribunal Supremo prevista por el artículo 8.º, no resultan vinculatorias para los Jueces y Tribunales Penales, pues, al no disponer así precepto legal alguno —a diferencia de lo que rige en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán—, no cabe sino entender que la decisión correspondiente a la jurisdicción penal debe formarse de modo autónomo e independiente.

Observemos, por último, que aun cuando el número 6 del artículo 6.º hable de “la responsabilidad civil y penal de las asociaciones políticas y de sus miembros”, no cabe entender que exista base suficiente para estimar que dicho precepto crea una responsabilidad penal para las personas jurídicas. En responsabilidad penal únicamente pueden incurrir, pese a la equívoca redacción de dicha disposición, los individuos de las asociaciones políticas.

La estructura típica del delito de coacción(*)

por

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valladolid

I

En la literatura penal extranjera, principalmente suiza y alemana, el delito de coacción ha despertado modernamente mayor interés que otros problemas de la parte especial. Los motivos de esta situación son de diverso carácter. En primer lugar, la coacción constituye actualmente el recurso jurídico penal oponible a los numerosos comportamientos agresivos que, en los más diversos sectores, confieren cierta peculiaridad a nuestro tiempo. La observación de la jurisprudencia alemana muestra una amplia utilización del tipo de la coacción en el ámbito del tráfico automovilístico, donde la proliferación de la violencia es siempre creciente, para sancionar comportamientos como impedir durante un largo trayecto un adelantamiento, forzar la realización de maniobras no queridas, etc. En el terreno financiero son frecuentes también violencia y amenaza para conseguir objetivos antijurídicos. En él pueden evocarse la compulsión mediante acciones judiciales, denuncias de carácter fiscal, querellas, etc. Existe aquí un área en que los delitos de coacción del artículo 496 y amenazas condicionales de los artículos 493, 1.º, y 494 del Código penal funcionan como “tipos de recogida” en que se pueden subsumir ciertos comportamientos si determinados “tipos primarios”, como la extorsión del artículo 503, el robo del artículo 501, la realización arbitraria del propio derecho del artículo 337, etc., por falta de los requisitos específicos que contienen, no pueden entrar en consideración.

En segundo lugar, el interés teórico por el delito de coacción obedece a motivos constitucionales. En el Derecho penal alemán, el párrafo 240 del Código penal, previo tipificar la aplicación de violencia o la amenaza con un mal para conseguir que otro haga, omite o tolere

(*) El presente estudio ha sido redactado para formar parte del libro homenaje al profesor doctor Emilio Gómez Orbaneja. No tiene en cuenta la ampliación del artículo 496 por la ley de 19-7-1976 —coacción para la huelga, paro o cierre empresarial— cuya orientación no es la protección *general* de la libertad, sino aspectos particulares de ésta.

algo, declara en el apartado 2 que la acción sólo es antijurídica si la violencia o amenaza con un mal ha de estimarse reprobable a la vista del fin perseguido. La realización de los elementos descriptivos expresos en el tipo no informa definitivamente todavía acerca de la antijuridicidad. Es preciso que ésta se establezca valorativamente por el juez en virtud de un enjuiciamiento adicional. Esto ha dado lugar a plantear el problema de la constitucionalidad de la regulación de conformidad con el artículo 103 de la Constitución, en el que se contiene el principio *nullum crimen sine lege*. Puesto que en virtud de la cláusula sobre la antijuridicidad del parágrafo 240, apartado 2, sobre la presencia de los presupuestos de punición no decide agotadoramente la ley, sino que es precisa una actividad valorativa complementaria del juez, es discutible si esta situación infringe el principio de legalidad, que reserva a la *lex formal*, con exclusión del ejecutivo y judicial, la determinación de los presupuestos de la pena.

Finalmente, se advierte un interés dogmático particular hacia los problemas suscitados por el delito. En cierta medida, el artículo 240 del Código penal alemán se ha convertido en uno de los centros de gravitación de la moderna teoría del tipo. Esta característica del delito está normalmente llamada a facilitar información sobre la antijuridicidad del comportamiento. La relación tipo-antijuridicidad se plantea generalmente en el sentido de que la acción típica es también antijurídica de no estar presente una causa de justificación. En determinados delitos, la relación ordinaria entre tipicidad y antijuridicidad aparece, sin embargo, con orientación diferente. La posibilidad de que medie una causa de exclusión de la antijuridicidad es en algunas figuras delictivas tan significativa, que la ley abandona el método mencionado y exige el examen de la antijuridicidad de forma independiente.

Es éste, según Baumann, el caso del artículo 240 del Código penal alemán. Una limitación o restricción de la libertad de actuación de la persona es tan frecuente en la vida cotidiana que el legislador ha considerado necesario establecer en una disposición específica reglas sobre su antijuridicidad. En la realidad social se puede observar que los comportamientos coercitivos conformes a Derecho son tan frecuentes al menos como los antijurídicos. El acreedor impone el pago al deudor; el profesor compele al alumno a la realización de sus tareas; los padres fuerzan a los hijos a observar en la vida determinada orientación; el empresario obliga al obrero a la ejecución de la obra. En todas estas hipótesis la libertad de actuación aparece condicionada. Simultáneamente, no puede dudarse tampoco de que si el acreedor amenaza con una demanda, el profesor con determinadas medidas disciplinarias, los padres con medidas correctivas o el empresario con la retención del salario, los comportamientos correspondientes, a pesar de cumplir los elementos objetivos de la coacción o las amenazas condicionales, no son en todo caso antijurídicos (1).

(1) BAUMANN, J., *Strafrecht*, Allg. Teil. 7 auf., 1975, págs. 274 y siguientes.

La materia básica del delito de coacción hace preciso, por tanto, acudir a una técnica particular en el tratamiento de las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad. La realización de los elementos objetivos expresos en el tipo, al contrario de lo que sucede normalmente en el homicidio, las lesiones, la violación, etc., no indica todavía en ciertos delitos el carácter antijurídico del comportamiento, carácter que ha de ser establecido en virtud de un juicio particular. Para este círculo de delitos, la dogmática contemporánea utiliza la denominación de "tipos abiertos". La discusión acerca de su admisibilidad, fundamentación, etc., constituye uno de los temas característicos de la ciencia penal contemporánea. Todo ello permite apreciar, por tanto, la existencia de motivos político-criminales, constitucionales y dogmáticos que explican el interés dispensado actualmente al delito de coacción.

En el presente trabajo, redactado en homenaje a quien fue mi maestro en los estudios universitarios de Derecho procesal en la Facultad de Derecho de Valladolid, no pueden ser examinados con la debida extensión todos los aspectos enunciados. Se intenta en él, por el contrario, una presentación esquemática del tipo de la coacción en su estructura fundamental.

II

El delito de coacción es, como afirma Maurach, un producto de la Ilustración penal alemana (2), en cuyo reconocimiento jurídico halla expresión una nueva disposición del hombre europeo para la libertad y una actitud histórico-espiritual diversa de la del Antiguo Régimen.

La historia legislativa de la coacción comienza en el Derecho territorial de Prusia de 1794, como delito independiente del *crimen vis* del Derecho romano y el período anterior del Derecho común, cuya dirección de ataque no venía por la libertad personal (3). El sistema penal alemán, que desde dicho cuerpo legal se propaga a los demás derechos territoriales y, posteriormente, a los códigos penales europeos del siglo XIX, es caracterizable en un doble sentido, principalmente frente al Derecho penal francés. En primer lugar, porque la coacción puede ser cometida mediante violencia o amenaza, lo que correlativamente conduce al desconocimiento de las amenazas condicionales como delito independiente. Y en segundo lugar, por configurar la coacción como delito de resultado, en el que la conducta típica ha de determinar a la víctima a cumplir, omitir o tolerar una determinada acción.

Este sistema difiere del acogido en el Derecho penal francés, en el que la coacción resulta desconocida. En el Código penal de 1810, el contenido de injusto de la coacción con violencia forma parte de

(2) MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*, Bes. Teil., 5 Auf., pág. 111.

(3) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. I y II. "Infracciones contra personalidad", 2.^a ed., puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, E., págs. 1105 y sigs.

las vías de hecho (*voies de fait*), para cuya consumación no se requiere el menoscabo de la libertad de obrar, en tanto que la coacción mediante amenaza del Derecho alemán está comprendida en los tipos de las amenazas condicionales.

El sistema penal español es producto de una doble recepción. El pensamiento alemán se refleja, probablemente por mediación del Código del Brasil de 1830, en el delito de coacciones, en tanto que el Derecho francés informa las amenazas condicionales de los artículos 493, 1.º, y 494. La jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo ha visto con claridad que las amenazas condicionales y las coacciones son delitos cuyo contenido y estructura es correlativa, existiendo entre ambos una analogía manifiesta, que hace a veces imprecisos sus límites e impone someterlos a los mismos principios doctrinales y jurisprudencia interpretativa (4). Sólo distingue a ambos el contenido del comportamiento, es decir, la amenaza como proposición de un mal antijurídico, o la violencia, en el sentido que posteriormente se precisará. En todo lo demás la dirección del tipo es paralela. En uno y otro caso se trata de delitos de resultado en que el comportamiento del autor ha de determinar la aparición de una consecuencia posterior, es decir, una acción u omisión (art. 496), la entrega de una cantidad o el cumplimiento del contenido de la condición (arts. 493, 1.º, y 494) por parte de la víctima del delito. En ambos casos se está ante la restricción de la libertad de obrar del ofendido como contenido material de lo injusto, es decir, ante un delito de lesión. Y, finalmente, en ambas hipótesis pertenece al delito la comprobación especial de la antijuridicidad típica, que en la coacción se reclama formalmente por medio de la cláusula "sin estar legítimamente autorizado" y en la amenaza se exige implícitamente por la doctrina y jurisprudencia dominantes, al requerir que el mal propuesto sea antijurídico.

En el sistema penal español, la libertad de obrar se encuentra, pues, protegida frente a ambas modalidades de ataque. La violencia y la amenaza no son, sin embargo, los únicos comportamientos posibles mediante los que puede menoscabarse la libertad de acción. Esta puede ser afectada por otras modalidades de comportamiento. En este sentido viene en consideración el engaño. Para conseguir del sujeto pasivo que haga u omita algo, el autor puede recurrir a la violencia o a la amenaza, pero puede servirse también de un medio más insidioso, como el engaño. En el supuesto de que se proponga impedir al ofendido que ejercite un derecho de paso sobre su fundo, cabe que imponga con violencia o amenaza su voluntad, pero está a su alcance también suscitar en él la representación errónea de la existencia de un obstáculo en realidad inexistente. En las tres hipótesis resulta frustrada la voluntad de acción del coaccionado, amenazado o engañado.

El Derecho penal considera únicamente dignas de castigo las dos primeras hipótesis. La lesión de la libertad de obrar mediante engaño puede dar lugar, en determinadas circunstancias, a la interposición de

(4) Sentencia T. S. de 27-12-1945.

los recursos del Derecho civil, mas no es objeto de valoración jurídico penal. No ocurre aquí lo mismo que en los delitos contra la honestidad y el patrimonio. En estos dos sectores no está tipificado tampoco cualquier ataque al bien jurídico protegido con independencia de sus propiedades específicas. Son precisas, por el contrario, determinadas características de concreción, que en lo referente al comportamiento típico abarcan la violencia, la amenaza y el engaño. En tal sentido son típicas conforme a las disposiciones del robo de los artículos 500 y siguientes, y de la extorsión del 503, las lesiones patrimoniales determinadas mediante violencia o intimidación, en tanto que las producidas fraudulentamente son subsumibles en las de la estafa de los artículos 528 y siguientes del Código. Paralelamente, en los delitos contra la libertad sexual, la violación comprende el acceso carnal con fuerza o intimidación en el artículo 429. 1.º, mientras que el estupro del artículo 436, primer párrafo, capta hipótesis de engaño.

Lo que pone de manifiesto esta situación es que el bien jurídico no obtiene en todos los grupos una protección penal ilimitada, frente a lo que sucede en los delitos contra la vida y la integridad corporal. Se observa que la protección, prescindiendo de otros aspectos del problema, se encuentra frecuentemente circunscrita a modalidades específicas de ataque. El desvalor del resultado ha de proceder, entonces, de un desvalor típico de acción.

En el delito de coacción, este desvalor viene dado por la violencia, como acción objetivamente reprochable. La evolución histórico-dogmática de esta característica del tipo pone de relieve la tensión dialéctica en que se halla con la protección del bien jurídico. Desde la consolidación de la coacción como delito independiente en las legislaciones del siglo XIX ha pretendido dispensarse protección creciente a la libertad de obrar de la persona. Para conseguir esta finalidad se han debilitado de forma progresiva las exigencias o elementos conformadores de la violencia como elemento propio del delito. En tal sentido se ha llegado a hablar por Schröder de una volatilización de tal característica. Desde las formulaciones originarias en que se reclamaba la presencia de un contenido energético o incluso mecánico, se ha pasado a aceptar una noción de violencia en que la referencia a la fuerza desaparece y donde se prescinde de mencionar la necesidad de que la acción posea matiz agresivo (5).

El problema que plantean la jurisprudencia y un amplio sector de la literatura penal extranjera actual es si, cuando esta pérdida se produce, resulta todavía respetada la estructura del tipo. Cuando se aprecia la violencia en el hecho de no entregar una llave para que no se acceda a la terraza de un edificio con el fin de instalar una antena de televisión, o en el de suprimir las bujías de un vehículo para que otra persona no pueda efectuar un desplazamiento, el concepto experimenta un desplazamiento significativo. En supuestos de

(5) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 15 Auf., págs. 1168 y sigs.; MULLER DIETZ, H., *Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1974, págs. 33 y sigs.

esta naturaleza desaparece prácticamente el matiz energético mencionado y pasa a primer plano el hecho o consecuencia de que el sujeto pasivo no haya podido llevar a la práctica su voluntad de acción. Es dudoso que estas interpretaciones respeten todavía la estructura del delito, en el que es necesaria formalmente una relación típica peculiar, en que el resultado, es decir, la lesión de la libertad de actuación, ha de ser consecuencia de una acción que posea determinadas propiedades positivas, subsumibles en el concepto jurídico de violencia.

El sentido de lo que sigue es que por amplia que sea la protección penal que pretenda dispensarse a la libertad de obrar, la interpretación de la figura de delito no deberá llevar a la volatilización de ninguno de sus elementos constitutivos, con el consiguiente peligro de penetración de la analogía en el Derecho penal.

En este sentido cabe proponer para el estudio de tipo de la coacción la pauta orientadora siguiente: *la libertad de actuación (cuya lesión constituye el desvalor del resultado) ha de resultar protegida en toda la extensión que permita mantener todavía como característica típica el comportamiento violento (desvalor de la acción).*

III

La pauta propuesta reclama, por tanto, un *acto* violento como característica de la realización típica. En ella la violencia no es sólo una consecuencia de la acción, sino la acción misma, como comportamiento humano dotado de específicas propiedades.

El concepto de la violencia ha merecido atención singular por parte de la literatura reciente. Desde las formulaciones de los comentarios alemanes o españoles de finales del siglo XIX y principios del actual, como los de Frank o Groizard (6), hasta las concepciones actuales, ha experimentado dicho concepto una transformación profunda.

En las décadas últimas del pasado siglo predominaba en la literatura y la jurisprudencia la comprensión de la violencia como fuerza o energía desplegada para vencer una resistencia. La definición reclamaba un peculiar coeficiente energético y aludía en última instancia al despliegue de una *vis* rudimentaria. Únicamente captaba acciones que poseían un dinamismo perceptible inmediatamente como fuerza mecánica (7). En esta noción originaria comenzaron pronto

(6) FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 17. Aufl., página 148, "respecto al concepto de violencia es firme que ésta es una fuerza física desplegada para superar una resistencia". "Únicamente se discute —afirma— si la fuerza ha de ser considerable"; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, pág. 707, "sólo el empleo de fuerza puede dar lugar a la individualidad criminal".

(7) KNODEL, K. D., *Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, 1962, páginas 25 y sigs.

a producirse, sin embargo, sensibles transformaciones. De una concepción que evocaba la *vis corporis corpore afflicta* se pasó a entender también que la energía no era necesario que recayera sobre el cuerpo de la víctima, es decir, del sujeto cuya voluntad se pretendía constreñir, sino que era suficiente que se dirigiese contra un tercero perteneciente al círculo de su simpatía. El concepto primitivo experimentó, por otra parte, una ulterior ampliación cuando fue estimada suficiente la fuerza desplegada sobre las cosas, para hacer surgir un obstáculo con el que se imposibilitase el ejercicio de la voluntad de actuación (8). Los momentos posteriores de este proceso evolutivo tienen un carácter impreciso y pueden sólo aludirse en sus rasgos más generales. El lenguaje jurisprudencial y científico implica un alejamiento progresivo de la noción mecánica de violencia. El tipo va ensanchando de este modo sus límites al identificarse la violencia con lo que suele mencionarse como “presión moral”, “coerción”, “sujeción” o “constricción” de la voluntad, etc. Todos estos conceptos muestran un desplazamiento en cuanto la consideración de las propiedades intrínsecas del acto, es decir, de la manifestación de voluntad en cuanto tal, va siendo progresivamente sustituida por la ponderación de las consecuencias que produce en la esfera volitiva del ofendido (9).

La situación actual de la noción de violencia en la literatura penal alemana evidencia hasta qué punto este proceso ha sido llevado hacia adelante. La interpretación científica y la jurisprudencia dominantes entienden ahora por violencia *cualquier* acción que, con independencia de sus propiedades específicas, impida al sujeto pasivo el ejercicio de su voluntad. De este modo se prescinde, por tanto, de todo juicio sobre si la acción comporta aquel coeficiente de energía que era propio de anteriores formulaciones. Es estimado igualmente indiferente que el acto tenga por objeto el cuerpo de la víctima, una persona del círculo de su simpatía o una cosa de su patrimonio. Para captar el elemento esencial de la violencia no hay que atender a la acción, sino a los resultados que determina en la esfera de voluntad del ofendido.

Esta tesis es patrocinada especialmente por Knodel (10). La violencia es para este escritor “todo comportamiento apropiado y dirigido a superar una resistencia efectivamente ofrecida o previsiblemente esperada del coaccionado, que le hace imposible sin su consentimiento la formación o actuación de su voluntad; o que mediante la irrogación actual de un mal sensible priva al mismo de la libertad de la decisión voluntaria” (11). Knodel destaca que en este concepto están presentes las referencias fundamentales a la *vis absoluta* y a la *vis compulsiva* y, simultáneamente, un criterio delimitador frente a la amenaza.

(8) KNODEL, K. D., *loc. cit.*, págs., 37 y sigs.

(9) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *loc. cit.*, pág. 1118.

(10) KNODEL, *loc. cit.*, pág. 59.

(11) KNODEL, *loc. cit.*, págs. 72 y sigs.

La noción de *vis absoluta* descansa esencialmente en el efecto coercitivo sobre la voluntad del ofendido, es decir, en la circunstancia de que se haga imposible la formación o actuación de la voluntad, con total independencia de la naturaleza de la acción emprendida por el autor. La resistencia esperada o real del coaccionado es sobrepasada al privársele de la posibilidad de poner en práctica una decisión voluntaria, evitando que ésta pueda surgir, o haciendo imposible que una decisión ya adoptada pueda traducirse en un comportamiento exterior. Está aquí presente, por tanto, un desconocimiento llamativo de las propiedades humanas del coaccionado.

Lo decisivo en la *vis absoluta* es, por lo mismo, si la conducta del sujeto ha eliminado en otro la posibilidad de formación o actuación de la voluntad. El sujeto activo puede ser lo suficientemente sutil como para prescindir de utilizar la energía física o, inversamente, recurrir a ésta para vencer la resistencia ofrecida o esperada del ofendido; puede privar a la víctima de conciencia; impedir su acción procediendo a interponer un obstáculo insuperable; sustraer los medios necesarios para la ejecución de la acción o, por último, comportarse de *cualquier otra forma*. En tan variadas hipótesis estará, sin embargo, presente siempre la violencia, si ha sido logrado que el sujeto pasivo no pueda formar o actuar su voluntad. Entonces podrá sostenerse la equivalencia valorativa de la causa, pues lo importante no es la naturaleza de la acción, sino la identidad de las consecuencias por ella determinadas. De acuerdo con esto, es indiferente que el sujeto que se propone impedir que su adversario suscriba cierto contrato le golpee, por ejemplo, hasta privarle de conciencia, o que sustraiga las llaves del vehículo en que ha decidido efectuar el desplazamiento, aun faltando en esta hipótesis un despliegue apreciable de energía material sobre la persona o las cosas del ofendido. Lo decisivo es que en ambas hipótesis la voluntad previa de actuación no ha podido transformarse en actuación de la voluntad.

La cuestión se plantea de forma diversa en la *vis compulsiva*. En contraposición con la *vis absoluta*, el autor alcanza en este caso su finalidad teniendo presentes las propiedades humanas de la víctima, es decir, utilizando su capacidad para adoptar decisiones entre motivos contrapuestos. El comportamiento descansa en ella en la decisión voluntaria del coaccionado, aunque esta decisión haya sido adoptada en virtud de la imposición actual de un mal por el sujeto activo del delito. Cuando se utilizan medios reprobables que implican un mal actual para conseguir determinar en otro una decisión de voluntad, está presente un injusto jurídico-penalmente relevante. La actualidad del mal impuesto separa la *vis compulsiva* de la amenaza, en la que la realización del mal se hace depender de que la víctima no proceda de conformidad con el propósito del autor (12). La amenaza ha de reservarse, por tanto, para las hipótesis en que todavía no es irrogado mal alguno al ofendido (13).

(12) KNODEL, *loc. cit.*, págs. 77 y sigs.

(13) KNODEL, *loc. cit.*, pág. 81.

La concepción expuesta impide, por lo mismo, un concepto unitario de violencia en el que *vis compulsiva* y *vis absoluta* aparezcan como especies de un género o concepto superior común. En la primera pervive la exigencia de propiedades específicas en la acción—aquellas propiedades que en definitiva permiten caracterizarla frente a la amenaza—, mientras que en la segunda la noción tradicional de violencia sufre una evidente disolución, como dice Schäfer, para quien la observación de la jurisprudencia alemana ofrece un cuadro abigarrado, en el que se observa una indudable inseguridad jurídica, que por otra parte radica en la naturaleza de las cosas, pues incluso para el legislador resultaría difícil establecer un concepto satisfactorio del comportamiento violento en beneficio de la seguridad jurídica.

En un sentido contrario al expuesto se ha manifestado otra corriente de opinión. Para Haffke, la finalidad de la interpretación ha de ser, en este ámbito, conseguir una precisión del concepto de violencia adecuado para producir un indicio de la antijuridicidad. Por otro lado, la noción deberá superar las deficiencias en que incurre la noción tradicional de violencia, al excluir del tipo de la coacción aquellos comportamientos en que la fuerza material o la repercusión en el cuerpo del ofendido no se encuentren presentes. Para dicho escritor, la violencia, en el sentido de la *vis absoluta*, es un ataque o agresión (*Angriff*) a la libertad de actuación de la voluntad ajena mediante interposición de una resistencia insuperable (14). Ha de existir, por tanto, una agresión, es decir, una intervención activa del autor en la esfera de intereses de otra persona. Puesto que la limitación de la libertad recíproca de actuación constituye un elemento fundamental de la existencia colectiva, la violencia no dependerá solamente de que esté presente tal limitación en virtud de la persecución de intereses propios de forma socialmente usual. Únicamente cuando el comportamiento del autor en atención a la finalidad objetiva y conformación exterior haya de entenderse como menoscabo de la esfera de libertad ajena y no como salvaguardia, socialmente adecuada, de intereses propios, podrá caracterizarse como aquella agresión requerida por el concepto. El ataque a la actuación de voluntad de otra persona ha de consistir, en segundo lugar, en el establecimiento de un obstáculo insuperable para el ofendido, que verdaderamente impida su actuación. En la situación concreta caracterizable como *vis absoluta*, la víctima ha de encontrarse, metafóricamente, ante un “muro” o “barrera”, que de ningún modo puede desbordar. Desde esta perspectiva aparece, pues, la coacción como un delito de violación de la voluntad (15).

En el presente estudio tratamos menos de proceder a determinar el contenido real de la noción de violencia en sus diversos aspectos que de verificar en qué medida es respetada por las diferentes opiniones la estructura del tipo. Del examen anterior se desprende que

(14) HAFFKE, B., *Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel*, en ZStW, 84 Bd. (1972), págs. 58 y sigs.

(15) HAFFKE, *loc. cit.*, pág. 62.

las cualidades de la acción no son indiferentes en el ámbito penal de la protección de la libertad, como pone de manifiesto el hecho de que el engaño no resulte punible en este sector, y al mismo tiempo, que la lesión de la libertad de actuación mediante violencia sea valorativamente más grave que mediante amenaza. Esto se pone de relieve al comparar la penalidad amenazada por los artículos 494 y 496. Puesto que el contenido de la amenaza condicional no cualificada de la primera disposición no difiere de la coacción del artículo 496 en lo que concierne a la lesión del bien jurídico—ambas captan, en principio, todo resultado típico consistente en un hacer u omitir de la víctima, es decir, en la lesión de su voluntad de actuación—, la distinta penalidad conminada en una y otra hipótesis—arresto mayor en el supuesto del artículo 494, frente a arresto mayor y multa en el del artículo 496—sólo puede radicar en su diverso desvalor de acción, es decir, en la más débil valoración negativa de la amenaza que de la violencia. En ambos delitos es indispensable, por tanto, un desvalor típico de acción—volatilizado en la concepción de la *vis absoluta* patrocinada por Knodel—que contribuye decisivamente a proporcionar el elemento diferencial entre ellos. Desde otro punto de vista, no pueden ser distinguidos el delito de coacción y el de amenazas condicionales (art. 494). En ellos no sólo es idéntico el resultado de la acción. Pueden coincidir también en los momentos típicos precedentes del curso causal penalmente relevante. Esto se pone particularmente de relieve si se procede a comparar el curso causal determinado en los artículos 496 y 494 por la *vis compulsiva* y la amenaza. La primera implica la irrogación de un mal actual al ofendido, dirigido a que adopte una decisión determinada. La segunda, la proposición de un mal con el fin de que se decida en el sentido pretendido por el autor. El resultado procede en ambos casos de una acción que desata un proceso causal en que la víctima decide entre motivos contrapuestos (*coactus tamen voluit*), al contrario de lo que ocurre en la *vis absoluta* (*non agit, sed agitur*). En las dos hipótesis, el proceso causal discurre por un momento intermedio coincidente—contraste entre los motivos y decisión de actuar u omitir—, para ser finalmente coincidente en el resultado. La diferencia radica solamente en las propiedades específicas de la causa, caracterizable en un caso como violencia y en el otro alternativamente como amenaza.

De las dos tesis examinadas, únicamente la patrocinada por Haffke respeta la estructura típica del delito. La propuesta por Knodel no contiene un momento unitario, una nota común entre *vis absoluta* y *compulsiva*, es decir, aquel elemento que unificaría todas las formas de violencia como manifestaciones del desvalor de acción reclamado por el delito. La concepción de Knodel suprime en realidad una característica típica de la coacción y resulta objetable desde la perspectiva del principio *nullum crimen sine lege*. Frente a la fórmula antes propuesta, el designio de otorgar una protección más amplia al bien jurídico se pone en contradicción con las exigencias que plantea

en este ámbito la seguridad jurídica como valor del Estado de Derecho.

IV

El tipo de la coacción exige, en segundo lugar, la lesión del bien jurídico protegido, dimanante del desvalor de acción propio del comportamiento violento y exteriorizada en una acción u omisión del sujeto pasivo del delito. Mediante la determinación del bien jurídico se logran obtener los criterios indispensables para responder de forma racional a numerosos problemas límite que la práctica del Derecho puede suscitar. En tal sentido no puede adherirse, por tanto, a la opinión de Quintano Ripollés de que la distinción entre ataques a la libertad de decisión y de actuación de la voluntad, fundamental en la dogmática penal alemana, incorporada a la española por Rodríguez Muñoz-Jaso Roldán, no sólo adolezca de excesiva sutileza, sino que no haya conducido a nada práctico (16). Es precisamente en dicha dirección en la que han de ser resueltos los problemas más complicados que plantea el grupo de comportamientos punibles contra la libertad, tanto desde la perspectiva teórica y sistemática como de sus referencias a la vida jurídica real.

Entre los autores suele destacarse, desde Binding, que el problema jurídico de la protección de la libertad ninguna relación guarda con la cuestión metafísica de la libertad del querer. Los delitos contra la libertad son verdaderamente delitos contra la voluntad. Esta puede ser atacada, por otra parte, de formas muy diferenciadas. En primer lugar, actuando sobre la capacidad de voluntad de la víctima, por ejemplo, privándole de la capacidad indispensable para la adopción de una decisión o la ejecución de una acción voluntaria. Después, introduciendo motivos determinantes de la decisión, ajenos a los propios del ofendido. En tercer lugar, impidiendo que la decisión de voluntad sea llevada a la práctica y transformada en comportamiento exterior. Y, por último, menospreciando la voluntad ajena, es decir, actuando como si no mediase el disentimiento, expreso o tácito, del sujeto pasivo de la acción (17).

Una vez planteada la cuestión en el sentido de delatar la existencia de diversos círculos concéntricos en la libertad, como dice Maurach, es preciso decidir mediante interpretación hasta dónde se extiende la protección que la dispensa cada tipo concreto, supuesto que ninguno de los delitos contra la libertad protege la totalidad de manifestaciones de ésta. En lo que se refiere al delito de coacciones —y por su estructura paralela, de amenazas condicionales— media conformidad en que el menosprecio de la voluntad no despliega en

(16) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *loc. cit.*, pág. 886. Aquí parece que el autor no toma en cuenta la distinción por ser necesario que los delitos contra la libertad hayan de exteriorizarse en la violación de la libertad de acción de que se priva al sujeto, extremo que es exacto.

(17) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español*, p. esp., 6.^a edición, 1975, págs. 244 y sigs.

él ninguna función, al contrario que en el allanamiento de morada y el descubrimiento y revelación de secretos, donde proporciona el contenido material de lo injusto. De acuerdo con ello, la cuestión se reduce para la opinión más extendida a determinar mediante interpretación si son típicos en el sentido del artículo 496 todos los demás ataques posibles al bien jurídico, es decir, a la capacidad, decisión y actuación de la voluntad, o sí, por el contrario, sólo alguno de estos aspectos se encuentra protegido por la figura del delito. En ningún caso parece dudarse de la corrección dogmática de este planteamiento del problema.

A juicio de Liszt, el tipo de la coacción no tutela la formación, sino sólo la actuación de la voluntad (18). En la actualidad, la doctrina alemana estima, por el contrario, que el legislador no hace depender la concreción de lo injusto de que la acción haya sido efectivamente obstaculizada, sino que adelanta la protección penal a estadios anteriores del proceso del acto voluntario, considerándose incluidos también en el tipo comportamientos en que el sujeto, como dice Maurach, opera preventivamente sobre fases previas del proceso volitivo, impidiendo u obstaculizando antijurídicamente la "formación de la voluntad" (19).

El pensamiento de que la coacción ataca ambos aspectos o manifestaciones constituye la opinión más extendida en la literatura extranjera. En la española, Rodríguez Devesa mantiene un criterio todavía más amplio y considera comprendida también la lesión o menoscabo de la capacidad de voluntad (20).

En la discusión se trata siempre, por consiguiente, de considerar qué aspectos o círculos de la libertad pueden ser afectados por la acción, estimándolos como bien jurídico protegido. En relación con esto, Maurach afirma que el discutido problema de si la libertad de decisión, y no sólo de la actuación de la voluntad, es objeto de ataque (*Angriffsobjekt*) en la coacción ha de resolverse en el primer sentido en interés de una protección mayor. Aquí el concepto objeto de ataque se toma sin duda como equivalente a bien jurídico. Lo que parece se pretende indicar entonces es lo siguiente.

El comportamiento voluntario o "libre" supone, en primer término, la presencia de una persona capaz de entender y querer. En segundo lugar, un proceso psicológico complejo, aunque sea de duración breve o incluso "instantáneo" en el que ponderación de motivos y contramotivos del obrar hace surgir la decisión correspondiente. La decisión determina, finalmente, la ejecución del comportamiento proyectado. Capacidad, decisión y actuación de la voluntad aparecen

(18) LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25. Aufl., 1927, pág. 521.

(19) MAURACH, R., *loc. cit.*, pág. 107.

(20) *Loc. cit.*, pág. 249. En todo caso, se destaca con claridad que el delito lesiona la libertad de obrar del individuo. Ahora bien: al afirmarse que esto puede ocurrir anulando su capacidad de tomar una determinación u obligándole a proceder de distinta manera a como tenía resuelto, parece acogerse a la concepción más amplia a que se alude en el texto.

como tres momentos, objetos o planos en que puede incidir el comportamiento delictivo. El sujeto que proyecta impedir que alguien otorgue testamento puede actuar antijurídicamente sobre la capacidad de voluntad del presunto testador, privándole de conciencia o voluntad, para la consecución de su objetivo. En segundo término, cabe que acuda, por ejemplo, a la *vis compulsiva*, irrogando a la víctima un mal actual que determine su decisión en el sentido pretendido. Finalmente, puede hacer totalmente imposible, mediante *vis absoluta*, que se lleve a la práctica la decisión previamente adoptada. El sentido de la doctrina actual es que si por bien jurídico, como quería Liszt, se entiende únicamente la actuación de la voluntad, los dos primeros supuestos no son típicos. Para conseguir una protección más completa, según el criterio de Maurach y la opinión prevalente, es necesario reconocer a la formación de la voluntad como bien jurídico tutelado. Pero la cuestión que entonces se plantea es, a nuestro juicio, si esta caracterización respeta las diferencias existentes entre bien jurídico y objeto de la acción, es decir, si es sostenible teóricamente.

Para la determinación del bien jurídico es preciso atender al contenido de la consumación típica. El ataque al bien jurídico puede discurrir en determinados delitos por fases que concretan el contenido material de injusto de diversas figuras delictivas. Las lesiones constituyen, por ejemplo, estadios previos del homicidio en que resultan menoscabadas la integridad corporal o la salud. Pero el tipo del homicidio no protege estos bienes jurídicos, pues está inmediatamente orientado a la protección de la vida independiente. Es el contenido de la consumación, como menoscabo del bien o valor al que dispensa protección el tipo, lo que proporciona el criterio decisivo para determinar exactamente el bien jurídico que venga en consideración.

En lo que concierne a la coacción, es seguro que la consumación no surge aún por estar presente un ataque a la capacidad de voluntad—mediante narcosis, por ejemplo—, o al proceso de la libre decisión—hasta conseguir modificar con *vis compulsiva* la voluntad de acción del ofendido—si no se ha producido todavía el ataque a la actuación de la voluntad, mediante imposición del acto u omisión que constituye el resultado material del artículo 496 del Código penal. En tales hipótesis sólo existe tentativa en sentido amplio si preexiste una resolución criminal dirigida a conseguir un comportamiento no querido del ofendido.

En consecuencia, el solo ataque a la capacidad de voluntad no concreta el tipo de la coacción. La opinión adversa lleva inexorablemente a que si la víctima ha sido privada de la capacidad de entender o querer, sin necesidad de ningún otro requisito esté presente ya el contenido propio del delito considerado. En estas hipótesis, Rosenfeld entendía que los tipos que eventualmente han de tenerse en cuenta son los de las lesiones (21). En el sistema penal español

(21) Citado por KNODEL, *loc. cit.*, pág. 13.

la privación momentánea de conciencia puede subsumirse en los malos tratos de obra del artículo 585, 1.º, del Código penal. Correlativamente tampoco el ataque a la libertad de decisión determina por sí solo la consumación. En determinadas hipótesis de violencia puede producirse la consecuencia de que el sujeto pasivo modifique la resolución previamente adoptada. Existirá entonces tentativa, como anteriormente ha sido indicado, si la ejecución del comportamiento está dirigida a conseguir que el violentado haga u omita algo. En otro caso, estará presente el injusto de los malos tratos de obra de la disposición mencionada o de las lesiones si existe un daño para la salud o la integridad corporal.

Es posible separar, por tanto, bien jurídico (= objeto de protección) y objeto de ataque (= objeto de la acción) dentro del delito de coacción en el sentido de considerar como bien jurídico el interés de la persona humana a la libertad del comportamiento y como objeto de ataque la capacidad, decisión y actuación voluntaria como realidades empíricas o existenciales.

En la literatura contemporánea, fundamentalmente por la evolución reciente de la noción de bien jurídico, ambas nociones generales han sido objeto de sensible matización. Los bienes jurídicos, advierte Jescheck, no deben entenderse como objetos perceptibles del mundo real, sino como valores ideales del orden social, en los que se basa la seguridad, bienestar y dignidad de la existencia colectiva. En la literatura extranjera y española más autorizada, el bien jurídico se comprende como una realidad valorativa, como una magnitud axiológica, es decir, como un valor al que el tipo dispensa protección jurídico-penal.

Del bien jurídico ha de separarse conceptualmente el objeto de la acción, es decir, el concreto objeto afectado por la acción típica, debiéndose entender la relación recíproca entre ellos como la que media entre idea y manifestación concreta o empírica de la idea. Mientras que la lesión del bien jurídico consiste en el menoscabo de una pretensión de respeto hacia un valor o interés de la comunidad, su materialización tiene lugar en el objeto de la acción u objeto de ataque (22).

En todo caso, éste no precisa ser una cosa corporal, tangible o material, sino aquella realidad en que fácticamente incide la acción. De acuerdo con ello, aparecen como posible objeto de ataque realidades más plurales que las que la doctrina suele tener presentes. Puede así estimarse también como objeto de ataque la actividad psíquica individual, es decir, el proceso psicológico real de formación de resoluciones espontáneas. Dada la relación existente entre objeto de la acción y resultado natural del delito—éste es una transformación que experimenta típicamente el objeto de la acción—, cabe entender como resultado una transformación psíquica—además de las exte-

(22) JESCHECK, H. A., *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, 2 Auf., páginas 193 y sigs.; POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, 1974, págs. 288 y sigs.

riores en conexión con ella—, condicionada por el comportamiento del autor. Es éste el sentido que posee en la literatura penal italiana el concepto “resultado psíquico”, con lo que se superan las carencias de la concepción del resultado como modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, según la conocida definición de Liszt, que no logra captar los efectos de la acción consistentes en transformaciones anímicas, en que la perceptibilidad sensorial por parte de un espectador objetivo sin duda se halla ausente (23).

En este sentido, objeto de ataque en la coacción puede serlo ya la capacidad de entender o querer, es decir, la base material en que reposa esta capacidad. En segundo término, puede ser objeto de ataque el proceso anímico de formación de la decisión o resolución, al resultar interferido por la inclusión en él de motivos ajenos mediante violencia. Finalmente, objeto de ataque puede ser la libre ejecución o inejecución de una acción. La acción típica incide en cada caso en un determinado círculo del proceso de autodeterminación de la persona, es decir, en un ámbito fáctico, real o existencial, al que cabe definir como objeto de la acción. El bien jurídico posee, por su parte, un carácter axiológico, valorativo, no empírico. Bien jurídico protegido por el tipo de la coacción —y de las amenazas condicionales— es el interés de la persona humana a la libertad del comportamiento, es decir, la *libertad de acción* como valor fundamental de la existencia comunitaria.

V

No basta la presencia del desvalor de acción —el comportamiento violento—, determinante del desvalor del resultado —el menoscabo del bien jurídico exteriorizado en la ejecución o inejecución de un acto por el ofendido—, para que esté fundamentado definitivamente el contenido de injusto del delito. Es necesario, además, verificar que el autor ha realizado el hecho “sin estar legítimamente autorizado”. La fijación del contenido y naturaleza de esta característica origina problemas complicados, de los que aquí no es posible ocuparse en toda la extensión. De igual forma que con los elementos anteriormente tratados, la exposición ha de limitarse a mostrar de manera esquemática la función de dicha cláusula en la estructura del tipo.

La doctrina española suele entender que la fórmula “sin estar legítimamente autorizado” remite a las causas de justificación contenidas en el artículo 8.º del Código penal, cuya concurrencia frecuente en el ámbito de la coacción pretendería rememorar ante el juez. En este sentido, “sin estar legítimamente autorizado” equivaldría a sin estar autorizado por la ley, es decir, cubierto por una

(23) GRISPIGNI, F., *Diritto penale italiano*, v. II, 2.ª ed., pág. 196; ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale*, p. gen., 5.ª ed., pág. 105.

causa de exclusión de la antijuridicidad de las contenidas en dicha disposición (24).

De acuerdo con este criterio, entre el contenido general de las causas de justificación y el de la característica no existe ninguna diferencia de fondo, de lo que se desprende que sin necesidad de ningún elemento adicional la determinación al coaccionado mediante violencia a que haga u omita algo es típica en el sentido del artículo 496. Sin embargo, puede suceder excepcionalmente que la realización de los elementos objetivos positivos del tipo —desvalor de acción y desvalor del resultado— no fundamente “definitivamente” la antijuridicidad, al no hallarse ausentes los elementos negativos, es decir, al estar presente una causa de justificación legalmente reconocida (25).

El significado de este criterio se pone claramente de relieve a la luz de algunas hipótesis pertenecientes a dos sectores que, como la actividad jurisdiccional y el desenvolvimiento de la vida familiar, presentan rasgos específicos desde la perspectiva del delito.

En la hipótesis de ejecución de una sentencia de desahucio mediante lanzamiento del demandado está presente la compulsión mediante violencia a efectuar algo no querido en el sentido del artículo 496. El comportamiento violento y la coerción de la voluntad cumplen los elementos típicos objetivos de la coacción. Si se prescinde de toda apreciación valorativa y se procede sólo a comprobar si se han realizado los elementos descriptivos del tipo, en nada se distingue la hipótesis de aquellas otras, frecuentes en la jurisprudencia, en que el propietario procede a desalojar a un ocupante de forma extrajurisdiccional. En ambos supuestos, la comisión judicial y el dueño cumplen con su obrar los elementos objetivo-descriptivos de la coacción, actuando típicamente. La diferencia entre ambos comportamientos se produce en el plano valorativo, pues mientras la actividad jurisdiccional está “legítimamente autorizada”, es decir, cubierta por una causa de justificación contenida en el número 11 del artículo 8.º del Código penal, la conducta del propietario es “definitivamente” antijurídica. De conformidad con la tesis dominante actualmente en la literatura, las diferencias entre ambas concepciones no se producen en el ámbito del tipo, sino en el plano valorativo de la antijuridicidad, que falta en un supuesto, mientras que, por el contrario, está presente en el otro (26).

La conclusión a que lleva esta interpretación de la cláusula, en la que se ve solamente una rememoración de las causas de justificación.

(24) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *loc. cit.*, pág. 1129, aunque destacando que es de “innecesaria consignación, por afectar, en tanto que elemento de la antijuridicidad, a todas y cada una de las infracciones punibles. La legitimidad alude a cualquier ordenamiento administrativo o civil, y el que la condición se consigne en el tipo puede ofrecer la utilidad de no precisar acudir a la correlativa eximente de cumplimiento de un deber (11 del art. 8.º)”. En el sentido del texto, RODRÍGUEZ DEVESA, *loc. cit.*, página 253, declara que la advertencia es superflua.

(25) Así, JASO ROLDÁN, *cit. por* RODRÍGUEZ DEVESA, *loc. cit.*, pág. 253.

(26) RODRÍGUEZ DEVESA, *loc. cit.*, pág. 253.

contenidas en el artículo 8.º, puede verificarse también en el ámbito familiar. Es característico en él que las "relaciones naturales" existentes entre los miembros de la comunidad familiar determinen la aparición de regulaciones jurídicas específicas, evidenciadas en el papel atribuido al parentesco en determinados sectores por el legislador (27). En algunas hipótesis particulares se pone claramente de manifiesto el sentido de los problemas que plantea la interpretación de referencia.

El padre que impide al hijo bajo la patria potestad la ejecución de un acto no prohibido legalmente, pero atentatorio para su estructura ético-personal, no deja de cumplir, según la concepción enunciada, los elementos típicos objetivos del artículo 496. En el supuesto de que la acción se deba caracterizar como violenta, estará presente también el resultado típico de la coacción, al impedirse a otra persona hacer lo que la ley no prohíbe. El comportamiento, pese a cumplir los elementos objetivos del tipo, podrá no ser considerado anti-jurídico, pues la finalidad de preservar la estructura ético-personal del menor hace eventualmente surgir la causa de justificación 11.ª del artículo 8.º —ejercicio legítimo de un derecho—, en la que la doctrina española entiende incluido el denominado *ius corrigendi* como facultad a ejercitar con finalidades educativas.

Esta misma doctrina suele negar que el derecho de corrección lo tenga el marido respecto a la mujer y, sin ninguna clase de dudas, que la mujer lo tenga respecto al esposo (28). En supuestos como el precedente, donde uno de los cónyuges impide al otro la realización de un acto de dicha naturaleza, es entonces diversa la valoración jurídica. La acción típica produce un indicio de antijuridicidad que posteriormente no resulta de ningún modo anulado, puesto que el ejercicio legítimo de un derecho no entra en consideración, ni ninguna otra causa de justificación que autorice un menoscabo de la libertad de actuación ajena.

La tesis de la doctrina dominante no facilita, por tanto, un tratamiento libre de objeciones de hipótesis en que se dan propiedades valorativas específicas. En primer lugar, es llamativo que dicha tesis equipare el contenido material jurídico de proposiciones normativas con formulación lingüística divergente. La cláusula "sin estar legítimamente autorizado" contenida en el artículo 496 dice formalmente lo contrario que el número 1 del artículo 8.º, con la referencia a "el que obra en el ... ejercicio legítimo de un derecho". En aquélla se alude a la falta de motivos justificantes del obrar, mientras que en éste se trata de la situación contraria, es decir, de la existencia de una facultad atribuida al autor por el ordenamiento jurídico para la realización de los elementos pertenecientes al tipo legal. En un primer sentido, puede hablarse de una inversión por la doctrina dominante

(27) BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho penal*, 1973.

(28) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español*, p. gen., 4.ª ed., páginas 435 y sigs.

de las relaciones lingüísticas naturales existentes entre ambas proposiciones jurídicas.

En segundo término, la concepción discutida deja de considerar las relaciones sustanciales que la conformación legislativa de la coacción guarda con la difusión del comportamiento coercitivo en la vida social, sin duda diferentes de las observables entre otras figuras del delito y la correspondiente materia social.

En cuanto a esto, debe tenerse presente que el ataque a bienes jurídicos como la vida, integridad corporal, legitimidad de los medios documentales de prueba, actividad de la jurisdicción, etc., es normalmente antijurídico. Los escasos supuestos, como advierte Roxin, en que este ataque se encuentra permitido, como sucede con relación a la vida o la integridad corporal en hipótesis de legítima defensa, están previstos como causas de justificación: en el juego conjunto de fundamentación y exclusión del injusto descansa el sistema de la regla-excepción de los códigos penales y la comprensión sistemática del tipo como indicio de la antijuridicidad (29).

Esta concepción de las relaciones entre tipo y bien jurídico no se plantea de forma idéntica en el delito de coacción. En él no puede indicar sin más la antijuridicidad la producción de un menoscabo del bien jurídico, es decir, de la libertad humana de actuación, frente a lo que sucede de ordinario con la vida, integridad personal, etc. El Derecho penal no puede proteger a la persona humana frente a cualquier restricción que experimente su libertad de acción. Como advierte Roxin, basta observar el acontecer de cada día para comprender en qué pequeña medida se posee libertad para decidir lo que se quiere y cómo incluso en el denominado "tiempo libre" la forma de la conducta, en cuanto toma contacto con el mundo circundante, está prefiada por modelos de comportamiento (30).

La convivencia suscita la necesidad de limitaciones al arbitrio individual hasta tal punto que, más allá de un planteamiento en el sentido de la regla-excepción, cabe decir que la restricción de la libertad de actuación es un elemento fundamental de la existencia colectiva, como delata la moderna antropología (31).

De conformidad con esto, una disposición sobre la coacción no puede poseer igual carácter que los demás tipos penales. En ella se desfigura hasta tal punto la relación ordinaria entre regla y excepción, es decir, entre menoscabo del bien jurídico y justificación, que las limitaciones de la libertad deben estimarse como la situación social originaria coincidente con el ordenamiento jurídico. De conformidad con esto, el método tradicional para la tipificación del injusto fracasa en este sector. En la legislación alemana, como anteriormente se ha puesto de relieve, el parágrafo 240, 2, obliga al juez a comprobar

(29) ROXIN, C., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pág. 186.

(30) ROXIN, C., *loc. cit.*, pág. 186.

(31) ROXIN, C., *loc. cit.*, pág. 187.

positivamente la antijuridicidad del comportamiento, verificando si la acción a la vista del fin perseguido debe estimarse reprochable (32).

En el Derecho penal español, la cláusula del artículo 496 presenta un fenómeno que no puede considerarse idéntico, pero sí paralelo. La comprobación del desvalor de acción y del desvalor del resultado —violencia determinante del menoscabo de la libertad de acción— no logra suministrar exhaustivamente información acerca de la antijuridicidad típica. Como sugieren los ejemplos anteriores en el ámbito de la actividad jurisdiccional y de las relaciones familiares, es preciso, por el contrario, determinar todavía si están presentes otros elementos adicionales. Las hipótesis mencionadas ponen de manifiesto que la aplicación de violencia, con la coerción consiguiente de la voluntad ajena, ha tenido lugar en ámbitos singulares, en que el comportamiento ha de estimarse originariamente permitido, es decir, atípico, no sólo justificado *a posteriori* de la comprobación de la tipicidad, como pretende —únicamente para un grupo de los casos propuestos— la doctrina dominante. Lo que los ejemplos mencionados muestran es que para que el comportamiento violento causante del menoscabo de la libertad de actuación informe sobre la antijuridicidad, es necesaria una relación de inadecuación, es decir, que sus propiedades respectivas permitan afirmar que la acción no puede ser considerada como un medio justo para la consecución de un fin justo. En consecuencia, es indispensable una indagación valorativa adicional de las propiedades concretas del hecho, dirigida a verificar que éste no es encuadrable en los modelos de conducta socialmente aprobados o permitidos, sino en las restricciones de la libertad personal intolerables socialmente.

La indicación ofrecida sitúa, por lo mismo, el problema de la antijuridicidad típica de la coacción en dirección coincidente con la denominada teoría del fin patrocinada por Liszt, según la cual no es antijurídica la acción que constituye un medio justo para la consecución de un fin justo, aunque en sentido opuesto, es decir, en el de que el injusto típico de la coacción reclama una conexión entre acción violenta y coerción de la voluntad que quepa estimar como objetivamente reprochable (33).

De este modo, la solución propuesta difiere de la que patrocina la doctrina española más autorizada y se aproxima al criterio más extendido en orden a la comprensión del párrafo 240, apartado 2, y otros fenómenos correlativos, por la dogmática extranjera (34).

En algunos de los supuestos presentados, el comportamiento del autor es originariamente coincidente con el orden jurídico. La actividad jurisdiccional de ejecución está sustraída *ab initio* al juicio sobre la tipicidad, no siendo posible por ello suscitar la cuestión de la ulterior concurrencia de una causa de justificación. Por otra parte, en las hipótesis en que fracasa la posibilidad de que entre en juego el *ius*

(32) ROXIN, C., *loc. cit.*, pág. 188.

(33) MAURACH, R., *loc. cit.*, pág. 241.

(34) ROXIN, C., *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1970, páginas 75 y sigs.

corrigendi, como ocurre entre cónyuges según la doctrina dominante, la fórmula sugerida puede facilitar un tratamiento más correcto del caso al rechazar la tipicidad del comportamiento si la conexión medio-fin no puede ser valorada como socialmente reprochable.

La interpretación propuesta invierte, por tanto, los términos de la tesis más difundida en la literatura penal española. No considera como ésta que la cláusula “sin estar legítimamente autorizado” evoca la concurrencia posible de una causa de justificación, lo que presupone gravar con la tipicidad todo menoscabo de la libertad de obrar causado mediante violencia, incluso cuando se trata de la actividad de órganos en el ejercicio de la coacción estatal. En sentido opuesto, reclama que la tipicidad sea objeto de fundamentación especial, verificando valorativamente las propiedades materiales de la acción realizada para ponderar si debe estimarse reprochable a la vista del fin pretendido por el autor.

Lo que, según la doctrina dominante, es, pues, un elemento negativo del tipo, conducente a que la antijuridicidad se determine sólo con verificación de que no concurren causas de justificación reguladas legalmente en el artículo 8.º, pasa a ser, según el punto de vista que aquí se sostiene, un elemento positivo. El juez ha de comprobar positivamente que la conexión entre acción concreta y fin a que se dirige es socialmente censurable, es decir, que no puede estimarse como medio justo para la consecución de un fin socialmente aprobado. Esta concepción es diametralmente opuesta a la anterior y está de acuerdo con el sentido lingüístico divergente de la cláusula “sin estar legítimamente autorizado” del artículo 496 y el concepto “el que obra en el ... ejercicio legítimo de un derecho”, o hipótesis correlativas a las del número 11 del artículo 8.º del Código penal.

Otros problemas en conexión con lo expuesto han de posponerse para un estudio ulterior. En tal sentido, quedan sin delimitar algunas cuestiones dogmáticas fundamentales, como la constitución interna de la cláusula o la de su caracterización como un elemento del deber jurídico, como respuesta al problema de la existencia de “tipos abiertos” en el sistema penal español.

En cuanto a lo primero, el análisis efectuado por Roxin ha revelado que en las características del deber jurídico al trabajo teórico descubre la presencia de dos planos. Uno, descriptivo, fundamentador de lo injusto. Y otro puramente valorativo. El primero pertenece al tipo; el segundo, a la antijuridicidad. Los efectos de esta caracterización se producen en la esfera del error. El autor que yerra sobre un elemento fundamentador de lo injusto se halla en error de tipo. El que yerra, previo conocimiento de los elementos objetivos del tipo, sobre la “desautorización” —es decir, sobre la prohibición de su comportamiento, al considerarlo permitido— de su obrar, se encuentra en error de prohibición (35). Ninguna de estas cuestiones puede ser res-

(35) Por ejemplo, el padre yerra sobre la cualidad de hijo del coaccionado (error de tipo). Una persona con representación correcta de la realidad estima que está autorizado jurídicamente para imponer a jóve-

pondida detalladamente aquí. Únicamente cabe decir que su importancia práctica es limitada en un ordenamiento que, como el español, no permite desde la reforma del artículo 6.º del título preliminar del Código civil un tratamiento claramente diferenciado entre el error de tipo y el de prohibición (36). En cuanto a lo segundo, es decir, en lo que respecta a la admisibilidad de los denominados tipos abiertos en el sistema penal español, cabe solamente mostrar un criterio negativo, basado en la crítica de Roxin y la literatura sucesiva.

VI

De cuanto ha sido expuesto cabe obtener las siguientes conclusiones:

a) El tipo objetivo de la coacción del artículo 496 reclama la presencia de un doble desvalor. El desvalor del resultado ha de ser efecto del desvalor de acción, es decir, el menoscabo de la libertad de actuación ha de provenir del comportamiento violento. Este constituye un elemento positivo del delito que está bajo la salvaguardia del principio *nullum crimen sine lege*.

b) El tipo de la coacción no protege la capacidad ni la formación de la voluntad, sino únicamente la libertad de actuación como valor fundamental de la existencia comunitaria (bien jurídico).

c) Capacidad de voluntad, proceso psicológico de formación de la voluntad y actuación concreta de la voluntad son objeto del acto (= objeto del ataque), no objeto de protección (= bien jurídico) en el delito considerado.

d) La característica "sin estar legítimamente autorizado" no remite a las causas de justificación del artículo 8.º del Código penal (elementos negativos del tipo). Establece, por el contrario, la necesidad de verificar que el comportamiento presenta propiedades materiales que permiten enjuiciarlo como objetivamente reprochable. Las propiedades materiales del hecho pertenecen al tipo de lo injusto; el juicio sobre su reprochabilidad, a la antijuridicidad de la coacción.

nes con los que ninguna relación le vincula un comportamiento no querido, por razones educativas (error de valoración o prohibición). En el error de tipo se desconoce un elemento fundamentador de lo injusto. En el de prohibición, la representación de los elementos típicos es correcta, pero es equivocada la valoración jurídica.

(36) TORIO LÓPEZ, A., *El "error iuris"*. *Perspectivas materiales y sistemáticas*, en ADPCP, 1975, págs. 25 y sigs.

Observaciones para una futura reforma de la Ley de delitos monetarios *

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Profesor Agregado en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. LA INSEGURIDAD JURÍDICA Y LA INEFICACIA DE LA VIGENTE LEY DE DELITOS MONETARIOS.—II. PRINCIPIOS QUE DEBEN ORIENTAR LA FUTURA REFORMA: 1. *Introducción*. — 2. *Cuestiones de parte general*. — A) Bien jurídico.—B) Sujeto activo.—C) Vigencia espacial de la Ley.—D) Vigencia temporal de la Ley.—E) Culpabilidad y error.—3. *Las infracciones delictivas en particular*.—4. *Las penas y su determinación*.—5. *El procedimiento*: A) Valoración de la prueba.—B) La transacción penal.

I. LA INSEGURIDAD JURÍDICA Y LA INEFICACIA DE LA VIGENTE LEY DE DELITOS MONETARIOS

La materia relativa a los delitos monetarios se encuentra regida todavía por una Ley que data de 24 de noviembre de 1938, nacida según su exposición de motivos por “exigencias de la guerra” y de algunas de cuyas disposiciones se dijo irónicamente que podrían producir extrañeza, “si de algo hay que extrañarse en esta ley” (1). Con motivo de los diferentes planes de desarrollo (Leyes de 28 de diciembre de 1963, 9 de mayo de 1969 y 15 de junio de 1972) se dispuso que el Gobierno adaptaría la legislación vigente sobre delitos monetarios a las nuevas circunstancias creadas por la liberación de transacciones y pago con el exterior, es decir, al abandono del régimen autárquico. Tal adaptación aún no se ha hecho. Pero no es sólo la inadaptación lo que constituye motivo de insatisfacción, sino fundamentalmente la ineficacia y la inseguridad jurídica a que conduce una Ley lesiva de los principios jurídicos más elementales que informan nuestro Derecho penal y procesal ordinarios.

* Este trabajo es parte de uno más amplio sobre delitos monetarios que fue realizado con ayuda de una beca de la Fundación Juan March.

(1) A. QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, III, Madrid 1965, pág. 914. Una visión amplia y crítica de la Ley en R.-F., SUÁREZ MONTES, *Particularités des délits économiques dans le droit espagnol*, en *Travaux de l'Association H. Capitant*, XIII, 1963, págs. 732 y sigs.

1. La Ley es ineficaz porque ha olvidado, quizá intencionadamente, que solo una pena proporcionada a la gravedad del hecho puede cumplir las exigencias preventivas de una ley penal. La Ley de delitos monetarios se conforma con los efectos de intimidación general que se derivan de la publicidad y que se intentan vanamente conseguir con una técnica casuística oscura, reiterativa y falta de rigor que se podría calificar de auténtico galimatías. Al lado de ello, y por razones que sería necesario estudiar, otorga un intolerable trato de favor a esta clase de delincuentes que la conducen a la ineficacia.

En efecto, las penas previstas en la Ley son especialmente benignas dentro del contexto de nuestro Ordenamiento penal (2). Hay que tener en cuenta que las normas penales dictadas durante la guerra y la postguerra en España (y en toda Europa) en represión de infracciones contra la economía preveían penas de rigor draconiano. Penas como las de muerte, reclusión mayor o incautación de fortunas aparecían en la Ley de 26 de octubre de 1939, en referencia al delito de acaparamiento. Tan graves como estas conductas contrarias al régimen legal de abastecimientos lo eran los delitos monetarios y, pese a ello, las sanciones eran sensiblemente menores.

Pero incluso de una comparación entre las penas previstas en el Código penal para los más simples delitos contra la propiedad, resulta una especial benignidad de las leyes que castigan los delitos monetarios. El máximo de la pena de prisión previsto para los delitos monetarios es de tres años que, en la práctica, debido a la aplicación de las instituciones penales de la libertad condicional o de redención de penas por el trabajo, no alcanzan nunca el año de duración. De suerte que una estafa de 50.001 pesetas, cometida por un reincidente puede ser castigada, conforme al Código penal, con una pena privativa de libertad tres veces superior a la que la Ley de delitos monetarios permite imponer a quien evada cientos de millones de pesetas. Esta situación difiere sustancialmente de la existente en otros países en donde las penas de delitos monetarios, que ya en otros tiempos habían tenido un rigor insólito (3), presentan la misma severidad, al menos, que los más graves atentados contra la propiedad privada. Que nuestra ley de delitos monetarios sólo persigue la intimidación general, pero no el castigo de los infractores lo prueba, además, el hecho de que no admita recurso contra las sentencias absolutorias y que las penas carezcan de límite mínimo, situaciones ambas insólitas en una ley penal.

(2) La Ley prevé las penas de multa hasta el décuplo del importe del contrabando, prisión hasta el máximo de tres años, pérdida de la nacionalidad española, comiso y prisión subsidiaria por impago de la multa hasta el máximo de un año.

(3) Sobre esta severidad cfr. A. VITU, *Réglementation des changes et Droit pénal*, en *Le contrôle des changes. Ses repercussions sur les institutions juridiques* (Centre Français de Droit comparé), bajo la dirección de Hamel-Bertrand-Roblot, París 1955, pág. 75; R. LEMKIN, *Droit pénal en matière de devises*, en *Giustizia penale*, 1939, (Parte terza. Leggi speciali), pág. 451 y F. LIEBRICHT, *Elemente des Devisenrechts*, Basel 1956, pág. 116.

2. En cuanto a la seguridad jurídica es necesario poner de relieve la escasa satisfacción que produce la actual Ley de delitos monetarios desde la perspectiva de las exigencias derivadas del principio de legalidad. Las garantías perseguidas por el principio de legalidad consistentes en la seguridad del ciudadano frente a posibles arbitrariedades del poder implican que la "Ley penal debe revestir las notas de claridad y exhaustividad en la descripción del presupuesto y ser precisa al señalar la consecuencia" (4). Pues bien, la Ley de delitos monetarios de 1938 carece de la claridad y exhaustividad en la descripción de las figuras delictivas y de la precisión en la determinación de las penas exigidas por aquél principio.

En efecto, aunque en el preámbulo de la Ley de 1938 se viene a decir que la descripción de las figuras delictivas persigue establecer *garantías*, hay que entender que la tipificación más obedece a conseguir efectos de intimidación general que a cumplir las exigencias derivadas del principio de legalidad. Dice el preámbulo que "es de conveniencia pública la promulgación de la presente Ley que... establece las garantías de previa definición de las figuras delictivas y de procedimiento, sin menoscabo de la justicia rápida y ejemplar". Esto, en realidad, no es más que pura y mendaz retórica, bastando para demostrarlo observar que habla de justicia ejemplar cuando la Ley destaca por su benignidad, y habla de garantías de procedimiento cuando al Juez se le concede "libertad procesal absoluta".

La descripción casuística que la Ley hace de las infracciones no implica, en absoluto, ninguna claridad y exhaustividad en la determinación de los comportamientos delictivos. La Ley es, sin duda, una ley en blanco que remite a disposiciones dictadas por la Administración pública para la completa clarificación del comportamiento prohibido. Por ejemplo, en relación con las divisas se castiga el no declarar, ceder, vender o poner a disposición de la Administración, siendo ésta la que determina cuándo existen tales deberes. Además, gran parte de los delitos lo son en la medida en que se carezca de autorización administrativa. En todo caso queda en manos de una decisión administrativa la determinación del comportamiento delictivo.

Pero el argumento decisivo que corrobora el carácter lesivo de la seguridad jurídica lo depara el número 22 del artículo 1.º. En este precepto se establece que, independientemente de las figuras delictivas descritas en la Ley, se entenderá también como delito: "cuantos actos, relacionados con el ramo de divisas, sean prohibidos en lo sucesivo por Orden del Ministerio de Hacienda". Esta facultad de crear delitos otorgada al Ministerio de Hacienda se complementa con la facultad de excluir los ya descritos en la Ley. Algunos autores, preocupados por las excepcionales facultades otorgadas a la Administración para crear y excluir delitos, han pretendido negar la vigencia de estos preceptos en cuanto que el artícu-

(4) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legalidad (Principio de)*, voz de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIV, Barcelona, pág. 888.

lo 27 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado parece exigir una norma con rango de Ley (5). Tal observación, sin embargo, es inexacta. Una cosa es que no satisfaga la técnica legal empleada y otra negar validez a la norma. El número 22 del artículo 1.º de la Ley de 1938 sigue siendo válido al remitir a normas de rango inferior para definir la conducta, pese a lo establecido en el artículo 27 de la Ley de régimen jurídico (e, incluso, en el artículo 603 del Código penal), porque éste se limita a prohibir que por vía administrativa se establezcan penas sin autorización legal, y no es este el caso ya que las penas están establecidas en la Ley de delitos monetarios.

La técnica de las leyes penales en blanco no es exclusiva de la Ley de delitos monetarios. En este sentido advertía Quintano que "el Derecho penal económico... usa y abusa de las infracciones en blanco, que muchas veces vulneran en su querida vaguedad conceptual el dogma *nullum crimen sine lege*. Lo que acontece no solamente en ordenamientos penales de técnica analógica general, como el ruso-soviético o el alemán nacional-socialista, sino en los más afezados en lo común al sistema de más estricto legalismo" (6). De otro lado, las llamadas leyes penales en blanco se utilizan también, en referencia a las infracciones de índole monetaria, en otros países. Por ello se ha podido decir que el Derecho penal en materia de divisas es un Derecho penal derivado, en el sentido de que se limita mediante leyes penales en blanco, a establecer las sanciones a las disposiciones administrativas vigentes o que se promulguen en el futuro (7). Esta técnica se explica porque la Ley no puede abarcar ni prever de una vez todos los complejos y, sobre todo, variables, problemas que presenta esta materia (8).

Aunque se admita que la técnica de ley penal en blanco es ineludible en materia de infracciones monetarias, lo cierto es que la Ley de delitos monetarios sigue careciendo de justificación. Se ha advertido que cuando esta técnica de remisión a instancias normativas inferiores resulta ineludible, es necesario, para no infringir el principio de legalidad, que la Ley establezca con toda la claridad posible los presupuestos de la punibilidad y la clase y extensión de la pena (9). Así se hace, por ejemplo, en la legislación alemana, pero no en nuestra Ley de delitos monetarios cuyo número 22 del

(5) Así D. ALVAREZ PASTOR-F. EGUIDAZU, *Control de cambios. El régimen jurídico de las transacciones con el extranjero*, Madrid 1975, págs. 51-52; E. LORENTE, *El registro de la propiedad y la Ley de delitos monetarios*, en *Estudios en honor de Castán*, IV, Pamplona 1969, págs. 469-470 y CANDELA MAS, *Delitos monetarios y contrabando y defraudación*, en *Las inversiones de capital extranjero en España*, Madrid 1960, pág. 532.

(6) A. QUINTANO, *Nueva dogmática del Derecho penal económico*, en *Revista de Derecho mercantil*, 1953, pág. 247.

(7) R. LEMKIN, cit., pág. 435.

(8) Cfr. A. VITU, cit., pág. 78.

(9) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Madrid 1976, pág. 154; H.-H., JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín 1972, pág. 87.

artículo 1.º es de desusada e inaceptable amplitud al “dejar al arbitrio de un Ministerio crear delitos en un indefinido futuro” (10).

Si la deficiente descripción del comportamiento delictivo se considera insatisfactorio, igualmente ocurre con la falta de precisión en la determinación de la pena. En el ámbito del Derecho penal insatisface de manera especial, por la tremenda inseguridad jurídica que produce, el arbitrio judicial en la determinación de la sanción a imponer. En esta insatisfacción encuentran explicación las reglas de aplicación de penas de nuestro Código penal, que aunque criticadas, aparecen como medidas garantizadoras no impeditivas del proceso de individualización de la pena (11). Tales reglas están ausentes de la Ley de delitos monetarios, gozando el juez de “libre arbitrio para imponer las penas que deriven de la presente Ley, con la única limitación de no exceder los máximos prefijados”, y siendo la “apreciación de las atenuantes y agravantes..., según los dictados de la conciencia” (arts. 6.º y 7.º de la Ley).

Como es sabido hasta la reforma realizada por Real Decreto Ley de 4 de enero de 1977, la competencia para el castigo de los delitos monetarios correspondió a una de las instituciones jurídicas más anacrónicas y discutidas (12) de nuestro sistema jurídico: el Juzgado de Delitos monetarios. Exigencias tan elementales en la Administración de Justicia como el sometimiento a unas reglas de proceso y la publicidad de las actuaciones no regían frente al Juzgado de Delitos monetarios. De no ser porque la arbitrariedad de que gozaba estaba pensada para favorecer al delincuente, hubiera podido ser el órgano sancionador más temido del sistema.

En efecto, la Ley concedió a este Juzgado “libertad procesal absoluta”, libertad que fue utilizada para crear un proceso inquisitivo y secreto. Hay que destacar, además, que la Ley de delitos monetarios estableció como Ley supletoria la de Enjuiciamiento criminal y, teniendo el Juez “libertad procesal absoluta”, nada le impedía aplicar gran parte de las instituciones de nuestro proceso ordinario. El Juez, por poner un ejemplo, fue libre de exigir un juicio oral con audiencia pública, o de publicar las sentencias o de permitir el acceso a las mismas al investigador o al simple ciudadano. Pero que yo sepa no hubo nunca audiencias públicas y que yo sepa no se publicó ninguna sentencia y, por último, se me negó personalmente la consulta de las sentencias dictadas, consulta que había solicitado para un trabajo de investigación. El Juez de delitos monetarios ha aprovechado la libertad que la Ley le confirió no para operar con un proceso digno de las exigencias derivadas de la concepción actual del

(10) A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., pág. 910.

(11) Cfr. M. COBO, *El sistema de penas y arbitrio judicial en el Código penal de 1870*, en *Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del poder judicial y del Código penal de 1870*, Madrid, 1970, págs. 67 y sigs.

(12) Cf. los trabajos publicados bajo el título *Proceso a la jurisdicción de delitos monetarios y a los tribunales de contrabando*, Círculo de Estudios jurídicos, Madrid 1970.

Estado de Derecho, sino para acentuar las características (escritura, secreto, etc.) que le liberen del control de la crítica social.

La reciente reforma de 4 de enero de 1977 lo único positivo que ha hecho fue suprimir el Juzgado de delitos monetarios a partir del 15 de febrero de 1977, pero, no obstante, trasladó las facultades intolerables que en el orden sustantivo y procesal se otorgaban a este Juzgado a los nuevos órganos de Justicia denominados Juzgados central y Audiencias nacional, si bien como medida transitoria y bajo el pretexto de adecuar la legislación de delitos monetarios a las nuevas exigencias económicas. Aquí queremos recordar que "libertad procesal absoluta" no significa sólo facultad de actuar de manera caprichosa, secreta y sin sometimiento a la crítica social, sino también de actuar sometiendo los fallos a reglas procedimentales, aunque no estén establecidas en la Ley de delitos monetarios, que respeten las garantías y la seguridad jurídica. Al nuevo Juez habría que recordarle que está extendida la opinión según la cual el arbitrio judicial del antiguo régimen fue utilizado por los jueces para dulcificar y humanizar un Derecho represivo intolerable.

Esta es la situación actual de la Ley de delitos monetarios y estos son los principales defectos que hay que corregir, sin olvidar que pervive la institución de la "denuncia secreta" creada por la Orden de 30 de junio de 1976 y la participación de los denunciantes en la cuantía de la multa impuesta, cuya intolerabilidad y efectos criminógenos no es preciso resaltar. Es necesaria una reforma de la legislación penal de delitos monetarios y al estudio de las líneas fundamentales por las que debe guiarse dedico este estudio.

II. PRINCIPIOS QUE DEBEN ORIENTAR LA FUTURA REFORMA

1) *Introducción*

La necesidad de reformar la normativa sancionadora de las infracciones monetarias constituye una exigencia política y un imperativo político-criminal. Digo que es una exigencia política porque, sin duda, la Ley penal y procesal de delitos monetarios de 1938 responde a una ideología política totalitaria. El Juzgado de delitos monetarios creado por la Ley fue claro exponente de una institución contraria a las exigencias de un Estado de Derecho. Su desaparición por Real Decreto-Ley de enero del presente año no ha sido medida suficiente. El arbitrio judicial que aún se conserva, el incumplimiento de las exigencias derivadas del principio de legalidad, y otras instituciones existentes como el carácter secreto de la denuncia, la participación del denunciante en el montante de la multa a imponer al infractor y la pena de privación de la nacionalidad española, que ha sido calificada con acierto "como una san-

ción dotada de un obvio significado totalitario" (13) son muestra de la incompatibilidad de esta normativa con la concepción democrática de un Estado de Derecho.

De otro lado la reforma es también una exigencia político-criminal, porque la Ley penal y procesal de delitos monetarios de 1938 es ineficaz en orden a la prevención de la delincuencia monetaria y la valoración jurídica de la gravedad de los hechos no corresponde a la enorme lesividad social que se le atribuyen desde la perspectiva de los valores sociales actualmente vigentes. La toma de conciencia de la sociedad moderna sobre la gravedad de la delincuencia económica exige un tratamiento severo de la llamada delincuencia de cuello blanco. Esta exigencia es, por supuesto, ajena a la Ley de delitos monetarios cuya benignidad ya se ha puesto suficientemente de relieve. Nuestra legislación penal, como tantas veces se ha insistido, es excesivamente cruel con la delincuencia lesiva de los intereses económicos privados, que normalmente se compone de sujetos de las clases menos favorecidas de la sociedad, y es intolerablemente generosa con la delincuencia que lesiona los intereses económicos colectivos, delincuencia que, normalmente, se recluta en las clases dirigentes de la comunidad.

En la ineficacia de la Ley no sólo influye este especial trato de favor, sino también la falta de proporcionalidad y la arbitrariedad. Es tradicional la afirmación de que sólo la sanción proporcionada a la gravedad del hecho y así conocida por la comunidad, cumple el fin de prevención delictiva que toda norma debe cumplir por exigencias político-criminales (14). Esa falta de proporcionalidad es evidente cuando la pena establecida en la Ley de delitos monetarios es única para todas las figuras delictivas pese a la distinta gravedad que existe entre la conducta de evadir capitales y otras que no tienen más trascendencia que la de no contar con el control administrativo.

La reforma de la normativa vigente sobre delitos monetarios sólo puede hacerse con un estudio reposado, aunque urgente, realizado por todos los especialistas (economistas, hacendistas, políticos, internacionalistas, penalistas, etc...) que la complejidad de la materia exige. De ahí que lo que aquí vamos a exponer no puede entenderse como una proposición definitiva, ni siquiera en lo específicamente punitivo, porque todos los puntos de vista están interrelacionados y deben ser contrastados conjuntamente, sino que no es más que la exposición de unos datos provisionales extraídos de las enseñanzas derivadas del estudio del Derecho extranjero, para ser considerados y valorados en su utilidad conjuntamente con el resto de datos aportados por los demás especialistas.

(13) J. CÓRDOBA, en *Comentarios al Código Penal*, de J. Córdoba-G. Rodríguez Mourullo, II, Barcelona 1972, pág. 163.

(14) Cfr. J. CEREZO, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, I, *Introducción*, Madrid, 1976, pág. 25.

2) Cuestiones de parte general

A) *Bien jurídico*.—Lo primero que debemos preguntarnos es sobre la razón de la incriminación de los delitos monetarios. Es decir, tenemos que preguntarnos qué realidad quiere el Derecho proteger mediante la imposición de sanciones criminales a los comportamientos que la lesionen, en otras palabras, cuál es el bien jurídico que se intenta proteger. En este sentido se advierte que los delitos monetarios han de incluirse entre las infracciones contra la Economía nacional o el Orden económico, siendo la legislación sobre delitos monetarios una parte del llamado Derecho penal económico (15). Sin embargo, a la hora de incriminar los distintos comportamientos no ha de esperarse que la Economía nacional se lesione o ponga en peligro. De ser así, sería obligado, por ejemplo, indagar si la salida de pesetas al extranjero ha influido en un peligro de devaluación para nuestra moneda, absolviendo al autor de la evasión de capitales si tal peligro no es demostrable.

Si bien la salvaguarda del Orden económico ha de ser el *motivo* de incriminación de las infracciones monetarias, el *objeto jurídico* de protección inmediata es otro: *el interés de la Administración pública en el control de los medios de pago internacionales, es decir, en el control de los cambios con el exterior*. Sólo los comportamientos que lesionen dicho control podrán ser elevados a la categoría de delitos monetarios. Ahora bien, ese control sólo ha de convertirse en objeto de protección jurídico-penal cuando sirva a la salvaguarda de la Economía española. Un control que esté en función de otros fines no es digno de tal protección. De ahí que considerar dicho control de la Administración como el bien jurídico protegido implica, de manera mediata, una protección jurídico-penal de nuestros intereses económicos relativos al comercio exterior.

La determinación del objeto jurídico de protección resulta indispensable para la correcta solución de todos los problemas de *lege ferenda* que vamos a plantear.

B) *Sujeto activo*.—La futura reforma de la legislación penal sobre delitos monetarios no puede olvidar nuevamente una cuestión cuya falta de regulación tantas veces se lamenta en todos los órdenes, fundamentalmente en el Derecho penal económico. Me refiero a la regulación del sujeto activo de la infracción delictiva.

Hay que tener en cuenta que la reglamentación del control de cambios no trata de restringir o controlar las relaciones entre nacionales y extranjeros, sino entre residentes y no residentes. La confusión que en este sentido produce la legislación española ha llegado en ocasiones a la afirmación de que los delitos monetarios sólo afectan a los españoles (16). Aunque los argumentos dados en favor de esta tesis no son atendibles, lo cierto es que resulta ne-

(15) R. LEMKIN, cit., pág. 434.

(16) CANDELA MAS, cit., pág. 533.

cesario evitar toda confusión mediante una declaración expresa de la Ley que, además incluya, como hacen otras leyes extranjeras, qué se entiende por residente tanto referido a las personas físicas como a las jurídicas.

De otro lado es urgente la regulación de la llamada "actuación en nombre de otro". Se trata de los casos, probablemente abundantes en esta clase de infracciones, en que un sujeto actúa en nombre y representación de otra persona, en concreto, de una persona jurídica. En la medida en que rige en nuestro Derecho, y en todo el Derecho continental al contrario que en el anglosajón (17), el principio de la irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas y entes supraindividuales, muchas veces la ausencia de una regulación del fenómeno de la representación conduce a la impunidad. Piénsese, por ejemplo, en la falta de cesión de divisas propiedad de una Sociedad Anónima. Ni la Sociedad puede castigarse criminalmente en virtud del citado principio, ni la persona física que omitió de hecho tal cesión por no ser la obligada a ello, sino la Sociedad. Sólo una regulación de estas actuaciones en nombre de otro al estilo de lo dispuesto en el artículo 499 bis o 238 del Código penal, permitirá solucionar estos supuestos seguramente abundantes en la práctica (18).

De otro lado será necesario también prever sanciones, aunque de distinto cariz que las criminales, a imponer a las personas jurídicas en cuyo beneficio y representación se ha cometido el hecho delictivo. La actual Ley de delitos monetarios sólo recoge una responsabilidad subsidiaria de la multa impuesta al infractor. Sobre ello insistiremos más adelante.

Teniendo en cuenta que la Banca privada actúa como Banca delegada del Banco de España y que, por tanto, media en gran parte de las actividades relacionadas con el control de cambios (a nuestros efectos piénsese en la compraventa de divisas o en la apertura de cuentas a residentes en el extranjero) sería necesaria una mejor reglamentación de la "actuación en nombre de otro" y de las responsabilidades no penales de la Banca privada (19).

C) *Vigencia espacial de la ley.*—Como es sabido las Leyes penales obligan en todo el territorio español (art. 8.º, párrafo 1 del Código civil). Este principio significa, de un lado, que se aplican a todos los delitos cometidos en el territorio independientemente de la nacionalidad de su autor. De otro lado, que no se aplican a los delitos cometidos más allá de nuestras fronteras. Esta última consecuencia tiene una serie de excepciones recogidas en la Ley orgánica del poder judicial que, sin embargo, no afectan a los delitos monetarios. Por ello se ha dicho que "las medidas de represión en

(17) Cfr. A. VITU, cit., págs. 89-90; y R. LEMKIN, cit., pág. 447.

(18) Sobre este tema vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Presente y futuro del delito fiscal*, Madrid 1974, págs. 68 y sigs.

(19) Cfr. R. LEMKIN, cit., págs. 447-448.

los regímenes de control de cambios son, como medidas de orden público interno, esencialmente territoriales" (20).

Esta situación no ha satisfecho a todos. Se ha observado, por ejemplo, que las medidas restrictivas del control de cambios tienen un enorme alcance fuera del territorio nacional afectando a los acreedores establecidos fuera del país del deudor, así como a los deudores domiciliados en el extranjero y, en parte, a los capitales poseídos en el exterior por extranjeros residentes en España y por nacionales españoles residentes en el extranjero. De ahí que gran parte de su problemática se centre en las relaciones privadas internacionales (21).

De otro lado no se puede negar que la exclusiva vigencia del principio de territorialidad en relación a los delitos monetarios puede conducir a la impunidad en algunos casos o, al menos, a dudas serias sobre la posibilidad legal de aplicación de la sanción. Piénsese, por ejemplo, en todos los comportamientos (descritos hoy en los números 14 a 17 del art. 1.º de la Ley de 1938) consistentes en ceder pesetas a residentes en el extranjero, cuando se cometen en territorio extranjero por un residente en España; o el supuesto del español residente en España que obtiene créditos en divisas, sin autorización, en el extranjero durante un viaje turístico. Afirmar que frente a estos hechos es aplicable la Ley penal española resulta más que dudoso cuando a la hora de determinar el *locus commissi delicti* hay que afirmar que tanto la manifestación de voluntad como el resultado delictivo han sido realizados en el extranjero.

Una aplicación ultraterritorial de la Ley, en virtud, por ejemplo, del principio de personalidad, quizá fuese justa en algunos supuestos.

D) *Vigencia temporal de la ley*.—La Ley de delitos monetarios no establece ninguna particularidad en cuanto a su vigencia temporal limitándose a concretar su entrada en vigor. En la medida en que el Código penal es de aplicación supletoria rigen el principio "tempus regit actum" del artículo 23 y el de retroactividad de la Ley penal más benigna del artículo 24, ambos de dicho cuerpo legal. En este sentido se pronuncia la doctrina (22) y así lo ha manifestado una resolución de 18 de marzo de 1960 del Tribunal Superior de Contrabando, coincidiendo, por lo demás, en términos generales con las soluciones del Derecho comparado (23).

Sin embargo, el carácter circunstancial o excepcional de las leyes sobre delitos monetarios plantea una conocida cuestión en relación a la posibilidad de aplicar el principio de retroactividad de

(20) A. RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina del "Clean Hands"*, Madrid 1968, pág. 127.

(21) J. BONET, *Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa*, en *Anuario de Derecho civil*, 1971, pág. 163.

(22) A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., pág. 896; E. JIMÉNEZ ASEÑO, *Delitos monetarios*, voz de la *Nueva Enciclopedia jurídica*, VI, Barcelona 1954, pág. 724.

(23) Cfr. A. VITU, *cit.*, págs. 80-81.

la Ley penal más favorable. La legislación penal sobre divisas es eminentemente excepcional. El carácter lícito o ilícito de un hecho, su prohibición o autorización, dependen de condiciones circunstanciales: en definitiva de la posición de la Economía nacional y la moneda en el contexto internacional. La variabilidad en la incriminación puede permitir que, en algún caso, el delincuente cuente con una modificación de la Ley penal que le favorezca en su aplicación retroactiva, perdiendo así la norma su función preventiva o intimidatoria. Ante esta situación, y frente a la discusión doctrinal, Lemkin se pronuncia en el sentido de que una modificación de la Ley en sentido favorable al reo sólo se podrá aplicar retroactivamente cuando tal modificación obedezca a una valoración diferente de las circunstancias implicando, pues, un reconocimiento de que con anterioridad la valoración penal era injusta, pero no cuando obedece a un cambio de las circunstancias de hecho (24).

Tal entendimiento no es aplicable a nuestro Derecho positivo dada la amplitud de la disposición recogida en el artículo 24. Siempre que exista una auténtica sucesión de leyes penales en el tiempo, la ley posterior más benigna habrá de aplicarse retroactivamente. Pues bien, será necesario tener en cuenta la regulación del tema en nuestro Derecho positivo para prever la idoneidad de una limitación a la amplia disposición del artículo 24 del Código penal.

E) *Culpabilidad y error*.—La regulación actual de los delitos monetarios no establece ninguna particularidad en relación a la culpabilidad por lo que, dado que el Código penal ha de aplicarse con carácter supletorio, rigen las normas generales del Derecho penal. Esto significa, de un lado, que los delitos monetarios sólo son punibles si el autor es culpable, de otro lado, que cabe la imprudencia a no ser que el tipo en concreto la excluya y, por último, que es aplicable la doctrina del error como causa de exclusión de la responsabilidad criminal.

Alguien ha querido ver una tendencia en la legislación extranjera a la objetivación de estos delitos (25). Pero muy probablemente no se trate tanto de una exclusión de la culpabilidad en este sector del Derecho penal, como del establecimiento de ciertas presunciones similares a las del párrafo 2 del artículo 1.º de nuestro Código penal o de la relativa abundancia de infracciones menores con rango de simples faltas o contravenciones (26). Y, por supuesto, es distinto excluir la culpabilidad que operar con presunciones que hagan recaer la duda en contra del reo, o con la limitación del principio de culpabilidad en las infracciones administrativas de mínima cuantía.

Es cierto que en algunas legislaciones la jurisprudencia se pro-

(24) R. LEMKIN, cit., págs. 439-440.

(25) Así J. BONET, *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, Roma-Madrid 1967, pág. 81, quien advierte que "la intención criminal es raramente considerada como un elemento constitutivo necesario". En similar sentido A. VITU, cit. pág. 76.

(26) En esta confusión pudo haber caído A. VITU, cit., pág. 88.

nuncia en contra de la relevancia del error (27), pero no es esta la tónica general (28) y, aunque así fuese, lo cierto es que conforme a nuestro actual Derecho positivo sobre delitos monetarios el error es relevante, y no existen por otra parte, razones que obliguen a una tendencia a la objetivación de la responsabilidad criminal en una futura reforma.

En contra de la relevancia del error, principalmente del error de Derecho (cuya relevancia jurídico-penal reconoció la interesante sentencia de T. S. de 30 de marzo de 1976), podría esgrimirse a efectos de una futura reforma el argumento de que, en otro caso, quedarían impunes gran cantidad de hechos delictivos. Se diría en concreto que es muy abundante el desconocimiento del Derecho vigente en esta materia dada la pluralidad de disposiciones que la disciplinan y la diversidad de su rango normativo (desde Decretos hasta las múltiples Circulares del antiguo Instituto Español de la Moneda Extranjera o del Banco de España), y en virtud, también de que las infracciones al control de cambios no han pasado a formar parte, con la misma entidad que los delitos clásicos como el robo o el homicidio, de las convicciones ético-sociales, ignorándose a veces, incluso, su lesividad o inmoralidad. Sin embargo, estos peligros no son reales si tenemos en cuenta, en primer lugar, que el conocimiento de la antijuricidad del hecho necesario para la existencia del dolo, y cuya ausencia da lugar al error de Derecho, no exige el conocimiento de la norma en concreto. De ahí que nadie pueda invocar la ignorancia de la disposición concreta (decreto, orden, circular) para negar la culpabilidad (29). En segundo lugar, que gran parte de las personas a quienes van dirigidas las normas (banqueros, comerciantes, titulares de licencias de importación o exportación, etc.) difícilmente pueden apelar al error de Derecho. En esto concuerdan doctrina y jurisprudencia extranjeras. Por ejemplo, advierte Lemkin, que el "error justificable de un comerciante que se ocupa de la importación, de un banquero, de un abogado, etc., no podrá ser admitido más que en circunstancias verdaderamente excepcionales" (30) y la jurisprudencia austríaca ha mantenido que no es atendible el error sobre la existencia o aplicabilidad de disposiciones sobre divisas a un comerciante que, además, mantiene relaciones con el extranjero (31).

(27) M. LE ROY, *Changes (Infractions a la réglementation des)*, voz del *Jurisclesseur pénal. Lois penales annexes*, pág. 18.

(28) En Austria, por ejemplo, el error adquiere relevancia salvo casos relativos a ciertos comerciantes en los que se invoca el desconocimiento de la norma. Cfr. GÖSSWEINER-SAIKO, *Wirtschaftsstrafrecht*, Eisenstadt 1970, pág. 46, apartados 6 y 7, y pág. 50, apartados 14 y 15.

(29) En este sentido la jurisprudencia austríaca aunque admite la relevancia del error. Vid. nota anterior. Sobre la irrelevancia de la ignorancia de la Ley vid. F. LIEBRICH, cit., pág. 117.

(30) R. LEMKIN, cit., pág. 446.

(31) Cfr. GÖSSWEINER-SAIKO, cit., pág. 46, apartado 6 y pág. 50, apartado 15.

Se advierte así, que la admisión del principio de culpabilidad (y, por tanto, del error de Derecho) no menoscaba la eficacia de la Ley haciéndola, sin embargo, más justa. En efecto, sería inaceptable, por ejemplo, que en aras de una mayor eficacia se eliminara la exigencia de culpabilidad y se condenase a un emigrante español con residencia en el extranjero por el manejo incorrecto de su cuenta abierta en España a consecuencia de un error de Derecho, cuando en la práctica opera con la más pura falta de malicia y confiado en la competencia e indicaciones del propio Banco.

III. LAS INFRACCIONES DELICTIVAS EN PARTICULAR

En otro lugar se ha expuesto la insatisfacción que produce la técnica de las llamadas leyes penales en blanco o, al menos, los peligros que encierra su utilización. Pese a ello no se puede ser maximalista y hay que reconocer que la materia del control de cambios obliga al uso de esta técnica. Todas las restricciones del control de cambios están en función de una variable independiente que es la situación económica del país en el contexto económico internacional. De ahí que la normativa del control de cambios tenga de alguna manera carácter circunstancial y que las restricciones en el uso de los medios internacionales de pago sufran inevitables variaciones. Tales circunstancias obligan al uso de técnicas de reenvío y remisión, como la de las leyes penales en blanco, que aparecen además en todas las legislaciones (32).

Ahora bien, esta técnica de tipificación que deja en manos de normas de rango inferior a la ley una parte de la disposición penal, ha de presentarse de la forma menos lesiva para la seguridad jurídica. La Ley penal ha de incluir sin excepción alguna todo lo relativo a las penas y al procedimiento. Solamente la determinación del comportamiento punible puede quedar sometido a instancias normativas de rango inferior a la Ley si el objeto de que se trate lo exige.

Sin embargo, esto no debe entenderse como abandono absoluto de la tarea de describir las conductas en manos de órganos administrativos. Este abandono, lesivo del principio de legalidad, ha de ser evitado porque puede ser evitado. El medio para conseguir esto no es el utilizado por la vigente Ley de delitos monetarios con su exagerado casuismo. Esta tipificación casuística no es propio de una Ley llamada a tener un amplio tiempo de vigencia. Su inutilidad lo demuestra el hecho de que la propia Ley de 1938 acaba la enumeración con una fórmula abierta en la que concede poderes abso-

(32) Tal es el caso de la Ley alemana de comercio exterior de 28 de abril 1961 (modificada en 1973) y Reglamento de comercio exterior de 22 agosto 1961; o la Ley francesa de 28 de diciembre de 1966 (completada por D. de 1968); o el D. L. italiano de 6 de junio de 1956 (número 476), modificado por Ley de 25 de julio de 1956 (número 786); o las leyes austríacas de 25 de julio 1946 y 28 de junio de 1969 sobre divisas y comercio exterior.

lutos al Ministerio de Hacienda para crear cuantas figuras delictivas quiera.

Partiendo, pues, del principio de que es inevitable la técnica de remisión a normas de rango inferior a la Ley para completar el presupuesto de la misma, la vigencia del principio de legalidad obliga a que la Ley formal imponga una serie de principios generales y limitaciones a los que queden vinculadas las instancias normativas inferiores. En este sentido, la reforma de delitos monetarios debe considerar la necesidad y utilidad de que en norma con rango de Ley formal queden claramente estipulados los siguientes aspectos en lo referente a la descripción de los comportamientos punibles:

A) La Ley debe establecer, en primer lugar, el régimen a aplicar a los medios de pago internacionales. Los países de nuestro área económico y cultural suelen partir del reconocimiento de un régimen de libertad. Tal es el caso, por citar algún ejemplo, de la Ley francesa de 23 de diciembre de 1966 y la alemana de 28 de abril de 1961, que comienzan reconociendo el régimen de libertad en las transacciones exteriores. Esta situación es, sin duda, cumplimiento del deber que el Tratado de Roma (33) impone a los Estados miembros de establecer, en la medida de lo posible, la libertad de cambios. Pero también responde al sentido del control de cambios en los países occidentales, en donde no se trata de eliminar la libertad de contratación y de libre circulación de capitales, sino de restringirla para equilibrar el mercado internacional de modo que todas las monedas puedan participar en un mercado libre.

Con la salida de nuestro país del régimen de autarquía se instaló nuestra economía en el régimen de libertad de transacciones con el exterior. Este ha de ser, pues, el punto de partida de la Ley. No se trata de incluir en la Ley un principio programático sin trascendencia normativa, sino de implantar un principio jurídico con eficacia normativa al convertirse en instrumento de interpretación de toda la problemática sobre el tema.

B) La técnica de Ley penal en blanco no impide que en Ley formal se tipifiquen aquellos comportamientos que se consideren punibles y que aparezcan como más independientes de circunstancias variables. Las legislaciones extranjeras no suelen establecer figuras delictivas en sus leyes generales sobre comercio exterior, pero la distinta situación económica española quizá permita tipificar las figuras más graves.

C) Habrán de considerarse infracciones punibles los comportamientos que incumplan las restricciones establecidas por la Administración en materia de control de cambios en sus formas de prohibiciones, autorizaciones o declaraciones obligatorias. Ahora bien, en norma con rango de Ley formal hay que precisar con claridad los límites en que puede moverse la Administración en la imposición de las restricciones.

(33) Cfr. arts. 67 y 73 del Tratado de Roma.

Frente a los poderes absolutos que otorga en este sentido la actual Ley de delitos monetarios considerando delictivos cuantos actos se prohíban en lo sucesivo por Orden del Ministerio de Hacienda, la legislación extranjera presenta un cuadro distinto. En efecto, en ordenamientos jurídicos de otros países la Ley que faculta a instancias normativas de rango inferior a describir los comportamientos punibles, se preocupa de alguna manera en fijar las coordenadas en que debe moverse tal actividad.

Tal es el caso de la Ley francesa de 28 de diciembre de 1966, cuyo artículo 3.º faculta al Gobierno a reglamentar los cambios para asegurar la defensa de los intereses nacionales en todo lo referente a someter a declaración, autorización previa o control, los movimientos de capital y todo acuerdo entre Francia y el extranjero, fijando, además, los ámbitos a que puede extenderse la restricción. Del mismo modo, aunque con mayor precisión, la Ley de comercio exterior alemana de 28 de abril de 1961 impone unos principios generales vinculantes y determina los ámbitos estrictos en que puede establecerse la restricción. En cuanto a los primeros establece el parágrafo 6, que las prohibiciones o autorizaciones obligatorias que se exijan sólo se pueden imponer cuando se trate de prevenir las repercusiones de las condiciones reinantes en otros países incompatibles con el régimen liberal de la República Federal alemana y para prevenir las consecuencias perjudiciales para la Economía, para luego añadir un elenco amplio de prescripciones especiales en cada ámbito concreto del comercio exterior.

Sólo con fórmulas similares a las de la Ley alemana puede salvarse la vigencia del principio de legalidad. Cuando la Administración pública, a través del órgano competente, establece una restricción, cuya infracción implica la comisión de un delito monetario, habrá de hacerlo en los límites y por las razones establecidas en la Ley como criterios generales vinculantes. En otro caso la restricción iría en contra de lo establecido en norma de rango superior.

D) La Ley igualmente deberá disponer qué instancias normativas de rango inferior a la Ley quedan facultadas para el establecimiento de las restricciones a la libertad de cambios cuya infracción da lugar al delito monetario.

La Ley de delitos monetarios vigente otorga tal facultad al Ministerio de Hacienda mediante Orden Ministerial. Situación similar se encuentra en otras legislaciones. La Ley francesa citada faculta al Gobierno a reglamentar los cambios mediante decreto (art. 3.º) y la alemana faculta al Gobierno para tales restricciones mediante reglamentos (Rechtsverordnung) requiriendo en casos la conformidad del *Bundesrat* y, en otros, la elaboración conjunta con la Banca Federal.

La seguridad jurídica exige, sin embargo, evitar la práctica de delegaciones en cadena que hace que, en realidad, las restricciones se impongan por simple Circular del Banco de España. Tal situación generalizada implica una enorme inseguridad jurídica.

E) Como es sabido, las restricciones a la libertad de cambios con el exterior no suelen tener carácter absoluto. La mayor parte, en efecto, tienen carácter relativo en cuanto que pueden ser eliminadas por la Administración en cada caso concreto. Y no podía ser de otro modo, ya que la finalidad del control de cambios no es impedir la libre circulación de capitales con el extranjero, sino *controlar* dicha circulación. De ahí que la falta de autorización administrativa constituya un elemento de la figura delictiva. Dicho de otro modo, la autorización administrativa concedida como excepción a la restricción general, hace lícito el comportamiento.

Pues bien, la vigencia del principio de legalidad exige aquí que la Ley evite, en alguna medida, la posible arbitrariedad de la Administración en la concesión de las autorizaciones. En este sentido la Ley alemana de 1961 de comercio exterior se ha preocupado de establecer en su parágrafo 3 que se concederá la autorización cuando con la ejecución del negocio jurídico o del hecho no se pongan en peligro los fines perseguidos por la Ley o cuando, al menos, fuesen superiores los intereses económicos comunitarios a la lesión de tales fines. Con una limitación de esta índole queda, en la medida de lo posible, conjurado el peligro de una arbitrariedad de la Administración.

De igual modo la Ley debería determinar los órganos facultados para la concesión o denegación de las autorizaciones como igualmente se hace en la Ley alemana (34).

En relación con estas cuestiones se ha planteado el tema de la autorización *ex post*, es decir, la posibilidad de que un hecho realizado incumpliendo las restricciones al control de cambios pueda ser considerado como no delictivo, mediante una autorización posterior concedida por la Administración. En defensa de este entendimiento se pronuncia Lemkin argumentando que una solución de esta índole no sería incorrecta en el Derecho administrativo, dado que la autorización posterior concedida por razones de utilidad no afectaría al interés público. Y dado que el Derecho penal de divisas es un Derecho derivado cabría aplicar aquí el mismo razonamiento, excepto en el caso en que se hubiera dictado ya sentencia firme (35). En el mismo sentido se pronuncia Lorente, negando el carácter delictivo del hecho autorizado por la Administración con posterioridad a su comisión, si bien utiliza, entre otras, el argumento práctico de que si es la propia Administración la que incoa el expediente a remitir al Juzgado, es indudable que aquélla no iniciará las actuaciones ante un hecho que quiere autorizar *ex post* (36).

En puridad la autorización *ex post* no puede eliminar el carácter delictivo del hecho. Formalmente se han cumplido todos los elementos del tipo y, desde el punto de vista sustancial, se ha lesionado

(34) El parágrafo 28 se refiere al Banco federal, al Ministro de Economía y Finanzas y a otros órganos inferiores.

(35) R. LEMKIN, cit., págs. 437-438.

(36) E. LORENTE, cit., pág. 476.

el interés jurídico que se trata de proteger en estas infracciones delictivas: el interés de la Administración en el control de las transacciones con el exterior. En contra de esta observación no se puede argüir que la Administración no se considera lesionada ya que autoriza el hecho con posterioridad, porque este entendimiento implica concebir el bien jurídico en el sentido de la jurisprudencia de intereses como un interés particular, actual y renunciable, y esto no es así. El bien jurídico protegido por la norma penal no depende del interés personal de un sujeto (37) excepto cuando la Ley así lo estableciere. Ciertamente el consentimiento del titular del bien jurídico puede, cuando la Ley así lo establece, eliminar el carácter delictivo del hecho, pero en estos casos el consentimiento ha de darse siempre en el momento de comisión del mismo.

Que la Ley otorgue relevancia a la autorización *ex post* no es deseable, porque puede conducir a un arbitrio insoportable de la Administración pública, tendría un claro efecto criminógeno y no quedaría claro qué se trata de proteger con la creación de la figura delictiva.

F) Por último, la Ley debe, en la medida posible, determinar la distinta gravedad de las infracciones para la aplicación de las distintas penas y la diferenciación entre delitos y faltas. La actual Ley de delitos monetarios equipara en gravedad todas las infracciones imponiéndoles la misma pena, por lo que se dijo que "la prolijidad de tipicidades desenvueltas en los artículos 1.º y 3.º de la Ley de 1938 queda minimizada, y en gran parte, sin sentido, al uniformarse igualitariamente las penas que a cualquiera de ellas puede imponerse" (38).

El rango inferior en la escala de gravedad debe otorgarse a aquellas infracciones que no impliquen más que lesión del interés de la Administración en controlar los cambios sin ulteriores consecuencias perjudiciales. Es decir, lo que algunos llaman, incorrectamente, infracciones formales (39). Desde este ángulo inferior de la escala de gravedad hasta la cúspide, deberán ordenarse las infracciones, según la gravedad de las ulteriores consecuencias perjudiciales. Sobre la posibilidad de que las infracciones de mínima cuantía se conviertan en infracciones administrativas nos pronunciamos más adelante.

En la legislación extranjera suele establecerse una distinción entre delito y falta (o contravención) (40). El criterio determinante

(37) Cfr. J. CEREZO, Curso, cit., pág. 11.

(38) A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., pág. 911.

(39) En principio todo delito implica la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Incluso cuando sólo se lesiona el interés de la Administración pública en establecer un control, hay lesión de un bien jurídico encarnado en ese interés administrativo.

(40) Así ocurre en Italia. Cfr. L. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità penali nelle aziende*, 2.ª ed., Milano 1973, págs. 262 y 266. Del mismo modo la Ley alemana de comercio exterior de 1961 distingue entre contravenciones y delitos en los párrafos 33 y sigs.; y la Ley de divisas austríacas de 25 de

no es, sin embargo, idéntico en todos los casos. La Ley austríaca de divisas de 1946, distingue ambas clases de infracciones en función del valor económico del objeto de la infracción. La Ley alemana de comercio exterior de 1961 atiende, por el contrario, al carácter de la infracción y sus consecuencias en orden a la seguridad de la República, la perturbación de la vida comunitaria o las relaciones exteriores.

El criterio que atiende al valor del objeto material de la infracción tiene en su favor el ser tradicional en nuestro Código en los delitos contra la propiedad y que permite elevar el grado de certeza en una materia, como la de las infracciones monetarias, cuya regulación nunca satisface de manera absoluta la seguridad jurídica.

IV. LAS PENAS Y SU DETERMINACION

Se ha destacado ya la especial benignidad de la Ley actual de delitos monetarios y el insatisfactorio arbitrio concedido al Juez para la determinación de la pena. Estos dos son los defectos que deben de ser corregidos en una futura reforma.

Como es sabido, las penas establecidas en nuestro Código penal son especialmente severas, pero hay que tener en cuenta, de otro lado, el valor relativo de la cuantía de las penas. En efecto, existen en nuestra práctica algunas instituciones (abono de la prisión preventiva, libertad condicional, redención de penas por el trabajo, aplicación exagerada del Derecho de gracia) que disminuyen considerablemente el valor real de la duración de las penas frente a su valor nominal. La duración teórica de una pena privativa de libertad se reduce en la práctica a un tercio. Algunas de estas instituciones nacieron por falsos motivos humanitarios y sirven en la práctica para aumentar el control de la Administración penitenciaria sobre el condenado en detrimento de la seguridad jurídica. Algunas de ellas son desconocidas en otros países (como la redención de penas por el trabajo) o su aplicación tiene carácter excepcional (como el Derecho de gracia). Pues bien, en una futura reforma habrán de tenerse en cuenta estos sistemas de reducción de la pena para determinar la que merecen las distintas infracciones monetarias.

De ahí que no quepa orientarse por las sanciones privativas de libertad de otros países ya que todas las penas de sus Códigos penales son sensiblemente inferiores a las nuestras al carecer de tantos mecanismos arbitrarios de reducción (41). En la actualidad la Ley de

julio de 1946 en sus párrafos 23 y 24. No sabemos a ciencia cierta la situación del Derecho francés pero la Ley de 28 de diciembre de 1966 en su artículo 5 declara aplicable el Tít. XII del Código de aduanas de 1948 en cuyos artículos 356 y 357 se diferencia entre delitos (de competencia de los Tribunales correccionales) y contravenciones (de competencia de los Tribunales de policía).

(41) La ley alemana de comercio exterior de 1961 establece la pena de prisión hasta tres años o multa (*Geldstrafe*). La Ley francesa de 28 de di-

delitos monetarios prevé la pena de prisión hasta tres años, la multa hasta el décuplo del importe del contrabando, la pérdida de la nacionalidad española (hoy considerada derogada) (42), el comiso y la prisión subsidiaria. Estas sanciones, excepto la de la pérdida de la nacionalidad resultan comunes en otros países.

Especial interés revisten las penas accesorias o secundarias existentes en otros ordenamientos. Se ha puesto de relieve en este sentido que las penas clásicas (prisión y multa) no parecen suficientes a los fines de represión en materia económica (43). En Derecho francés se imponen sanciones civiles y administrativas que parecen resultar eficaces, tales como la incapacidad para ejercer las funciones de agente de cambio, de ser electores o elegidos en las cámaras de comercio y la publicación de la sentencia condenatoria. En Derecho italiano se excluye la posibilidad de obtener nuevas licencias de importación o exportación al infractor o se revoca o suspende la licencia ya obtenida o en vías de utilización. Otras sanciones han sido recogidas por Vitu: sanciones fiscales como la confiscación de los valores depositados en apoyo de una solicitud de licencia de importación; administrativas como la pérdida de licencia o autorización, prohibición de ejercer el comercio internacional, de abrir una empresa, de la profesión de banquero, etc... (44). Incluso, aunque no se encuentran referencias en Derecho extranjero, cabría la posibilidad de prever sanciones específicas para los funcionarios (de las entidades del Ministerio de Comercio o del Banco de España) o empleados de la Banca delegada ya que median normalmente en las actividades de comercio exterior.

En cuanto a la determinación de la pena en el Derecho comparado suele haber una remisión al Código penal común (45). Quizá, sin embargo, esta materia puede tener alguna especialidad en función del tipo criminológico de delincuente. En este sentido la Ley austríaca de divisas establece prescripción especial para el reincidente.

V. EL PROCEDIMIENTO

Como ya se ha señalado, con la reciente reforma de 4 de enero de 1977 la competencia para el castigo de los delitos monetarios se atribuye a la jurisdicción ordinaria en los órganos denominados Juzgado central y Audiencia nacional. Como ya se ha señalado también el procedimiento a aplicar, hasta que no se adecúe la legisla-

ciembre de 1966 eleva su límite máximo a cinco años. La Ley austríaca de 25 de julio de 1946 también opera con el límite de tres años o el de cinco en caso de reincidencia. Más benigna se muestra la Ley italiana de 14 de noviembre de 1926 que establece el límite de tres meses.

(42) A. QUINTANO, *Tratado*, III, cit., pág. 912.

(43) A. VITU, pág. 94.

(44) Cfr. A. VITU, cit., págs. 92-93.

(45) Cfr. A. VITU, cit., págs. 88-89.

ción de delitos monetarios a las nuevas exigencias económicas, es el previsto en la Ley de 1938 en donde se otorga al Juez "libertad procesal absoluta". Es de esperar que esta situación intolerable tenga sólo carácter transitorio y se someta el proceso a las normas generales del procedimiento criminal ordinario cuya necesidad es reconocida en la Exposición de motivos del citado Real Decreto-Ley de reforma. De ahí que detenga mi atención en otros aspectos procesales de mayor novedad.

En el Derecho europeo el castigo de estas infracciones también está otorgado a la jurisdicción ordinaria. La especialidad técnica de las infracciones hace obligado, sin embargo, que la persecución del hecho se encargue a órganos especializados con personas peritas en la materia que actúan bien al lado de la política judicial o independientemente (46). En este aspecto tampoco difiere de la regulación española.

Con el transvase del poder sancionador de manos de la Administración pública (el desaparecido Juzgado de delitos monetarios) a la jurisdicción ordinaria (Juzgados centrales y Audiencia nacional) se ha dado un primer paso en la privación del enorme poder sancionador de la Administración pública española que, como es sabido, no tiene parangón en el Derecho europeo (47). En este proceso de lo que se ha llamado la desadministrativización es necesario tener en cuenta dos cosas. De un lado que en el Derecho europeo, a la inversa que en nuestro caso, se tiende a la despenalización, es decir, a otorgar a la Administración pública la competencia para el castigo de las infracciones de mínima cuantía, aunque por supuesto con directo control judicial mediante, por ejemplo, la posibilidad de recurso suspensivo ante los tribunales de justicia contra la sanción impuesta por la Administración (48). De otro lado, la pura y simple anulación de las normas que otorgan poder sancionador a la Administración si se hace sin los correctivos pertinentes pueden colocarla en una situación de ineficacia ante el sector encomendado a su competencia y cuidado.

De ahí que no sería desacertado en una futura reforma mantener como infracciones administrativas las de mínima cuantía siempre que se creen mecanismos eficaces de control judicial facultando, por

(46) Cfr. A. VITU, cit., págs. 95-96; L. CHIARAVIGLIO, cit., págs. 267 y sigs. y G. DE KEPPER, *La poursuite des infractions au contrôle des changes*, en *Revue de la Banque*, 1954, págs. 689 y sigs.

(47) Cfr. J. R. PARADA, *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en *Revista de Administración pública*, 67, 1972, passim; J. CEREZO, *Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1975, págs. 167; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, Civitas 1976, pág. 405 y M. BAJO FERNÁNDEZ, *El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español*, en *Anuario de Derecho penal*, 1973, págs. 114 y sigs.

(48) Tal es el caso de Alemania. Vid. arts. 73 y sigs. de la Ley de contravenciones (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) de 1968.

ejemplo, al recurso suspensivo (49). Por otra parte suscribimos la tesis de Parada según la cual el extraordinario poder sancionador de la Administración pública en España se explica, entre otras razones, por no haber encontrado ésta un mecanismo en el proceso penal apto para la persecución y castigo de las infracciones cometidas en ámbitos cuya competencia y cuidado se le había encomendado. Dice Parada que nuestro sistema judicial penal es "un sistema rígido pensado y diseñado, según parece, para corregir cualquier infracción menos las infracciones a la legislación administrativa" (50). De ahí que sea conveniente conocer las técnicas que el Derecho comparado utiliza en el proceso criminal para que la Administración pueda seguir cumpliendo sus fines pese a quedar desprovista del poder sancionador. Parada ha señalado alguna de estas técnicas: posibilidad de condena sin proceso, posibilidad de enervar la acción penal mediante una solución conciliadora, presencia privilegiada de los funcionarios en el proceso penal, reconocimiento de un valor probatorio a los documentos administrativos de constatación de infracciones, etc... (51).

Pues bien, se utilizan en Derecho extranjero dos peculiaridades procesales en el ámbito de las infracciones monetarias cuyo conocimiento es indispensable para una futura reforma de nuestra legislación. Estas son el valor de la prueba y la transacción penal.

A) VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El hecho de que la persecución de las infracciones monetarias quede en manos de funcionarios vinculados a determinados organismos monetarios se liga, en el Derecho europeo, a una especial facultad para conseguir las pruebas, y al otorgamiento de un especial valor probatorio a algunas de ellas (52).

En este sentido los artículos 336 y 337 del Código francés de aduanas, aplicables a las infracciones monetarias, establecen que el expediente redactado por único agente hace fe salvo prueba en contrario, limitándose esta prueba, además, a los documentos de fecha anterior a la indagación efectuada por el agente. Y si el expediente es redactado por dos agentes hace fe, salvo prueba en contrario, de la sinceridad y exactitud de las confesiones y declaraciones que aportan, y hacen fe de las constataciones materiales que relatan sin otra excepción que la falsedad.

Esta fuerza probatoria establecida en el Derecho francés parece encontrarse extendida a otras legislaciones (53).

(49) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., pág. 430. Sobre las condiciones de un Derecho penal administrativo vid. J. CEREZO, *Límites*, cit., págs. 169. 170.

(50) J. R. PARADA, cit., pág. 84. Cfr. también E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., pág. 405.

(51) J. R. PARADA, cit., págs. 55 y sigs.

(52) Por ejemplo a efectuar registros domiciliarios o en empresas. Cfr. A. VITU, cit., pág. 97 y R. LEMKIN, cit., pág. 462.

(53) Así R. LEMKIN, cit., pág. 462.

B) LA TRANSACCIÓN PENAL

Con esta expresión queremos referirnos a una institución recogida en algunos países europeos, denominada "transaction" en francés y "oblazione" en italiano, con muy diversas variantes de contenido y efectos, cuya característica común es la de implicar un compromiso entre infractor y Administración pública que impide el proceso criminal y extingue la acción penal.

La transacción penal en sus diversas manifestaciones es una institución muy extendida (54), que tiene en algunos países una honda raíz histórica (55). Su fundamento jurídico se cifra en el hecho de que la investigación judicial del delito y de la responsabilidad de su autor resulta superflua en el caso concreto en razón de la evidencia objetiva del hecho o del reconocimiento implícito o explícito de la responsabilidad del sujeto y, si se trata de infracciones leves, en el hecho de que la interposición de las garantías procesales no pueden entenderse indispensables sólo para el interés público general cuando el interés privado no lo invoca en defensa de su propio derecho (56).

Las ventajas que se atribuyen a esta institución son fundamentalmente que implica un beneficio tanto para el infractor, que evita la condena criminal, como a la Administración que ve así de modo rápido compensado su daño; constituye una sanción moderada pero eficaz por su rapidez; y libera a los tribunales de casos baladíes lo que juega en favor de la dignidad de la Justicia penal que puede más eficazmente dedicar sus esfuerzos a casos de mayor interés social (57).

Sin embargo, la institución ha tenido que soportar numerosas críticas. Se ha dicho en este sentido que subordina el interés social al particular, que compromete la ejemplaridad que se podía esperar de la imposición de la pena y que violenta el principio general según el cual toda infracción delictiva debe ser objeto de un debate contradictorio y de una decisión judicial (58). Estas críticas no son, con todo, atendibles. No existe esa pretendida subordinación del interés

(54) Vid. M. BOITARD, *La transaction penale en Droit française*, en *Revue de Science criminale et de Droit pénal comparé*, 1941, págs. 154-155; A. VITU, cit., pág. 98; V. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, III, 4.ª ed., Torino 1961, págs. 599 y sigs.

(55) Cfr. M. BOITARD, cit., págs. 152 y sigs. y V. MANZINI, págs. 596 y sigs.

(56) V. MANZINI, cit., pág. 604

(57) F. BOULAN, *La transaction douaniere*, en *Etudes de Droit penale douanier* (bajo la dirección de R. Gassin), París 1968, pág. 223 y M. BOITARD, cit., págs. 159 y 186.

(58) F. BOULAN, cit., pág. 221; A. VITU, cit., pág. 98 y G. DE KEPPEL, *La transaction en matiere d'infractions au controle des changes*, en *Journal des Tribunaux*, 1955, pág. 247.

social al particular porque la transacción también beneficia la función pública de la Administración. Por otra parte la ejemplaridad de la pena no es más que uno de los medios para conseguir la prevención criminal, prevención que no se ve comprometida con la transacción. Por último las garantías que produce el debate contradictorio del proceso criminal no se ven menoscabadas porque la transacción se presenta como institución voluntaria para el infractor.

Lo que es indudablemente cierto es que la transacción reviste una serie de peligros que deben de ser conjurados mediante una regulación específica. Hay que evitar, por ejemplo, que en la práctica se esté obligado al presunto infractor a transigir aunque se considere inocente, que marque diferencias en función de las disponibilidades económicas de cada individuo ya que la transacción implica un acuerdo de pago en dinero, y que se utilice la transacción por parte del funcionario de modo arbitrario y en atención a consideraciones personales.

Tales peligros han de ser evitados estableciendo el carácter facultativo de la transacción para el infractor y su carácter obligatorio y reglado para la Administración (59), estableciendo un máximo en la cuantía pecuniaria objeto de transacción (60) y ajustando la cuantía en función de las disponibilidades económicas del infractor (61).

La transacción, por supuesto, sólo puede afectar a infracciones castigadas con multa. A efectos de la futura reforma, además, deberá de estudiarse si debe afectar sólo a las infracciones monetarias de carácter administrativo (faltas o contravenciones) o también a los delitos castigados sólo con multa.

Estas dos instituciones que acabamos de estudiar, la valoración de la prueba y la transacción penal, de seguro podrán ser repudiadas por un lector celoso de los valores jurídicos de seguridad y certeza. Pero hay que recordar que hemos vivido en España un sistema jurídico en que la Administración pública tuvo excepcionales poderes punitivos. A la hora de romper con esta situación, que ha comenzado con la supresión del Juzgado de delitos monetarios, no se puede ser maximalista y dejar a la Administración pública en una situación de absoluta desventaja en comparación con los ordenamientos

(59) No ocurre así en otros ordenamientos como el francés en que la Administración acuerda con el infractor, dentro de unos márgenes legales, el importe de la transacción, lo cual a mi juicio debe ser evitado.

(60) En la legislación italiana se establece como límite máximo una parte proporcional de la pena de multa de la Ley. Vid. V. MANZINI, cit., págs. 597 y 601. En Francia la Administración de aduanas opera con un mínimo facultativo. Vid. F. BOULAN, cit., pág. 234.

(61) Tal sistema, dice G. DE KEPPER, *La transaction*, cit., pág. 247, es posible porque la transacción en materia de infracciones monetarias no persigue, como pudiera ocurrir con las infracciones fiscales, una recuperación del impuesto no percibido, sino asegurar el orden social.

jurídicos europeos en que rige un auténtico Estado de Derecho. Sin que me convierta en defensor de estas técnicas procesales que mejoran la situación de la Administración pública en el proceso criminal en relación con ciertas figuras delictivas (fundamentalmente del Derecho penal económico), lo cierto es que existen más allá de nuestras fronteras y que no podemos ignorar.

NOTA: Cuando ya este artículo se encontraba en imprenta, el autor ha conocido la publicación en Italia de una nueva Ley de Delitos monetarios (Decreto-ley 4 marzo 1976, n. 31, modificada por Ley 30 abril 1976, n. 159) algunas de cuyas disposiciones coinciden con las tesis mantenidas en este trabajo. Una traducción de la parte penal de esta Ley aparece en la Crónica Extranjera de este mismo fascículo.

La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución

JOSE MARIA MORENILLA RODRIGUEZ
Doctor en Derecho, Magistrado-Juez de
Peligrosidad y Rehabilitación Social

I

1. La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y su Reglamento se acogen a los principios de la llamada "Defensa Social" desarrollando un sistema bastante coherente que se dirige a la imposición de unas "medidas de seguridad" a aquellos sujetos que se comportan de manera contraria a la que exige una ordenada convivencia, revelando esta conducta asocial o antisocial una "peligrosidad social" por la fundada probabilidad de que en el futuro realicen hechos delictivos o antisociales. Estas medidas de seguridad, por su finalidad preventiva, no se imponen como "castigo" por esos "hábitos" reprobados por la comunidad, sino como un "tratamiento" encaminado a rescatar al individuo para la sociedad, mediante su readaptación al medio social en el que, por su dimensión sociable, todo hombre tiene que vivir. Esta finalidad "resocializadora" constituye el fundamento ético y jurídico de esas medidas correctoras de la personalidad inadaptada del sujeto al que se juzga "peligroso" para la sociedad por su conducta pasada y por unos factores personales que permiten establecer un pronóstico desfavorable de conducta antisocial futura.

Las medidas de seguridad impuestas a los peligrosos sociales son, por tanto, medidas de readaptación social y no deben ser confundidas con las medidas de seguridad aplicadas por la comisión de hechos constitutivos de delitos ni con las de carácter administrativo que no tienen otro fin que la protección de un interés social, por la separación del sujeto peligroso o la restricción de sus derechos individuales, sin procurar la readaptación del sujeto en evitación de hechos delictivos o antisociales.

Para la adopción de unas medidas de seguridad la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social —continuadora de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 y de una tradición preventiva de

varios siglos— establece unos requisitos paralelos a los de la imposición de penas, manteniendo la vigencia de los principios de legalidad (determinando los supuestos legales de estado peligroso o conductas que se estiman por el legislador como sintomáticas de una situación personal de peligro social, y determinando las medidas de seguridad que corresponden a cada uno de esos supuestos legales), de jurisdiccionalidad (estableciendo una jurisdicción especializada a la que se atribuye la competencia para la declaración de la peligrosidad, la imposición de las medidas de seguridad y la ejecución de ellas para comprobar la eficacia de las medidas adoptadas con potestad para revisarlas), de contradicción (con una decisiva intervención del Ministerio Fiscal y una amplia posibilidad de defensa) y de cosa juzgada. Y para la ejecución de las medidas de seguridad la misma Ley prevé unos medios personales y materiales, unos establecimientos y unas instituciones necesarios para el cumplimiento de las medidas que establece e indispensables para que cumplan la finalidad resocializadora que se proponen; el Reglamento de aplicación de la Ley viene a subrayar los propósitos de la Ley y regula detalladamente la organización y funcionamiento de esos establecimientos e instituciones.

2. Esta Ley y este Reglamento, ejemplares en tantos aspectos, plantean en su aplicación práctica unas dificultades —a veces insalvables— que comprometen gravemente su operatividad, obstaculizan, cuando no hacen imposible, el cumplimiento de las medidas tan meticulosamente reguladas y desvirtúan el fin resocializador que las fundamenta. Y como consecuencia de esas dificultades la Ley viene operando con un neto matiz defensivo y represivo, acumulándose las medidas de seguridad a penas, e incluso a sanciones administrativas como consecuencia de unos mismos “hechos” de los que conocen dos —y hasta tres— jurisdicciones con un ámbito ciertamente distinto, pero con unos mismos efectos sobre el sujeto (piénsese en el supuesto de un traficante de drogas que puede ser multado tres veces: por el Tribunal penal, por el Juez de Peligrosidad y por Tribunal de Contrabando y Defraudación); en cuanto al Reglamento es en la realidad actual una utópica regulación de establecimientos e instituciones inexistentes que resalta aún más la utilización de los medios inadecuados (generalmente penitenciarios), que han tenido que ser habilitados en sustitución de los establecimientos especializados previstos por la Ley.

Ante esta situación no puede sorprender ni el descrédito de la Ley ante la opinión pública, que ve en ella fines represivos más que preventivos, ni la desconfianza que inspira a los profesionales del Derecho (de la que es expresiva la conclusión 9.^a de la VIII Reunión de Profesores de Derecho Procesal, celebrada en Valencia, en mayo de 1972, o el conjunto de estudios publicados por la Universidad de Valencia (1974) titulado “Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad”), o el temor que inspira a sus presuntos beneficiarios que ven

en “la Ley” un medio legal para la imposición de periódicas privaciones de libertad en los centros penitenciarios.

3. En un intento de resumir esas dificultades que presenta la práctica judicial en la aplicación de la Ley de Peligrosidad Social, podemos señalar las siguientes:

a) Una defectuosa tipificación de los supuestos legales de estado peligroso que incluye conductas (e incluso “actos”) integradas por hechos tipificados como delitos: esta peligrosidad “codelictiva” da lugar a que el denunciado por esos actos sea sometido a un doble enjuiciamiento (penal y de peligrosidad) en dos procedimientos diferentes seguidos ante jurisdicciones distintas, con resoluciones frecuentemente contradictorias o que —cuando son coincidentes— impiden la oportuna y, a veces, urgente aplicación de las medidas de seguridad por quedar su cumplimiento supeditado al preferente de la pena impuesta al peligroso-delincuente.

b) Un catálogo de medidas de seguridad que incluye medidas de contenido análogo o idéntico al de penas establecidas en el Código penal —y enteramente ajenas a toda finalidad readaptadora (multas, restricciones de libertad, privación del permiso de conducir, etc.)— que, generalmente, vienen a agravar las penas impuestas a los “peligrosos-delinquentes” u operan como si se tratara de penas impuestas a “peligrosos-no delinquentes”. Otras medidas —las relativas a los enfermos mentales— son de naturaleza administrativa e igualmente ajena a la resocialización de quienes por no ser sujetos responsables no pueden llegar a ser sujetos de delito.

c) Una duplicidad de jurisdicciones, la penal y la de peligrosidad, que actúan con un distinto ámbito y cometido (responsabilidad por actos, peligrosidad por conductas, penas expiatorias y retributivas, medidas recuperadoras y preventivas), pero que al incidir sobre un mismo sujeto se superponen durante la instrucción y durante el juicio con el resultado de quedar a disposición de dos Jueces que pueden adoptar medidas cautelares privativas de libertad en los respectivos procedimientos o adoptarlas uno de ellos y no el otro, dando lugar a una situación de confusión e inseguridad, cuando no imposibilita el tratamiento curativo de urgencia que el estado del individuo reclama. La Ley de Peligrosidad Social no ha previsto la actuación preferente o primordial de la jurisdicción penal en todos los supuestos de peligrosidad “codelictiva” o de habitualidad criminal para que la incoación del expediente de peligrosidad en esos casos quedara siempre supeditada a la resolución final en la causa criminal, ni que el Juez de Instrucción tuviera potestad para acordar “a prevención” medidas cautelares urgentes de asistencia médica para inculpados ébrios o toxicómanos, o se concediera al Juez de Peligrosidad la posibilidad de imponer medidas de seguridad complementarias de las penas priva-

tivas de libertad —que deben ser reeducativas— que hubiere cumplido el delincuente declarado posteriormente peligroso (especialmente la de sumisión a la vigilancia de los Delegados).

d) La insuficiencia de los establecimientos especializados disponibles para el cumplimiento de las medidas de internamiento. Para toda España sólo existe una casa de Templanza para abrios habituales en Segovia, un establecimiento de templanza para ebrios tóxicomanos en Madrid, otro para reeducación de prostitutas habituales en Alcázar de San Juan y dos para internamiento en establecimiento de trabajo. Como consecuencia, por la escasez de plazas disponibles y su dispersión geográfica unido a la breve duración de las medidas de internamiento por el abono del tiempo por internamiento preventivo, estas medidas se cumplen frecuentemente en centros penitenciarios.

e) La inadecuación de los remedios previstos con “criterios realistas” en el Reglamento para afrontar esa insuficiencia o inexistencia de establecimientos especializados para el cumplimiento de las diversas medidas de internamiento. Estos remedios originan las siguientes irregularidades: *a'*), el cumplimiento de algunas medidas de internamiento —por razones extrajurídicas como el sexo o las posibilidades económicas del declarado peligroso— en centros o establecimientos asistenciales dependientes del Patronato de Protección a la Mujer o en centros hospitalarios privados, en patente contradicción con el principio de igualdad ante la Ley y poniendo en peligro de contagio moral a personas no peligrosas acogidas u hospitalizadas en dichos centros; *b'*), “habilitar” establecimientos penitenciarios para el cumplimiento de medidas de seguridad que requieren tratamiento médico o psiquiátrico (art. 2.º de la Orden de 1 de junio de 1971)—; *c'*), establecer la equivalencia entre el régimen de los establecimientos para el cumplimiento de medidas de seguridad y el de los penitenciarios y la aplicación supletoria en los Establecimientos de cumplimiento de medidas de seguridad del Reglamento de los Servicios de Prisiones, con notable trascendencia en materia de régimen disciplinario; y *d'*), internar en los mismos establecimientos a peligrosos-delincuentes y peligrosos-no delincuentes, también con grave riesgo de contagio moral y de fomentar, en lugar de prevenir la delincuencia.

f) No haberse adscrito Delegados del Juez, ni haberse organizado un cuerpo administrativo con esas funciones, para el cumplimiento de la medida de sumisión a la vigilancia de la Autoridad en los grandes núcleos urbanos y no establecerse un medio adecuado para la designación de esos Delegados en las localidades más pequeñas. El resultado es que esta medida —la más importante para la readaptación del peligroso en libertad, por la misión asistencial y de vigilancia que corresponde al Delegado— se convierte en una sanción sin contenido

que en la práctica se confió al Servicio de Libertad Vigilada o a la Policía, ante la ausencia de funcionarios especializados, asistentes sociales “vocacionales” (art. 56 Rgto.) que no pueden ser retribuidos por no haberse arbitrado medios, o de funcionarios judiciales o de la Policía que estén disponibles para esta absorbente tarea (análoga a la de los “probation officers” de los sistemas anglosajones).

4. Por esta aplicación en la práctica, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, nacida con tan altas miras preventivas del delito y reeducadoras del individuo, se presenta como una Ley defensiva de la sociedad contra sujetos que se comportan de manera contraria a la ordenada convivencia o a la moral social o que perturban la tranquilidad pública. Esta ley opera en la realidad, por esa defectuosa ordenación legal y por la insuficiencia de los medios arbitrados para la ejecución de las medidas de seguridad, como una ley paralela o superpuesta a la ley penal (según los supuestos legales de estado peligroso) con la que coincide en fines y medios coactivos.

5. El Juez de Peligrosidad y Rehabilitación Social, en su actuación, tiene que considerar estas graves deficiencias y aplica la Ley con un criterio muy restrictivo para evitar —sobre todo en los peligrosos juveniles no delincuentes— que el cumplimiento de las medidas de seguridad, en las circunstancias en que se realiza con tantas posibilidades de contagio moral, no sea negativo desde el ángulo de la readaptación y contraproducente desde el de la prevención de nuevos delitos o actos antisociales. En otros supuestos (prostitución y homosexualidad), la rígida imposición de unas medidas de reeducación fijadas por la Ley con una duración mínima de seis meses, sin distinciones de edad, situación familiar o laboral y antecedentes penales hace muy “peligrosa” —también por contraproducente— la declaración de peligrosidad social. En otros, en fin la insuficiencia de establecimientos de deshabitación para alcohólicos y toxicómanos, o la lejanía de tales centros, haga problemática la curación pretendida, cuando no entraña un grave riesgo en caso de síndrome de abstinencia, obligando al Juez a buscar el concurso de hospitales psiquiátricos, que generalmente carecen de instalaciones y medios para la deshabitación, con grave peligro para la salud mental del intoxicado.

II

1. Ante esta doble insuficiencia de la ordenación legal de la peligrosidad social y de las medidas de seguridad y los medios indispensables para que pueda operar según los fines que la fundamentan y justifican, se hace necesaria una acción “*lege ferenda*” que aborde esta materia con urgencia y en profundidad. La experiencia de cinco años de aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de-

muestra que debe ser replanteada su problemática y ordenar fines y medios de manera coherente y sincera.

En una esclarecedora simplificación del problema, las soluciones pueden ser dos y alternativas: o la derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social e inclusión en el Código penal de los comportamientos asociales que se estimen contrarios a la ordenada convivencia o atenten contra la dignidad humana castigándolos con una pena impuesta en atención a la personalidad del sujeto, o se reforma la Ley de Peligrosidad Social y su Reglamento para obviar esas deficiencias y se arbitran por el Estado los medios indispensables para que se cumpla su genuina finalidad preventiva y resocializadora. La primera solución significaría incluir en el Código penal unos "tipos de autor" (vagos, mendigos, ebrios, toxicómanos, prostituidos, gamberros, delincuentes habituales o profesionales, etc.) y establecer una responsabilidad penal por la conducta, atendiendo a la personalidad y a la peligrosidad del sujeto, rechazada por la doctrina penal moderna, especialmente tras la experiencia nazi en Alemania. La segunda solución requiere una nueva Ley que desarrolle lógicamente los principios preventivos que deben informarla evitando cualquier interferencia con las leyes penales, con la jurisdicción penal y con los establecimientos y servicios penitenciarios.

2. La ley de Peligrosidad Social está encaminada a la prevención del delito y de conductas predelictivas reprobadas por la sociedad como perturbadoras del orden comunitario, mediante la imposición de unas medidas que devolviendo al sujeto su dimensión social producen oblicuamente el pragmático resultado de defender la paz pública; tiene, pues, un contenido humanitario y práctico que debe ser mantenido. Al confiarse su aplicación a una jurisdicción especializada dentro de la jurisdicción ordinaria, se evitan los graves inconvenientes de la actuación administrativa o policial, garantizando los derechos del individuo proclamados en la Leyes Fundamentales de forma análoga a la imposición de penas. La Ley de Peligrosidad debe partir de un estado personal de inadaptación social de individuos *responsables* que se manifiesta por unos comportamientos típicos "asociales" (parasitarios) y "antisociales" (contrarios a la pacífica convivencia o a la moral social) *no delictivos*, o por unos hábitos delictivos (delincuencia habitual o profesional) que fundamentan la declaración de que el individuo constituye un peligro para la sociedad por la relevante probabilidad de que continuará comportándose en el futuro como lo hacía en el pasado o realizando otros actos antisociales o delictivos, si no se adoptan unas "medidas" dirigidas a la corrección de esos hábitos por la curación, reeducación y asistencia vigilada. Estas medidas tienen que ser determinadas y aplicadas de acuerdo con sus fines socializadores para evitar cualquier similitud con las penas expiatorias y retributivas.

3. Para ello es indispensable la existencia de una jurisdicción especializada, con unos jueces que posean la necesaria formación crimi-

nológica y una vocación hacia los problemas humanos y sociales a quienes se atribuya como cometido único la declaración de la peligrosidad social, la determinación del tratamiento correspondiente, dentro de los márgenes que la Ley establezca y la ejecución de la sentencia mediante la dirección del cumplimiento de las medidas y el concurso del personal especializado que en contacto inmediato con el prevenido informe al Juez sobre la evolución del tratamiento; y atribuyendo al Juez la posibilidad de revisar su declaración de peligrosidad y modificar las medidas adoptadas en virtud de unos hechos nuevos y mediante un proceso de revisión con las garantías procesales del proceso declarativo de peligrosidad.

La jurisdicción de peligrosidad debe tener un ámbito distinto, por sus órganos, procedimiento, pronunciamientos, fines y medios, al de la jurisdicción penal a cuyas decisiones debe quedar, sin embargo, supeditada cuando el posible peligroso ha sido denunciado por la comisión de hechos delictivos indicativos de una conducta tipificada como peligrosa, y cuyas condenas deben ser tenidas en cuenta por el Juez de Peligrosidad al fijar el tratamiento del delincuente declarado peligroso; todo ello con el fin de que un mismo individuo no quede sometido al mismo tiempo a dos jurisdicciones, a dos procedimientos y a dos decisiones dimanantes de unos mismos hechos y evitar resoluciones judiciales contradictorias o una acumulación de sanciones análogas y yuxtapuestas.

4. Para la recta aplicación de la Ley de Peligrosidad son imprescindibles unos medios materiales y personales sin los que no sería posible cumplir las medidas adoptadas: unos establecimientos adecuados al tratamiento curativo o reeducador impuesto, unos cuerpos de funcionarios especializados (psiquiatras, psicólogos, pedagogos y criminólogos) que atiendan a los internados y los preparen para la vida laboral y social, según sus aptitudes, y un cuerpo de Delegados del Juez (asistentes sociales) encargados de la asistencia y vigilancia del peligroso en libertad para estimular y facilitar su reinserción laboral o familiar y velar por su recuperación dando cuenta al Juez de las vicisitudes de la misma para garantizar su eficacia, mediante las correcciones necesarias.

Estos establecimientos para el cumplimiento de las medidas de internamiento deben ser creados en cada una de las regiones o territorios de la jurisdicción de cada juzgado de peligrosidad para conseguir la mayor aproximación de las familias del peligroso no delincuente. Para los peligrosos delincuentes deben crearse unos centros distintos, de ámbito nacional, con separación entre los delincuentes habituales y los ocasionales. Pero estos establecimientos deben ser totalmente ajenos a los centros penitenciarios, así en su localización como en su personal, régimen de funcionamiento y disciplina y en los medios disponibles. El coste de este nuevo servicio del Estado —que debiera encuadrarse en el Ministerio de Justicia como un “Servicio de Medidas de Readaptación Social” ajeno a la Dirección Gene-

ral de Instituciones Penitenciarias— sería, sin duda, muy elevado. Pero las ventajas sociales que proporcionaría de manera inmediata compensaría con creces ese desembolso: su trascendencia en la prevención de delitos, especialmente contra la propiedad, su repercusión en la seguridad personal y colectiva o sus efectos positivos en la reinserción laboral de individuos parasitarios o destructivos, son claramente previsibles. Pero más importante aún, sería el rescate para una vida activa y solidaria de individuos marginados que caminan hacia su autodestrucción o prosiguen una labor corruptora igualmente destructora para la sociedad. Por todos estos aspectos pragmáticos—al margen de los morales o humanitarios— la readaptación de los sujetos declarados peligrosos para la sociedad se encuadra entre los fines sociales del Estado como la salud pública, la educación, el trabajo o el esparcimiento o la seguridad y orden comunitario.

Precisamente por su relación con los servicios públicos, el problema de una inmediata puesta en funcionamiento de los centros y equipos de personal que exige la recta aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, permite soluciones provisionales válidas, mientras llega el día en que el Estado aborde con sinceridad y realismo la creación de establecimientos especiales para los peligrosos no delincuentes y la organización de un Cuerpo de Delegados judiciales que vigilen y asistan a los peligrosos (delincuentes y no delincuentes) en libertad. Esta solución provisional se dirigiría a habilitar, no los centros penitenciarios, según el erróneo criterio del Reglamento para la aplicación de la Ley de Peligrosidad, sino internados o albergues juveniles y dependencias o pabellones de hospitales psiquiátricos ya existentes y organizar la cooperación con las instituciones correspondientes de Educación, Trabajo, Beneficencia, Juventudes e, incluso, militares para obtener las facilidades que los inadaptados necesitan para su reintegración social y para que el personal especializado de las mismas auxilie al Juez de Peligrosidad y al equipo de calificación y tratamiento que debe asistir a éste, en su tarea primordial de conseguir una plena readaptación social del peligroso según sus aspiraciones personales y los factores de su peligrosidad.

* * *

Concluido este trabajo se publicaba en la prensa del día 13 de noviembre último, una nota sobre un acuerdo del Consejo de Ministros, celebrado el día anterior—que, sin embargo, no apareció en la referencia oficial de los asuntos tratados por dicho Consejo— relativo a un plan de reformas elaborado por el Ministerio de Justicia para los centros de cumplimiento de penas y de medidas de seguridad. En la nota se alude expresamente a la “creación de Centros de Rehabilitación Social, al objeto de que pueda llevarse a debido efecto la ley de Peligrosidad Social”; igualmente se incluye entre los objetivos perseguidos por el expresado plan de reformas “conseguir la infraestructura bastante para la aplicación de la Ley de peligrosidad

y Rehabilitación Social” y anuncia la construcción de centros regionales de rehabilitación social en Lérida, Alicante, Ocaña, Nanclares de la Oca, Lugo, Las Palmas, Ibiza y Sevilla.

La creación de dichos centros y su carácter regional supondrá un notable avance para obtener una eficaz ejecución de las medidas de seguridad impuestas en aplicación de la LPRS. No obstante, es necesario señalar algunas objeciones al proyecto, según aparece recogido en la nota de la agencia Europa Press, publicada en la prensa de día 13 de noviembre expresado:

1.^a No se determina la clase de centros de rehabilitación social a crear, al no especificarse si serán establecimientos de trabajo, re-educación o de templanza, o —como parece deducirse de su denominación y como sería de desear— de unos complejos mixtos aptos para el cumplimiento de todas las medidas de seguridad, con la indispensable separación, según la naturaleza de la medida de internamiento, el sexo, los antecedentes penales y la edad del peligroso.

2.^a Si bien los centros a crear se sitúan dentro de la jurisdicción territorial de la mayor parte de los Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social, actualmente en funcionamiento, ni se prevé la creación de un centro para cada Juzgado (ya que los de Zaragoza, Valladolid y Málaga quedan sin centros de rehabilitación social) ni el lugar donde se construirán dichos centros coincide con la sede del Juzgado. Según hemos indicado en este trabajo es indispensable para la recta ejecución de las medidas de internamiento que el Juez de Peligrosidad Social, *que también lo es de Rehabilitación Social*, pueda seguir de manera inmediata la evolución del tratamiento acordado para adoptar en cada momento las providencias necesarias correctivas o para —con la intervención del Fiscal— iniciar el juicio de revisión. Esta intermediación requiere que los centros de internamiento se hallen situados en las proximidades de la sede del Juzgado; necesidad que se hace también patente para la adopción de medidas de internamiento preventivo —tan frecuentes en esta jurisdicción por el carácter *urgente* de algunas medidas curativas (ébríos, toxicómanos o enfermos mentales) o de asistencia (prostituidos, abandonados de la familia, rebeldes, juveniles, mendigos, etc.) —exigiendo la existencia de unos establecimientos adecuados que reciban a los expedientados que sean internados para que puedan ser atendidos o tratados según su estado o circunstancias por el personal médico o asistencial correspondiente. A tal fin los centros de readaptación ubicados en las proximidades de la sede del Juzgado de Peligrosidad Social del respectivo territorio deben contar con las necesarias dependencias para recibir a los internados preventivamente y sus equipos de tratamiento pueden ser una valiosa ayuda para el diagnóstico y pronóstico de las conductas de los expedientados sometidos a medidas cautelares de internamiento. En este sentido, solamente los centros proyectados en Ocaña, Las Palmas y Sevilla cumplen esta exigencia:

de proximidad a la sede del Juzgado de Peligrosidad Social; los restantes no la cumplen y su creación en las localidades mencionadas en la nota sobre el plan dificultará o hará ilusoria la supervisión de la ejecución de las medidas de seguridad de internamiento por el Juez de Rehabilitación Social, a quien, según la LPRS incumbe, y hará inevitable la utilización de centros penitenciarios de detención, arrestos gubernativos y hospitales psiquiátricos con la consiguiente desnaturalización de las medidas de readaptación social, su desprestigio como medio en favor del individuo y las graves posibilidades de contagio para los peligrosos no delincuentes.

3.^a En todo caso la creación o puesta en funcionamiento de tales centros exigirá bastante tiempo y se hace necesario arbitrar, con carácter provisional, unos centros *no penitenciarios* —según se propone en este trabajo— habilitando en cada una de las capitales que son sede de Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social unos albergues que acojan a los peligrosos no delincuentes, utilizando los medios actualmente existentes de las diversas instituciones de asistencia social y el personal especializado de los Cuerpos dependientes de los Patronatos de Protección de Menores o de Protección a la Mujer o de los equipos de Tratamiento de las Instituciones Penitenciarias; todo ello hasta que se creen y organicen los centros de readaptación social que, repetimos, deben ser encuadrados al margen de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, como un servicio especializado del Ministerio de Justicia.

4.^a Simultáneamente con la creación de una infraestructura de establecimientos y personal para la ejecución de las medidas de readaptación social debe acometerse una reforma a fondo de la LPRS que obvie los graves inconvenientes que presenta la aplicación de la vigente, fijando con precisión y coherencia los supuestos legales del estado peligroso con neta separación entre los tipos predelictivos y los post-delictivos, suprimiendo los supuestos de peligrosidad “co-delictiva” y de enfermedad mental, estableciendo la actuación preferente y previa de la jurisdicción penal en el enjuiciamiento de inculpados de delitos que puedan estar incurso en algún supuesto legal de estado peligroso, confiriendo en estos casos a los Jueces de Instrucción atribuciones para acordar a prevención medidas cautelares de asistencia médico-psiquiátrica, respecto de inculpados ébrios, tóxicomanos o con hábitos antisociales que requieran urgente tratamiento psiquiátrico, fijando las normas para la aplicación complementaria de medidas de seguridad a los delincuentes que sean declarados peligrosos sociales; concordando, en suma, la legislación penal y la de peligrosidad social, de manera que no se superpongan y se evite la actual confusión entre tipos delictivos y supuestos legales de estado peligroso, entre penas y medidas de seguridad o —más correctamente— entre penas y “medidas de readaptación social”, y entre la ejecución de las penas y la de estas medidas de readaptación social.

Madrid. noviembre de 1976.

III

Por su posible interés exponemos a continuación unos datos estadísticos referentes a la aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social en los Juzgados de Madrid en los años 1975 y 1976, relativos a los expedientes incoados por los diversos supuestos de estado peligroso. Se publican otros datos relativos a los expedientados que se estiman de mayor interés respondiendo a un esquema simplista sociológico que comprende el sexo (Varón, Hembra), la edad (distinguiendo cinco edades: las comprendidas entre los dieciséis y dieciocho años, entre los diecinueve y veintiún años, entre los veintidós y veinticinco años, entre los veintiséis y treinta y cinco años y los mayores de treinta y cinco años), el estado (Soltero, Casado, Viudo), la ocupación (Obreros, Estudiantes, Profesionales, Sin Trabajo), si son extranjeros (*extranjeros*) y si son analfabetos (*Analfabetos*), aunque esta última circunstancia sólo se recoge en el año 1975 y en el Juzgado número 1. También se determina el resultado de los expedientes: Archivados, Sentenciados —separando las sentencias Condenatorias de las Asolutorias— y Otras resoluciones —donde se incluyen las de acumulación, a otros expedientes ya incoados, las de inhibición a otros Juzgados y las de rebeldía—.

Para una valoración adecuada de estos datos es necesario tener en cuenta las observaciones siguientes:

Primera.—La calificación de los expedientes y, en consecuencia, todo el acopio de datos que figura en los respectivos supuestos de peligrosidad, se realiza en el momento de su iniciación, partiendo de los hechos denunciados, antecedentes policiales o del informe médico. Por esta causa la calificación del expediente no coincide, a menudo, con el supuesto de peligrosidad que se declara probado en la sentencia.

Segunda.—Las conductas antisociales o asociales no aparecen siempre netamente diferenciadas o se manifiestan aisladamente: el estado de inadaptación social característico del sujeto peligroso se revela, con frecuencia, por más de un comportamiento socialmente reprobado, existiendo entre ellos una relación criminológica: así el toxicómano puede ser traficante de drogas, la proxeneta puede ejercer la prostitución, el rufián portar armas o ser un matón, los delincuentes habituales suelen integrarse en bandas, etc. Otras veces el tipo legal lleva implícito otro supuesto también tipificado de estado peligroso, como la banda para traficar estupefacientes, o explotar material pornográfico o la prostitución, o para robar automóviles, o como las pandillas de gamberros, etc. En todos estos supuestos se produce un concurso de tipos de peligrosidad (no previsto en la LPRS) que *prima facie* se califica por la conducta o tipo más diferenciado, sin perjuicio de que el juez aprecie dicho concurso en la sentencia y adopte las medidas de seguridad, acumulativamente, atendidos esos supuestos probados y la personalidad del declarado peligroso.

Tercera.—Los expedientes se incoan en virtud de atestados de la Policía o de denuncias de particulares, dando cuenta de unos hechos concretos atribuidos a un sujeto en los que se incluyen unos antecedentes policiales, informes de conducta o informes médicos, de los que se desprenden unos indicios de posible estado peligroso. Abierto el expediente se practican una serie de actuaciones encaminadas a comprobar tanto la veracidad de los hechos denunciados y la participación en ellos del expedientado, como la conducta anterior y coetánea a esos hechos del mismo, reclamando los antecedentes penales y de peligrosidad, informes de conducta, informes médicos, testimonio de personas relacionadas con el expedientado, informes laborales y demás actuaciones que se estimen necesarias para verificar la declaración del expedientado y acreditar que los hechos antisociales denunciados no son actos aislados sino manifestación de un hábito o conducta antisocial tipificada que permita al Ministerio Fiscal formular unas conclusiones provisionales que abren la fase declaratoria del proceso o solicitar el archivo del expediente cuando no resulte acreditada una conducta peligrosa típica o no aparezcan indicios de peligrosidad en el expediente. El archivo del expediente es siempre “provisional”, pudiendo reabrirse por el mismo Juez que lo incoó cuando nuevos hechos o pruebas así lo requieran o ser utilizado como antecedentes mediante su remisión al Juzgado que haya iniciado un nuevo expediente por hechos posteriores a los que motivaron el expediente anteriormente archivado. Todo ello para comprobar la evolución de la conducta del expedientado; esta naturaleza peculiar del procedimiento de peligrosidad resalta la transcendencia de la incoación de un expediente y explica el gran número de archivos provisionales que las estadísticas muestran.

Cuarta.—Los cuadros que se adjuntan se refieren solamente a los expedientes incoados; no se recogen las revisiones de las medidas de seguridad en los supuestos en que el declarado peligroso recaer en la misma o en distinta conducta peligrosa antes del cumplimiento de las medidas y consiguiente cancelación del expediente.

Quinta.—Intencionadamente hemos incluido entre los supuestos legales el “Artículo 290 del Código de la Circulación” que, en realidad, no constituye un tipo distinto sino que hace referencia a los expedientes que se incoan en virtud de los documentos que remiten las Jefaturas de Tráfico cuando al examinar los antecedentes penales o policiales de los solicitantes para la obtención del permiso de conducir observan datos indiciarios de una peligrosidad que pudiera ser favorecida por la obtención de ese permiso de conducir; entonces, en cumplimiento del precepto citado, participan al Juez de Peligrosidad Social esos antecedentes para la incoación, en su caso, del correspondiente expediente. La documentación aportada es, pues, un elemento de prueba de alguno de los supuestos legales de estado peligroso (generalmente habitualidad criminal, toxicomanía, peligro-

sidad para la conducción de vehículos a motor, o inclinación delictiva). El escaso número de sentencias condenatorias recaídas en los expedientes incoados en virtud de estas denuncias muestra el criterio restrictivo con que es valorada la incidencia de la obtención del permiso de conducir en la peligrosidad social del solicitante; porque, precisamente, la obtención del permiso constituye en la actualidad un medio para conseguir puestos de trabajo y de facilitar la reintegración laboral y social de delincuentes o antisociales; solamente en supuestos como embriaguez habitual, toxicomanía o habitualidad en la comisión de hechos delictivos relacionados con la conducción de vehículos a motor existen fundamentos fácticos que permiten hacer el pronóstico de riesgo como consecuencia de la conducción; y, en todo caso, la medida de prohibición de obtener el permiso de conducir sólo puede ser aplicada en los supuestos determinados en los números 7, 9, 10, 11, 12 y 15 del artículo 2.º y en el del artículo 4.º, y de ellos únicamente está establecida con carácter imperativo en los supuestos de los números 11 (relativos a la peligrosidad en la conducción de vehículos de motor) y 12 (relativos a la emigración e inmigración clandestina).

ANO 1974.—JUZGADO DE PELIGROSIDAD

SUPUESTOS DE PELIGROSIDAD	% EXPE- DIEN- TES	NUM. EXPE- DIEN- TES	SEXO		E D A D				
			V.	H.	16/18	19/21	22/25	26/35	+35
Vagos	1,14	12	12	—	—	—	2	6	4
Rufianes	2,20	23	23	—	—	—	10	4	9
Proxenetas	2,48	26	12	14	—	—	2	11	13
Homosexuales	6,12	64	63	1	13	13	9	13	16
Prostitución	8,89	93	—	93	10	23	24	24	12
Pornografía	0,38	4	4	—	—	—	—	2	2
Mendigos	0,57	6	5	1	—	—	—	—	6
Ebrios	1,81	19	19	—	—	—	—	2	2
Toxicómanos	18,27	191	156	35	54	63	42	32	—
Tráf. y consumo drogas.	5,74	60	57	3	8	19	20	13	—
Tráfico de drogas	2,10	22	19	3	1	3	6	5	7
Gamberros	5,16	54	54	—	12	15	15	12	—
Bandas	10,04	105	104	1	86	15	2	2	—
Intimidantes	1,14	12	12	—	3	7	2	—	—
Util. ilíc. vehíc. ajenos.	0,09	1	1	—	—	—	—	1	—
Rebeldía familiar	0,09	1	1	—	1	—	—	—	—
Inclinación delictiva	27,55	228	209	19	59	57	40	50	22
Enfermos mentales	2,10	22	20	2	—	1	3	5	13
Habitualidad criminal ...	5,83	61	58	3	—	2	10	24	25
Art. 290 del Cód. Circul.	3,92	41	41	—	—	10	5	19	7
<i>Totales</i>	—	1.045	870	175	247	228	192	228	150
TOTALES PORCENTAJES .	—	—	83,2	16,74	23,63	21,81	18,37	21,81	14,3

ANO 1975.—JUZGADOS DE PELIGROSIDAD Y REH

SUPUESTOS DE PELIGROSIDAD	% EXPE- DIEN- TES	NUM. EXPE- DIEN- TES	SEXO		E D A D				
			V.	H.	16/18	19/21	22/25	26/35	+35
Vagos	2,85	40	40	—	4	3	6	11	16
Rufianes	0,64	9	9	—	—	1	1	4	3
Proxenetas	2,50	35	20	15	—	1	3	8	23
Homosexuales	6,29	88	87	1	27	12	11	21	17
Prostitución	10,43	146	—	146	6	21	36	41	42
Pornografía	0,07	1	1	—	—	—	—	—	1
Mendigos	1,07	15	14	1	—	—	—	—	15
Ebrios	3,93	55	55	—	—	1	3	12	39
Toxicómanos	18,22	255	206	49	21	82	93	47	12
Tráf. y consumo drogas.	6,57	92	83	9	5	35	37	14	1
Tráfico de drogas	2,20	31	27	4	—	8	12	6	5
Gamberros	1,57	22	22	—	5	4	4	6	3
Bandas	6,36	89	83	6	40	18	11	12	8
Intimidantes	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Util. ilíc. vehíc. ajenos.	0,07	1	1	—	—	—	—	—	1
Rebeldía familiar	0,50	7	4	3	4	3	—	—	—
Inclinación delictiva	27,44	384	372	12	56	69	61	86	112
Enfermos mentales	1,78	25	21	4	—	—	5	16	4
Habitualidad criminal ...	6,64	93	93	—	4	16	14	23	36
Art. 290 del Cód. Circul.	0,78	11	11	—	1	4	4	2	—
<i>Totales</i>	—	1.399	1.149	250	173	278	301	309	338
TOTALES PORCENTAJES .	—	—	82,13	17,86	12,36	19,87	21,51	22,08	24,1

Y REHABILITACION SOCIAL DE MADRID

ESTADO			OCUPACION				RESOLUCIONES				EXTRAN- ROS	ANALFABE- TOS
S.	C.	V.	OBR.	EST.	PRO.	S. TR.	ARCH.	SENTENCIAS		OTRAS		
								CON.	ABS.			
6	5	1	—	—	—	12	7	3	2	—	—	—
13	10	—	10	—	3	10	10	12	1	—	4	—
9	11	6	9	—	2	15	6	20	—	—	1	—
57	7	—	32	3	16	13	34	23	—	7	1	—
80	13	—	70	—	3	20	39	47	7	—	2	—
2	2	—	1	—	2	1	—	4	—	—	—	—
4	2	—	—	—	—	6	1	3	—	2	—	—
2	2	—	1	—	2	1	6	13	—	—	—	—
140	51	—	13	126	21	31	87	92	3	9	—	—
43	17	—	20	14	23	3	24	32	—	4	—	—
14	8	—	8	7	3	4	4	15	—	3	13	—
39	15	—	38	5	2	9	27	23	1	3	1	—
102	3	—	75	6	—	24	29	68	1	7	—	—
10	2	—	8	—	—	4	5	7	—	—	—	—
1	—	—	—	—	1	—	1	—	—	—	—	—
1	—	—	1	—	—	—	—	—	—	1	—	—
167	60	1	118	13	8	39	80	121	3	24	—	—
11	10	1	14	—	1	7	4	16	2	—	—	—
32	29	—	45	—	1	15	13	40	—	8	—	—
23	18	—	23	6	9	3	34	5	—	2	—	—
763	272	10	567	180	95	213	411	544	20	70	52	—
73,01	26,02	0,97	54,25	17,22	9,09	19,42	39,33	52,05	1,91	6,69	4,97	—

ABILITACION SOCIAL NUMEROS 1 y 2 DE MADRID

ESTADO			OCUPACION				RESOLUCIONES				EXTRAN- ROS	ANALFABE- TOS
S.	C.	V.	OBR.	EST.	PRO.	S. TR.	ARCH.	SENTENCIAS		OTRAS		
								CON.	ABS.			
29	11	—	12	2	1	25	15	19	—	6	—	—
7	1	—	2	—	3	3	6	—	—	—	—	—
17	16	2	10	1	9	15	8	20	2	5	4	—
77	9	2	54	4	26	4	35	37	9	7	—	—
102	39	5	35	—	12	99	58	45	36	7	6	—
1	—	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—	—
12	3	—	2	—	—	13	7	8	—	—	—	—
21	34	—	34	1	5	15	11	36	3	5	—	—
216	39	—	38	112	94	11	68	153	8	26	13	—
81	11	—	11	53	20	8	26	60	—	6	13	—
23	8	—	8	11	10	2	4	21	2	4	8	—
16	6	—	16	3	1	2	15	3	1	4	—	—
79	10	—	74	3	9	3	22	58	2	7	2	—
—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
—	1	—	—	1	—	—	—	—	1	—	—	—
7	—	—	2	—	—	5	4	2	1	—	—	—
267	113	4	277	15	51	41	177	136	22	49	15	—
14	10	1	14	—	4	7	10	8	1	6	—	—
57	36	—	54	—	7	32	14	67	—	12	—	—
7	4	—	9	—	1	1	8	1	—	2	—	—
1.033	351	15	654	207	253	287	485	680	88	146	59	—
73,83	25,08	1,07	46,74	14,79	18,08	20,51	33,24	48,60	6,29	10,45	4,21	—

ANO 1975.—JUZGADO DE PELIGROSIDAD Y RE

SUPUESTOS DE PELIGROSIDAD	% EXPE-DIENTES	NUM. EXPE-DIENTES	SEXO		E D A D				
			V.	H.	16/18	19/21	22/25	26/35	+35
			Vagos	2,22	15	15	—	2	1
Rufianes	1,03	7	7	—	—	1	1	4	1
Proxenetras	1,92	13	6	7	—	—	—	5	8
Homosexuales	7,11	48	47	1	19	6	7	8	8
Prostitución	9,03	61	—	61	4	12	10	18	17
Pornografía	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Mendigos	1,49	10	10	—	—	—	—	—	10
Ebrios	3,25	22	22	—	—	1	3	2	16
Toxicómanos	15,11	102	84	18	9	34	36	21	2
Tráf. y consumo drogas.	9,77	66	59	7	5	28	26	7	—
Tráfico de drogas	1,03	7	6	1	—	1	6	—	—
Gamberros	2,96	20	20	—	4	4	4	6	2
Bandas	8,44	57	54	3	30	8	5	8	6
Intimidantes	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Util. ilícit. vehíc. ajenos.	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Rebeldía familiar	0,74	5	4	1	4	1	—	—	—
Inclinación delictiva	22,22	150	142	8	24	24	37	33	32
Enfermos mentales	0,88	6	5	1	—	—	1	1	4
Habitualidad criminal	11,11	75	75	—	3	7	7	23	35
Art. 290 del Cód. Circul.	1,62	11	11	—	1	4	4	2	—
<i>Totales</i>	—	675	567	108	105	132	147	144	147
TOTALES PORCENTAJES	—	—	84,00	16,00	15,55	19,55	21,77	21,33	21,7

ANO 1975.—JUZGADO DE PELIGROSIDAD Y RE

SUPUESTOS DE PELIGROSIDAD	% EXPE-DIENTES	NUM. EXPE-DIENTES	SEXO		E D A D				
			V.	H.	16/18	19/21	22/25	26/35	+35
			Vagos	3,45	25	25	—	2	2
Rufianes	0,27	2	2	—	—	—	—	—	2
Proxenetras	3,09	22	14	8	—	1	3	3	15
Momosexuales	5,52	40	40	—	8	6	4	13	9
Prostitución	11,74	85	—	85	2	9	26	23	25
Pornografía	0,13	1	1	—	—	—	—	—	1
Mendigos	0,69	5	4	1	—	—	—	—	5
Ebrios	4,55	33	33	—	—	—	—	10	23
Toxicómanos	21,13	153	122	31	12	48	57	26	10
Tráf. y consumo drogas.	3,59	26	24	2	—	7	11	7	1
Tráfico de drogas	3,31	24	21	3	—	7	6	6	5
Gamberros	0,27	2	2	—	1	—	—	—	1
Bandas	4,41	32	29	3	10	10	6	4	2
Intimidantes	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Util. ilícit. vehíc. ajenos.	0,13	1	1	—	—	—	—	—	1
Rebeldía familiar	0,27	2	—	2	—	2	—	—	—
Inclinación delictiva	32,32	234	230	4	32	45	24	53	80
Enfermos mentales	2,62	19	16	3	—	—	4	15	—
Habitualidad criminal	2,48	18	18	—	1	9	7	—	1
Art. 290 del Cód. Circul.	—	—	—	—	—	—	—	—	—
<i>Totales</i>	—	724	582	142	68	146	154	165	191
TOTALES PORCENTAJES	—	—	80,38	19,61	9,39	20,16	21,27	22,79	26,3

HABILITACION SOCIAL NUMERO 1 DE MADRID

ESTADO			OCUPACION				RESOLUCIONES				EXTRAN- ROS	ANALFABE- TOS
S.	C.	V.	OBR.	EST.	PRO.	S. TR.	ARCH.	SENTENCIAS		OTRAS		
								CON.	ABS.			
12	3	—	—	—	—	15	4	9	—	2	1	4
6	1	—	2	—	1	4	3	4	—	—	1	—
9	4	—	4	—	1	8	3	8	—	2	2	—
41	7	—	34	4	6	4	25	20	1	2	—	—
42	15	4	1	—	1	59	36	19	3	?	—	3
—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
8	2	—	—	—	—	10	4	6	—	—	—	3
12	10	—	15	—	2	5	4	15	—	3	—	2
92	10	—	18	52	27	5	43	42	—	17	13	—
62	4	—	7	40	11	8	24	36	—	6	8	1
6	1	—	2	3	2	—	2	3	—	2	2	—
15	5	—	15	2	1	2	14	2	—	4	2	—
50	7	—	49	—	7	1	16	36	—	5	—	—
—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
5	—	—	2	1	—	3	3	2	—	—	—	—
107	42	1	118	6	7	19	70	66	1	13	6	12
4	1	1	3	—	1	2	—	4	1	1	—	—
43	32	—	44	—	—	31	8	56	—	11	—	3
7	4	—	9	—	1	1	8	1	—	2	—	—
521	148	6	323	107	68	177	267	329	6	73	35	28
77,18	21,92	0,88	47,85	15,85	10,00	26,22	39,55	48,74	0,88	10,81	5,18	4,14

HABILITACION SOCIAL NUMERO 2 DE MADRID

ESTADO			OCUPACION				RESOLUCIONES				EXTRAN- ROS	ANALFABE- TOS
S.	C.	V.	OBR.	EST.	PRO.	S. TR.	ARCH.	SENTENCIAS		OTRAS		
								CON.	ABS.			
17	8	—	12	2	1	10	11	10	—	4	1	—
1	—	1	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—
8	12	2	6	1	8	7	5	12	2	3	2	—
36	2	2	20	—	20	—	10	17	8	5	—	—
60	24	1	34	—	11	40	22	26	33	4	6	—
1	—	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—	—
4	1	—	2	—	—	3	3	2	—	—	—	—
9	24	—	19	1	3	10	7	21	3	2	—	—
124	29	—	20	60	67	6	25	111	8	9	—	—
19	7	—	4	13	9	—	2	24	—	—	5	—
17	7	—	6	8	8	2	2	18	2	2	2	—
1	1	—	1	1	—	—	—	1	1	—	—	—
29	3	—	25	3	2	2	6	22	2	2	—	—
—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
—	1	—	—	1	—	—	—	—	1	—	—	—
2	—	—	—	—	—	2	1	—	1	—	—	—
60	71	3	159	9	44	22	107	70	21	36	9	—
10	9	—	11	—	3	5	10	4	—	5	—	—
14	4	—	10	—	7	1	6	11	—	1	—	—
—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
512	203	9	329	100	185	110	218	351	82	73	29	—
70,71	28,03	1,24	45,44	13,81	25,55	15,19	30,01	48,48	11,32	10,08	4	—

Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Profesor Ayudante de Derecho Penal (Sevilla)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. I.A. *Aportación documental*.—I.B. *El Informe objeto del presente estudio*.—I.B.a. Relación entre el Informe anónimo y el emitido por la Universidad de Sevilla.—I.B.b. Relación entre el Informe anónimo y el Código de 1822.—II. ANÁLISIS DEL INFORME.—II.A. *La teoría del delito*.—II.A.a. La definición de delito. Análisis de sus elementos.—II.A.a.1. Delito doloso.—II.A.a.2. Delito culposo.—II.A.b. Autoría y participación.—II.A.c. Los actos preparatorios punibles.—II.B. *La teoría de los fines de la pena*.

I. INTRODUCCION

El movimiento liberal que se impone en Europa con el desarrollo de las "Ideas ilustradas" implica fundamentalmente una nueva actitud del hombre en sociedad afectando, por ello, sensiblemente a la Economía, la Política y el Derecho (1), concretamente al Derecho penal (2). El nacimiento de la "Filosofía penal liberal", en pugna con el sistema del Antiguo Régimen (3), va a determinar un giro cop-

(1) VACHET, André, *La ideología liberal*, tomo I, Madrid 1973, págs. 21 ss., y tomo II, Madrid 1973, págs. 93 ss.

(2) ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, en REP 1964, pág. 415; SÁINZ CANTERO, J. A., *El Informe de la Universidad de Granada sobre el Proyecto que dio lugar al CP de 1822* en ANUARIO 1967, pág. 511; ALONSO Y ALONSO, J. M., *De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822*, en REP 1946, pág. 4; NÚÑEZ BARBERO, R., *La Reforma penal de 1870*, Salamanca 1969, pág. 10; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, Parte General I, Introducción, Madrid 1976, pág. 107; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Parte General, Madrid 1949, pág. 19 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, Madrid 1976, pág. 831 ss.

(3) Nacimiento que viene marcado por el libro de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, publicado por primera vez en 1764. Entre las más recientes ediciones en lengua castellana se encuentra la versión realizada en 1969, que lleva una introducción de F. TOMÁS Y VALIENTE, Madrid 1969. Sobre el Derecho penal del Antiguo Régimen, ver el libro de TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid 1969. De las influencias operadas sobre BECCARIA, especialmente de MONTESQUIEU, ver págs. 99 ss. De la escasa literatura sobre la historia de nuestro Derecho penal destacan los

nicano en el fundamento y función del Derecho a penar, caracterizándose, además, por una clara vocación legisladora que, poco a poco, va a imponerse. El triunfo de las "Ideas ilustradas" sobre las del Antiguo Régimen, va a presentar en nuestro país una trayectoria peculiar y dificultosa (4), con adelantos y retrocesos, determinados siempre por los vaivenes de la política. De ello dan cuenta los numerosos intentos codificadores de finales del siglo XVIII y principios del XIX (5), cristalizando de manera evidente en los precedentes y en el Proyecto del Código penal de 1822 (6).

Las "Ideas ilustradas" van a hacerse realidad en nuestro país con el restablecimiento, en 1820, de la Constitución liberal de 1812 (Trienio liberal), satisfaciendo deseos gestados desde mucho tiempo atrás. Ello explica la rapidez y el entusiasmo con que responden las Cortes legisladoras y la Sociedad española a la iniciativa codificadora. Del entusiasmo de nuestros legisladores da cuenta la inmediatez con que se cumplimenta el mandato de la Constitución relativo a los Códigos (7). Del entusiasmo de la Sociedad, la unanimidad con que responden las diversas instituciones (Universidades, Tribunales, Colegios de Abogados y Ateneos) convocadas a dar Informes y Pareceres

trabajos de ORLANDIS, J., *Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en AHDE 1945, págs. 112 ss.; del mismo, *Las consecuencias de delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en AHDE 1947, págs. 61 ss.; LÓPEZ-AMO MARÍN, A., *El Derecho penal español en la Baja Edad Media*, en AHDE 1956, págs. 337 ss.

(4) Sobre la transición del Estado Absoluto al Estado liberal, en el Despotismo Ilustrado, ver ELORZA, A., *La ideología liberal en la Ilustración española*, Madrid 1970, págs. 18-41.

(5) Véase DEL ROSAL, *Un supuesto Código penal del siglo XVII*, en RGLJ 1943, págs. 614 ss.; ANTÓN ONECA, *El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, en REP 1966, págs. 597 ss.; CASABÓ RUIZ, J. R., *Los orígenes de la Codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*, en ANUARIO 1969, págs. 313 ss.; CEREZO, *Curso I*, págs. 105 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, Madrid 1976, págs. 83-85; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, tomo I, Madrid 1975, págs. 147 ss.; DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español*, Parte General, vol. I, Madrid 1969, págs. 195-196; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Buenos Aires 1950, pág. 570; SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Derecho penal de v. LISZT*, tomo I, 3.ª edic., Madrid sin fecha, págs. 466-467; PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, tomo I, segunda edición, Madrid 1856, págs. XLIV ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Parte General, Madrid 1949, págs. 58-59.

(6) Sobre los precedentes inmediatos del Código de 1822: ALONSO Y ALONSO, *De la vigencia y aplicación...*, págs. 3 ss.; ANTÓN ONECA, *Historia del Código penal de 1822*, en ANUARIO 1965, págs. 264-267; SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 511; ANTÓN ONECA, *El Derecho penal de la Ilustración...*, págs. 600 ss.; SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España*, tomo II, Madrid 1918, págs. 243 ss.; CEREZO, *Curso I*, págs. 107 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte General*, págs. 86 ss.; CUELLO, tomo I, I, pág. 150; DEL ROSAL, *Tratado*, Parte General, vol. I, pág. 196; JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado I*, págs. 572-573; SALDAÑA, *Adiciones*, págs. 473-474; PACHECO, *El Código penal I*, págs. LIII ss.; ANTÓN ONECA, *Parte General*, 1949, pág. 60.

(7) ANTÓN ONECA, *Historia...*, pág. 267; SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 517.

sobre el Proyecto elaborado por la Comisión nombrada al efecto (8).

Entre las Instituciones convocadas por tal iniciativa no podía faltar la Universidad de Sevilla. Sobre las peripecias que sufrió la elaboración del Informe redactado y presentado por nuestra Universidad pasamos a ocuparnos en el epígrafe siguiente.

I.A. APORTACIÓN DOCUMENTAL

Para buscar el Dictamen elaborado por la Universidad de Sevilla acerca del Proyecto de Código penal de 1822, hemos acudido al Archivo Histórico Universitario. Allí hemos podido encontrar una serie de anotaciones que hacen referencia al que después pareció ser el Informe elaborado por la Universidad Hispalense, y al que se alude en varias ocasiones con motivo de la discusión parlamentaria sobre la redacción definitiva del Código:

1. Libro 947. Contiene actas de los Claustros Generales y Particulares celebrados por la Universidad durante los años 1801 a 1822.

En los folios 535 y 536 se encuentra la referencia al Claustro General de la Universidad de 30 de junio de 1821, celebrado al objeto de oír una Real Orden sobre el Código penal. En dicho Claustro se leyó la Real Orden, a la que acompañaba un ejemplar del Proyecto del Código penal, con el fin de que la Universidad se ocupara de su examen y pudiera proponer a las Cortes en su día las "observaciones que le sugiera su ilustración y celo por la perfección de una obra de tanto interés para la Nación...". Para ello la Real Orden fija un término extraordinariamente corto, el 15 de agosto. Si se relaciona dicha fecha con la de celebración del Claustro, 30 de junio, puede observarse que el plazo de dos meses y medio es excesivamente corto para una tarea de tan gran envergadura. Como veremos, la escasez de tiempo va a ser sentida por la Comisión nombrada en la Universidad. Además, ocasionó problemas en la Discusión de las Cortes, pues, muchos de los Informes no llegaron a realizarse, y otros no fueron presentados en el plazo fijado, por cuya razón no se les tuvo en cuenta (9).

En el mismo Claustro, se acordó nombrar una Comisión que realizase el examen y procediese a elaborar las Observaciones sobre el Proyecto de Código. La elección cayó sobre los doctores: don Francisco de PAULA CEREZO, don Diego José MÁRQUEZ, don Manuel de SILES, don Diego FERNÁNDEZ MUÑOZ, don Gabriel RODRÍGUEZ, don Diego de VERA SIMÓN, don Manuel del MÁRMOL y don Fernando

(8) ANTÓN ONECA, *Historia...*, pág. 268; SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 518.

(9) Téngase en cuenta que, por ejemplo, el de Granada se aprobó el día siguiente al cierre del plazo dado por las Cortes, SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 509. El de Sevilla, por su parte, no pudo llegar tampoco antes del 16 de agosto, como se deduce de la anotación recogida en los folios 539 y 541 del libro 947.

GONZÁLEZ BAÑOS ARENZANA, para que “en nombre y representación” del Claustro General, pudiesen elegir a quienes se encargasen de realizar las Observaciones al Proyecto, en cumplimiento de lo ordenado por las Cortes. Finalmente, se establece que, una vez concluidos los trabajos, se presentarían al Claustro General, para proceder a su aprobación.

2. Libro 947. El folio 537 lleva el encabezamiento siguiente: Junta de los señores Compromisarios nombrados por el Claustro próximo antecedente, al efecto que en el mismo se expresa.” La Junta a que dicha Acta hace referencia se reunió en la Universidad el 2 de julio de 1821, y en ella se procedió a nombrar a los cinco “Señores” que habían de hacer las Observaciones sobre el Proyecto de Código penal. Los elegidos fueron: don Manuel María del MÁRMOL, don Manuel ASMÉ, don Diego FERNÁNDEZ MUÑOZ, don Diego SUÁREZ DÍAZ y don Bartolomé GARCÍA ROMERO. Para el caso de que alguno de ellos se viese imposibilitado de asistir, se nombró a don Gabriel RODRÍGUEZ de VERA, como suplente. En dicha reunión, se acordó, asimismo, que las sesiones que al efecto se celebraran, fueran convocadas y presididas por el Rector.

3. Libro 947. Los folios 539 y 541 a 544, contienen el acta del “Claustro General de 16 de agosto de 1821, en el que se oyó una Real Orden, un Oficio de un Sr. Dr. y el Informe de la Universidad sobre el Código penal”. Recuérdese el término fijado por la Real Orden de 30 de junio de 1821, el 15 de agosto. En el folio 541, puede leerse cómo el Secretario dice que presentó al Claustro un Oficio firmado por los doctores que componían la Comisión nombrada para hacer las Observaciones sobre el Proyecto de Código penal, manifestando que no habían perdido tiempo alguno para terminarlo, pese a la urgencia con que habían sido convocados.

4. El Oficio a que hace referencia el acta del Claustro General de 16 de agosto se encuentra en el libro 1.020, que contiene la “Correspondencia General de 1670 a 1823”; pero, aunque afirma: “adjunto hallará V. S. I., el pliego de Observaciones sobre el Proyecto de Código penal presentado a las Cortes...”, dicho pliego no aparece. Más adelante se dice que fue enviado al Jefe Político.

5. Pero volvamos al Libro 947. Después de varias consideraciones sobre el antedicho Claustro General, recogidas en los folios 543 y 544, termina este último con el siguiente párrafo:

“Al propio tiempo se acordó uniformemente dar, y de hecho se dieron en el acto, a los señores que se hallaban presentes y habían formado la indicada Comisión, las gracias que se merecían por el ímprobo trabajo que en tan pocos días habían invertido por honor de esta Corporación en las Observaciones tan prolijas, como profundas y acertadas, que se acababan de leer sobre el citado proyecto del Código penal remitido a este fin a la Universidad. Y que éstas se tuviesen por su Informe en la materia, y remitiesen con Oficio al señor Jefe Político Superior para que por su mano se dirigiesen al

Gobierno; quedando copia a la letra de las mismas en esta Secretaría, donde solamente y para que no padeciesen extravío, se pudiesen poner de manifiesto a cualquier individuo del Claustro u otras personas que quisiesen tomar conocimiento de ellas.”

6. El libro 951 contiene actas de “Juntas de Gobierno 1818-1824”. Los folios 92 a 94 se refieren a la Junta de Gobierno de 27 de agosto de 1821. En el folio 94, puede leerse lo siguiente:

“Luego manifestó el propio señor MÁRMOL que era preciso agasajar a la persona que ha escrito el Informe sobre el Proyecto de Código penal, que se ha remitido por la Universidad al Gobierno y por el borrador y copia en limpio *que ha de parar* (10) el mismo en esta Secretaría como está acordado; y en su inteligencia resolvió uniformemente que, por mí, el Secretario, se entregase a dicha persona por sus trabajos la cantidad de 320 reales, dejando el competente recibo de ella, y que esto se verifique, luego que ponga la mencionada copia en Secretaría.”

7. Sin embargo, el Informe solicitado no aparece en ninguno de los libros y legajos donde verosíblemente habría de hallarse. Así tenemos que no se encuentra en el Libro 1.032, que es el “Copiador de Comunicaciones de 1818 a 1843”, en el que se conservan numerosos Informes, Oficios, Exposiciones y otros Documentos suscritos por la Universidad de Sevilla en ese período de tiempo. Dicho Libro lleva en su portada interna el título: “Libro en que se copian las Representaciones, Informes, Oficios, Cartas y Contestaciones que se practican por la Real Universidad Literaria de Sevilla, que dio principio en 11 de febrero de 1818.” Examinado minuciosamente, no aparece en él el Informe redactado por la Universidad sobre el Proyecto de Código penal.

Asimismo, tampoco aparece en el Libro 174, que contiene las “Ordenanzas literarias expedidas durante el tiempo del Gobierno Constitucional desde 1820 a 1823”. Ni en el Libro 1.020, que recoge la “Correspondencia General desde 1670 a 1823”. Finalmente, en el Libro 1.074 está el Oficio original que se cita en el Claustro de 30 de junio (11), Oficio a que acompañaba el Proyecto de Código, para que la Universidad informase. Pero no el Informe elaborado por ella.

8. De lo visto hasta aquí puede concluirse que el Informe elaborado por la Universidad de Sevilla sobre el Proyecto de Código penal, no se encuentra en el Archivo Universitario Hispalense. Y es de suponer que jamás estuvo. Después de leer las frases que figuran en el Acta del Claustro de 16 de agosto de 1821 (12), relacionadas con la copia del Informe (“quedando copia a la letra en esta

(10) El subrayado es nuestro.

(11) Ver *supra*, I.1,

(12) Ver *supra*, I.3.

Secretaría, donde solamente y para que no pudiese padecer extravío, se pudiesen poner de manifiesto a cualquier individuo del Claustro u otras personas que quisiesen tomar conocimiento de ella”), parece que la palabra *quedando* no quiere decir que ya estuviesen las copias, sino sólo que se acuerda enviar las Observaciones o Informe al Jefe Político, y que se dejaría una copia en Secretaría.

En cuanto a lo dicho en la Junta de Gobierno de 27 de agosto (Libro 951, folio 94 (13): “Que era preciso agasajar a la persona que ha escrito el Informe sobre el Proyecto de Código penal que se ha remitido por la Universidad al Gobierno y por el borrador y copia en limpio que ha de parar del mismo Informe en esta Secretaría como está acordado”, parece que la expresión *que ha de parar*, es de futuro, y que, por lo tanto, en el momento de escribir el Acta, aún no *paraba* (no se encontraba) en Secretaría. Pudiera ser que estuviere hecho, pero no entregada, puesto que se condiciona el pago de 320 reales y la firma del “competente recibo” al depósito de la mencionada copia en Secretaría. Dicha entrega parece que no llegó a realizarse, dada su ausencia del libro copiador de Informes, número 1.032 (14). El libro está foliado de principio a fin, y no le falta ninguna página.

La conclusión antecedente, hace que no podamos tener un conocimiento directo del Informe emitido por la Universidad de Sevilla, Informe que indudablemente existió. Yo me inclino a pensar que la ausencia del documento del Archivo Universitario obedece a alguna irregularidad administrativa, motivada seguramente por la premura de tiempo con que el Gobierno urgió a las Instituciones convocadas para emitir Objeciones sobre el Proyecto de Código que se trataba de elaborar. Lo que sí es cierto, es que dicho Informe fue tenido en cuenta en la Discusión parlamentaria, y que seguramente el mismo Jefe Político lo envió a las Cortes o al Gobierno, olvidando dejar copia en el Libro correspondiente del Archivo Universitario. Los testimonios de que el Informe obró en las Cortes son múltiples. Alusiones al mismo se hacen en diversos momentos de la Discusión parlamentaria. Tanto al principio cuando CALATRAVA hace una exposición del contenido de cada uno de los Informes enviados por las Instituciones que respondieron al llamamiento hecho por la Comisión (15), como posteriormente, dada la costumbre seguida por dicho comisionado de hacer referencia a cada uno de los informantes que se pronunciaron sobre el artículo cuya discusión se iniciaba (16).

(13) Ver *supra*, I.6.

(14) Ver *supra*, I.7.

(15) SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 510.

(16) “La Universidad de Sevilla dice que el Proyecto en su totalidad contiene mucha filosofía; que se ha procurado reunir en él las doctrinas escogidas de los criminalistas más célebres, y que se han tenido presentes los mejores modelos, sin seguir particularmente a ninguno; pero nota que no haya una introducción o plan razonado del Proyecto y quisiera que se hubiera seguido el de Benthan, que llama infalible, clasificando los delitos por una escala rigurosa; y no que se les ha dejado, dice, envueltos y como hacinados en algunos capítulos; que se han omitido algunas clases y no se denominan

I.B. EL INFORME OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

I.B.a. Relación entre el Informe anónimo y el emitido por la Universidad de Sevilla.

De la precaria comparación, dada la falta de más datos, entre las referencias hechas en las Cortes alusivas al Informe de la Universidad de Sevilla y el Informe anónimo que obra en nuestras manos, cabe deducir que no estamos ante el mismo dictamen. pues si es cierto que en algunos puntos sostienen las mismas opiniones, en otros las diferencias son importantes. Del Informe de la Universidad de Sevilla sólo resta decir, que, según parece, tenía grandes aciertos y siempre que se le cita se hace con gran respeto y consideración.

El Informe anónimo que poseo, cuyo hallazgo corresponde al Profesor NAVARRETE, que generosamente me lo ha cedido para su estudio, va firmado con las iniciales D. F. J. R. y bajo el título de "Reparos sobre los capítulos primeros y sobre el estilo del Proyecto de Código penal" está publicado en Sevilla por la "Imprenta Mayor de la Ciudad", con fecha de 1821.

Consta, pues, de dos partes. Una primera que analiza el contenido sustancial de los más importantes artículos de la Parte General del Proyecto de Código penal, llegando hasta el artículo 95; y una segunda en la que se critica el estilo de la obra. Sería interesante un estudio del estilo del Código penal de 1822, cuestión que tanto preocupó a sus autores, pero que no podemos realizar en este trabajo.

También sería de interés una indagación de tipo policial acerca del nombre o nombres a que corresponden las iniciales que firman los "Reparos", aunque con independencia del valor que tenga saber quién fuera el autor material de los mismos, lo entendemos como expresión de las concepciones penales de la Sociedad española de la época (17), en un momento tan trascendente como éste en que se inicia una reforma legislativa de gran envergadura. Si bien es cierto que el conocimiento que el autor manifiesta de las corrientes más modernas procedentes del extranjero, representa el pensamiento de una clase elitista, culta, de formación ilustrada (18); haciendo suponer que se trata de un profesional del Derecho.

otras con más propiedad; y que entre las máximas de Filangeri y Bexon se han salpicado locuciones como las de Matheu y Antonio Gómez. Propone que se separen los delitos semipúblicos y contra sí mismo de los privados y de los públicos; y nota que entre los privados no se hace memoria de los delitos contra la condición. Cree que el que atente contra la existencia, debe sufrir precisamente una pena corporal; el que ataca el honor una pena de opinión; y el que ataca la propiedad una pena pecuniaria; añadiendo que se notan frecuentes descuidos en cuanto a la claridad y concisión y varios defectos de estilo; que no se hace la debida distinción entre los funcionarios públicos que ganan sueldo y los que no lo tienen y que faltan penas sobre armas prohibidas" (Diario de Sesiones de las Cortes, año 1821-1822, tomo II, pág. 922).

(17) SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 510.

(18) Sobre esta cuestión sociológica, SALILLAS, *Evolución Penitenciaria*, II, págs. 278 ss.

En cuanto a la posibilidad de que las Cortes hubiesen tenido conocimiento de nuestro Informe anónimo, sólo se puede decir, que en un momento de la Discusión parlamentaria se hace referencia a la opinión recogida en un libelo de circulación extraoficial. La opinión a que se alude coincide con la mantenida en ese punto por el Informe anónimo. Lo que importa es que en esa ocasión se trataba de una cuestión de escaso relieve, de un defecto de estilo, siendo así que hay extremos en que aquél hace consideraciones de gran valor, sobre asuntos que fueron muy debatidos, y, sin embargo, no se alude al mismo. Ello obliga a pensar que no obró en las Cortes, o que cuando algún Diputado sostuvo alguna opinión de importancia extraída del mismo, omitió toda referencia a aquél, manifestándola como propia (19).

I.B.b. *Relación entre el Informe anónimo y el Código de 1822*

Hemos procurado hacer el estudio de los problemas analizados por el Informe anónimo en íntima conexión con las vicisitudes del Debate en las Cortes. De esta manera pueden constatarse los paralelismos y las divergencias entre los planteamientos del legislador y la opinión del Informe. El sistema seguido es el de exponer y analizar las opiniones contrapuestas sobre cada uno de los artículos del Proyecto, estando representados ambos extremos de la Discusión por los miembros de la Comisión y los Diputados impugnadores, respectivamente. A continuación se expone la opinión del Informe. Ello permite ver por un lado las razones que llevaron a la redacción del Proyecto (opinión de la Comisión) y explicar las reformas introducidas (opinión de los impugnadores) en la redacción definitiva del Código; y por otro lado, la ecuanimidad de criterio del Informe anónimo. Criterio que pese a estar influido y seguir en muchas ocasiones las doctrinas extranjeras, fundamentalmente las de BECCARIA, BENTHAM y del Código penal francés, revela una gran dosis de personalidad, siendo guiado en uno y otro caso por los dictados del sentido común.

Se ha especulado mucho sobre las influencias que en el Código penal de 1822 tuvieron tanto las Ideas ilustradas foráneas, como las

(19) "En cuanto al primer reparo del Sr. Zapata, la comisión, que no se ha propuesto disputar sobre palabras, convendría desde luego en variar las que quiere S. S. sí, conociendo el motivo de la objeción, no creyese que debía darse por entendida sobre él. Esta idea no es del Sr. Zapata, sino que debe haberle hecho impresión lo que acerca de esto se dice en cierto papel, cuyo autor, conocido de S. S., censura el uso de algunas palabras de que se trata, empeñándose, no sé por qué, en hacer una alusión que no debe expresarse en este lugar. La comisión se considera dispensada de contestar a semejantes argumentos; pero no puede menos de decir, para satisfacer al Sr. Zapata, que cualquiera que sea la acepción que por un capricho quiera dar ese escritor a las palabras, las que se usan en el artículo son muy castellanas y muy propias, y no hay motivo para que hagamos caso de lo que no lo merece" (CALATRAVA, DSC, II, pág. 1466).

legislaciones que le precedieron, sobre todo el Código penal francés (20); pero a mi manera de ver, y creo que está justificada, tras la lectura de las Discusiones parlamentarias y del Informe que obra en nuestras manos, hay que concluir que la característica fundamental en la gestación del Código de 1822 es el buen sentido de sus autores, que les lleva a aceptar las ideas foráneas cuando se estiman adecuadas a los problemas planteados, y a rechazarlas en caso contrario. Por eso se puede hablar de *influencias*, pero sin llegar a afirmar que éstas hayan sido *determinantes* de nuestro proceso legislativo (21).

En el Código de 1822 inciden dos tendencias, representadas respectivamente por las Ideas penales de nuestro Derecho histórico (Partidas, Novísima Recopilación) y por la Filosofía de la época (Ilustración) (22). Esta pugna puede apreciarse en los mismos comisionados, pues como el propio CALATRAVA confiesa, pese a que tanto él como los restantes miembros de la Comisión son partidarios de las nuevas Ideas, sin embargo, manifiesta que su posición en la redacción del Proyecto les obligaba a mantener una actitud de equilibrio entre dichas Ideas y las concepciones tradicionalistas que la Sociedad española seguía manteniendo (23). Si en general podemos decir, que las nuevas Ideas introducen un sentido humanitario en el tratamiento del delincuente, frente a la dureza característica del sistema penal del Antiguo Régimen (24), los autores del Proyecto se van a ver obligados, a veces, a defender la causa de la severidad en la incriminación de los delitos (25). El conflicto entre las dos tendencias a que se ha aludido cristaliza en torno al principio de la prevención general. Aquí puede verse cómo la Comisión, en su afán de evitar el delito, va extender la responsabilidad a supuestos, cuya gravedad no se corresponde con la dureza de las penas que se le imponen, infringiendo claramente las exigencias del principio de proporciona-

(20) ANTÓN ONECA, *Historia...*, págs. 270-271.

(21) "Exageraba Salillas, no obstante su benevolencia para los redactores, al decir que aquellas obras legales eran la única base de su conocimiento. Más bien se advierte el esfuerzo por combinarlas con el espíritu del siglo, tantas veces invocado por los diputados." ANTÓN ONECA, *Historia...*, pág. 270. En el mismo sentido, SÁINZ CANTERO: "Es obligado sacar en conclusión, por tanto, que las ideas reformistas, revolucionarias y utilitarias, se habían abierto paso ya cuando se discute nuestro primer Código penal, que en ese año, y algún tiempo atrás, la mentalidad española sobre determinados temas penales era distinta a la imperante en los comienzos del siglo." SÁINZ CANTERO, *El Informe de la Universidad de Granada...*, pág. 517.

(22) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Buenos Aires 1950, págs. 572-573.

(23) Esta indecisión es nota común a nuestros legisladores de esta época. Lo mismo, el no decidirse terminantemente por las nuevas Ideas, ocurre con LARDIZÁBAL (ARTOLA, *La Ideología Liberal...*, págs. 93 ss.).

(24) La contraposición entre las injusticias y los abusos del Antiguo Régimen en materia penal y las ideas que BECCARIA quiere imponer, se encuentra recogida en la Introducción de TOMÁS Y VALIENTE al libro de aquél. *De los delitos...*, págs. 23-28.

(25) DSC, II, pág. 1414-1415.

lidad entre delito y pena. De esta cuestión hablaremos más detenidamente en el apartado II.B.

II. ANALISIS DEL INFORME

II.A. LA TEORÍA DEL DELITO

II.A.a. *La definición de delito. Análisis de sus elementos*

El Debate en el seno de las Cortes sobre la redacción definitiva del artículo primero va a girar en torno a la elección de una de las definiciones de delito: la proporcionada por la Tradición de nuestras Partidas o la recogida en el reciente Código penal francés. No obstante, conviene advertir desde el principio que cuando ambos cuerpos legales determinan que una acción es merecedora de un castigo, piensan en una acción que ha de reunir determinadas características, entre las que destaca la de "voluntariedad", como muestra de superación de una primera fase de responsabilidad objetiva o por el resultado, y en la que se confunden responsabilidad penal y civil (26).

La disparidad de criterio en las Cortes va a referirse, en primer lugar, a la oportunidad de que el Código contenga una definición abstracta (*metafísica*) de delito, según el principio de Legislación de que la misión de la Ley no es definir conductas, sino regularlas. En este punto no vamos a detenernos, sólo vamos a transcribir la opinión del Informe anónimo, que sigue el sistema francés, cuyo Código no contiene una definición de delito.

"Este método de dar principio por definiciones generales, que aun en las ciencias está ya desacreditado, es muy ajeno de un Código legal, lo primero: por que nada debe contenerse en él, que no sea la expresión de la voluntad, y que no penda por lo tanto de la voluntad del legislador. Cuando éste manda, nadie puede oponérsele, por más que pueda examinar el fundamento de sus mandatos; pero cuando se pone a discutir, y convierte en un aula de enseñanza el sagrario inaccesible de la ley, pierde su poder e inviolabilidad, y cualquiera puede disputar con él y contrariar sus decisiones. Quien mostrare que las palabras *delito* y *culpa* están explicadas en un sentido erróneo, atendido el uso general de ellas, destruiría los dos artículos primeros, sin que pudiera con toda su autoridad sostenerlas el legislador. Lo segundo: por que esas definiciones, formadas de ideas abstractas o generales, saben a escuela, frecuentísima causa de errores en su aplicación individual, y

(26) En la Monarquía Absoluta está ya prácticamente superada la confusión entre responsabilidad penal y civil: "Los casos de responsabilidad por el resultado o por otros actos no humanos y los de responsabilidad colectiva son poco frecuentes." TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, pág. 295.

nada enseñan en la práctica... Pero más inútiles serán en un Código, que no sólo debe ser leído y entendido por los jueces, sino por todo el pueblo, que necesita de explicaciones más fáciles y perceptibles.”

II.A.a.1. Delito doloso

Mayor importancia tiene la discusión en torno a las características que, según la definición propuesta por la Comisión, han de acompañar a la acción para que sea delictiva. Por lo que se refiere al carácter de *voluntariedad*, y como decíamos al principio del comentario, nadie va a oponerse a su inclusión. Cuestión distinta es la del alcance de su significado. La misma aceptación va a tener la nota: *con violación de la ley*. Los puntos más polémicos, en cambio, van a ser los dos restantes: *a sabiendas* y *con mala intención* (27).

CALATRAVA, al introducir a la Asamblea en la discusión del tema, hace una síntesis sobre la necesidad de las cuatro características que han de acompañar a la acción delictiva. Para la Comisión, es necesario distinguir entre *voluntariedad* y *a sabiendas*, ya que una acción puede ser voluntaria y, sin embargo, no ser merecedora de un castigo. La Comisión posee un concepto amplio de la voluntariedad a la que identifica con el actuar “libre y espontáneamente”, incluyendo el “obrar por error de entendimiento, por descuido o imprudencia... lo cual, no es incompatible con lo voluntario y libre de la acción”, “en un niño que tiene ya algún uso de razón hay actos voluntarios”. Sin embargo, para que haya algún responsable, es necesario, no sólo que obre con *voluntariedad*, sino que, además, aquélla ha de ir acompañada de otras características, cuales son las de *mala intención* y *a sabiendas*.

El *a sabiendas* es un añadido a la *voluntariedad* que implica el saber referido al hecho concreto que se realiza (28). “Porque puede cometerla una persona que, aunque obre voluntariamente, no sepa en el acto lo que se hace, o no conoce el fin o las circunstancias de la acción” (conocimiento necesario al dolo). Se trata de un querer realizar el acto más específico que la simple *voluntariedad* del requisito primero.

Finalmente, *con mala intención*, en el sentido de violación de la

(27) “Voluntario y con violación de ley. En esto nunca ha habido duda ni disputa. Esta debe recaer sobre las palabras *a sabiendas* y *con mala intención*”, Sr. TRAYER, DSC, II, pág. 965.

(28) “Cuatro circunstancias principales son las que cree la Comisión que constituyen delito... Tercera: a la acción u omisión voluntaria y contraria a la ley debe acompañar otra circunstancia, que en concepto de la Comisión no es menos esencial para construir el delito, a saber: que la acción u omisión sea sometida con conocimiento o a sabiendas ... de que se comete u omite aquel acto, esto es, que aquel acto contrario a la ley sea cometido u omitido por quien sepa lo que se hace, por quien obra con conocimiento de que obra” (CALATRAVA, DSC, II, pág. 963).

ley o perjuicio de terceros (conocimiento de la antijuricidad (29). La diferencia con las otras dos características está, según CALATRAVA, en que mientras el *a sabiendas* parece estar referido a la pura materialidad del acto (conocimiento de las circunstancias específicas del acto) la *mala intención* parece trascender dicho límite y abarcar el fin (violar la ley) o las consecuencias (hacer daño a alguien). En mi opinión, el conocimiento implícito en la *mala intención* se identifica con el conocimiento inherente al juicio de antijuricidad, siendo fórmulas rudimentarias de lo que después se daría en llamar “valoración paralela en la esfera de lo profano”, con lo que se expresa el conocimiento del Derecho exigible al infractor de la norma penal (30).

Para los autores del Proyecto de la inclusión del término *a sabiendas* cumple una finalidad muy específica, precisar el elemento *voluntario*; pues, siendo éste tan amplio como para abarcar en su seno la acción de un inimputable, excluyendo, solamente, los supuestos en que ni siquiera puede hablarse de acción, la inclusión de tal característica es la de permitir excluir las conductas delictivas de los inimputables (31).

(29) “La cuarta y última circunstancia, y a caso la más esencial de todas, es que se obre con mala intención. Llámese a esto voluntad de violar la ley, llámese dolo, fraude, voluntad de hacer daño...” (CALATRAVA, DSC, II, página 963). La definición de delito doloso en el Proyecto era la siguiente: “Es delito todo acto cometido u omitido voluntariamente y a sabiendas, con mala intención y con violación de la ley.”

(30) CASABÓ es de nuestra misma opinión: “Para algunos autores malicia es equivalente a dañosa intención considerada desde el punto de vista ético; malicia es dolo malo. / Si bien nos inclinamos a admitir que cabe encontrar datos en apoyo de tal interpretación, bien desde el punto de vista histórico o, incluso aún, en las discusiones del Código, creemos, sin embargo, que el elemento valorativo viene referido al conocimiento de la antijuricidad” (CASABÓ RUIZ, *El Código penal de 1822*, Tesis doctoral mecanografiada, sin fecha, pág. 280). No estoy de acuerdo con CEREZO en afirmar que en el Código de 1822, en el término *mala intención*, no se albergaba la conciencia de antijuricidad: “El Código utiliza para designar el dolo el término malicia como sinónimo de mala intención, en lo que se advierte la influencia del concepto romano del dolo (“*dolus malus*”), que había hallado eco en las Partidas. El concepto de dolo en el Derecho romano comprendía la conciencia de la antijuricidad y, según BINDIG, la presencia de móviles viles. Esta concepción ética del dolo se encuentra ya, sin duda, en el Derecho canónico y en los prácticos del siglo XVI al XVIII. Al declararse en el artículo 10 del Código penal de 1822 la irrelevancia del error de Derecho, la malicia, la mala intención no comprendía la conciencia de la antijuricidad de la conducta, sino que implicaba únicamente la presencia de móviles viles” (CEREZO, *Curso I*, páginas 109-110). Quizá tenga razón CEREZO en su caracterización del dolo malo, pero en el sentido causalista de la inclusión del dolo en la culpabilidad, y sin que, por supuesto, tenga que ver con la inexistencia del requisito de conocimiento de la antijuricidad, exigencia no desconocida por los autores del Proyecto. Más acorde con esta interpretación histórica es el criterio de CÓRDOBA: “Distinta a la ‘intención’ y ‘propósito’ es la ‘malicia’. La misma está integrada no sólo por la voluntad dirigida al hecho típico, sino, además, por la representación de la antijuricidad del mismo. Tan sólo cuando el sujeto haya querido realizar el tipo objetivo a sabiendas de su contrariedad a Derecho, cabrá hablar de ‘malicia’” (CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, tomo I, Barcelona 1972, pág. 18).

(31) DSC, II, pág. 969.

Como decíamos antes, la polémica va a surgir sobre los términos *a sabiendas* y *con mala intención*, si bien es cierto, que en muchas ocasiones las diferencias de criterio no van a ser sino aparentes, debido a la falta de acuerdo sobre el significado atribuido a los términos, llamando a lo mismo de distinta manera. La impugnación más fuerte que se hizo al término *a sabiendas* estribaba en que el mismo parece referido al conocimiento de que se viola la Ley, pugnando con el artículo 10 del Proyecto, según el cual, la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento. Y por lo que se refiere al *con mala intención*, en que parece amparar, excluir, aquellas conductas en que se obra guiado por móviles de naturaleza política o religiosa (delinquentes por convicción).

Así tenemos que CORTÉS rechaza el término *con mala intención*, pues éste está incluido en la *voluntariedad*, ya que la voluntad ha de ser *mala* en el sentido de dirigida a un fin ilícito, pues es una potencia activa que siempre pretende alcanzar algo, en este caso la realización del delito. La *mala intención*, pues, aparece absorbida en la *voluntariedad*. Por lo que se refiere al término *a sabiendas*, niega su inclusión, ya que lo entiende referido al conocimiento específico de la ley que se viola, lo que choca con el artículo 10 del mismo Proyecto, según el cual, la ignorancia de la Ley no exime de la pena. Como puede observarse, este Diputado sostiene un entendimiento de los términos distinto al de la Comisión. Su oposición, sin embargo, determinó la supresión del término *a sabiendas* de la definición propuesta.

En la misma línea se encuentra CALDERÓN, para quien la voluntad es una potencia guiada por el entendimiento; y para que esa voluntad sea malintencionada es necesario saber que se va a hacer daño. Al no saber el menor que va a causar un daño con su comportamiento, por falta de entendimiento, aquél no puede ser responsable, pues la responsabilidad requiere una voluntad *racional* de la que carece. Por la misma razón el error *de opinión* ha de determinar la imposición de una pena menos grave (32). Al igual que ocurría con la opinión de CORTÉS, el Diputado CALDERÓN sostiene un concepto de *voluntariedad* distinto, más específico, que el de la Comisión, abarcando en su seno características que, por la simpleza de la utilizada por aquélla, necesitaba de otros términos que la precisaran. En el mismo sentido se expresa ROMERO ALPUENTE, que interviene después de que la Comisión haya suprimido el *a sabiendas*, para decir que la definición sigue siendo incorrecta, pues, al entender que no

(32) "Aún yo veo más, y es que ninguna de las dos es necesaria: para que la definición sea más exacta con menos palabras, bastaría poner *acción u omisión voluntaria de una cosa prohibida o mandada por la ley penal*, porque la voluntad no se decide sin que obre en ella el entendimiento... Puede haber, y efectivamente hay, acciones voluntarias que dimanen del error de opinión...; verdad es que a proporción de que el error sea mayor o menor, y más o menos vencible, deberá imponerse mayor o menor pena...", DSC, II, pág. 971.

puede haber voluntariedad sin conocimiento la *mala intención* sobra (33).

CALATRAVA, como portavoz de la Comisión responde a las opiniones que anteceden en el mismo sentido que ya lo hizo otras veces, es decir, desistiendo de toda referencia al término *a sabiendas* que ya ha sido suprimido de la definición, volviendo a afirmar que una acción *voluntaria* no tiene por qué ser *maliciosa*, y añade que ese es el único criterio para distinguir el delito de la culpa (34).

Resta, finalmente, un grupo de opiniones que van a plantear la no apreciación de la *intencionalidad*. Se trata del problema de la culpabilidad, o sea, la idoneidad del sujeto sobre quien ha de recaer el juicio de reproche propio de aquélla. En las Cortes sostuvo este criterio el Diputado TRAVER. Para él, la intención de los hombres sólo cabe apreciarla en los actos exteriores, pues considera un grave atentado contra la libertad indagar las intenciones. Basa su impugnación en dos problemas que la apreciación de la intencionalidad conlleva: la posibilidad de burlar la Ley en aquellos delitos especialmente graves en que se podría invocar la ausencia de intención si el delincuente actúa pensando que hace un bien a la sociedad (se refiere al delincuente político y al fanático de la Religión); y la dificultad, en virtud de la presunción legal de la intencionalidad, de la prueba de su ausencia por parte del reo (35).

En la misma línea se manifiesta el autor del Informe que analizamos. Para él las acciones punibles suponen “siempre el conocimiento de la ley y la voluntad libre de quebrarla”. “La intención de quien la comete es buscar siempre un placer”. “No hay nadie que quebrante la ley por el simple hecho de quebrantarla y, aunque ello fuese así, los hombres no pueden apreciar ese tipo de perversiones. No es eso lo que motiva el castigo, sino las obras, pues, en éstas hay, generalmente, sobrados estímulos de conocida utilidad para motivarlas, sin apelar a esos misterios de perversión”. El autor se pregunta por la relevancia jurídica de esas intenciones, y la niega, ya que afectan

(33) “La definición con la adición viene a quedar como estaba antes, pues aun cuando se quita el *a sabiendas*, quedan el *voluntariamente* y con *mala intención* y subsiste el vicio radical, que está en unir el *voluntariamente* con la *mala intención*: porque el voluntariamente significa cuanto se necesita, pues no puede haber voluntad sin conocimiento, que es lo que se llama intención”, DSC, II, pág. 994.

(34) “Creo que no habrá uno que no lo conozca así, porque no basta la infracción sola de la ley: es menester que la acción sea además cometida voluntaria y maliciosamente, pues lo malicioso no entra siempre en lo voluntario. De otro modo, no podremos distinguir la culpa del delito, el error del fraude, la inadvertencia del dolo”. DSC, II, pág. 995.

(35) “La intención de los hombres no se juzga más que por los actos exteriores, que son sólo los que se sujetan al juicio del magistrado, y de lo que aquí se trata...; ¿la intención cómo y por dónde se probaría? Porque este es un acto puramente de entendimiento interno, que no se puede descubrir, porque no está sujeto a la investigación de los testigos, ni puede sujetarse a prueba porque esta prueba es intelectual, y no puede sujetarse al juicio material de prueba de testigos que no saben lo que en mi interior pasaba”, DSC, II, págs. 965-966.

al hombre en su interior, pues, "la legislación va dirigida a moderar las obras, se limita al exterior del hombre". Sin embargo, ¿quiere ello decir que no excluyen de responsabilidad al inimputable? Nada de eso. Veamos cómo argumenta. Como él mismo había dicho, no hay otra medida de las transgresiones que el daño a la sociedad". Ahora bien, ¿cómo se produce ese *daño*? Nos responde con un ejemplo: "Uno en estado de demencia ejecuta un asesinato otro en su juicio cabal causa alguna herida o lesión. ¿Quién de ellos, se dirá, debe ser calificado y penado más gravemente? ¿A cuenta de qué es mayor el mal producido por el primero, descargará todo el rigor de la ley sobre quien no supo lo que hizo? Nada menos; no es cierto que sea mayor el daño causado a *la sociedad* por el demente, es más grave, sin duda, el efecto inmediato de su acción sobre el individuo; pero es infinitamente menor que en el segundo caso, es ninguno o casi ninguno el mal que de aquella acción se deriva a la comunidad... De la impunidad del segundo resultaría un peligro común a todos; porque, quitado el freno de la ley todos quedan abandonados a la fuerza, y pueden ser libremente apaleados o acuchillados; resultará además, un sobresalto general, porque todos temerán igual maltratamiento... Ninguna de estas consecuencias se sigue de la impunidad del demente. Con el ejemplo de ella ninguno se moverá a imitarle; ni los cuerdos, porque no la gozarían; ni los locos, porque, siendo incapaces de hacer comparaciones exactas, no se deciden a obrar por ejemplos (36).

Por lo que se refiere a la objeción del delincuente *por convicción*, CALATRAVA, en nombre de la Comisión, va a hacer hincapié en señalar cómo su *buena intención* no está pugnada con la *intención* exigida en la comisión del delito. El delincuente *político* obra con la intención requerida, pues es sabedor de que su conducta quebranta

(36) Es muy interesante de señalar cómo el autor del Informe anónimo se plantea en este caso el problema de la culpabilidad, basándose en principios de Política criminal, al igual que ocurre en la más reciente doctrina, representada por ROXIN: "Con respecto a la imputabilidad y al error de prohibición invencible ya ha expuesto GIMBERNAT en este tomo que la exclusión de la responsabilidad se puede explicar exactamente igual por la falta de necesidad de *prevención jurídico penal* que desde el punto de vista de falta de culpabilidad. La no motivabilidad por la norma y la exclusión de necesidades de prevención general hacen que resulte adecuada la renuncia a sanciones jurídico penales con total independencia de si se atribuye o no al hombre por principio la capacidad de actuar de otro modo. A este respecto, el hecho socio-psicológico de la experiencia humana de la culpabilidad penetra directamente dentro de los componentes preventivo-generales de la responsabilidad. Si los hombres dicen del sujeto inimputable *El no puede hacer nada al respecto*, por eso mismo desaparece ya todo efecto ejemplar potencial del hecho. La imposibilidad de una individualización extrema y el hecho de que sea inevitable una cierta generalización normativa y orientada por las exigencias del orden jurídico hacen que incluso resulte más adecuado un modelo de explicación de tipo preventivo. En este sentido la polémica en torno al libre albedrío es en cualquier caso irrelevante." ROXIN, *Culpabilidad y responsabilidad*, como categorías sistemáticas jurídico-penales, en *Problemas básicos del Derecho penal* (Traducción de LUZÓN PEÑA, D.), Madrid 1976, pág. 214.

la Ley. El fin implícito en sus actos es violar la Ley. Por eso se le castiga. El *motivo* sí puede ser bienintencionado, en cuyo caso se podrá echar mano de una circunstancia atenuatoria de la penalidad.

Ciertamente que en esta fase de la evolución de nuestro Derecho penal no estaban decantadas aún categorías tan fundamentales de nuestra disciplina como las de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Pero lo que es indudable, y cabe deducir de la exposición realizada, es que los planteamientos de quienes tomaron parte en la elaboración de la que después sería definición de delito del primer Código penal español, eran bastantes acertados, afectando a puntos fundamentales de la teoría del delito, como lo muestra la naturaleza de los problemas que defensores e impugnadores plantearon (37).

II.A.a.2. Delito culposo

El sistema instaurado en el Código del 22, a diferencia del francés, se va a caracterizar por una clasificación bimembre de las infracciones criminales. La diferencia, además, no se va a hacer depender de la gravedad de la pena (consecuencia jurídica), sino del grado de intención con que se realice la conducta delictiva (premisa). Un mismo comportamiento exterior puede ser un delito o una imprudencia, dependiendo de que concurren o no todos los requisitos exigidos por la definición de delito. Sistema erróneo, ya que la caracterización de la culpa va a depender de la del delito, perdiendo su fisonomía propia, olvidando que al delito culposo no se le puede conocer señalando sólo las características diferenciales respecto del delito doloso, sino que requiere un análisis de su propia estructura.

A la hora de determinar el concepto de culpa, la Ley exige que al autor de la misma le falte la *mala intención*, que la Comisión identifica con el *dolo*; conducta que, por otra parte, ha de estar castigada por la Ley penal. Es un error de la Comisión identificar *mala intención* y *dolo* (38). Al discutir la definición de delito, la *oposición* se:

(37) Es de lamentar que no se haya procedido a un análisis del contenido del Código de 1822, pese al interés que ofrece el hecho de que se conserven todos los materiales de la discusión parlamentaria. CASABÓ es, en este sentido, la única excepción. Nuestro trabajo pretende ser una modesta aportación a ello. Al final de la discusión, la definición de delito doloso quedó así: "Comete delito doloso el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omitió lo que la ley prohíbe o anda bajo alguna pena" (art. 1.º CP).

(38) La ausencia del requisito *a sabiendas* en la definición del delito "doloso" llevó quizá a descargar la función de concreción del dolo en la *malicia*, modificando el significado original de este término, que era el de aludir al conocimiento de la antijuricidad, o contrariedad a Derecho. De ahí pasó al Código penal de 1848, explicando la interpretación posterior por la doctrina del término *malicia*. CEREZO, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, en REP 1964, págs. 451 ss. La definición de la Imprudencia en el Proyecto era: "Es culpa todo acto que con violación de la ley, aunque sin mala intención, se comete u omite por alguna causa que el autor puede y debe evitar, o con conocimiento de exponerse a violar la ley" (art. 2.º del Proyecto).

percató de ello, provocando una interpretación distinta y mucho más idónea, pues identificaba *mala intención* y conocimiento de la anti-juricidad, percepción que no ocurrió en la *culpa* ya que los Diputados no opusieron resistencia a la proposición de la Comisión, admitiendo un concepto de culpa bastante imperfecto.

La ausencia de toda referencia a los elementos *a sabiendas* y *voluntariamente*, hay que interpretarla en relación con la caracterización de la culpa de la siguiente manera: “*por alguna causa que puede y debe evitar*. En estas últimas palabras hay que notar una alusión rudimentaria a la *infracción de la norma de cuidado*, elemento fundamental actualmente en la atribución de un resultado producido *imprudentemente* por su autor. Lamentablemente, no se cuestionó este punto que tan interesante pudo ser, para ver como se confrontaron los redactores de nuestro primer Código con elemento tan esencial de la dogmática de la imprudencia.

Por lo que se refiere al *voluntariamente*, se sobreentiende que la acción culpable ha de ser *voluntaria*, es decir, no compeliada externamente. Libre, en una palabra. También tiene “fácil explicación la omisión de la característica *a sabiendas* de la definición de delito, ya que implicando la misma un conocer más preciso de las circunstancias que acompañan a la acción productora del resultado (conocimiento necesario al dolo), y peculiar a la definición del delito doloso, ha de faltar en la culpa, caracterizada en este sentido por la producción de un resultado sin la intención de ocasionarlo, es decir, desconociendo que la acción era idónea para la producción del mismo.

En las Cortes, VADILLO, respondiendo a reproches, entre los que se encuentra el Informe anónimo, sobre la existencia en el Proyecto de un concepto de *crimen culposae*, expone el parecer de la Comisión sobre la imprudencia, caracterizándola de una manera bastante correcta: “...no hay artículo en que para la imposición de penas no se proceda con la distinción de lo que es delito y lo que es culpa; y hay una diferencia tan sustancial en dictamen de la Comisión, que no puede haber delito sin intención de cometer el acto que lo constituye, y la culpa puede ser toda violación de la ley a que falte la intención dañada” (39).

Con posterioridad, CALATRAVA (40) justifica el empleo de una bipartición, distinta a la tripartición francesa, en la Tradición de nuestro

(39) VADILLO, DSC, II, pág. 999. La ausencia en el Código de 1822 de un precepto como el que actualmente regula la imprudencia (art. 565) impide alegar el argumento de CERESO contrario a la idea de inducir el conocimiento de la anti-juricidad en el término *con malicia* (CERESO, La conciencia..., páginas 456 ss.). En definitiva, puede decirse que el Proyecto de Código de 1822 pretendía establecer una definición de delito que incluyera de manera expresa todos los elementos necesarios para que una conducta fuese castigada, sin necesidad de buscarlos en argumentos o exigencias ajenos a la estricta letra del artículo primero del Código. Al malograrse esa pretensión se inauguró una tradición en nuestro legislador de no recoger y regular problemáticas tan importantes como el error. La definición del delito culposo quedó así en el Código: “Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar (art. 2.º CP).

(40) CALATRAVA, DSC, II, pág. 1001.

Derecho histórico. Tradición que arranca del Derecho romano, de donde la toman nuestras Partidas, siendo mantenida por Cortes ordinarias y extraordinarias, por lo que ha sido recogida en la Constitución. En cuando a la tripartición francesa, su razón de ser no es otra sino el deseo de Napoleón de evitar que determinadas materias quedasen sometidas al juicio de los Jurados y poder reservarlas para los Tribunales correccionales, creados por él. Intromisión en la independencia de los Jueces a que, según CALATRAVA, debe oponerse un sistema liberal como el que ellos pretendían construir.

II.A.b. *Autoría y participación*

En materia de autoría y participación las posturas se van a polarizar en dos extremos representados por la Comisión y por un grupo de Diputados. Las diferencias no van a ser tanto conceptuales (qué entienden respectivamente por autores, cómplices, auxiliadores y receptadores), como en cuanto a la medida de la pena. La polémica determinó que el texto definitivo castigase las conductas de participación con una pena inferior a la de autoría.

El artículo 13 que definía y castigaba la autoría fue fácilmente aprobado. Sin embargo, al hacer lo mismo con la complicidad, surgieron problemas, de los que destaca, como hemos dicho, el de la determinación de la pena, equiparando a cómplices y autores. Contra la pena impuesta a los cómplices se levantaron varios Diputados, incluso hay un Informe contrario (41). Los argumentos principales esgrimidos en contra son los de falta de proporcionalidad entre la conducta y la sanción (42), la dificultad de probar lo decisivo del consejo en la comisión del delito (art. 15, núm. 3) (43) y, sobre todo, el efecto pernicioso que pueden tener de fomentar el crimen. Ello se evitaría si el autor principal sufriera una pena mayor, lo que es más consecuente con el principio de prevención general (44).

(41) "El de Madrid (el Colegio de Abogados) opina que este artículo es conforme al Código francés, y que los cómplices deben sufrir menos pena porque es el medio para que rehúsen a ejecutar el delito, añadiendo que sólo cuando al ejecutor de éste se le dé una recompensa particular es cuando aquéllos deben ser castigados con igual pena que los autores", DSC, II, página 1092.

(42) "... los cómplices no han de ser castigados con la pena misma impuesta a los autores, sino en el caso o casos particulares que lo determinen las leyes: así se ajustará la ley a los principios de proporción y clasificación que la justicia exige, y se precaverá o dificultará con una semejanza a beneficio de la sociedad y la humanidad la consumación de delitos atroces" (DOLAREA, DSC, II, pág. 1092).

(43) "Se me dirá acaso que sólo se castiga al "cómplice" con la misma pena que al "autor", cuando se ha cometido el delito de resultas de los consejos o sugerencias; pero es muy difícil, y quizá imposible, el probar que la perpetración de un delito ha sido hija de tal influjo o sugestión" (MARTÍNEZ DE LA ROSA, DSC, II, pág. 1095).

(44) "Sin más que consultar al corazón humano se verá que un Código en que se imponga igual pena a los cómplices que a los autores principales de los delitos, favorece la perpetración de crímenes" (MARTÍNEZ DE LA ROSA, DSC, II, pág. 1096).

Por lo que se refiere a los auxiliadores y fautores, receptadores y encubridores, no vamos a entrar en detalles de su discusión, pues, el exceso de casuismo determinó una enorme polémica.

El Informe anónimo dedica una gran extensión a los problemas de la participación. Así como en el Debate legislativo no se discute acerca de las definiciones de cómplice, encubridor y receptador, el autor del Informe resalta cómo algunas conductas consideradas por el Proyecto de auxilio, son realmente de complicidad: "Dos son las situaciones cardinales, en que puede ser favorecido el delincuente: una antes, otra después de la ejecución del delito. Y no puede haber otra tercera, porque no hay medio entre estar o no ejecutando una cosa". "Más el empeño de aumentarlas con una nueva clasificación ha obligado a discurrir casos, que, o tal vez, no parecen punibles, o se reducen a las otras clases; o bien, a figurar circunstancias, que o son nulas y contradictorias, o en nada alteran la complicidad".

En principio, existe un criterio claro y objetivo en el Proyecto para regular esta materia, aunque a veces, debido al excesivo casuismo, sea difícil determinar el límite donde una conducta deja de ser de autoría o complicidad y comienza el auxilio o la receptación.

Para el Proyecto es cómplice quien con su conducta material o su influencia psicológica contribuye a que se cometa el delito o toma parte en su ejecución, llegando, a veces, a determinarlo, como ocurre en el apartado cuarto del artículo 14 (45), conducta que hoy sería de inducción. A la complicidad material pertenecen los supuestos recogidos en los apartados primero y segundo del artículo 14 del Proyecto. A la complicidad psicológica, los recogidos en el tercero y el cuarto. Por esa razón, son de auxilio las conductas recogidas en el artículo 16, ya que no determinan mediante el consejo o la influencia moral, la comisión del delito, en el caso de los apartados 2.º, 3.º, 5.º y 6.º (46). O bien los sujetos no están presentes en la ejecución,

(45) El Código de 1822 inaugura una tradición "objetivista" en la estimación de la conducta de complicidad, tradición que se mantiene hasta el momento actual. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966, págs. 205-211.

(46) Art. 14: "Son cómplices: Primero: los que libre y voluntariamente y á sabiendas ayudan ó cooperan á la ejecución de la culpa ó del delito en el acto de cometerlo. Segundo: los que, aunque no ayuden ó cooperen á la ejecución de la culpa ó del delito en el acto de cometerlo, suministren ó proporcionen voluntariamente las armas, instrumentos ó medios para ejecutarlo, sabiendo que han de servir par este fin. Tercero: los que á sabiendas y voluntariamente por sus discurso, sugeriones, consejos ó instrucciones provocan ó incitan directamente á cometer una culpa ó delito, ó enseñan ó facilitan los medios de ejecutarlo, siempre que efectivamente se cometa la culpa ó delito de resulta de dichos recursos, sugeriones, consejos ó instrucciones. Cuarto: el que libre y voluntariamente y á sabiendas por soborno ó cohecho, con dádivas ó promesas, ó por órdenes ó amenazas, ó por medio de artificios culpables hace cometer el delito ó culpa que de otra manera no se cometería. En las promesas que constituyen el soborno ó el cohecho se comprenden las esperanzas de mejor fortuna ofrecidas por el sobornador al sobornado."

Art. 15: "Los cómplices que voluntariamente y á sabiendas ayuden y cooperen á la ejecución de la culpa ó delito en el acto de cometerlo, serán castigados con la misma pena impuesta por la ley á los autores del delito ó culpa.

apartados 1.º y 4.º. Sin la concurrencia de estos sujetos el delito se habría ejecutado igualmente. La gravedad de estos comportamientos, mirando, sobre todo, al principio preventivo, es menor, y merecerán

A los demás cómplices se les rebajará de la cuarta á la tercera parte de la expresada pena, salvo en ambos casos las disposiciones particulares de la ley cuando determine otra cosa, y observándose además en ellos lo prescrito en los artículos 92, 93 y 100; pero si la complicidad proviene de soborno ó cohecho en delito que un funcionario público cometiere como tal en el ejercicio de sus funciones, no se impondrá al sobornador más que la pena que se impondría a cualquier persona particular que cometiere el delito del funcionario con dicha rebaja de la cuarta á la tercera parte."

Art. 16: "Son auxiliares y fautores: Primero: los que voluntariamente y á sabiendas conciertan entre sí la ejecución de una culpa ó delito que llega á tener efecto; pero que no cooperan ni ayudan á su perpetración en el acto de cometerlo, ni lo causan por ninguno de los medios expresados en el artículo 14. Segundo: los que sin noticia ni concierto previo acerca de la culpa ó delito, y sin ayudar ni cooperar para su ejecución acompañan en ella voluntariamente y á sabiendas al que lo comete, y le ayudan después de cometido para ocultarle, ó encubrir el delito, ó se aprovechan de sus consecuencias con el reo principal. Tercero: los que habiendo ordenado, sugerido, aconsejado, enseñado ó facilitado voluntariamente y á sabiendas la ejecución de un delito, ó sobornado, amenazado ó provocado para ello, son causa de que en vez de aquel delito se cometa otro mayor ó diferente por consecuencia ó efecto inmediato de la orden, consejo ó instrucción dada, ó de la sugestión, soborno, amenaza ó provocación hecha. Cuarto: los que voluntariamente y á sabiendas por sus discursos, sugestiones, consejos, instrucciones, órdenes, amenazas, ú otros artificios culpables, aunque no provoquen directamente á cometer el delito ó culpa, contribuyen principalmente á que se cometa. Quinto: los que voluntariamente conciertan con alguno de los reos principales ó cómplices, antes de cometerse el delito, y conocimiento de éste, que receptarán ú ocultarán la persona de alguno de ellos, ó las armas, instrumentos ó utensilios de la ejecución, ó alguno de los efectos en que consiste el delito, ó que los comprarán, esponderán ó distribuirán en todo ó en parte. Sexto: los que voluntariamente y á sabiendas sirven de espías ó centinelas, ó hacen espaldas á los delincuentes para la ejecución de un delito, ó les prestan para ello algún abrigo, noticia ó auxilio, no llegando á incurrir en ninguno de los casos del artículo 14, ó les faciliten los medios de reunirse, ó les ofrezcan antes de la ejecución y con conocimiento de ella protección, defensa, ó cualquier otra ayuda para salvarlos ó encubrir el delito. Los auxiliares y fautores serán castigados con la mitad á las dos terceras partes de la pena señalada por la Ley contra los autores del delito ó culpa, á no ser que la misma ley disponga espresamente otra cosa; observándose además lo prescrito en los artículos 92, 93 y 100".

Art. 17: "Son receptadores y encubridores: Primero: los que voluntariamente, sin concierto ni conocimiento anterior á la perpetración del delito, receptan ó encubren después la persona de alguno de los autores, cómplices ó auxiliares, ó la protegen ó defienden, ó le dan auxilios ó noticias para que se precave ó fuge, sabiendo que ha delinquido; ú ocultan alguna de sus armas, ó alguno de los instrumentos ó utensilios con que se cometió el delito, ó alguno de los efectos en que éste consista; ó compran, espenden, distribuyen ó negocian alguno de ellos, sabiendo que aquellas armas, instrumentos ó utensilios han servido para el delito, ó que de él han provenido dichos efectos. Segundo: los que voluntariamente, aunque sin conocimiento del delito determinado que se haya cometido, acogen, receptan, protegen ó encubren á los malhechores, sabiendo que lo son, ó les facilitan los medios de reunirse, ó les suministran auxilios ó noticias para que se guarden, precaven ó salven. Los receptadores y encubridores serán castigados con la cuarta parte á la mitad de la pena que la ley prescriba contra los autores del delito respectivo,

penas menos graves. En la misma situación se encuentran las diversas modalidades de receptación.

Según el criterio argüido por el Proyecto, es imposible asimilar a la complicidad ninguna de las conductas de receptación, ya que el receptor no influye ni psicológica ni materialmente, de una manera directa, en la comisión del delito. Por ello, será una conducta menos grave que la del cómplice (47).

II.A.c. *Los actos preparatorios punibles*

El tema de la conjuración, dio lugar a una polémica que giró en torno a dos cuestiones fundamentales: la terminológica y la posibilidad de incriminar o no conductas que no trascienden al exterior.

La confusión en cuanto a la terminología obedece a que la conducta que el Código define como conjuración se considera por el Diccionario de mera conspiración, reservando la conjuración para la conspiración referida a delitos contra el Estado, Príncipe u otro Superior. La Comisión, prefiere entender la conjuración no como ese delito específico, sino como el general concierto o confabulación de individuos para cometer un delito, cualquiera que éste sea (48). Además, obligar al vínculo del juramento para estimar la conjuración,

escepto cuando la misma ley disponga espresamente otra cosa, observándose además lo prescrito en los artículos 92, 93 y 100."

Art. 18: "Sin embargo de lo prevenido en los cuatro artículos últimos, los que voluntariamente y á sabiendas ayuden ó cooperen con sus padres ú otro ascendiente en línea recta á la ejecución de un delito en el acto de cometerlo alguno de éstos, ó les suministren ó proporcionen las armas, instrumentos ó medios para ejecutarlo, no serán castigados como cómplices, sino como auxiliares y fautores. Lo propio se observará con la mujer que en iguales casos ayude á su marido ó coopere con él."

(47) Los artículos que regulaban la participación fueron aprobados en la forma que establecía el Proyecto. Tan sólo se introdujo una rebaja de la pena proporcional a la gravedad de las distintas conductas.

(48) "Es verdad que en el uso común se entiende por conjuración la conspiración contra el Estado ó el Gobierno; más la comisión cree que no debe entenderse así precisamente, porque la conjuración puede ser para trastornar el Estado, para quitar la vida á un hombre, para cometer un robo, etc. No ve la conjuración sólo en ese delito específico, sino generalmente en el concierto, en la confabulación de los individuos; en el arreglo que hacen para cometer un delito; y cualquiera que éste sea, siempre que dos ó más se conjuren para cometerlo, hay conjuración y no puede menos de haberla" (CALATRAVA, DSC, II, pág. 1008). Art. 4 CP: "La conjuración para un delito consiste en la resolución tomada entre dos ó más personas para cometerlo. No hay conjuración en la mera proposición para cometer un delito, que alguna persona haga á otra ú otras cuando no es aceptada por éstas." Art. 6: La proposición hecha y no aceptada para cometer un delito, y la conjuración en que no haya llegado a haber tentativa, no serán castigadas sino en los casos en que la ley lo determine espresamente." Art. 9: "El pensamiento y la resolución de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar ó empezar la ejecución del delito, no están sujetas á pena alguna; salvo la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley."

determinaría la no consideración como tal de concierto entre varias personas para atentar contra el Estado, siempre que no hubiese habido juramento, quedando impune tal conducta (49). La importancia de esta aclaración se acentúa si tenemos en cuenta que los únicos delitos en que se pena la conjuración son los de rebelión y sedición, de evidente carácter público (50).

Por lo que se refiere a la incriminación de estas conductas, lo primero que se cuestiona es la necesidad de su castigo. Entre los impugnadores se sostuvieron ambas opiniones. Para unos, es insostenible el hecho de que se castigue, pese a no haber aun comienzo de ejecución (51). La Comisión contesta que así es, en principio, pues, la punición sólo tiene lugar en aquellos casos extraordinarios en que se atenta contra la seguridad del Estado (52).

Por otra parte, se afirma, la simple proposición no puede distinguirse de la tentativa, siendo un principio de ella. Por eso debe ser castigada siempre (53). A ello se añade que la proposición debe ser también castigada en los casos en que no ha sido aceptada. Pero, como sostuvo la Comisión, a diferencia de la tentativa, en la proposición del delito no hay aún resolución de delinquir, ya que el agente va buscando un apoyo o colaboración sin cuya presencia es probable que no llegue a incidir en la comisión del delito. Además, la mera proposición es impune, ya que con el castigo del delincuente no se atiende sólo a la mala intención manifestada, sino que se miran también los resultados externos, y estos no existen en la mera pro-

(49) "Pero si atendemos á la acepción legal que tiene desde el tiempo de los romanos, de cuya lengua la tomamos, no se refiere á delitos para cuya perpetración se ligan varias personas previo juramento, sino á los delitos en que muchas personas convinieron sin necesidad de juramento" (VADILLO, DSC, II, pág. 1009).

(50) "Yo le suplico otra vez que me diga si en todo el Proyecto ha visto que se trata de castigar la conjuración en más casos que los de conspiración y traición, comprendidos en los cuatro primeros capítulos de la parte primera, ó en los casos de rebelión y sedición contenidos en la misma parte" (CALATRAVA, DSC, II, pág. 1011).

(51) "El Sr. Puchet ha dicho que la proposición hecha y no aceptada es más que conjuración, que es tentativa, y en mi concepto ni designio llega a ser; porque el designio de cometer un delito es lo mismo que la resolución tomada irrevocablemente de ejecutarlo, y la proposición hecha no supone una resolución más que condicional. Por consiguiente, ni es resolución ni es designio, y mucho menos conjuración ó tentativa" (REY, DSC, II, pág. 1024).

(52) "También aquí cree la comisión que no habiendo todavía resultado daño alguno a la sociedad, ni pasado esta resolución del ánimo de los concertados, ni empezándose ni preparándose con acto alguno exterior la ejecución del delito, no hay necesidad de imponer pena sino en aquellos casos graves en que lo exija la seguridad del Estado" (CALATRAVA, DSC, II, pág. 1023).

(53) "Acaso será esto porque es un punto indivisible que no se puede comprender, aquél en que el hombre acaba de resolver, y aquél en que empieza a obrar; pero sea por lo que fuere, cuando un hombre, v. g., se ha resuelto á cometer un delito de los que exigen cómplices, ¿no será el primer acto exterior para cometerlo el proporcionarse estos cómplices para la ejecución? Y, ¿cómo se los proporciona? Haciéndoles primero la propuesta y después, si es necesario, persuadiéndolos. Luego la simple proposición es una verdadera tentativa" (PUCHET, DSC, II, pág. 1024).

posición, ni aun en la conspiración. Por eso no se castigan siempre, como ocurre con la tentativa (54).

Un segundo aspecto de este mismo problema es el de la posible contradicción entre los artículos 6.º y 9.º, ya que mientras el artículo 9.º establece el principio de que los pensamientos no se penan, el 6.º, al castigar la conspiración y la proposición, sanciona los pensamientos en que aquéllas consisten. La Comisión defiende los artículos, volviéndose a apoyar en el carácter excepcional de la incriminación de tales conductas. El argumento aducido en contra tendría sentido si el artículo 6.º castigase siempre esas conductas, pero al no ser así, el principio establecido en el artículo 9.º no se desvirtúa (55). Tampoco hay contradicción entre los dos párrafos del artículo 9.º, pues, mientras las conductas a que se refiere el artículo 6.º determinan la imposición de una pena, los pensamientos del artículo 9.º sólo son objeto de mera vigilancia, lo que en terminología moderna llamaríamos "medidas de seguridad" (56).

En su Comentario a estos artículos, el autor del Informe anónimo señala tres problemas, de los cuales dos coinciden con el criterio de la oposición.

Con la oposición coincide en la conveniencia de sustituir el tér-

(54) "El Sr. Puchet ha dicho que la proposición hecha y no aceptada es más que conjuración, que es tentativa... Ha dicho S. S. que si la proposición hecha y no aceptada es delito, también lo será la aceptada, porque se aceptó o no se acepte, la misma malicia hay de parte del que la ha hecho. Yo digo que hay mucha diferencia entre uno y otro caso; porque el Sr. Gil de Linares sabe muy bien que los delitos, no hablo de los morales sino de los civiles, no se miden por las malicias solamente; se atiende á otras bases, cuales son los daños que causan, el escándalo, el trastorno del orden público, etc." (REV, DSC, II, pág. 1024).

(55) "Tampoco hallo la contradicción que se ha dicho entre este artículo y el 9.º... Dice el Sr. Puchet que con esta salvedad vendrá á castigarse en algún caso el pensamiento de delinquir y que esto es contradictorio con lo que se dice aquí de que la proposición hecha y no aceptada no será castigada generalmente. Si la comisión dijese absolutamente que la proposición no aceptada nunca se castigaría, entonces vendría el caso de esta objeción; pero la comisión dice que en ciertos casos se castigará, y quizá con penas muy graves. Así que yo no veo que haya contradicción entre estos artículos" (REV, DSC, II, pág. 1025).

(56) "La impugnación del Sr. La Llave vendría bien cuando la comisión propusiese en alguna parte que se aplicará esta pena al pensamiento ó á la resolución de delinquir; pero he dicho, y S. S. convendrá conmigo en esto, que la comisión no propone en ningún artículo que se castigue el pensamiento ó la resolución de delinquir con la pena de sujeción a la vigilancia de las autoridades; lo único que propone es que quede a salvo esta sujeción en los casos que determine la ley. He dicho también la razón por qué la comisión cree utilísimo que se deje esa salvedad; porque en otros reglamentos que hay que reformar todavía, tal vez convendrá establecer que una resolución de delinquir siendo ya conocida, se vigile por las autoridades, para evitar que aquel individuo se precipite a cometer el delito. Considerada la cosa como corresponde, no se me podrá negar que es un bien para la sociedad y para el mismo individuo el que si la autoridad conoce que está resuelto a delinquir le ponga con su vigilancia un freno saludable para que no se pierda; pero repito que la comisión no ha llegado a usar de este freno en ningún artículo de su proyecto" (CALATRAVA, DSC, II, pág. 1045).

mino *conjuración* por el más adecuado de *conspiración*: “conjugación (se dice en el artículo 3.º, y mejor se diría *conspiración*)”.

También está de acuerdo con ella en estimar una contradicción entre los artículos 6.º y 9.º: “...por el artículo 6.º se previene que esta conjuración..., en algunos casos, será castigada... Pues ¿cómo se aviene esta determinación con el artículo 9.º, en que se declara sabiamente, que la resolución de delinquir, mientras no se ejecuta ningún acto para ello, no está sujeta a pena alguna?”.

El último problema que analiza el autor anónimo es el de la posibilidad de que se castigue con la misma pena al proponente de la conjuración que a quien se limita a asentir a la propuesta hecha por otro. Del tenor literal del artículo sólo se deduce que ambos serán castigados, pero no se dice nada sobre la determinación de la pena. Por tratarse de una disposición preliminar, es necesario ver la sanción específica de cada delito en particular. Y así vemos que, al tratar de la rebelión y la sedición, se establece una clasificación de los partícipes en el delito. Allí puede observarse que no se castiga de la misma manera a los inspiradores y a los meros partícipes. Cuando en las disposiciones comunes a ambos delitos se hace referencia a la conjuración y a la proposición, no se distingue entre el proponente y el aceptante. Pero de la clasificación anterior cabe deducir que el Juez se verá obligado a distinguir entre estas dos categorías, matizando la sanción de uno y de otro en la medida que lo permite la ley; entre seis meses y cuatro años de reclusión o prisión en la sedición; o entre cuatro y dieciocho en la rebelión. Además, el hecho de que la proposición sin conjuración pueda ser castigada, en los casos que indica la ley, es otra muestra de que para el Proyecto no merecen la misma pena el proponente y el mero aceptante (57).

II.B. LA TEORÍA DE LOS FINES DE LA PENA

No vamos a acometer un estudio global de los fines de la pena en el Código de 1822 o en la Filosofía de la Ilustración, pues ello escapa a nuestras posibilidades (58). Ahora sólo tratamos de ver cómo aquellos trascienden en los artículos, del Proyecto, que hemos estudiado.

Preguntarse por los fines de la pena es preguntarse por el fundamento del Derecho penal. Es un hecho incontrovertible que la bús-

(57) Sobre las diferencias entre la regulación de esta materia en el Código de 1822 y el vigente, ver mi artículo, “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos preparatorios punibles: conspiración, proposición y provocación”, nota (60), en ANUARIO, 1976, fasc. III.

(58) Es de resaltar en este extremo la tarea llevada a cabo por ANTON ONECA que con sus ya citados artículos (“Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración”, en REP año 1964, págs. 415 y ss.; “Historia del Código penal de 1822”, en ANUARIO año 1965, págs. 263 y ss.; “El Derecho penal de la Ilustración”, en REP año 1966, págs. 597 y ss.) ha contribuido en gran manera a conocer el Derecho penal de esta época tan apasionante de nuestra Historia.

queda de dicho fundamento es siempre una reflexión "a posteriori". Nadie pone en duda la necesidad que toda sociedad organizada tiene de un sistema de penas con las que incriminar conductas que, en los esquemas de esa sociedad, se consideran peligrosas para la convivencia. El fundamento de la pena, o del Derecho penal es, por tanto, la necesidad de asegurar la convivencia (59).

El inicio del proceso codificador en nuestra patria se produce en el momento de que triunfan, aunque sea en un corto período de tiempo, las ideas Ilustradas, implantándose un sistema político de cuño liberal. Así, pues, las ideas liberales impulsan el movimiento codificador. Sin embargo, la permanencia de ideas y la alternancia con momentos políticos de marcado carácter reaccionario, van a determinar de una manera peculiar aquel proceso. Este especial fenómeno va a teñir de matices la imposición en nuestro país de las ideas del nuevo sistema de pensamiento, constituyendo factor diferencial de reformas semejantes ocurridas en el resto de Europa. Por lo que hace al Derecho penal pocos de sus sectores son tan sensibles a percibir tales vaivenes como el de la teoría de los fines de la pena. Vemos algunos casos donde este fenómeno se evidencia.

En relación con la teoría de los fines de la pena la idea fundamental de los autores del Proyecto de Código penal de 1822 es la prevención general. Precisamente en la discusión del artículo 28, que regula la responsabilidad patrimonial de quienes tienen a su cargo a determinadas personas, dice CALATRAVA: "... lo que debe tener presente el legislador, observando la máxima de que vale más prevenir los delitos que castigarlos, y la otra igualmente cierta de que uno de los medios más eficaces y seguros de prevenir los delitos es el aumentar el número de personas responsables" (60).

La imposición de una pena no va a encontrar su justificación en la idea de expiación por el delito cometido; expiación deseada, en primer lugar, por el reo, ya que le va a permitir su reconciliación con Dios, consigo mismo y con la Sociedad. Por el contrario, la Filosofía del Contrato Social incorpora la idea de que a la sociedad le interesa sólo la parte de libertad que el hombre ha depuesto en ella para permitir una vida de relación pacífica con los demás hombres (61). Una manifestación del abandono de dicha concepción retribucionista nos la ofrece el mismo CALATRAVA al hablar de la fuga: "Jamás creeremos que debe castigarse a quien nada más hace que huir. Su delito empieza desde que emplea para conseguirlo medios criminales que las leyes deben determinar."

Depurada la pena de esos caracteres que la acompañaban en una

(59) Véase por todos, WELZEL, H., *Derecho penal, Parte General*, Trad. FONTÁN BALESTRA, Buenos Aires, 1956, págs. 233 ss.

(60) CALATRAVA, *DSC*, II, pág. 1321.

(61) *Sobre la importancia de la Filosofía del Contrato Social en las ideas reformistas*, de BECCARIA, véase ANTÓN ANECA, *Los fines de la pena...*, páginas 419-421.

época anterior, su finalidad se ha de hacer depender de nuevos principios, derivados directamente de la Filosofía del Contrato Social. El fin principal de la pena, como se dijo explícitamente en las Cortes, es el de la prevención general: “No todas las penas tienen por objeto la enmienda del delincuente, ni éste es el principal de las penas que le tienen por objeto. Digo que no todas las penas tienen por objeto la enmienda del delincuente, por que de lo contrario no podría imponerse la pena de muerte; y digo que tampoco es el objeto principal la enmienda del delincuente, sino el escarmiento de los demás y el precaver los delitos” (62).

Esta “declaración programática” sirve de punto de partida para el análisis del juego de los Principios. Si nos limitamos a los de naturaleza material, que son los de prevención general, prevención especial y principio de proporcionalidad entre delito y pena, podemos decir que el Principio de prevención general va a implicar grandes atentados contra los otros dos, de prevención especial y proporcionalidad.

Por lo que se refiere a la infracción del Principio de prevención especial, resulta palmaria en las penas de muerte e infamia, en las que, evidentemente, no se persigue una finalidad correccional. La finalidad de la pena en estos casos es única y exclusivamente el “escarmiento de terceros”, en definitiva, la prevención general (63).

La pervivencia de estas pena, como asimismo las características que acompañan a la ejecución de las mismas (64) implican despojar al hombre de la dignidad que las nuevas Ideas habían logrado atri-

(62) REY, DSC, II, pág. 1337.

(63) Sobre la importancia de la prevención general en los penalistas de la Ilustración, véase ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena...*, págs. 420-424

(64) De los numerosos artículos en que puede observarse la crueldad y atención a criterios prevencionistas del Proyecto de Código de 1822 (32, 35, 40, 41, 44, 45, etc.) reproducimos sólo los arts. 39 y 40. Art. 39: “La ejecución será siempre pública, entre once y doce de la mañana; y no podrá verificarse nunca en domingo ni día feriado, ni en fiesta nacional, ni en el día de regocijo de todo el pueblo. La pena se ejecutará sobre un cadalso de madera o mampostería, pintado de negro, sin adorno ni colgadura alguna en ningún caso, y colocada fuera de la población; pero en sitio inmediato a ella, y proporcionado para muchos espectadores”. Art. 40: “El reo será conducido desde la cárcel al suplicio con túnica y gorro negros, atadas las manos y en un mula, llevada del diestro por el ejecutor de la justicia, siempre que no haya incurrido en pena de infamia. Si se le hubiere impuesto esta pena con la de muerte, llevará descubierta la cabeza, y será conducido por un jumento en los términos espresados. Sin embargo el condenado á muerte por traidor llevará atadas las manos á la espalda, descubierta y sin cabello la cabeza, y una soga de esparto al cuello. El asesino llevará la túnica blanca con soga de esparto al cuello. El parricida llevará igual túnica que el asesino, descubierta y sin cabello la cabeza, atadas las manos á la espalda y con una cadena de hierro al cuello, llevando un extremo de ésta al ejecutor de la justicia, que deberá preceder cabalgando en una mula. Los reos sacerdotes que no hubieren sido previamente degradados llevarán siempre cubierta la corona con un gorro negro.”

buirle. El delincuente, en algunos casos, deja de ser considerado como persona. CALATRAVA, refiriéndose al parricidio llega a decir: El reo que merezca esta pena es peor para mí que un esclavo, y peor que un irracional. En mi concepto debería llevarse al cadalso con todas las apariencias mismas que si se condujera a un tigre” (65).

En este punto se ponen de manifiesto las contradicciones de la Comisión, que tantas muestras de liberalismo había dado. Siendo, por ello, muy criticada por los impugnadores. Para CALATRAVA, la ejecución forma parte de la pena, porque a ésta se la acompaña de ciertas formas y circunstancias, que, según él, van a tener una eficacia preventiva fundamental. El rapado de cabeza, la soga al cuello y la no ejecución hasta pasadas cuarenta y ocho horas de la notificación de la condena a muerte, son circunstancias que rodean a la pena de un terror de positiva influencia sobre terceros (66). La principal objeción, por parte de los impugnadores, es que la ejecución se lleva a tales extremos de crueldad que no produce los efectos de terror que se proponen los redactores del Proyecto, sino el sarcasmo y la ridiculez, innecesarios. El Diputado PUIGBLANCH estimó que tales “formas” sólo provocan efectos contrarios a los pretendidos (67). Al tratar de la soga al cuello, afirma: “...pena que no puede tener lugar, ...bajo un sistema de legislación que ha restablecido al hombre en su dignidad, cual es el constitucional. No debe, pues, adoptarse este signo contrario al espíritu de la Constitución” (68).

El autor del Informe anónimo es también partidario de suprimir tales “formalidades”, en base al criterio práctico, de prevención general, de su falta de utilidad: “La ridiculez disminuye el terror”. También invoca criterios de humanidad y respeto a la dignidad del delincuente: “En un Código donde brillan tantas muestras de humanidad, no debiera fijarse cuarenta y ocho horas de anticipación para notificar la sentencia de muerte.”

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, sólo vamos a detenernos en un ejemplo de los muchos que el Proyecto ofrece, en que sus exigencias son conculcadas. Y ello en favor de la idea de prevención general. Concretamente hablamos de la autoría y la participación. Como veíamos en la redacción original del Proyecto, la conducta de complicidad aparecía penalmente equiparada a la de autor, siendo así que aquélla parece menos grave que la de autoría. La finalidad que persiguió la Comisión en la regulación de esta materia estuvo guiada por principios de marcado carácter defensista. Según ella, la extensión más amplia posible del ámbito de

(65) CALATRAVA, *DSC*, II, pág. 1374.

(66) CALATRAVA, *DSC*, II, pág. 1374.

(67) PUIGBLANCH, *DSC*, II, pág. 1373.

(68) PUIGBLANCH, *DSC*, II, pág. 1374

personas responsables de los delitos es lo que mejor se ajusta a la finalidad preventiva seguida. El principio de proporcionalidad cede ante el de prevención general, con un efecto negativo sobre este último, ya que castigando de igual manera la conducta del cómplice y la del autor, aquél no tendrá inconveniente en ser el ejecutor material del delito (69), pues la consecuencia que se va a derivar de su conducta, la pena, va a ser siempre la misma (70).

(69) Ver supra, II.A.b.

(70) Es cierto que nuestras conclusiones son el producto de un análisis parcial del Proyecto y Código penal de 1822. No obstante, un análisis total como el realizado por CASABÓ RUIZ en su Tesis doctoral llega a resultados muy semejantes: "El Código penal español de 1822 recoge y regula ambos fines de la pena: prevención y corrección. No obstante, creemos puede afirmarse que el fin de prevención resulta dominante a lo largo de los distintos preceptos legales" (CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal...*, pág. 367).

Comisión redactora del Código penal tipo para Latinoamérica

PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL

I

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. *Denominación.*

Tradicionalmente, los Códigos españoles (a partir de 1822) y aquellos de íntegra recepción hispánica, denominan este título como "Delitos contra la honestidad". Otras denominaciones, más o menos diversas, señalan el interés de fijar el bien jurídico tutelado: El Código penal francés, emplea "Atentados contra las buenas costumbres"; el alemán, "Delitos contra las costumbres"; el italiano, "Delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres"; los de Méjico y Ecuador, "Delitos sexuales"; y el Proyecto Soler, "Delitos contra el pudor y la moralidad sexual"; el Proyecto venezolano de 1967, "Delitos contra el pudor y las buenas costumbres", y el proyecto salvadoreño de 1960, "Delitos contra el pudor y la libertad sexual".

Algunas de estas denominaciones, en especial la de los Códigos penales de Argentina, Guatemala y El Salvador, que hacen uso del término "honestidad", son inaceptables, porque no se ajustan al interés jurídico que trata de tutelarse. En efecto, ni la honestidad, ni la moralidad, ni las buenas costumbres, conceptos por demás variables y equívocos en nuestro campo, llenan a cabalidad el objetivo buscado.

De ahí que se prefiera el empleo de los conceptos "pudor", comprensivo de sus aspectos público y privado, y "libertad sexual" que además de garantizar una esfera de acción de la persona, califica el móvil perseguido por el agente, con lo que se pretende delimitar, con mayor claridad, el bien jurídico protegido.

2. *Exclusión del adulterio.*

Hay una corriente encaminada a suprimir el delito de adulterio, infracción eminentemente privada que ahora está incluida, sin ningún acuerdo, entre los delitos contra la honestidad.

Es de aceptar que, en todo caso, el adulterio afecta la estructura familiar, pero jamás la libertad sexual o el pudor; por ello, algunos códigos penales y proyectos de código penal destinan este delito, al título de los "Delitos contra la Familia".

Sin entrar a discutir la supresión definitiva del adulterio como delito, la Comisión Centroamericana se limita a excluirlo del rubro cuya elaboración le corresponde, por la razón anotada.

3. *Clasificación de delitos.*

De conformidad con la denominación propuesta, cabe clasificar los delitos contra el pudor y la libertad sexual, con inclusión de aquellas infracciones que, dada su gruesa inmoralidad y el interés jurídico que afectan, ameritan su inclusión en el catálogo de los delitos, en especial la trata de mujeres y de menores, que, por ahora, son actos no punibles en ciertas legislaciones latinoamericanas.

De acuerdo con tal calificación, el Título se divide en cinco capítulos: I) Violación, estupro y abusos deshonestos; II) Rapto; III) Delitos contra el pudor público; IV) Delitos relativos a la prostitución; V) Reglas comunes a los capítulos anteriores.

4. *Violación.*

El elemento objetivo del delito está concretado al acceso carnal, abandonando así el uso del "yacimiento" de dudoso significado.

Se califica la violencia e intimidación, exigiéndose la "suficiencia" para reconocer su magnitud, capaz de vencer la resistencia de la víctima.

Establécense agravaciones especiales, para cuando la violación se comete en persona menor de doce años, aunque la víctima diere su consentimiento; si se abusare de autoridad, confianza o relaciones domésticas; y, asimismo, cuando se actúa con el concurso simultáneo de dos o más personas.

La primera agravación trata de reprimir con más severidad la violación de menores, cometida con suma frecuencia en el medio latinoamericano y que está equiparado, sin alguna explicación, la violación de adultos.

Estima la Comisión Centroamericana, que en vez de crearse un tipo especial para ello, se esté al tipo de la violación, aumentándose la penalidad, por medio de una agravante que tiene justificación suficiente. Se incluye el tipo de violación de prostituta, porque siendo el bien jurídico tutelado la libertad sexual, no debe aceptarse distingo alguno respecto al sujeto pasivo.

5. *Estupro.*

El requisito exigido para la víctima del estupro, que en todo caso sólo es la mujer, consiste en la "honestidad", entendida en el sentido del recato.

No es preciso, pues, de la "virginidad" tan debatida en el campo médico-forense.

Se incluye la figura del estupro fraudulento cometido mediante promesa o simulación de matrimonio; además, fíjase la agravación especial del abuso de autoridad familiar o pública y otros casos similares.

6. *Abusos deshonestos.*

La disposición que regula los abusos deshonestos, trata de establecer el elemento objetivo del delito y la diferencia de los medios empleados por el hechor.

En tal virtud, compréndese tanto los abusos deshonestos violentos, asimilados en algunos códigos penales, respectivamente, a la violación y al estupro.

Aceptada, entonces, la autonomía de este delito, cabe establecer sus dos formas señaladas.

7. *Rapto.*

En la disposición correspondiente se fijan: el elemento subjetivo, las dos hipótesis de ejecución y el sujeto pasivo, que en este caso, puede ser persona de uno u otro sexo.

Sobre esto último los códigos de recepción hispánica han limitado su tutela a la mujer, pero atendido el móvil lúbrico, cabe extender la protección jurídica a toda persona.

Distínguese entre rapto propio, que es aquel en que se emplea engaño o violencia, y el rapto impropio o consensual, caracterizado porque la víctima da su consentimiento. Sobre las finalidades perseguidas por el agente, se acepta la atenuación especial, cuando se pretende el matrimonio, siempre que éste pueda ser contraído; de ahí que en la disposición respectiva se aluda a que el matrimonio "podía celebrarse". Por otra parte, se atenúa la pena cuando opere la restitución de la víctima o su colocación a lugar seguro, en tanto no se haya realizado acto deshonesto.

8. *Delitos contra el pudor público.*

En acatamiento a la relevancia del bien jurídico del pudor, se establece un capítulo destinado a describir todas aquellas infracciones contra el pudor público.

Iniciase tal capítulo con el delito de incesto, por ahora tipificado en algunos códigos penales (El Salvador, art. 396) como forma de estupro (estupro incestuoso).

Aparece en el proyecto la agravación especial para el estupro cometido por pariente y, además, incluye una nueva modalidad del incesto,

a través del cual se reprimirá la mera relación sexual notoria, entre los parientes determinados en el artículo respectivo. Con ello se sanciona un acto de marcada gravedad, siguiendo las orientaciones del proyecto venezolano de 1967.

Las figuras de las ofensas al pudor y la pornografía comprenden en sus escuetas descripciones todas las hipótesis que pudieran presentarse, cuidándose la comisión de evitar las prolijas y no siempre aconsejables enumeraciones, con las que se trata de agotar los casos de la vida real.

9. *Delitos relativos a la prostitución.*

En este capítulo se describen conductas relacionadas con el grave problema social de la prostitución. No se acepta, claro está, la prostitución como delito, pero sí aquellos tipos de corrupción, mediante actos sexuales anormales, que lesionan la moralidad al pervertir a menores de edad.

No es menester, como se regula en algunos códigos penales (El Salvador art. 397), la habitualidad y el delito se configura aun cuando la víctima consienta. Además, se sanciona la actividad tendiente a promover o facilitar la prostitución y, asimismo, la trata de mujeres y menores, para dar cumplimiento así, a las muchas resoluciones adoptadas en congresos y convenios internacionales, en que se ha dispuesto que tales conductas, cuya gravedad es evidente, queden tipificadas en el Código penal.

El rufianismo o rufianería consistente en la obtención de lucro proveniente de la prostitución de otra persona, queda también incluido como delito.

10. *Reglas comunes a los capítulos anteriores.*

La naturaleza especial de ciertos delitos contra el pudor y la libertad sexual, obliga a regular el ejercicio de la acción penal, sin dejarla totalmente al arbitrio o voluntad de la parte ofendida, pues tal naturaleza ha variado al influjo de nuestro tiempo.

En efecto, si antes esos delitos eran considerados como meras infracciones privadas, el interés público en su persecución, sobre todo cuando se trata de menores o personas que carecen de representante legal, mueve a señalar los casos en que los jueces pueden proceder de oficio.

Para el estupro, abusos deshonestos y rapto, se acepta la extinción de la acción penal, a través del perdón expreso y presunto, con la salvedad de que en la violación sólo puede operar el perdón presunto.

La comisión ha creído conveniente establecer indemnización especial en favor de las víctimas y como una especial sanción la inhabilitación para los autores.

Como artículo último, se acepta la coautoría legal para agravar la pena de quienes faltan a sus deberes o abusen de ellos, participando como cómplices en la perpetración de los delitos.

II

PROYECTO DEL TITULO

CAPITULO I

VIOLACION, ESTUPRO Y ABUSOS DESHONESTOS VIOLACION

Artículo 1.º. El que tuviere acceso carnal con una persona de uno u otro sexo será penado con seis a diez años de prisión, en los siguientes casos:

1.º Cuando se usare la violencia o intimidación suficiente.

2.º Cuando la persona ofendida fuera incapaz de resistir, por causas de enfermedad física o mental o por consecuencia del empleo de sustancias narcóticas.

Agravación especial.

Art. 2.º La pena señalada en el artículo anterior, se aumentara en una tercera parte:

1.º Cuando la víctima fuese menor de doce años, aunque diere consentimiento.

2.º Cuando los hechos previstos fueren perpetrados con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas que existieran entre el autor y la víctima; y

3.º Cuando se cometieren con el concurso simultáneo de dos o más personas.

Estupro.

Art. 3.º El que tuviere acceso carnal con una mujer honesta, mayor de doce años y menor de dieciocho, aprovechándose de su inexperiencia o captando su confianza, será penado con dos a seis años de prisión.

Estupro fraudulento.

Art. 4.º El que lograre el acceso carnal a que alude el artículo anterior, mediante promesa o simulación de matrimonio u otro engaño grave, será penado con dos a seis años de prisión.

Agravación especial.

Art. 5.º La pena señalada para los hechos comprendidos en los dos artículos anteriores se aumentará hasta el doble, si se cometen por un pariente o por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico,

tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada.

Abusos deshonestos.

Art. 6.º El que sin pretender el acceso carnal abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias de la violación, será penado con uno o tres años de prisión.

Si los abusos deshonestos se cometieren mediante engaño u otras de las circunstancias del estupro, la pena será de seis meses a dos años de prisión.

CAPITULO II

RAPTO

RAPTO PROPIO

Art. 7.º El que con miras deshonestas sustrajere o retuviere a una persona mayor de doce años, cuando mediare engaño o alguna de las circunstancias previstas en los artículos 1.º y 3.º será penado con dos a cinco años de prisión.

Rapto impropio.

Art. 8.º Si la persona raptada hubiere dado su consentimiento. la pena será de seis meses a un año de prisión.

Agravación especial

Art. 9.º Si la persona raptada es menor de doce años, aunque haya dado su consentimiento y el delito no se perpetrare con violencias, amenazas o engaño, la pena será aumentada en una tercera parte.

Atenuación especial

Art. 10 Cuando el rapto ha sido cometido con fines de matrimonio y éste podía celebrarse, las penas previstas en los artículos anteriores se disminuirán a la mitad. La misma disminución se aplicará cuando el autor restituye su libertad a la persona raptada o la coloca en lugar seguro a disposición de su familia, sin haber intentado ningún acto deshonesto.

CAPITULO III

DELITOS CONTRA EL PUDOR PUBLICO

Incesto

Art. 11. El que con notoriedad tenga relaciones sexuales con un ascendiente o descendiente, aunque fuere ilegítimo, con algún afin en línea recta o con hermanos consanguíneos o uterinos, será penado con 1 ó 2 años de prisión.

Ofensas al pudor

Art. 12. El que de cualquier modo ofenda el pudor o las buenas costumbres con actos obscenos cometidos en lugar público o abierto, o expuesto al público o hiciere ejecutar por otros actos obscenos, será penado con 3 ó 6 meses de prisión.

La misma pena será impuesta a quien ejecutare actos obscenos en lugar privado, con el propósito de que sean vistos involuntariamente por un tercero.

Pornografía

Art. 13. El que haya ofendido el pudor mediante escritos, dibujos u otros objetos obscenos, bajo cualquier forma en que se hubieren hecho, divulgado o expuesto a la vista del público u ofrecido en venta, será penado con 3 a 6 meses de prisión.

CAPITULO IV

DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCION

Art. 14. El que promoviere la corrupción de una persona menor de veintiún años mediante actos sexuales anormales aunque la víctima dé su consentimiento o participar en ellos o en verlos ejecutar, será penado con tres a cinco años de prisión y multa de trescientos días.

Agravación especial.

Art. 15. La pena impuesta en el artículo anterior será aumentada al doble:

- 1.º Cuando la víctima fuere menor de doce años.
- 2.º Si el autor llevare propósitos de lucro.
- 3.º Cuando mediare engaño, violencia, amenazas, abuso de autoridad o confianza o cualquier medio de intimidación; y
- 4.º Si el autor fuere ascendiente, esposo, hermano, tutor o encargado de la guarda o educación de la víctima.

Prostitución.

Art. 16. El que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con tres a cinco años de prisión y multa de trescientos días.

La pena será aumentada en la mitad si concurriere cualquiera de las circunstancias mencionadas en el artículo anterior.

Rufianería.

Art. 17. El que se lucrare del producto de la prostitución de otra persona será reprimido con pena de dos a cuatro años de prisión.

Trata de mujeres y de menores.

Art. 18. El que promoviere o facilitare la entrada o salida al país de mujeres o menores de edad para el ejercicio de la prostitución será reprimido con tres a cinco años de prisión y multa de trescientos días.

La pena será aumentada en la mitad cuando concurriere cualquiera de las circunstancias mencionadas en el art. 1.º.

CAPITULO V

REGLAS COMUNES A LOS CAPITULOS ANTERIORES

REGIMEN DE LA ACCION

Art. 19. No puede procederse por los delitos de violación, estupro, abusos deshonestos y raptó, sino en virtud de acusación o denuncia de la víctima o de su representante legal.

Art. 20. No obstante se procederá de oficio en los siguientes casos:

1.º Cuando la víctima careciere por su edad u otra circunstancia de la capacidad para denunciar o acusar, o bien cuando carezca de representante legal.

2.º Si cualquiera de los hechos cometidos concurriere con delito perseguible de oficio.

3.º Si el hecho se hubiere cometido en lugar público o expuesto a la vista de tercero; y

4.º Si el hecho se cometiera con abuso de poder paternal, de autoridad tutelar o de funciones públicas.

Extinción de la acción penal y de la pena.

Art. 21. La acción penal por los delitos de abusos deshonestos y estupro y raptó, queda extinguida por el perdón expreso y presunto de la víctima o de su representante legal.

El perdón se presume por el matrimonio que pudiera efectuarse

entre la víctima y el hechor, extendiéndose el beneficio a todos los partícipes.

La extinción de la acción penal por violación sólo opera con perdón presunto. La pena que corresponde a los delitos comprendidos en este artículo, quedará extinguida por el perdón presunto, aún cuando estuviere ejecutoriada la sentencia.

Art. 22. Si la víctima es menor de edad o incapaz, el Tribunal podrá, a su prudente arbitrio, negar eficacia al perdón otorgado por su representante legal, salvo que lo hubiese hecho de acuerdo con el Ministerio Público. El funcionario competente podrá autorizar para los efectos del perdón, el matrimonio entre el hechor y la víctima, aunque los dos o uno de ellos no tuviere la edad requerida, siempre que, de acuerdo con el Código civil, concurriere cualquiera de las circunstancias que revalidan el matrimonio nulo por falta de edad de uno de los contrayentes. En este mismo caso, podrá solicitarse al Juez de lo Civil respectivo, para que califique el disenso de la persona que deba dar el consentimiento.

Indemnización especial.

Art. 23. Los reos de violación o estupro serán también condenados por vía de indemnización:

- 1.º A dotar a la ofendida en la proporción que el juez señale.
- 2.º A reconocer como naturales a los hijos; y
- 3.º En todo caso, a conceder alimentos a los hijos conforme al Código civil.

Inhabilitación especial.

Art. 24. Serán condenados a la pena de inhabilitación del derecho de ejercer la patria potestad, tutela y curaduría quienes cometan los delitos previstos en los artículos anteriores con abuso de la autoridad paternal o de la representación legal.

Coautoría legal.

Art. 25. Los ascendientes, guardadores, maestros y toda persona que con abuso de autoridad o confianza cooperen como cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en los capítulos I, II, III y IV serán considerados como autores para los efectos de la penalidad.

III

OBSERVACIONES DE LA COMISION ARGENTINA (I SECCION) A LA PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE "DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL (agosto, 1968)

Manifestamos nuestra disconformidad respecto de la denominación para el título.

Sin pronunciarnos acerca de la posibilidad de utilizar para ello alguno de los términos que anuncia y desecha la Comisión Centroamericana, diremos que tampoco la locución "libertad sexual" expresaría adecuadamente el interés que se pretende tutelar; tanto menos si atiende a su equivocidad y a que, en varios de los textos proyectados bajo esa rúbrica, el sujeto pasivo podría ser, a la vez, jurídicamente incapaz y fácticamente consentidor (casos de los arts. 2.º, inciso 1.º, 2.º, 4.º en relación con el 2.º, inciso 1.º, 9.º, 15, inciso 1.º, etc.) hipótesis que evidenciarían que la protección penal no se ha discernido, precisamente, a una "libertad" insusceptible de ser ejercida por la víctima.

También puede aparecer cuestionable la exclusión de la figura del adulterio sobre la base de su eventual ubicación en otro grupo de delitos (contra la organización o estructura familiar). Menester es saber si dicha categoría ha de instituirse, pues en ella cabría también el incesto, a pesar de que es incluido en el título que examinamos.

En consecuencia, encontramos objetable la ubicación del incesto entre las figuras "contra el pudor público". Parece inadecuado, además, en el supuesto de aceptarse el bien jurídico específicamente tutelado en el texto proyectado, limitar su incriminación a las hipótesis en que la relación incestuosa se ofrezca "con notoriedad".

Otros reparos pueden agregarse a los textos proyectados. Por ejemplo, el elemento subjetivo que incluye en su párrafo final el artículo 12; la lenidad con que se sanciona la pornografía (art. 13; etc.).

Anotamos ahora varias observaciones al articulado propuesto.

Art. 1.º: Pareciera oportuno prever una fórmula complementaria del inciso 2.º para abarcar otros supuestos (víctima a quien se encuentra atada). Sugerimos la inclusión de "o por cualquiera otra causa" que la hubiere imposibilitado.

Arts. 3.º y 4.º: No se advierte con claridad las diferencias entre ambos. El aprovechamiento de la inexperiencia de la mujer o la captación de su confianza (art. 3.º) es un resultado de la actividad del agente que puede utilizar, para lograr la entrega, engaños o astucias entre las que, por supuesto, se cuentan las enumeradas (art. 4.º). Si se quiere agravar este delito por conductas particularmente repudiables, debió modificarse la escala penal como corresponde a las circunstancias respectivas, pero siendo igual la penalidad en ambos artículos, engendra dudas sobre la necesidad de la doble inclusión.

Art. 11: Ya hicimos reparos a este artículo.

Cap. IV: No nos parece adecuado el nombre del capítulo porque la corrupción no puede ni debe ser confundida con la prostitución. Aceptamos, por cierto, que esta última es una actividad corruptora; pero se trata de hipótesis específica. Si ambas modalidades delictivas son abarcadas en el mismo capítulo, criterio con el que estamos ya de acuerdo, la descripción típica debe ser más precisa.

Art. 14: Si se entiende que "los actos sexuales anormales" pueden comprender a los prematuros —este es nuestro punto de vista—, la fórmula es adecuada; pero necesitará, cuando menos, de expreso análisis en la exposición de motivos.

Art. 17: La acción de este delito es, a nuestro juicio, un tanto equívoca. Pareciera necesario limitar la relación causal a actos directos, por ejemplo, "hacerse mantener siquiera parcialmente" porque obviamente, no toda actividad lucrativa que se haga con una prostituta es delito.

Cap. V: Es dudoso que todas estas reglas deben encontrarse en la parte especial. Si el régimen de la acción penal está ubicado en la general, sus características con respecto a los delitos de naturaleza sexual deben ser allí señaladas. Igual ocurre con la extinción de la acción penal y de la pena o con las consecuencias civiles de carácter patrimonial derivadas del delito.

IV

OBSERVACIONES DE LA COMISION ARGENTINA. II SECCION, A LA PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE "DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL" (mayo, 1968)

Esta Comisión Argentina ha examinado a través de varias reuniones el proyecto de la Comisión Centroamericana sobre "Delitos contra el pudor y la libertad sexual", y luego de exhaustivo estudio ha acordado expresar las siguientes observaciones de carácter parcial, las que se acompañan de breves fundamentos, dejando aclarado que aquellos artículos no observados cuentan con la respectiva aprobación.

Ante todo, y en lo concerniente a la rúbrica del título, propone esta Comisión Argentina sustituirlo por el de "Delitos contra la moralidad y la libertad sexuales". El término "pudor" resulta un tanto restringido, pues no se advierte que se le afecte, por ejemplo, en caso de facilitación de la prostitución. Mejor parece el vocablo "moralidad sexual", ya que incluye evidentemente el pudor. En realidad, los bienes particularmente tenidos en cuenta son la moralidad sexual, como sentimiento individual y colectivo y como un aspecto de las sanas costumbres y la libertad sexual.

... En vista de que la Comisión Centroamericana no piensa que corresponde incriminar el adulterio, pero fuera de este título y más bien como delito contra la familia, se abstiene la Comisión Argentina de omitir

opinión a este respecto, aunque reservándose el derecho de pronunciarse en el momento oportuno.

En cuanto a las observaciones de índole parcial, corresponden a los siguientes artículos:

Art. 1.º, inc. 1.º: Suprimir la palabra "suficiente".

Art. 2.º, inc. 2.º y 5.º: Las agravaciones especiales correspondientes a los delitos de violación y estupro, deben armonizarse. En la primera disposición las "relaciones domésticas" no cubren evidentemente, las relaciones de parentesco, que aparecen expresamente incluidas en la segunda. Se propone el siguiente texto para el inciso 2.º del artículo 2.º:

"Cuando el hecho fuere perpetrado con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domésticas que existieran entre el autor y la víctima; por el ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, hermano u otro pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o por persona encargada de la educación o guarda de la víctima.

Sobre esta base debe también redactarse el artículo 5.º.

Art. 3.º: El tope de dieciocho años es algo elevado en los tiempos actuales, por cuya razón se propone fijarle en quince años. Además, debe suprimirse la referencia a la inexperiencia de la víctima y a la captación de su confianza, pues desnaturalizan la esencia del delito del estupro.

Art. 4.º: Se propone suprimir la expresión "promesa de matrimonio" y dejar únicamente "simulación de matrimonio u otro engaño grave". La prometida que tiene relaciones sexuales prenupciales debe cargar con su culpa.

Art. 6.º: Reemplazar "circunstancias de la violación" y "circunstancias del estupro" en los dos párrafos de este artículo por la expresión "circunstancias previstas en el art..." en ambos casos, pues, esta última fórmula es más correcta y más usual.

Art. 10: Este artículo contiene dos circunstancias de atenuación de la pena prevista para el delito de raptó. La segunda es inobjetable. No así la primera, cuya supresión se propone, pues el raptó se caracteriza, en cuanto delito sexual, por las "miras deshonestas", aún en el propio texto proyectado y ellas están ausentes, en quien de buena fe, quiere casarse.

Art. 12: Debe precisarse mejor la acción típica. No resulta correcto hacerle mediante la expresión "el que... ofenda el pudor...". El verbo ser, y así se propone, "el que ejecutare o hiciere ejecutar por otro", pudiendo redactarse la disposición de la siguiente manera:

"El que en sitio público o abierto o expuesto al público ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos obscenos..."

Adviértase que tal forma verbal aparece utilizada en el segundo párrafo del mismo artículo.

Art. 13: Este artículo es susceptible de la misma observación y de otras que a continuación se señalan. Ante todo, deben utilizarse los verbos pertinentes y destacarse así el núcleo de esta figura, por lo cual se propone mencionar "el que publicare, fabricare o reprodujere

escritos, dibujos u otros objetos obscenos” y añadir seguidamente. “y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular”, señalándose así otra hipótesis de autoría. Si se caracterizare el delito por efectiva ofensa al pudor, nos hallaríamos en presencia de un delito de daño, y no hay duda que se trata de una infracción de peligro. Además, debe reprimirse también en párrafo aparte y con la misma pena a quien “diere espectáculos obscenos de teatro, cinematografía o televisión o efectuare transmisiones radiales de ese género”.

Capítulo IV: Por comprender este capítulo no sólo el delito de prostitución en sus distintas vertientes, sino también el de corrupción, debe reemplazarse su rúbrica por la de “Corrupción y prostitución”.

Art. 14: El tope de veintiún años es elevado. Se propone el de dieciocho.

Art. 15: Al inciso 3.º añadirle: “cualquiera fuere la edad de la víctima”. En el inciso 4.º substituir “esposo” por “cónyuge”.

Art. 17: Caracterizar la rufianería mediante el verbo “lucrare” resulta impreciso y muy amplio. El concepto del delito requiere una forma muy peculiar de lucro. Se propone el siguiente texto: “El que se hiciere mantener, aunque sea parcialmente, por una persona que ejerza la prostitución, explotando las ganancias provenientes de esa actividad...”

Art. 25: En lugar de “serán considerados como autores para los efectos de la penalidad”, decir: “sufrirán la pena establecida para el autor”.

V

INFORME DE LA COMISION COLOMBIANA ACERCA DE LA PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE “DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL (mayo, 1968)

Después de un atento estudio de la ponencia Centroamericana sobre los “delitos contra el pudor y la libertad sexual”, la Comisión de Colombia se permite, muy respetuosamente, presentar las siguientes observaciones:

1.º *Violencia carnal.*

En vez de referir la figura a casos, como lo plantea la Comisión Centroamericana, parece más correcto describirla a través de sus elementos constitutivos; bien podría substituirse la expresión “violencia o intimidación” por la de *violencia física o normal*” que es más amplia y comprensible.

La llamada doctrinalmente “violencia presunta”, comprensiva tanto del acceso carnal voluntario con persona menor de doce años como del obtenido sobre persona incapaz de resistir, debería consignarse en artículo separado o en un inciso del artículo que contempla el tipo base.

2.º Estupro.

Creemos que las dos fórmulas utilizadas bien podrían refundirse en una que, al tiempo que limitase la amplitud de la primera, lo diese un contenido más concreto a la figura; bastaría consignar una norma que previene el acceso carnal sobre sujeto indeterminado (hombre o mujer) con edad mínima de doce años, mediante el empleo de medios insidiosos o engañosos, sin necesidad de puntualizarlos, ni de hacer, por lo mismo, expresa referencia a la promesa matrimonial.

Nos parece que podría agregarse a la figura tradicional del estupro, otra que contemplase como modalidad presuntiva la realización del acceso carnal sobre persona mayor de doce años y menor de quince años con su consentimiento, sobre el supuesto de que, dada su relativa inmadurez mental, tal consentimiento no es pleno.

3.º Abusos deshonestos.

Como quiera que la diferencia fundamental entre este delito y los precedentes es la no realización del acceso carnal, su descripción quedaría completa al señalarse como conducta típica la realización de actos erótico-sexuales diversos del acceso carnal mediante el empleo de violencia o engaño respecto de un sujeto pasivo menor de doce años.

4.º Corrupción de menores.

En vez de señalar una modalidad de esta figura bajo el nombre equívoco de "delitos relativos a la prostitución" como lo hace la Comisión Centroamericana, consideramos que este tipo legal debería presentarse después del anterior y sobre los siguientes elementos: sujeto pasivo sexualmente indeterminado y menor de quince años y actos erótico-sexuales derivados del acceso carnal realizado con su concurso o en su presencia o actos de acceso carnal homo o hetero-sexuales ejecutados en su presencia.

5.º Rapto.

No participamos de la ubicación que del rapto hacen los colegas centroamericanos, pues, a pesar de que se trata de una figura pluriofensiva, parece mucho más clara o inmediata la lesión al bien jurídico de la libertad individual o de la unidad y armonía familiares que al del pudor la libertad sexual. Por lo que hace al tipo en sí, creemos que a los verbos *sustraer* y *retener* habría necesidad de agregar uno que indicase el empleo de violencia, como *arrebatar* o *apoderarse*. La expresión "miras deshonestas" es demasiado vaga por lo amplia; podría reemplazarse por "fines libidinosos" o "satisfacción de algún deseo erótico-sexual"; los fines matrimoniales bien podrían encuadrarse dentro de la figura como elemento subjetivo de la misma al lado del animus libidinoso.

La aceptación o rechazo del llamado "rapto impropio" estará condicionada, en últimas, a la ubicación del delito, puesto que si se acepta

que el bien jurídico tutelado es el de la libertad individual éste no cabría a menos que, por razón de la edad o de otra circunstancia personal del sujeto pasivo, se contemplase una fórmula similar a la de la violencia presunta. La solución sería diversa si ubicamos la figura dentro de los delitos que atentan contra la familia.

6.º *Incesto.*

Nos parece que respecto de esta figura existe también una equivocada ubicación como que es la integridad familiar y el mutuo respeto de sus integrantes lo que más directamente resulta afectado por la relación incestuosa. De otro lado, la cualificación de “consanguíneos y uterinos” que de los hermanos se predica, bien puede suprimirse; en cambio, creemos conveniente extender la figura a los parientes por adopción (al menos a los hijos y hermanos) cuya condición de miembros de la familia justificaría este tratamiento jurídico.

7.º *Ofensas al pudor.*

Teniendo en cuenta que la punibilidad de los hechos ordinariamente comprendidos en este acápite sólo es efectiva en la medida que se realice con inmediatez y celeridad y que tal cometido parece más propio de la actividad policiva que de la jurisdiccional, propiciamos la fórmula de transformar estas figuras delictivas en contravencionales.

En subsidio, y como quiera que la experiencia judicial ha demostrado que la exigencia de la efectiva lesión al bien jurídico del pudor hace prácticamente imposible la estructuración de estos ilícitos, no sólo por las complejidades probatorias que ella conlleva sino por la dificultad misma de concretar el contenido y alcances de lo que se entiende por pudor, propiciamos la descripción de un tipo de mera conducta.

La misma observación hemos de hacer en relación con la pornografía. Nos parece, por otra parte, necesario hacer mención expresa de las *exhibiciones obscenas* que no caben, tal vez, dentro del marco de las conductas propuestas por los colegas centroamericanos.

Quizá resulte pertinente el empleo de una fórmula exceptiva, referida a publicaciones, objetos, obras o representaciones de carácter científico, educativo, artístico o deportivo, que pueda servir de límite a la valoración judicial de lo impúdico; así lo consagran entre otros los códigos de Italia y Colombia.

8.º *Prostitución.*

Nos parece más adecuado, porque mejor corresponde al hecho que se quiere sancionar, el empleo de la expresión “proxenetismo”; los verbos *promover* y *facilitar*, el primero muy ambiguo y el segundo demasiado amplio, podrían sustituirse por “inducir” u otro semejante que mostrase una más directa relación entre la conducta del agente y el hecho de la prostitución del sujeto pasivo. El propósito de satisfacer

deseos ajenos, como elemento subjetivo del tipo, debería desaparecer no sólo por la dificultad de su demostración, sino porque usualmente el proxeneta sólo persigue un fin de lucro.

9.º *Trata de blancas.*

Ante el tremendo auge de la prostitución masculina no se ve clara la razón por la cual se limita la calidad del sujeto pasivo a su condición de mujer o de menor; consideramos, por lo mismo, que se debe extender también a los varones. La minoría de edad bien podría tomarse como agravante específica.

10.º *Agravantes.*

En lugar de señalar para cada figura delictiva en particular agravantes que se repiten respecto de las otras, nos parece más técnico redactar una norma de agravación general referida a condiciones bio-síquicas del sujeto pasivo, a ciertas modalidades de la conducta o circunstancias personales predicibles del actor, aclarando que tales circunstancias se tendrán en cuenta para los efectos de la punibilidad siempre que no sean exigidas como elementos constitutivos del tipo legal.

11.º *La acción penal.*

No participamos del criterio que supedita la iniciación de la acción penal a la querrela de parte interesada, porque no encontramos razón valedera para romper el principio de la oficiosidad de la investigación; basta observar que nuestros ilustres colegas centroamericanos han tenido que plantear varias excepciones que limitan considerablemente su tesis de la querrela. Pero es que, además, la aceptación de esta institución *ius privatista* puede dar orígenes a fraudes y chantajes y en general a una moderna *compositio* no por efectiva menos reprochable.

12.º *El perdón.*

Es esta otra institución arcaica que entrega al particular la potestad punitiva que privativamente corresponde al Estado y que, en consecuencia, no propiciamos en manera alguna, aunque reconozcamos el noble propósito de que pueda estar investida.

13.º *Indemnización especial.*

Nos parece que la materia aquí tratada plantea problemas jurídicos que deben resolverse, y en muchos Estados efectivamente tienen resueltos, el Código civil o leyes especiales, por lo que nos inclinamos por la supresión.

14.º *Inhabilitación y coautoría.*

Respecto de la primera, valdría la pena considerar la posibilidad de consignar en la parte general una norma que diese pautas para su

aplicación, en todos aquellos delitos en que las relaciones familiares o legales entre el agente y el sujeto pasivo hiciesen desaconsejable que sobre aquél continuase la titularidad de la institución jurídica de la patria potestad, tutela o curatela.

Con relación a la coautoría, nos parece suficiente lo que sobre ella se ha consignado ya en la parte general del proyecto.

15.º *Matrimonio subsiguiente.*

Prohijamos la conveniencia de una norma excepcional que permita extinguir la punibilidad en el caso de matrimonio subsiguiente a los delitos de violencia carnal, estupro, abusos deshonestos y corrupción de menores, sobre estos dos supuestos: a) La efectiva realización del matrimonio, y b) Su carácter de excepción personal.

Dejamos de esta forma esquemáticamente expuesto nuestro criterio sobre la ponencia centroamericana en la esperanza de que él pueda contribuir en alguna medida al mejor éxito de la empresa jurídica que todos nosotros nos hemos propuesto.

VI

OBSERVACIONES DE LA COMISION CHILENA A LA PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE "DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL"

(agosto, 1974)

La Comisión Chilena, después de un atento estudio de la ponencia de la Comisión Centroamericana sobre "Delitos contra el Pudor y la Libertad Sexual", ha estimado conveniente expresar las siguientes observaciones a dicho proyecto, tanto en lo que se refiere a sus aspectos generales como al articulado en particular.

Observaciones generales.

La Comisión Centroamericana se ha apartado de lo tradicional en la denominación de este título y lo ha caracterizado como "Delitos contra el Pudor y la Libertad Sexual". Ello reviste importancia, pues esta rúbrica vincula este grupo de delitos a la defensa de los bienes jurídicos mencionados. La Comisión Chilena estima que esta denominación no es aconsejable y sugiere su modificación.

Por una parte, es demasiado restringida, ya que no todas las figuras delictivas contempladas afectan al pudor y a la libertad sexual, lo que se hace patente en el proyecto en el párrafo de los delitos relativos a la prostitución y, con mayor evidencia aún, en el caso del delito de incesto, en la que se ha debido incluir el equívoco elemento de la notoriedad para considerarlo como atentatorio al pudor. La expresión pudor, a su vez, en su carácter público y privado, sólo pre-

senta un aspecto de la compleja estructura de los delitos sexuales y prescinde del importante factor de la valoración ética inherente a ellos.

Por otra parte, esta denominación puede llevar a dificultades interpretativas, ya que la libertad sexual se vincula a delitos contra el individuo, y el pudor, aunque en la fundamentación se recalque que comprende sus aspectos públicos y privados, puede ser entendido en este sentido restringido, lo que llevaría a considerar todo el grupo de delitos como atentatorio meramente contra bienes jurídicos individuales, lo que distorsiona el verdadero sentido de los delitos sexuales.

Es verdad que los llamados delitos sexuales presentan el agudo problema de la exacta determinación del bien jurídico protegido. Más que un bien jurídico genérico, común a todo el grupo lo que cohesiona este núcleo de delitos es el momento común de referencia de la sexualidad. Ello ha llevado necesariamente a precisar determinados bienes jurídicos específicos vinculados al contenido de injusto de las diversas formas delictuales. Sin embargo, puede decirse que en esencia los delitos sexuales procuran una protección al ordenamiento ético y jurídico de la vida sexual. Por ello, la Comisión Chilena se inclina por la denominación "Delitos contra la Moralidad y la Libertad Sexual", que incluye la específica mención respecto a la libertad sexual en razón de su fundamental importancia.

De mantenerse el criterio de la Comisión Centroamericana, parecería más consecuente, como lo proponen otros proyectos modernos, eliminar definitivamente el título de los delitos sexuales y remitir por ejemplo las figuras contra la libertad sexual al grupo de los delitos contra la libertad en general, como un subtítulo y los demás delitos a las disposiciones sobre el orden público o la protección de menores.

Como visión general, la Comisión Chilena estima que la ponencia mantiene un excesivo rigor y una exagerada extensión de la punibilidad, lo que no se compadece con los profundos cambios experimentados por las costumbres en materia sexual en los últimos años y contraviene, en cierto modo, las recomendaciones del Congreso Internacional de Derecho Penal de la Haya de 1964, que propició una profunda reforma en estas materias.

Tipos susceptibles de exclusión de este grupo de delitos.

La Comisión Chilena coincide con el criterio de la Comisión Centroamericana de excluir de este grupo al delito de *adulterio*, sin embargo, considera que igual predicamento debe seguirse con el delito de *incesto*. Sea que tomemos como fundamento de su punición criterios de eugenesia o de exagamia, el incesto atenta, en realidad, contra la estructura familiar y debe ser incluido entre los delitos contra la familia.

Sistematización y denominación de los capítulos.

La división de los diversos capítulos ofrece algunos reparos. No se ve clara la razón para establecer un párrafo aparte para el delito de raptó, que tal como la violación, el estupro y los abusos deshones-

tos atenta contra la libertad sexual, aunque sea como figura de peligro.

La denominación de "Delitos relativos a la prostitución" tampoco parece apropiado, ya que no todos los delitos incluidos se vinculan a ella y parece indicar la punición de la prostitución misma.

Observaciones al articulado en especial.

Violación.

La estructura del delito de violación presenta una anomalía. El tipo base del delito incluye la forma esencial de la violación, o sea, yacer mediante violencia o intimidación, pero en lo que se refiere a las características formas de la violación impropia sólo incluye el caso de la persona indefensa, incorporando la situación del menor que otorga su consentimiento, sólo como una agravación especial, en circunstancias que no está comprendida en el tipo base. Por esta razón, la Comisión Chilena considera que el núm. 1 del art. 2.º debe quedar comprendido en el art. 1.º.

La expresión acceso carnal o yacer son de uso general y no ofrecen reparos. La Comisión Chilena, de todos modos, prefiere el uso de la expresión cópula para caracterizar la acción.

Algunos miembros de la Comisión fueron partidarios de precisar el concepto y excluir las acciones violentas realizadas dentro del matrimonio, por la peculiar vinculación de los cónyuges en su vida sexual, sin embargo, la mayoría de ella estimó preferible no hacer dicha mención y dejar el problema a la decisión jurisprudencial.

La Comisión Chilena, eso sí, estima indispensable establecer que el sujeto activo de este delito sólo puede ser un hombre y el sujeto pasivo una mujer. Sólo a esta relación corresponde la esencia del injusto del delito de violación. Cualquiera otra situación, sea de actos homosexuales o de acción de mujer a un hombre, corresponde y puede ser abarcada, en lo que sea punible, por otros tipos delictivos.

En las tres hipótesis de violación serían recomendables algunas modificaciones. Se estima preferible eliminar la expresión "suficiente" y no calificar la violencia o intimidación. Es aconsejable, además, usar la expresión impúber y no establecer un límite fijo de edad. Es necesario, asimismo, en las situaciones de incapacidad para resistir, agregar la cláusula "o por cualquier otra causa", para abarcar otras hipótesis posibles.

En lo relativo a las agravantes, aquella establecida en el núm. 2 del art. 2.º suele repetirse en forma similar en diversos tipos, lo que hace aconsejable incluirla como agravante genérica en las disposiciones comunes o crear un tipo especial de abuso sexual con personas sometidas a guarda o custodia, como lo hacen otras legislaciones.

La Comisión Chilena no llegó a acuerdo en lo referente a la violación con participación de dos o más personas. Las hipótesis pueden ser diversas en el concurso simultáneo de personas contemplado en el número 3 del art. 2.º; puede involucrar la ayuda en los actos violentos

pero que uno solo realice la cópula o, por el contrario, puede tratarse de las llamadas "violaciones en cadena", muy comunes en nuestro medio latinoamericano. Los criterios fueron muy dispares respecto a cuál de estas situaciones o si ambas serían acreedoras a una agravación.

La Comisión Chilena, eso sí, pone énfasis en considerar alguna situación de atenuación, en atención a las particularidades de la conducta erótico-sexual. Propone como circunstancia atenuante cuando la víctima, con su conducta anterior haya dado motivo a la acción o provocado al hechor al uso de la violencia.

Estupro.

Se propone la eliminación del delito de estupro por no corresponder a la realidad de nuestra época en materia de índole sexual.

Algunos miembros de la Comisión fueron partidarios de mantener algunas formas limitadas de estupro. Así, el caso de la simulación de matrimonio, evidentemente acreedor a sanción, pero que constituye una situación de muy escasa ocurrencia. Otros estimaron necesario considerar el estupro sólo como una forma más amplia de protección a la mujer menor de las relaciones sexuales prematuras y penar por consiguiente, sólo aquellas situaciones en que el autor se haya aprovechado de la inexperiencia de menores hasta de dieciséis años.

De cualquier modo, de mantenerse las disposiciones sobre estupro habría que refundir el art. 3.º y el 4.º en una sola figura, ya que en la forma que está tipificado algunas conductas se superponen.

Abusos deshonestos.

La ponencia centroamericana ha estimado necesario para establecer la autonomía de esta figura delictiva y diferenciarla especialmente de una tentativa de violación, por ejemplo, incluir en la descripción típica la referencia a la no pretensión de acceso carnal. Esta mención al elemento subjetivo parece superflua e inadecuada. Es cierto que en algunos proyectos se ha propuesto una cláusula de subsidiaridad por la cual sólo se pena a título de abusos deshonestos cuando el hecho no fuere punible como violación, pero lo que se pretende en estos casos es evitar la aplicación de un concurso real o ideal y no la delimitación de estos delitos.

La expresión "abusare deshonestamente", si bien de amplia tradición en las legislaciones latinoamericanas, requiere de mayor precisión para eliminar del tipo actos de escasa relevancia, como simples tocamientos, susceptibles de constituir sólo una contravención. También se plantea el problema de si la acción de abusar deshonestamente se refiere exclusivamente a actos en la propia persona de la víctima. Esto tiene importancia en relación con los menores, ya que respecto de ellos tienen especial relevancia no sólo los actos realizados en la persona del menor, sino que aquellos en que se obliga al menor a ejecutarlos con otra persona o a presenciar actos realizados por otros.

Por estas razones la Comisión Chilena, sin hacer una proposición

concreta, considera necesario buscar otra fórmula para caracterizar esta figura delictiva.

Es acertada la consideración amplia de hombres y mujeres, tanto como sujetos activo y pasivos. De este modo se incluyen en esta figura los actos homosexuales realizados con violencia o intimidación, y los casos relativos a la persona indefensa y al del menor. Sin embargo, parece necesario incluir también un tipo especial que se refiere a actos homosexuales con muchachos púberes, aunque prestaron su consentimiento, hasta un límite de edad de dieciséis años, por ejemplo.

El segundo inciso del art. 6.º carece de relevancia penal y debe ser eliminado, sobre todo si se considera que este delito no tiene límite superior de edad para la víctima. La situación para el menor debe estar contemplada especialmente.

Rapto.

Esta figura delictiva de peligro contra la libertad sexual, plantea en nuestra época, técnica y motorizada, serias dificultades para la interpretación del concepto de sustracción y retención, lo que puede llevar a la inclusión en el tipo de acciones usuales y normales en el requerimiento sexual-amoroso.

La Comisión Chilena estima que esta figura delictiva debe ser eliminada. No se justifica su mantención, por los problemas que suscita y porque su injusto específico es abarcado por otras figuras delictivas, como el secuestro —agravado, si se desea, por la intención deshonesto— la tentativa de violación o abusos deshonestos, o en concurso de estos delitos, en caso de haberse concretado las miras deshonestas.

De cualquier modo, de mantenerse el delito de rapto, los tipos propuestos requerirían de algunas modificaciones. No se justifica la figura del rapto impropio, con consentimiento de la víctima, considerando que no hay límite superior de edad. En los casos de persona bajo potestad, se trata de un delito contra la familia.

De ningún modo parece procedente incluir el matrimonio en las miras deshonestas como se desprende del art. 10.º.

Ofensas al pudor.

Se propone la eliminación del segundo inciso del art. 12.º, que significa una extensión desmesurada de la punibilidad de este tipo de conductas. Se trata, además, de una tipificación muy vaga, que puede ser fuente de numerosos problemas y en lo que dichas acciones pudieran ser realmente acreedoras a sanción, quedan cubiertas por otros tipos penales.

Una opinión minoritaria dentro de la Comisión fue partidaria de eliminar totalmente el tipo de las ofensas al pudor, estimando que en nuestra época actual, en que amplios campos de actividades están impregnadas de factores erótico-sexuales que permiten una familiarización con hechos de esta naturaleza, no puede estimarse que exista en estas conductas un daño social de relevancia criminal, sino que su

lugar corresponde al campo de las contravenciones. La penalidad muy reducida que establece la ponencia parecería señalar que la misma idea rondaba a la Comisión Centroamericana. Según esta opinión minoritaria, un solo aspecto podría tener importancia en el ámbito propiamente penal y es el relativo a acciones de exhibicionistas respecto a menores.

Pornografía.

La Comisión Chilena no llegó a acuerdo en relación a esta figura delictiva, ya que las opiniones vertidas fueron muy dispares.

Algunos miembros fueron partidarios de la mantención irrestricta de esta disposición por la importancia que reviste para una sana convivencia ético-sexual.

Otros miembros propiciaron algunas limitaciones como la exigencia de habitualidad o profesionalidad en el hechor, para su punición.

Una tercera posición fue partidaria de la eliminación de esta figura delictiva y de su remisión al campo contravencional, considerando que son innumerables las dificultades que se originan con disposiciones de esta naturaleza en cuanto a la determinación del carácter de pornografía de una obra, a su delimitación respecto a obras artísticas o científicas y a la determinación del grado de tolerancia en materias eróticas, más allá del cual comenzaría lo propiamente pornográfico. Se sostuvo, además, que el grado de extensión de lo sexual-erótico característico de nuestra época, el mayor grado de libertad en revistas, libros, cine, teatro, etc. y la afirmación científica del peligro casi inexistente de un posible incremento de la criminalidad sexual o de un desquiciamiento de los valores morales que informan la vida sexual o de un resquebrajamiento del normal desarrollo de ella, aconsejaría la eliminación de esta figura delictiva.

Hubo consenso en que de mantenerse el tipo relativo a la pornografía debía ser revisada la construcción de la figura.

Corrupción de menores, promoción de la prostitución.

La Comisión Chilena concuerda con la Comisión Centroamericana en la necesidad de considerar estos delitos en el Código Penal Tipo, pero estima que tanto el art. 14.º como el art. 16.º tienen una desmedida extensión en lo que se refiere al sujeto pasivo, al no establecer límite de edad en el segundo de los artículos mencionados y al fijar un límite superior de edad muy alto en el primero de ellos.

El delito de corrupción debe quedar circunscrito a los menores y puede fijarse un grado de extensión hasta los dieciséis años, por ejemplo. La referencia de actos sexuales anormales plantea el problema de la difícil delimitación del criterio de normalidad sexual y excluye las situaciones de una iniciación sexual "normal" prematura.

Del mismo modo la promoción o facilitación de la prostitución requieren de un límite de edad en el sujeto pasivo. No parece adecuado establecer una protección para la persona adulta que libremente toma

una decisión de esta naturaleza, salvo que se trate de situaciones en que realmente el hechor se ha aprovechado del desamparo o del estado de extrema necesidad de la víctima.

Rufianería.

A pesar de las dudas que ha suscrito este delito en otros países, sustentadas esencialmente en una visión criminológica que considera al proxeneta como un hombre débil, un asocial lábil, dependiente en mucho de la prostituta y de escasa peligrosidad, la Comisión Chilena estima necesaria la mantención de esta figura delictiva, ya que esta visión del "rufián" no parece corresponder a la realidad latinoamericana.

En nuestro medio parece indispensable proteger a la prostituta de la explotación y, además, el ambiente en torno al proxenetismo sirve no sólo de fomento a acciones sexuales reprobables, sino también de ayuda y apoyo a la delincuencia profesional y a la alta criminalidad.

El tipo de art. 18.º requiere, eso sí, de modificaciones. La simple expresión "lucrar del producto de la prostitución" es muy vaga y amplia y puede dar pábulo para penar acciones absolutamente ajenas a la rufianería propiamente tal.

Sin pretender concretar un tipo de autor, es necesario establecer como elemento esencial la vinculación estable con la prostituta y señalar como acciones específicas el fomento de la actividad de la prostituta para su provecho y mediante coacción.

Trata de mujeres y de menores.

Se estima acertado incluir un delito de esta naturaleza y considera, eso sí, que debe procurarse su coordinación con los convenios internacionales de estas materias.

Reglas comunes.

La Comisión Chilena coincide con los criterios que informan los artículos 19.º y 21.º, referentes al régimen de la acción penal, a su extinción y a la de la pena. Estima, eso sí, que los arts. 20.º, 22.º y 23.º no deben ser incluidos en el Código Penal Tipo y que su reglamentación especial debe ser reservada para la legislación civil y procesal interna de cada país.

En lo referente a la inhabilitación especial establecida en el artículo 24.º considera que debe ser entendida como una forma amplia de inhabilitación para ejercer los derechos mencionados respecto a cualquier persona y no sólo respecto de la víctima.

Finalmente, parece conveniente eliminar la disposición del art. 25.º que otorga el carácter de autor a las personas que revisten diversas calidades y hayan cooperado como cómplices en los delitos contemplados en los capítulos I, II y IV, ya que respecto de ellos esas calidades han servido de base a especiales causales de agravación en la ponencia y me parece aceptable que vuelvan a influir para una nueva forma

de agravación de la penalidad, lo que constituye el resultado esencial de esta forma de co-autoría legal.

Situación especial de los menores.

La tendencia a una mayor liberalidad en la regulación penal de las conductas sexuales y el principio que el Derecho penal sólo debe afectar en forma mínima la esfera íntima de las relaciones sexuales de los individuos, encuentra una limitación esencial en lo que se refiere a la efectiva protección de los menores.

La ponencia de la Comisión Centroamericana, evidentemente, otorga la importancia requerida a la protección de ellos y considera estos atentados sexuales como casos calificados en los diversos tipos establecidos. Este tratamiento, sin embargo, a juicio de la Comisión Chilena presenta el inconveniente, al englobar en un tipo común los atentados contra menores y contra adultos, de no captar las peculiaridades esenciales que distinguen estos atentados sexuales.

Por esta razón, la Comisión Chilena estima aconsejable la creación de un tipo (o varios) especial que contemple en forma amplia el abuso sexual con menores, en el cual se consideran las diversas posibilidades de estos atentados, sean actos contra la persona del menor mismo, o actos que el menor deba realizar en la persona del hechor o actos sexuales que tenga que presenciar el menor; el abuso sexual continuado del menor, la facilitación de material pornográfico y cualquier forma de corrupción del menor.

VII

OBSERVACIONES DE LA COMISION ECUATORIANA A LA PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE "DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL"

Consideraciones generales.

Con referencia al proyecto presentado por la Comisión Centroamericana, relativo a los "Delitos contra el Pudor y la Libertad Sexual", la Comisión Ecuatoriana presenta a continuación las siguientes observaciones:

1.º Como acepta la Comisión autora del proyecto en la exposición de motivos, es difícil encontrar una denominación precisa que reúna a todos los tipos delictivos, si no se limita con acierto cuál es el bien jurídico protegido o a protegerse. Generalmente, los conceptos de "libertad sexual", "honestidad", "pudor", "buenas costumbres" han sido utilizados como genéricos en unos casos y específicos en otros, en los Códigos que siguen el sistema tradicional, diríamos mejor el sistema llamado Derecho Penal Clásico, ya sea éste de recepción hispánica

francesa o belga, en los que se inspiran los Códigos Penales de América Luso-Española.

Empero, si el móvil o el fin es el sexual, más adecuada parece una denominación que comprenda a todas las conductas que puedan tipificarse en razón de aquellos.

Los Códigos penales de Ecuador y México utilizan como género el epígrafe "Delitos Sexuales", sin embargo, de que al especificar los tipos delictivos éstos denominan —Código penal ecuatoriano— adulterio, atentado contra el pudor, estupro, violación, corrupción de menores, rufianería, ultrajes a las buenas costumbres, pornografía y rapto. Este supuesto nos permite aseverar que tanto la doctrina como la legislación consideraron como premisas al "móvil" y el "fin" sexual en cuanto puede trascender y lesionar el honor, la honra y la libertad sexual y tener proyecciones que ocasionan daño individual o alarma social.

Por lo dicho opinamos que el Título del proyecto de la Comisión Centroamericana debe ser sustituido por uno más genérico que pueda comprender a todas las conductas delictivas que tengan relación con el problema sexual.

2.º El Título de la Comisión Centroamericana toma como genérico al pudor y a la libertad sexual. El significado o idea de pudor es más afín con el de honestidad que con el de sexo, y por esto ha sido necesario establecer un vínculo jurídico entre pudor y sexo para concretar las conductas que puedan lesionarlo, así se dice "todo acto impúdico que pueda lesionarlo, sin llegar a la cópula carnal" constituye el tipo de atentado al pudor, como si se tratara, de una forma de desviación sexual, más que de un móvil o fin sexual. Podría aceptarse simplemente como título la segunda parte de la denominación "Delitos contra la libertad sexual", pero quedarían fuera de las figuras específicas muchas conductas ilícitas, estimamos consecuentemente que es de preferirse la supresión de cualquier calificativo del sexo, pronunciándonos en que debe utilizarse el epígrafe de "Delitos sexuales", no obstante de que, reconocemos que en el ámbito de la teoría esta denominación ha sido criticada por destacados penalistas, que sostienen que dicha denominación "no pone de relieve cuál es el derecho que constituye objeto de la lesión", idea de la cual discrepamos fundados en las teorías de los móviles del delito y en la finalista.

El delito de adulterio.

1. Para tipificar el delito de adulterio se ha puesto atención en que esta conducta lesiona intereses de orden moral, familiar o social; particularmente, la legitimidad de la descendencia y la concepción del matrimonio fundada en la fe conyugal. La trascendencia social de este ilícito no puede desestimarse por los trastornos que produce, fundamentalmente en las clases menos cultas, en el medio latinoamericano. Nos permitimos sostener la necesidad de mantener el adulterio como tipo delictivo, pero rubricándole entre aquellos que tienen por objeto

proteger como bien jurídico al matrimonio o a la familia; matrimonio y familia que se colocan en peligro de desintegración por dicho ilícito.

Violación.

1. En cuanto al texto en que se encuentra concebido el tipo de “violación” no tenemos observaciones que hacer.

Empero, estimamos que, entre las causas de agravación especial deben considerarse, además, los resultados del hecho, cuando éstos producen una grave perturbación en la salud de la persona violada o la muerte de ésta; debiendo graduarse la pena, según estos resultados hasta el máximo.

Estupro.

1. En el estupro no es suficiente el “acceso carnal”, ya sea que estos términos se tomen como “aproximación sexual” o “penetración parcial o total”, según las tesis formalistas o materialistas, respectivamente. Lo esencial es la “cópula” toda vez que habiendo consentimiento sea arrancando empleando seducción, engaño o cualquier otro tipo de maniobras, condicionados a la edad y a la falta de experiencia de la víctima, requiere un “coito” normal físicamente, aunque no llegue a perfeccionarse con todas las características fisiológicas.

Sugerimos que se agregue después de las frases “captando su confianza” las palabras “mediante seducción o engaño”.

Por lo dicho estimamos que debe suprimirse el “estupro fraudulento”, toda vez que según nuestro criterio, el estupro tiene como elemento constitutivo la actividad fraudulenta del estuprador. Estamos de acuerdo en la agravación especial sugerida por la comisión la cual debe mantenerse en la redacción.

Abusos deshonestos.

1. Más técnica nos parece la denominación de “atentado contra el pudor” que la utilizada por la Comisión Centroamericana “abusos deshonestos”. El bien jurídico protegido es el pudor de la víctima. Además, en los términos en que está concebida la norma se hace referencia a la forma de la conducta del agente activo más que al bien que se pretende proteger. Por estas circunstancias sugerimos que se sustituya con la siguiente: “El que atentare contra el pudor de una persona, de uno o de otro sexo, sin intentar acceso carnal, sin violencias ni amenazas, será reprimido con prisión de... si la víctima fuere menor de catorce años”.

Deben por otra parte ser consideradas como circunstancias agravantes las siguientes:

- a) Si el hecho es ejecutado con violencia o amenaza en una persona mayor de catorce años.
- b) Si la víctima fuere menor de doce años, y
- c) Si el atentado al pudor fuere cometido en una persona que,

por cualquier causa, permanente o transitoria, se hallare privada de la razón.

Si concurrieren estas circunstancias, la pena se agravará en un tercio más que el máximo contemplado en el supuesto anterior.

Art. "El atentado existe desde el instante que hay principios de ejecución".

Rapto.

La Comisión en el Capítulo II del Proyecto presenta fórmulas para tificar el delito de "rapto" con sus modalidades de "propio" e "impropio", y ciertas circunstancias agravantes y atenuantes.

Estamos de acuerdo con los elementos constitutivos de este tipo delictivo, pero estimamos que para evitar errores de interpretación judicial al momento de aplicar la norma, más adecuado sería que se señalen concretamente las circunstancias de la infracción y los medios de los cuales se sirve el agente activo, como son la "violencia" tanto física como moral, ésta última que, comúnmente, se presenta como amenaza u otros artificios contra la víctima; y además, que se considere la edad de la raptada.

Por otra parte, la acción de sustraer, arrebatar o retener parece que en la fórmula presentada se refiere exclusivamente a la conducta del agente activo que persigue fines deshonestos, y no son pocos los casos en que éste se sirve de un tercero para sustraer, arrebatar o retener a la raptada, por lo que, nos permitimos opinar se agregue después de los términos "sustrajere o retuviere", la frase "o hecho sustraer, arrebatar o retener" por otro. Igualmente creemos que después del término "sustrajere" se agregue "arrebatare", aunque aparentemente sea una redundancia, pero pueden presentarse diferencias por sus significados.

En cuanto a las circunstancias agravantes y atenuantes, expresamos nuestra conformidad.

Delitos contra el pudor público.

En este capítulo el proyecto cataloga los delitos de "incesto", "ofensas al pudor" y "pornografía", considerando que los resultados de éstos constituyen atentados a la "moral pública", diríamos mejor a un orden moral socialmente aceptado, como una actitud de recato que puede ser alterada, cuando en forma notoria, pública, se mantengan relaciones sexuales entre parientes dentro de cierto grado civil de consanguinidad o de afinidad; cuando los actos de ofensa al pudor sean en público, o cuando mediante los diversos medios de publicidad y exhibición se dé a conocer escritos, folletos, grabados, etc., obscenos

Creemos que el bien jurídico que se quiere proteger es el relacionado con las buenas costumbres. por lo mismo, estos delitos deben adoptarse como denominación la de "delitos contra las buenas costumbres".

En cuanto a las fórmulas proyectadas sobre el "incesto" y las

ofensas al "pudor", opinamos en el sentido de que reúnen los suficientes elementos para tipificarlos. No así con respecto a la "pornografía". En cuanto a esta figura, somos de la opinión que sujetos activos pueden ser el "autor", "el impresor", "el distribuidor o expositor"; que los medios son diversos; esto es: escritos, folletos (genéricamente publicaciones), grabados, estampas, etc. y que siendo el bien lesionado las buenas costumbres, debería ensayarse uno o más tipos que comprendan todos los posibles casos, de acuerdo a los modernos medios de publicidad y difusión, o noticia.

Por otra parte, debe señalarse las excepciones que estarían eximidas de responsabilidad, como por ejemplo los casos en que se expresan figuras o hechos al natural sin perseguir actitudes lúbricas o deshonestas, o cuando estos hechos están destinados al estudio o a la difusión científica, y a la expresión artística.

Delitos relativos a la prostitución

El Capítulo IV del Proyecto se ocupa de aquellas figuras delictivas que se vinculan con la prostitución, al objeto de reprimir todas aquellas conductas que tienden a fomentarla y facilitarla, poniendo en peligro, particularmente, la conducta de los menores. Si aceptamos la tesis tradicionalista, hemos de convenir que la prostitución es un problema social de viejo origen y que persiste en todas las épocas y pueblos, y cuyos esfuerzos para abolirla han fracasado, muchas veces, en no pocos países en que se ha pretendido. Por esto, que, el camino más viable ha sido el de tratar de controlarla, procurando evitar el que pueda afectar a quienes por falta de experiencia y madurez, se inician y hacen profesión del comercio sexual. Marcada fue la época en que las medidas policiales y de profilaxis sanitaria se pusieran en práctica para controlarla; y aun, se incorporaron en los Códigos penales normas que aceptando el concepto de "lenocinio" ocupóse la Ley de exigir requisitos vinculados con la intervención de terceros que facilitan o inducen al comercio sexual con fines lucrativos. Es fundamento importante la actitud del sujeto activo del "lenocinio" descartando aún el concepto de "edad y honestidad de la prostituta"; pero al tratarse de menores que se encuentran en estado de peligro, deben considerarse indispensables estos dos últimos requisitos.

Por lo dicho, creemos que la figura o el tipo delictivo debe considerar los siguientes elementos: a) intervención de un tercero para favorecer o inducir a la realización de actos eróticos entre dos personas, sin distinguir las intenciones del sujeto activo ni las condiciones personales del pasivo; b) en este caso no debe exigirse honestidad ni juventud a quienes son prostitutas; y c) sin establecer como requisito la habitualidad o venalidad del intermediario.

Como circunstancia de agravación podrían sugerirse: a) la habitualidad e intereses de lucro del tercero; b) la edad del sujeto pasivo del acto erótico.

VIII

OBSERVACIONES DE LA COMISION MEXICANA (I SECCION) A LA PONENCIA DE LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE "DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL" (abril 1973)

La Comisión Mexicana considera adecuado el título propuesto por la Comisión Centroamericana, pero no concuerda con la definición del estupro, ni con la distinción que se hace entre rapto propio o impropio.

Tampoco se considera adecuado que se extinga la acción penal por violación, a resultas de un perdón presunto.

Consideramos igualmente que debe establecerse en forma expresa que la acción penal, en los casos de estupro y rapto, queda extinguida por el matrimonio.

IX

OBSERVACIONES DE LA COMISION MEXICANA (II) A LA PONENCIA REELABORADA POR LA COMISION CENTROAMERICANA SOBRE DELITOS CONTRA EL PUDOR Y LA LIBERTAD SEXUAL

Se propone modificar el rubro, sustituyéndolo por el de: "Delitos contra la incolumidad y libertad sexuales".

Artículo 1.º Se propone sustituir "acceso carnal" por el término "cópula" y sustituir la conjunción copulativa de la penalidad por la preposición "a".

1.º Se propone redactarlo en la siguiente forma: "Cuando se usare violencia física o moral".

Art. 2.º Párrafo segundo. Se propone la siguiente redacción: "Cuando los hechos previstos fueren perpetrados con abuso de autoridad, de confianza, de las relaciones domésticas o de parentesco entre el autor y la víctima".

Párrafo tercero. Se propone la substitución de adverbio "simultáneo" por el adjetivo "activo".

Art. 3.º Se propone la siguiente redacción: "El que tuviere cópula con mujer casta mayor de doce y menor de dieciséis años, aprovechando su inexperiencia, será penado con dos a seis años de prisión".

Art. 4.º Se propone sustituir "acceso carnal" por "cópula" y la conjunción copulativa de la penalidad, por la preposición "a".

Art. 6.º Se propone substituir el rubro por el de "atentados al pudor" y se propone la redacción siguiente:

"El que sin consentimiento de una persona púber o impúber o

con consentimiento de esta última ejecuta sobre su cuerpo un acto erótico sin el propósito directo de llegar a la cópula, concurriendo cualquiera de las circunstancias de la violación, será penado con uno a tres años de prisión”.

El párrafo segundo queda igual.

Art. 7.º Se propone suprimirlo.

Art. 11.º Debe desplazarse al título de “Delitos contra el orden familiar”. Véase cómo se exige una notoriedad en las relaciones sexuales para la punibilidad. En general, se comete en forma oculta y el bien fundamental sujeto a protección no es de orden sexual.

Arts. 12.º y 18.º Deben emplazarse en el rubro de “Delitos contra la moral pública y buenas costumbres” proponiéndose la denominación de “lenocinio” en lugar de “rufianería”.

Los artículos que no se comentan quedarán con la redacción del proyecto.

PONENCIA DE LA COMISION PERUANA SOBRE DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

I

CAPITULO I

FALSA DENUNCIA

Art. 1.º (Simulación de infracción). El que denunciare ante una autoridad competente una infracción penal a sabiendas de que no se ha cometido, o simulare la existencia de pruebas que puedan servir de motivo a un proceso penal, será reprimido con prisión no menor de seis meses ni mayor de dos años.

Si a consecuencia de la denuncia o de la simulación de pruebas resultare condena, la pena será de prisión no menor de un año ni mayor de seis.

Fuentes: P. Peco, 356; P. Soler, 319; C. Italiano, 367; C. Griego, 299; C. Suizo, 303; C. Peruano, 330.

Notas

a) Garantiza la intervención motivada de la actividad judicial, así como también su desarrollo normal. A diferencia de la calumnia (delitos contra el honor), en la simulación de infracción el sujeto no hace la imputación a persona determinada.

b) La frase "infracción penal" comprende, como es evidente, tanto a los delitos como a las faltas o contravenciones.

c) No interesa la forma de persecución procesal de la infracción simulada: puede ser de oficio, a instancia de la parte agraviada o por querrela.

d) La agravante se justifica. Si con la simulación de la infracción se perturba la normal actividad judicial y se pone en riesgo la seguridad civil, con la condena de una persona inocente (explicable por la falibilidad humana y la mayor eficacia de la simulación), se merma la estimación ciudadana hacia una administración de justicia que para subsistir como tal, necesita mantener incólume su prestigio.

e) Algunos códigos (como el italiano, art. 370) consideran circunstancia atenuante específica cuando la infracción simulada es una falta o contravención. Opinamos que es mejor dejar esta apreciación a criterio del juzgado, pues se presentan casos en los que con la simulación de una falta se pretende buscar sustento para privar del ejercicio de un derecho a la persona denunciada.

Art. 2.º (Autoacusación). El que ante autoridad judicial se imputare un delito que sabe que no ha cometido será reprimido con prisión no menor de seis meses ni mayor de cuatro años.

El juez podrá eximir de pena si el delito se perpetrare en interés de una persona que, por sus relaciones estrechas con el autoacusado, hacen excusable su conducta.

Fuente: P. Venezolano 1967, 398; P. Peco, 357; P. Soler, 321; C. Italiano, 369; C. Suizo, 304.

Notas

- a) Garantiza la eficiencia de la investigación judicial.
- b) La autoacusación, sabiendo el sujeto que no ha cometido el delito, puede hacerse por móviles egoístas o altruistas. En el primer caso (pago, promesa de recompensa, etc.) el autoacusado debe invariablemente ser sancionado. En la segunda hipótesis se deja al prudente criterio del juzgador imponer o eximir de pena.
- c) Hemos creído conveniente no precisar la naturaleza de las relaciones que pudieran ligar al autoacusado con la persona a quien pretende beneficiar con su actitud. Dichas relaciones pueden ser amigables, familiares, amorosas o de índole política. Es evidente que del grado de estrechez de las mismas depende la exención de pena o la aplicación de una penalidad atenuada.

CAPITULO II

FALSO TESTIMONIO

Art. 3.º (Falso testimonio). El testigo, perito, intérprete o traductor, que ante la autoridad competente, afirmare una falsedad, negare o callare la verdad, en todo o en parte, será reprimido con prisión no menor de un año ni mayor de cinco.

(Circunstancia calificativa de agravación). Si el falso testimonio sirvió para fundamentar una sentencia condenatoria, la pena será de prisión no menor de tres años ni mayor de diez.

(Circunstancia calificativa de agravación). Si el falso testimonio se prestare mediando soborno, la pena será prisión no menor de tres años ni mayor de diez.

Fuente: C. Peruano, 334; C. Argentino, 275, 276; C. Italiano, 372, 373 y 375; P. Peco, 359, 360; P. Soler, 317; P. Venezolano 1967, 399.

Notas

- a) Protege el normal funcionamiento de la actividad judicial.
- b) Preferimos decir "autoridad competente" en lugar de autoridad judicial que emplean algunas legislaciones. Esta preferencia se debe a que generalmente las investigaciones preliminares de muchos

delitos están a cargo de un cuerpo de policía que prepara peritajes con fines policiales para luego adjuntarlos al atestado que ponen a disposición de los jueces. Creemos que la sanción legal debe comprender también el falso testimonio que pudiera cometerse en el ámbito policial vinculado a la administración de justicia.

c) La agravación contenida en el segundo párrafo se explica por la magnitud del daño que se causa. Además de desvirtuar el sentido propio de la administración de justicia, se causa también un daño a la libertad.

d) La agravación contenida en el tercer párrafo es en razón a la manifiesta inobleza del motivo.

Art. 4.º (Soborno). El que ofreciere o prometiére dádivas o ventajas de cualquier clase a una de las personas a que se refiere el artículo anterior, para que cometa falso testimonio, será reprimido con prisión no menor de seis meses ni mayor de tres años.

Si se comete el falso testimonio se aplicará al instigador la pena señalada para su perpetración mediando soborno.

Fuente: C. Argentino, 276; C. Italiano, 377; P. Soler, 318.

Notas

a) Garantiza el normal funcionamiento de la actividad judicial.

b) El primer párrafo contempla el simple ofrecimiento o la promesa sin que el instigado la haya aceptado o en caso de aceptación, que no haya sido seguida de efecto.

c) En el segundo párrafo se prevé la hipótesis de que el falso testimonio haya sido cometido efectivamente por el sobornado. En este caso el instigador es autor del delito de falso testimonio, razón por la cual la pena aplicable es la misma que se establece en el tercer párrafo del proyectado art. 3.º.

CAPITULO III

ENCUBRIMIENTO

Art. 5.º (Favorecimiento personal y omisión de denuncia obligatoria). El que, después de haberse cometido un delito y sin que medie concierto anterior, ayudare a alguien a eludir la acción de la autoridad, u omitiere denunciar el hecho, estando obligado a hacerlo, será reprimido con prisión no menor de seis meses ni mayor de cinco años.

Fuente: P. Soler, 322; P. Peco, 363; P. Venezolano 1967, 411; C. Argentino, 277; 4.º y 6.º; C. Peruano, 331.

Notas

a) Protege la iniciación oportuna de la actividad judicial y su normal desarrollo.

b) La autonomía de la figura delictiva queda manifiesta con la exigencia de que no haya existido concierto de voluntades para encubrir, ajustado con anterioridad al delito. Si hay concierto previo el caso será de coparticipación en el delito de que se trate y no de encubrimiento.

c) La omisión de denunciar sólo se considera delito cuando el sujeto estuviese obligado a presentarla por razones que pueden ser inherentes a su función o a su profesión.

Art. 6.º (Favorecimiento real). El que, después de haberse cometido un delito y sin que medie concierto anterior, procurare o ayudare a otro a la desaparición, ocultación o alteración de las pruebas de su comisión, serán reprimido con prisión no menor de un mes ni mayor de dos años.

Fuente: P. Soler, 325; P. Peco, 364; C. Argentino, 277, 2.º; C. Italiano, 379; C. Peruano, 332.

Notas

a) y b) Iguales a sus correspondientes del artículo anterior.

c) El término "pruebas" está empleado en el sentido de huellas, indicios, señales, etc.

Art. 7.º (Casos de inculpabilidad). No se reputará culpable a quien encubriere a su ascendiente o descendiente, padre o hijo adoptivos, cónyuge, hermano u otro pariente próximo, o a su amigo íntimo o bienhechor.

Fuente: P. Venezolano, 1967, 414; P. Soler, 326; C. Argentino, 278, 279; C. Peruano, 331.

Notas

a) Entre dos males es lógico que el derecho prefiera el menor. Por conveniencia social se estima que en las hipótesis previstas no es exigible otra conducta y, por tanto, se prefiere sacrificar la normal administración de justicia a la observancia de ciertos sentimientos familiares y de gratitud elementales.

CAPITULO IV

QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA Y EVASION

Art. 8.º (Quebrantamiento de inhabilitación). El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta, será reprimido con prisión no menor de un mes ni mayor de un año y con multa de la renta de quince a noventa días.

Fuente: P. Soler, 330; P. Peco, 376; C. Uruguayo, 191, 192; C. Italiano, 389; P. Venezolano 1967, 416.

Notas

a) Protege la autoridad de la decisión judicial que impone pena de inhabilitación.

b) Algunas legislaciones (C. Peruano, 393 inc. 12.º) otorgan a esta infracción la categoría de falta. Por la facilidad con que puede ser quebrantada y para no hacer ilusoria su ejecución, estimamos necesario darle la categoría de delito.

Art. 9.º (Evasión). El que, hallándose formalmente detenido o condenado, se fugare haciendo uso de fuerza sobre las cosas, será reprimido con prisión no menor de un mes ni mayor de un año.

La pena será no menor de seis meses ni mayor de dos años de prisión si el detenido o condenado hiciere uso de violencias o amenazas contra las personas.

Fuente: P. Venezolano 1967, 419; P. Soler, 327; C. Argentino, 280; P. Peco, 372.

Notas

a) Protege la observancia o los actos de la autoridad que hace cumplir las penas impuestas o ejecuta detenciones precautorias.

b) Con la expresión “formalmente detenido” queremos indicar que la detención arbitraria, propia de un acto de prepotencia, está excluida de la protección legal.

c) Sólo constituye delito la evasión en la que se emplee fuerza en las cosas o violencia en las personas. Es impune la fuga sin esas circunstancias.

Art. 10.º (Evasión procurada o facilitada). El que de cualquier manera procurare o facilitare la evasión de algún detenido o condenado, será reprimido con prisión no menor de un mes ni mayor de tres años.

Si el autor fuere un funcionario o empleado público, la pena será de prisión no menor de un año ni mayor de cinco.

Fuente: P. Venezolano 1967, 420; P. Soler, 328; C. Argentino, 281; P. Peco, 374.

Notas

a) Protege la autoridad de la decisión judicial y la ejecución de medidas precautorias.

b) La expresión “procurar” significa suministrar los medios para la evasión que de otra manera no se hubiese efectuado. “Facilitar” significa favorecer.

Art. 11.º (Evasión por negligencia). El funcionario o empleado público que, por negligencia, diere lugar a la evasión de un detenido

o condenado, será reprimido con multa de la renta de treinta a doscientos días.

Fuente: P. Venezolano, 1967, 422; P. Soler, 329; C. Argentino, 281; P. Peco, 374.

Notas

a) Proteje la diligente ejecución de las penas privativas de la libertad y de las detenciones precautorias.

b) La inobservancia de las medidas de seguridad que prevén los reglamentos puede ser una de las formas de comisión de este delito.

II

OBSERVACIONES DE LA COMISION CHILENA A LA PONENCIA DE LA COMISION PERUANA SOBRE "DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA" (abril, 1974)

La Comisión Chilena estima que los delitos incluidos en la ponencia peruana pertenecen con propiedad a este capítulo y están en general bien concebidos y sistematizados. No obstante, cree que la ponencia peca por defecto, y que existen numerosas infracciones que atentan primariamente contra la administración de justicia y que no han sido consideradas por la Comisión ponente.

A juicio de la Comisión Chilena, este capítulo podría constar de los siguientes grupos de infracciones:

1. *Falsas denuncias o querellas.*

Quedarían aquí las siguientes figuras:

a) La *invención* mendaz de una acción delictiva que no ha existido (a semejanza de la que contempla el art. 1.º de la ponencia peruana.

b) La *acusación o denuncia falsa* incriminando a un tercero. Creemos preferible el uso de la expresión *falsa* más bien que *calumniosa*.

c) La *autoacusación falsa*, sin incluir en esta figura lo que sea sólo una confesión inculpativa falsa en proceso iniciado en otra forma.

Tanto en esta última figura como en la anterior, la punibilidad debe limitarse a los casos en que el delito imputado es más que una mera contravención.

2. *Falseamiento de elementos de prueba.*

Este rubro comprendería:

a) La *simulación de pruebas falsas* (indicios, huellas, rastros, objetos).

b) La *ocultación* o *alteración* y la *destrucción* de elementos *auténticos* de prueba. Esta penalidad se aplicaría siempre que el autor de este hecho no fuere a la vez autor del delito o copartícipe en él. Del mismo modo, se excluirían de su campo de aplicación los casos de encubrimiento, que se sancionarían en forma exclusiva conforme a las disposiciones sobre dicho delito.

c) La *sustracción*, *alteración* o *destrucción* de elementos de prueba *ya incorporados a un proceso* o expediente judicial, con las mismas limitaciones anteriores. Podrían considerarse hipótesis de distinta gravedad según si los elementos de prueba destruidos o sustraídos fueren o no reemplazables o reproducibles. La incriminación podría extenderse en general a la sustracción, alteración, ocultación o destrucción del expediente mismo o de piezas o partes de él.

d) *Falso testimonio*. En esta materia, la Comisión Chilena estima que debe extenderse el sujeto activo al perito y al intérprete, aunque se creara para tal efecto una figura separada, dadas las diferentes características de la actuación de tales personas (en el fondo, sin embargo, todas dan *testimonio* de algo). No se consideró propio contemplar aquí el delito de *perjurio*, aunque pudiera ser tratado en otro capítulo, ya que si no se incurre en él ante la autoridad judicial, el delito no sería contra la administración de justicia. Cree la Comisión Chilena igualmente que el delito debería ser sancionado aun cuando el falso testimonio se cometiere en proceso por contravenciones y no por delitos. Finalmente, es partidaria de abandonar el criterio talional de subordinar la penalidad del testigo falso a la penalidad que se impusiere al reo, o medirla en relación con ésta; el criterio mismo parece anticuado y además es muy difícil determinar en la práctica si el testimonio es simplemente falso o se ha prestado determinada e intencionadamente contra el reo, o la medida en que dicho testimonio ha tenido influencia causal en la sentencia condenatoria, etc. Es preferible fijar para la figura un marco penal amplio que permita en cada caso al juez apreciar estas circunstancias para imponer mayor o menor pena.

e) La *contumacia* en cuanto a la concurrencia a declarar o a prestar declaración, habiendo concurrido. La mayoría de la Comisión Chilena estimó que debería considerarse delictiva sólo la conducta del contumaz, que persistiera en resistirse a comparece o a declarar, como testigo, perito o intérprete, estando obligado a ello, después de ser apremiado con multas o arrestos sin resultado.

f) La *negativa a entregar* documentos, u otros objetos requeridos por la autoridad judicial como prueba durante una investigación. Se exceptuarían los casos en que la entrega resultaría autoincriminatoria o estaría excusada en virtud del secreto profesional.

g) La *falsedad en informes policiales* a la autoridad judicial. Se justificaría su consideración separada, ya que no se trata propiamente de testimonios y, por otra parte, distintas legislaciones les conceden una especial relevancia como medios de prueba.

3. *Prevaricación.*

Se incluirían aquí las siguientes hipótesis:

- a) *Dictar fallo* a sabiendas *contra ley* expresa y vigente.
- b) Recibir o exigir dádiva por dictar u omitir resoluciones. Aquí podría distinguirse, para los efectos de la penalidad, si la resolución se dicta o no en definitiva, y si ella es o no debida.
- c) *Ayudar a alguna de las partes* o procesados mediante revelación de secretos u otras infracciones de deberes.

4. *Encubrimiento.*

Se acepta la inclusión de las formas tradicionales, a saber:

- a) Encubrimiento *personal*. Debería comprenderse en él, o considerarse como figura punible separada, la *omisión de denuncia* por parte de quienes están obligados a denunciar.
- b) Encubrimiento *real* (que debe distinguirse de las hipótesis de "falseamiento de pruebas", referida *supra*, 2 b).
- c) *Receptación*. En ella debe distinguirse la *ocasional* de la *habitual*; para esta última sugerimos la aplicación adicional de una medida de seguridad.

Se acepta la exención de responsabilidad para el cónyuge, parientes próximos y personas ligadas por lazos muy estrechos de efecto o gratitud, debiendo delimitarse, en el caso del parentesco, los grados a que se extiende y, en todo caso, excluyendo de la excepción los casos en que el encubrimiento del pariente lleve envuelto lucro personal del encubridor.

5. *Evasión de detenidos y quebrantamiento de condena.*

En esta materia, estando concordes en la necesidad de contemplarla en el presente capítulo, los miembros de la Comisión Chilena tuvieron criterios muy dispares, lo que los mueve solamente a proponer se tomen en consideración, durante el debate, las siguientes cuestiones:

- a) Debe punirse al evadido (condenado o no) o solamente a quienes cooperen en la evasión. Para estos mismos efectos, ¿conviene distinguir entre el simple detenido (procesado) y el rematado (condenado)?
- b) Deben punirse todos los casos de evasión o sólo cuando se ha usado fuerza en las cosas, o violencia, o intimidación en las personas, o ambas cosas, o cualquiera de ellas. También aquí habría que distinguir entre el evadido y los terceros que cooperan.
- c) Se justifica una exención para el cónyuge, parientes, etc., igual que en el encubrimiento. ¿En la misma medida?
- d) ¿Debe contemplarse una figura culposa para sancionar al funcionario negligente?

6. *Denegación de auxilio.*

Se sancionaría aquí a los miembros de la administración pública que se negaron a prestar a la autoridad judicial el auxilio a que legalmente estuvieren obligados, para el cumplimiento de sus funciones o la ejecución de sus providencias o fallos.

7. *Patrocinio infiel del abogado.*

Comprendería las formas dolosas de doble patrocinio o representación, simultánea o sucesiva, abierta o disimulada; revelación de secretos del cliente; perjuicio causado dolosamente a éste por actuaciones profesionales; lo mismo por casos de abierta y grave negligencia. (Se considera aquí especialmente el papel del abogado como colaborador de la justicia, y que ésta padece de deficiencia si el abogado no cumple fielmente y a conciencia su tarea, aparte del perjuicio específico, material o moral, que reciba el cliente a consecuencias de ello).

8. *Presión o amenazas indebidas* para torcer la actuación de los jueces, jurados, testigos, peritos, intérpretes, litigantes, funcionarios auxiliares, abogados, etc. Puede distinguirse para graduar la pena según la gravedad de la presión o amenazas, según si el hechor consigue o no su propósito, etc.

La Comisión Chilena considera también digno de estudio el tema de la llamada "estafa procesal", que se encuentra en el linde entre los delitos contra el patrimonio y los que afectan a la administración de justicia.

Finalmente, se estimó adecuado considerar el *soborno* de funcionario o juez como una figura autónoma y no como simple coparticipación en el delito instigado a través de él.

III

OBSERVACIONES DE LA COMISION URUGUAYA A LA PONENCIA DE LA COMISION PERUANA SOBRE "DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA"

(Marzo, 1972)

Art. 1.º *Observaciones.* Proponemos en la redacción alterar los términos de la referencia subjetiva específica: "a sabiendas de que no se ha cometido" que tanto debe alcanzar a la denuncia como a la simulación de pruebas.

El término "autoridad competente", sin otra aclaración, no corresponde a la estricta naturaleza jurídica de un delito contra la Administración de Justicia.

Si se trata, de esa manera, de evitar la mediatez de la conducta canalizada por otras autoridades ajenas a la Administración de Jus-

ticia, será necesario aclarar que estas autoridades, a su vez, deben tener la obligación jurídica de denunciar. De otra manera, se podría llegar al extremo de castigar por un delito contra la Administración de Justicia sin agravio real a la Administración de Justicia. El artículo quedaría, con lo observado, así: "El que, a sabiendas de que no se ha cometido, denunciare un delito a la autoridad que sea competente para juzgarlo o que tenga la obligación jurídica de ponerlo en su conocimiento, o simulare la existencia de pruebas de modo que proceda un procedimiento penal para perseguirlo, será reprimido... Cambiamos la expresión un tanto vaga "que puedan servir de motivo a un proceso", por la más precisa y amplia "de modo que proceda la iniciación de un procedimiento penal". Es más precisa en cuanto aleja la posibilidad de cualquier motivación y es más amplia en cuanto no requiere el proceso específico, sino simplemente un procedimiento que puede no llegar a tal incluso por la ausencia de imputado conocido. La Administración de Justicia ha sido, en el caso, igualmente agraviada.

El aumento de penalidad del inciso propuesto en las agravantes es cuestión de política penal variable en los Códigos según sea el régimen legal adoptado para la fijación de la pena y las posibilidades prácticas de aplicación dado que en países como el nuestro la larga duración de los procesos no permitiría esperar la sentencia del que configuraría la agravante.

Art. 2.º Proponemos suprimir la expresión "que sabe". Quedaría: ("Autoacusación)". El que ante autoridad judicial se imputare un delito que no ha cometido...

La expresión "que sabe" es esencial para el dolo.

Convendría pensar en la posibilidad de ampliar la figura para el caso de autoimputación mediata, realizada ante autoridad no judicial pero, como en el caso del artículo anterior, jurídicamente obligada, a su vez, a denunciarla.

La exención del apartado final parece más adecuada para una excusa genérica fundada en el valor de los motivos o móviles.

Art. 3.º *Falso testimonio.*

Si se conserva la designación de falso testimonio deberá reservarse la figura a las hipótesis del mismo. No son iguales las características de un testimonio que las de un peritaje, interpretación o traducción. En el caso de las dos últimas no existe, en rigor, testimonio falso, pues sus respectivos originales son veraces y no se puede hablar de testimonio propiamente dicho en el peritaje. La unificación se produce únicamente a través de la mendacidad que es el elemento común apto para perjudicar la correcta administración de justicia.

Proponemos: Cambiar los términos "autoridad competente" por el de "autoridad judicial" a fin de mantener la correcta naturaleza jurídica de la figura y asimilar la responsabilidad de los peritos, intérpretes o traductores a la del falso testigo en otro artículo, siempre, como es natural, como actividad vinculada a la función de administrar justicia, dentro de ese Título.

La expresión "mediante soborno", del último apartado del artículo propuesto, puede llevar a confusiones por el uso de términos específicamente definidos con sentido propio.

Aceptaríamos como más eficaz la autoría por el mero hecho de la proposición seguida o no de aceptación por el destinatario.

Y, en general, los dos subtipos —primero y segundo apartado— caben como agravantes genéricos en los códigos que tienen alejados términos de penalidad. Si el margen judicial es amplio, las características de la agravación podrán caber en la pena básica de acuerdo a los calificantes de la entidad del daño o de la calidad del motivo.

Art. 5.º Proponemos ajustar los tiempos verbales "El que, después de haber sido cometido un delito, sin que haya mediado concierto con los partícipes...".

Proponemos la aclaración que contiene el Código Penal uruguayo pese a las objeciones que sobre su necesidad suelen formular, de prever en forma expresa "aunque fueran inimputables".

Proponemos determinar la referencia de la ayuda a los partícipes del delito que sirve de presupuesto mediante la expresión "los ayudare, de cualquier manera".. Superaríamos así la genérica expresión de "alguien" que contiene el proyecto.

Proponemos agregar en el último párrafo "por razones inherentes a su función o a su profesión".

Aceptamos la penalidad autónoma en este delito con abandono de la referencia a la penalidad del delito que sirve de presupuesto. La mayor o menor entidad de este último valdría como elemento mensurador de la responsabilidad dentro de los límites de una pena autónoma, tal como se propone. El artículo quedaría: "El que, después de haberse cometido un delito sin que haya mediado concierto anterior con sus partícipes —aunque fueran inimputables— los ayudare, de cualquier manera a eludir la acción de la justicia u omitiere denunciar el hecho cuando estuviere obligado a hacerlo por razones inherentes a su función o a su profesión será castigado con. .".

Artículo 6.º En este artículo y con fines aclaratorios proponemos la siguiente redacción: "El que, después de haberse cometido un delito, sin que haya mediado concierto anterior procurare o ayudare a otro a procurar la desaparición, ocultación o alteración de las pruebas de su comisión, será castigado..."

Vale la pena recordar, pues se vincula a este tema con numerosa y repetida actividad en los pueblos del Plata, la ventaja de adoptar disposiciones como las de los artículos 648 y 712 del Código penal italiano de 1931. Disposiciones similares que, lógicamente, deben ser colocadas entre los delitos de su misma naturaleza jurídica.

Artículo 7.º Más que como causa de inculpabilidad —cuyas condiciones se dan plenamente en la hipótesis— correspondería como lo hace el Código penal uruguayo establecer esta disposición como excusa absolutoria.

Artículo 8.º Sin observación participamos del fundamento expuesto, con la sugerencia de agregar la suspensión a la inhabilitación.

Artículo 9.º La expresión formalmente detenido o condenado no resulta aplicable a ciertas hipótesis.

Si bien es cierto que al decir "formalmente detenido" —que la exposición de motivos aclara como término excluyente de la detención arbitraria, podría abarcar las circunstancias en las que el preso no padece encerramiento, aunque sea por breves momentos. Tal es el caso de quienes huyan de un coche celular mientras son conducidos al juzgado, por ejemplo.

El carácter de condenado es compatible con la vida en libertad cuando se ha logrado ese beneficio condicional o anticipadamente.

Proponemos la expresión del Código penal uruguayo "legalmente preso o detenido".

Aceptamos el tenor del apartado final del artículo.

Artículo 10.º El término "condenado" está empleado en este artículo como si comportara la pérdida de la libertad de movimientos del sujeto.

Sugerimos decir "preso o detenido".

En el apartado final se puede evitar la distinción entre empleado y funcionario para aquellos códigos que no la tienen.

Artículo 11.º Entendemos que sería mejor generalizar los casos de culpa sin limitarlos a la sola negligencia y, por las mismas razones expuestas antes, suprimir la especificación "empleado o funcionario".

Para los países que tienen pena de destierro se omite sancionar su quebrantamiento.

IV

OBSERVACIONES DE LA COMISION ARGENTINA (I SECCION), AL PROYECTO DE LA COMISION PERUANA SOBRE "DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA" (noviembre, 1971)

No creemos posible elaborar los límites y el contenido de este título sin dilucidar previamente cómo y por qué se diferencia del consagrado a los delitos contra la administración de justicia. La separación a ultranza entre "Jurisdicción" y "Administración" no siempre es nítida ni convincente, sobre todo en la sistemática de la parte especial.

Por eso se advierte, en el trabajo de la Comisión Boliviana sobre estos últimos delitos, que se incluye lo que denomina "falso testimonio perjudicial a la justicia".

En cuanto a la llamada "falsa denuncia" (simulación de infracción y autoacusación), también se hace necesario resolver acerca del criterio distintivo con la calumnia, entendida como delito contra el honor. En el Código penal italiano, como se sabe, la cuestión se decide destinando tres artículos (367, 368 y 369), respectivamente, a la "simulazione di reato", a la "calunnia" y a la "autocalunnia", dentro del título "delitos contra la administración de justicia". En cambio, el Código pena

argentino y otros latinoamericanos obedecen a criterios distintos. Compárense, por ejemplo, los artículos 109, 276 bis y 276 ter del Código penal argentino (redacción actual, emergente de la ley de reformas núm. 17.567).

Observamos, pues, los artículos 1.º y 2.º del proyecto de la Comisión Peruana. En el sistema italiano, además, cuando la simulación de "infracción" recae sobre una contravención, la pena se atenúa. En otros términos: de ningún modo se equipara la simulación de "infracción" consistente en simular una falta, con la simulación de *delito*.

El art. 3.º (falso testimonio) no aclara que la falsedad debe recaer, precisamente, en el testimonio, informe, interpretación o traducción que el autor presta ante la autoridad competente. No se trata de algo obvio o redundante, sino que hace a la esencia misma del delito.

En cuanto al encubrimiento, si bien se han previsto las modalidades referentes al favorecimiento personal y real, aparece omitida la receptación. Tal vez obedezca la omisión a haberse seguido, una vez más, el sistema italiano, en el que la receptación emigra el título de los delitos contra el patrimonio (art. 648).

Creemos que este último temperamento es inadecuado, y, por tanto, habría que completar las hipótesis de encubrimiento extendiéndolas a la receptación de cosas o bienes procedentes del delito.

Falta, por último, incluir las disposiciones concernientes a la *denegación o retardo de justicia* y al *prevaricato* del juez —y de otros órganos jurisdiccionales y funcionarios judiciales—, del abogado y del mandatario judicial.

En síntesis, tal vez el contenido de este título podría distribuirse del modo siguiente:

Delitos contra la administración de justicia y los medios de prueba.

a) Negativa a declarar.

b) Violación de sellos puestos por la autoridad para identificar o preservar cosas, clausurar locales, etc.

c) Destrucción, ocultamiento o inutilización de objetos destinados a servir de prueba, de registros o documentos confiados a custodia; engaño procesal.

d) Denegación o retardo de justicia.

e) Prevaricato.

f) Denuncias y testimonios falsos.

g) Encubrimiento.

h) Quebrantamiento de condena y evasión.

V

·OBSERVACIONES DE LA PRIMERA COMISION MEXICANA
 AL PROYECTO DE LA COMISION PERUANA SOBRE DELI-
 TOS EN CONTRA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA
 (abril, 1972)

La Comisión Mexicana está, en lo general, de acuerdo con el proyecto presentado por la Comisión Peruana sobre los delitos cometidos en contra de la administración de justicia.

Sin embargo, observamos que en el artículo 1.º se omite el supuesto de que la persona a quien se le imputa el delito, sea inocente, y aun cuando se emplea, como en el Código italiano, la palabra simulación, consideramos más conveniente la redacción del artículo sobre falsa denuncia, en los siguientes términos:

“Al que presente denuncias o querellas ante la autoridad competente, a sabiendas de que la persona en contra de quien se presentó es inocente, o el hecho denunciado no se ha cometido, se le aplicará sanción de...

Igual sanción se aplicará al que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre su persona, en su caso o en otro lugar adecuado para este fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad.

En el caso de las dos últimas fracciones, si el indiciado es condenado por sentencia irrevocable, se impondrá el autor de la falsa denuncia o querrella, la misma sanción que se impuso a aquél”.

La Comisión Mexicana considera también, que debe meditarse en relación al artículo 2.º, porque la autoacusación, o bien es producto de un sentimiento de culpa, una maniobra para evitar salir del país, o por razones que se apuntan en la parte final del artículo 2.º, del Código penal, en cuyo caso es excusable la conducta de quien se autoacusó.

Considera la Comisión Mexicana que en los delitos contra la administración de justicia, debe ser sancionada la simulación de los juicios civiles.

En cuanto al soborno, entendemos que no debe limitarse a las personas que imparten justicia y, en consecuencia, no debe estar ubicado dentro del Título propuesto por la Comisión Peruana.

Tampoco se hace mención en el Título que estamos considerando, sobre el fraude procesal, y por cuanto al encubrimiento, estamos de acuerdo con las observaciones de la Comisión Argentina, Sección I, respecto a la omisión de la receptación.

Entendemos así mismo, con la Comisión Argentina, que no se considera dentro de este Título, el prevaricato, ni el abandono de la defensa de un procesado o de la dirección o patrocinio de un asunto civil o administrativo, sin causa o motivo justificado, o la interposición

de recursos manifiestamente improcedentes o el procurar de cualquiera otra manera dilaciones que sean notoriamente ilegales.

VI

OBSERVACIONES DE LA COMISION VENEZOLANA A LA PONENCIA DE LA COMISION PERUANA SOBRE "DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA"

Art. 1.º El artículo 1.º del Proyecto de la Comisión peruana debe mantenerse como configurativo del delito de simulación de hechos punibles. No obstante, pensamos resultaría preferible sustituir el término "denunciare" por "afirmare", que es más genérico.

Proponemos estructurar en texto separado el delito de calumnia, denominándolo así y no falsa denuncia. La redacción de esta disposición podría ser la siguiente:

"El que, mediante cualquiera de los modos de proceder y ante la autoridad judicial competente para la instrucción del sumario, imputare a alguna persona una determinada infracción punible, a sabiendas de que es inocente, o simulare contra élla la existencia de pruebas materiales, será reprimido...".

Si como consecuencia de tal procedimiento resultare la condena de la persona inocente la incriminación será...".

En esta forma se conseguiría una ampliación de la acción delictiva comprensiva de la conducta de quien por denuncia, por acusación o por simple requerimiento, haya excitado la actividad judicial. Por otra parte, no vemos razón valedera alguna para limitar la existencia de la calumnia a los casos de delitos de acción pública solamente, sino que debe comprenderse en ella tanto los delitos como las faltas y los delitos de acción pública como los de acción privada.

Nos parece conveniente mantener, entre los delitos contra la administración de justicia, tanto a la calumnia, como la simulación de infracción "autoacusación" que nosotros preferimos llamar "autocalumnia", siguiendo en esta materia el modelo italiano, aparte de incluir, entre los delitos contra las personas, el de difamación e injuria.

Art. 2.º En relación al artículo 2.º del Proyecto proponemos la supresión de la expresión "que sabe", como lo apunta la Comisión uruguaya, por cuanto ello comporta la inclusión innecesaria de un elemento subjetivo. Podría también sustituirse el término "imputare" del Proyecto, por el de "atribuyere", para no repetir una expresión utilizada con frecuencia en los demás artículos del mismo Capítulo. Consideramos conveniente, a los fines de mayor precisión, agregarle la frase "y ello diere lugar al inicio de una averiguación penal". De consiguiente, la disposición podría quedar redactada así:

"El que ante autoridad judicial se atribuyere un delito que no ha cometido y ello diere lugar al inicio de una averiguación penal, será reprimido...".

Art. 3.º En el artículo 3.º del Proyecto, relativo al falso testimonio, proponemos sustituir en el encabezamiento la expresión "autoridad competente" por la de "en ejercicio de su ministerio". En el primer aparte del mismo artículo sustituir la expresión "el falso testimonio" por la de "si la declaración, informa, traducción o interpretación falsos sirvieron..." y en el último aparte sustituir "el falso testimonio" por la siguiente frase: "si la falsedad a que se alude anteriormente se prestare mediante soborno...". Por lo que el texto del artículo 3.º quedaría así:

"El testigo, perito, intérprete o traductor que, en ejercicio de su ministerio afirmare una falsedad, negare o callare la verdad, en todo o en parte, será reprimido con prisión no menor de un año ni mayor de cinco".

"Si la declaración, informe, traducción o interpretación falsos sirvieron para fundamentar una sentencia condenatoria la incriminación será de prisión no menor de tres años ni mayor de diez".

"Si la falsedad a que se alude anteriormente se prestare mediante soborno, la represión será de prisión no menor de tres años ni mayor de diez".

En esta forma pensamos se logra una mayor precisión en los conceptos a la vez que se extiende en los apartes del texto comentado la incriminación no solamente al testigo, sino a los expertos, etc.

Art. 4.º En el artículo 4.º del Proyecto proponemos reemplazar la frase "para que cometa falso testimonio" por "con miras a lograr una afirmación contraria a la verdad en el cumplimiento de sus deberes".

Y en el único aparte del artículo proponemos la siguiente redacción:

"Si el ofrecimiento o promesa fuere aceptado se le aplicará al instigador la misma incriminación prevista para el autor del soborno."

En resumen, el texto del artículo podría quedar redactado así:

"El que ofreciere o prometiére dádivas o ventajas de cualquier clase a alguna de las personas a que se refiere el artículo anterior, con miras a lograr una afirmación contraria a la verdad en el cumplimiento de sus deberes, será reprimido con prisión no menor de seis meses ni mayor de tres años."

"Si el ofrecimiento o promesa fuere aceptado se le aplicará al instigador la misma incriminación prevista para el autor del soborno."

Pensamos que en esta forma se logra mayor precisión y claridad en el texto en referencia.

Art. 7.º El artículo 7.º del Proyecto, referente al encubrimiento de parientes, nos parece más apropiado mantener la excusa absolutoria, antes que una causa de inculpabilidad, como aparece del Proyecto. En este sentido proponemos que, en lugar de decirse "no se reputare culpable", se establezca la redacción "no es punible".

Art. 9.º En el artículo 9.º del Proyecto peruano, relativo a la evasión, proponemos sustituir la expresión "formalmente detenido", por la de "legalmente detenido". Así se adecuaría el texto, con mayor

propiedad, si se quiere, a lo expresado en la letra b) de las notas de los proyectistas.

Art. 11.º En el artículo 11.º se contempla la evasión por negligencia. Proponemos que el tipo se amplíe hasta comprender todas las formas del delito culposo. Por consiguiente, somos partidarios de utilizar una expresión genérica, cual sería sustituir la expresión “por negligencia”, por la de “culposamente”.

En el mismo artículo 11.º, *in fine*, el proyectista adopta el sistema sueco de “días multa”. De aceptarse este sistema sería conveniente tenerlo presente en la redacción de todas las figuras del elenco delictivo, donde resulte apropiado.

Considera la Comisión venezolana incorporar en este Título algunos delitos tradicionalmente establecidos en los códigos penales de los países latino-americanos y en otras legislaciones, y que omite el Proyecto peruano, tales como la prevaricación, la prohibición de hacerse justicia por sí mismo, la negativa a servicios legalmente debidos, el retardo perjudicial e incorporar, igualmente, y esto ante la incidencia del automovilismo culposo y sin perjuicio de la inclusión en otros títulos de nuevos delitos atinentes a la circulación, la figura delictiva llamada “fuga del lugar del accidente”, contemplada en el Proyecto Soler (art. 331).

Los delitos antes referidos podrían, en concepto de esta Comisión, estar concebidos en la siguiente forma:

Prevaricación.

“El abogado o mandatario judicial que representare partes contrarias en un mismo juicio o que de cualquier forma perjudicare deliberadamente la causa cuyo patrocinio le estuviere confiada, será inculminado con prisión de cuarenta y cinco días a quince meses y suspensión del ejercicio de su profesión, por tiempo igual al de la condena.”

Prohibición de hacerse justicia por sí mismo.

“El que con el objeto de ejercer un pretendido derecho se hiciere justicia por sí mismo, haciendo uso de violencia sobre las cosas, cuando podía haber recurrido a la autoridad competente, será inculminado con multa no mayor de treinta días.”

“Si el culpable se valiere de amenazas o violencias contra las personas, aunque no haya empleado violencias sobre las cosas, será reprimido con prisión de uno a seis meses o multa de sesenta días.”

“Si la violencia se ha ejercido con armas será reprimido con el duplo de la pena establecida.”

“Y si resultare perpetrado una lesión corporal o algún otro delito la inculminación será la correspondiente a estos hechos punibles.”

Negativa a servicios legalmente debidos.

“El que citado por la autoridad en calidad de testigo, perito, intérprete, traductor, médico, se abstuviere de comparecer, sin causa

justificada alguna, o que hallándose presente rehusare prestar su concurso con tal carácter a la administración de justicia, será reprimido con multa no mayor de sesenta días."

Retardo perjudicial.

"El juez o funcionario judicial que, maliciosa y perjudicialmente, retardare el debido proceso o dejare de sentenciar después de haber sido requerido por cualquiera de las partes y de vencidos los términos legales, será reprimido con multa no menor de treinta días."

Fuga del lugar del accidente.

"El conductor de un vehículo que, después de una colisión donde resultaren daños de alguna consideración o de haber atropellado a una persona, se fugare del lugar del accidente será reprimido con multa no menor de cinco días ni mayor de veinte."

"Si el fugado fuere el autor de la lesión o muerte de la persona arrollada será incriminado además con la represión correspondiente al respectivo delito."

VII

OBSERVACIONES DE LA COMISION ARGENTINA (II SECCION) A LA PONENCIA DE LA COMISION PERUANA SOBRE "DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA" (julio, 1976)

En el Capítulo I se propone el reemplazo del elemento subjetivo "a sabiendas de que no se ha cometido" por "falsamente" adverbio que se concilia con la naturaleza de la protección penal y con el significado de la figura. Si el agente no sabe que el delito no se cometió y cree lo contrario, actuando en virtud de tal convicción, su conducta estará carente de dolo.

En cuanto a la autoacusación es innecesario incluir la exigencia de que el agente "sepa" que el delito no se ha cometido, pues el conocimiento de ello constituye el dolo con que debe actuar.

Consideramos que en el caso de la eximente de pena es preferible enumerar, como se hace en el encubrimiento a las personas comprendidas para evitar que una fórmula amplia como la empleada en el texto proyectado: "relaciones estrechas" pueda dar lugar a que se aparen ten situaciones inexistentes por motivaciones viles, como pueden serlo el precio o la recompensa. Y no debe olvidarse que el fundamento de estas eximentes —excusas absolutorias según cierto sector de la doctrina— se fundan en razones de política criminal y toman en cuenta auténticos afectos que normalmente existen en los seres humanos. Sugerimos que el supuesto de la máxima amplitud sea el caso del

“amigo íntimo” o “bienhechor”. Quedaría así incluido el concubino. Es menester incorporar la denuncia calumniosa.

En el Capítulo II proponemos la supresión de la parte final del artículo 4.º, pues el instigador merece la pena del autor principal, conforme a los preceptos de la participación criminal, siendo innecesario repetirlo en este caso concreto.

En el Capítulo III entendemos que debe remplazarse la expresión “concierto”, usada en los artículos 5.º y 6.º por “promesa” que es más amplia y clara para excluir el supuesto del caso de complicidad.

Asimismo, en el artículo 6.º debe contemplarse la posibilidad de que la ocultación o alteración de prueba sea parcial, lo que puede lograrse suprimiendo el artículo “las”.

En el caso previsto por el artículo 7.º “in fine” es el de una eximente de pena o excusa absoluta, no el de una causa de inculpabilidad. Por ello se propone que el comienzo del texto rece: Está exento de pena...

Se propone en la enumeración que se suprima el supuesto de “otro pariente próximo” por la imprecisión que contiene como así también la enorme amplitud que otorga a la eximente. Si el pariente tiene intensa relación con el autor del delito a quien encubre, será amparado por el caso del “amigo íntimo” y si no tiene esa relación, la eximente habrá perdido el significado que es su “ratio legis”.

En el Capítulo IV entendemos que no debe reprimirse con una pena mayor a quien emplea violencia o amenaza en las personas, sino que se trata de un medio semejante a la fuerza en las cosas dentro de la estructura de la conducta incriminada.

En el artículo 10.º entendemos que el precepto sólo se aplica a quien facilita la *fuga*, es decir, el cese del enclaustramiento por parte del detenido, pero sin fuerza ni violencia, conducta impune, lo que debe designarse con esa palabra “fuga” y no “evasión” que es el nombre de la actividad incriminada por el artículo anterior. Quien facilite esta última está sujeto a los principios generales de la participación criminal y ello no debe ser materia de una previsión especial en el caso.

Proponemos, por fin, que en un sólo artículo, independiente, se prevea el caso del funcionario público como tipo especial contemplando los supuestos de la conducta dolosa y de la conducta culposa con sus respectivas escalas penales.

Ley italiana de delitos monetarios *

(Parte Penal)

L. 30 abril 1976, N. 159 (G. U. 4 mayo 1976, n. 116)

CONVERSION EN LEY, CON MODIFICACIONES, DEL DECRETO-LEY 4 MARZO 1976, N. 31, CONTENIENDO DISPOSICIONES PENALES EN MATERIA DE INFRACCIONES MONETARIAS (1)

La Cámara de diputados y el Senado de la República han aprobado:

El Presidente de la República promulga la siguiente Ley:

ART. 1

El Decreto-ley 4 marzo 1976, n. 31, conteniendo disposiciones penales en materia de infracciones monetarias, se convierte en Ley con (las siguientes) modificaciones:

Art. 1. El que, sin la autorización prevista en materia monetaria, *o con autorización indebidamente obtenida*, exporta de cualquier modo fuera del territorio del Estado moneda nacional o extranjera, acciones u obligaciones, títulos de crédito, u otros medios de pago, será penado con la multa de la mitad al triplo del valor de los bienes exportados.

El que constituye fuera del territorio del Estado, en beneficio propio o de otro, disponibilidad monetaria o activo de cualquier género sin la autorización prevista en las normas dictadas en materia monetaria, *o con autorización indebidamente obtenida* será penado con la multa de la mitad al triplo del valor de la disponibilidad monetaria o activo ilícitamente creado.

El que, en violación de las normas monetarias, no cede en treinta días al «Ufficio italiano dei cambi» las divisas de cualquier modo adquiridas o retenidas en el territorio nacional, será penado con la sanción prevista en el apartado precedente.

En los casos previstos en los apartados anteriores, si el valor de los bienes, de la disponibilidad o del activo supera en conjunto cinco millones de liras, la pena será la de reclusión de uno a seis años y la de multa del doble al cuádruplo del valor referido.

La pena se agrava si el número de las personas *que han participado en el delito* es de tres o más, o *si en el delito han participado* administradores o empleados de empresa o institutos de crédito.

(*) Traducción de Miguel Bajo Fernández.

(1) Las modificaciones aparecen en cursiva.

La pena se agrava hasta el doble si por el daño que se pudiera ocasionar a la economía nacional, el hecho asume caracteres de particular gravedad.

En el caso de condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 240, apartado segundo del Código penal, se impone siempre la confiscación de las cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito y de las cosas que, sin ser el objeto de éste, son su producto o beneficio.

En los casos previstos en el presente artículo, el delito intentado se equipara a todos los efectos al consumado.

Si el valor de los bienes, de la disponibilidad o del activo constituidos en el extranjero o de las divisas no cedidas al «Ufficio italiano dei cambi» no supera las cincuenta mil liras, no son aplicables las disposiciones de los apartados precedentes y el hecho será penado con las sanciones administrativas previstas en las disposiciones vigentes.

Art. 2. Las disposiciones de los artículos 196 y 197 del Código penal se aplicarán también a las multas impuestas por los delitos previstos en el presente Decreto.

Art. 3. Fuera de los casos de concurso, en los delitos del anterior Art. 1, el administrador, empleado de empresa o de instituto de crédito que en el ejercicio de sus funciones viola disposiciones concernientes a la regulación monetaria de operaciones comerciales o financieras con el exterior, será penado con la multa ([ammenda]) de 100.000 liras a un millón, *con tal que la acción u omisión haya favorecido la comisión de uno de los delitos previstos en el artículo 1.*

Si el hecho es particularmente grave, la pena será de arresto de seis meses a un año y multa ([ammenda]) de un millón a veinte millones de liras.

En el caso de violaciones del artículo 1 o del presente artículo, el expediente debe ser enviado también a la «Banca d'Italia» y al «Ministero del tesoro». La «Banca d'Italia» puede suspender o revocar la concesión de ejercitar sus funciones a la banca agente o a una o más de sus agencias. El ministro del tesoro como presidente del Comité interministerial del crédito y del ahorro, tiene la facultad de disponer directamente la suspensión o revocación, si no ha sido dispuesto por la «Banca d'Italia», en el término de dos meses desde la fecha del expediente.

El que en los formularios o documentos necesarios para obtener la autorización relativos a la regulación monetaria de operaciones comerciales o financieras con el exterior, no declara la verdad o declara falsedad, será penado, cuando el hecho no constituya un delito más grave, con la multa ([ammenda]) de cien mil liras a un millón.

Si el hecho es particularmente grave, la pena será de arresto de seis meses a un año y multa ([ammenda]) de un millón a veinte millones de liras.

[El resto de preceptos se refieren a cuestiones procedimentales.]

SECCION LEGISLATIVA

REAL DECRETO 2783/1976, DE 15 DE OCTUBRE, SOBRE CONSERVACION Y DESTINO DE PIEZAS DE CONVICCION

(“B. O. E.”, 8 diciembre de 1976.)

La custodia y conservación de las piezas de convicción que los Jueces instructores han de intervenir y retener al conocer de hechos de carácter delictivo, plantean problemas de suma gravedad, derivados del gran número de dichas piezas que actualmente existen ocupadas por los distintos órganos jurisdiccionales, lo que obliga, para evitar su destrucción, a disponer de locales adecuados no siempre a disposición del organismo judicial competente. Ello aconseja, en principio, la creación de depósitos judiciales únicos en Madrid y Barcelona, sin perjuicio del ulterior establecimiento en otras capitales.

La aplicación de las normas vigentes en la materia, constituidas por los artículos trescientos treinta y cuatro al trescientos treinta y ocho, seiscientos veinte, seiscientos veintidós, seiscientos veintiséis, seiscientos veintinueve, seiscientos treinta y uno, seiscientos treinta y cuatro, seiscientos treinta y cinco, seiscientos cincuenta y cuatro, seiscientos ochenta y ocho, ochocientos veintidós y ochocientos cuarenta y cuatro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Orden de diez de diciembre de mil novecientos treinta y tres y Reglamento de Armas y Explosivos de veintisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, entre otras, han puesto de manifiesto su insuficiencia ante la enorme cantidad de objetos intervenidos de procedencia desconocida, o que siendo conocida no fueron reclamados en ningún momento por sus propietarios legítimos, por lo que se hace preciso, sin derogar aquellas normas, dictar una disposición legal complementaria encaminada a dar oportuna solución a los referidos problemas y lograr, de una parte, el aprovechamiento de muchas de dichas piezas, y de otra, evitar su deterioro o su total desaparición innegablemente presumibles con el transcurso del tiempo.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día quince de octubre de mil novecientos setenta y seis.

D I S P O N G O :

Artículo 1.º En los Decanatos de los Juzgados de Primera Instancia y los de Instrucción de Madrid y Barcelona, se organizará un Depósito judicial con el fin de conservar, de modo unificado, los objetos intervenidos en causas criminales y los efectos de delito de todos los Juzgados de la capital, dotándose a este servicio de personal auxiliar suficiente.

Los distintos Juzgados de Instrucción de las capitales expresadas, remitirán todos los objetos referidos a dicho Depósito Judicial, de cuya oficina recibirán el resguardo correspondiente para su unión a los autos.

Se faculta al Ministerio de Justicia, cuando las circunstancias lo hagan necesario o conveniente, para la creación de Depósitos Judiciales en otras capitales de provincia.

Art. 2.º La conservación y destino de los objetos que, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos trescientos treinta y cuatro y trescientos treinta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hayan sido intervenidos por los Jueces de Instrucción en las causas sometidas a su conocimiento, así como los efectos de delitos que hayan sido puestos a su disposición, se regirán por las normas que a continuación se expresan:

1.ª Los efectos de delito podrán depositarse con carácter provisional, en poder de su propietario, si fuere conocido, con observancia por parte de éste de las obligaciones que establecen el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil para el secuestro judicial. Los que no fueron depositados y los intervenidos, se custodiarán en los Depósitos Judiciales que se organizan por este Real Decreto.

2.ª Concluido el procedimiento a que estén afectos los objetos a que se refiere el número anterior, se les dará el destino que se haya determinado en la sentencia o el que estuviere señalado por la Ley.

3.ª Los objetos y efectos ocupados al delincuente, que sean de su propiedad, distintos de los que se expresan en los apartados A y B de la regla siguiente, podrán ser objeto de embargo durante el procedimiento para cubrir con su importe el de las responsabilidades pecuniarias derivadas de la causa.

4.ª Si no existiere norma legal que imponga un destino determinado, ni tampoco se hubiese dispuesto en la sentencia cosa alguna sobre él, se observarán las reglas siguientes:

A) Las piezas de convicción consistentes en armas blancas, objetos contundentes, ganzúas, llaves falsas y otros objetos semejantes, pasarán al Museo Criminal si tuvieran interés criminológico, en caso contrario se inutilizarán.

B) Las armas de fuego y los objetos de ilícito comercio que hubieran sido intervenidos, sean propiedad del delincuente o de un tercero, recibirán el destino que determinen los respectivos Reglamentos, según su naturaleza.

C) Los demás objetos, sin perjuicio de lo establecido en la regla tercera, se devolverán a su propietario. Si éste no fuere conocido, se ignore su paradero o no compareciere para hacerse cargo de los mismos después de emplazado al efecto, se procederá en la forma que se prescribe en el artículo cuarto.

Art. 3.º A las piezas de convicción y efectos del delito que, por disposición legal, deban conservarse en depósito no obstante el sobreseimiento de la causa o la declaración de rebeldía, se les dará el destino que corresponda conforme a lo establecido en las normas segunda y cuarta del artículo segundo del presente Real Decreto, una vez que haya transcurrido el plazo prevenido para el expurgo de las causas criminales.

Art. 4.º Los objetos de lícito comercio que no tengan propietario co-

nocido y los que teniéndolo no hayan sido retirados por sus propietarios previamente citados a tal fin, serán vendidos en pública subasta una vez transcurridos dos y tres años, respectivamente, a contar de la fecha de la ocupación o del llamamiento al interesado, ingresándose su importe en el Tesoro, previa detracción de costas judiciales si procediere, a no ser que carecieren de valor, en cuyo caso, acreditada su inutilidad y oído el Ministerio Fiscal, se destruirán.

Art. 5.º Si los objetos o artículos ocupados o intervenidos fuesen perecederos, o de los que sufrieren notable depreciación por el transcurso del tiempo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa, oído el Ministerio Fiscal, podrá ordenar su venta en pública subasta, ingresándose su precio en la Caja General de Depósitos a resultas de lo que en definitiva se acordare en la sentencia.

Art. 6.º Por el Ministerio de Justicia se dictarán las normas que sean precisas para el desarrollo y cumplimiento de cuanto en este Real Decreto se dispone y por el de Hacienda se habilitarán los créditos necesarios para la puesta en funcionamiento de los Depósitos Judiciales de Piezas de convicción que se crean.

DISPOSICION TRANSITORIA

Las normas de este Real Decreto se aplicarán a los efectos y objetos actualmente depositados o intervenidos en los distintos Juzgados, procediéndose a darles el destino que corresponda si hubieren transcurrido los plazos señalados en los distintos supuestos.

REAL DECRETO-LEY 24/1976, DE 26 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE PRORROGA EL PLAZO PARA LA ARTICULACION DE LA LEY 42/1974, DE 28 DE NOVIEMBRE, DE BASES, ORGANICA DE LA JUSTICIA

(“B. O. E.”, de 27 de noviembre)

El artículo 1.º de la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, concedió el plazo de un año para que el Gobierno sometiera a la sanción del Jefe del Estado el texto articulado de la Ley Orgánica de la Justicia, plazo que fue prorrogado hasta 28 de noviembre de 1976 por el Decreto-ley 14/1975, de 17 de noviembre.

Formulada moción por la Comisión General de Codificación exponiendo las dificultades existentes para el desarrollo actual de la citada Ley de Bases y la eventual necesidad de proceder a la revisión de alguno de sus extremos, resulta aconsejable establecer una nueva prórroga de aquel plazo.

Sin embargo, la existencia de las propias Bases de preceptos no afectados por aquellas consideraciones, hace conveniente prever la posibilidad de un desarrollo parcial e incluso la inmediata vigencia de preceptos que tienen el contenido propio de una norma y no requieren por ello ulterior desarrollo.

En su virtud, a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día 26 de noviembre de 1976, en uso de la autorización que me confiere la Ley Constitutiva de las Cortes, textos refundidos de las Leyes Fundamentales del Reino, aprobados por Decreto de 20 de abril de 1967, y oída la Comisión a que se refiere el apartado 1 del artículo 12 de la citada Ley,

D I S P O N G O :

Artículo 1.º Se prorroga hasta 28 de noviembre de 1977 el plazo señalado en el artículo 1.º de la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases, Orgánica de la Justicia, que fue prorrogado por Decreto-ley 14/1975, de 17 de noviembre, y se autoriza al Gobierno para que someta a la sanción del Jefe del Estado las disposiciones que articulen parcialmente los extremos contenidos en aquellas Bases cuya aplicación anticipada se estime de urgente necesidad, sin perjuicio de la ulterior refundición de un solo texto articulado definitivo y completo.

Art. 2.º En el día de la publicación del presente Real Decreto-ley entrará en vigor lo establecido en el párrafo 1.º del número 32 de la base 9.ª, el número 61 de la base undécima y los números 68 y 69 de la base 13.ª de la Ley 42/1974, de 28 de noviembre (*).

Art. 3.º El presente Real Decreto-ley, del que se dará cuenta inmediata a las Cortes, entrará en vigor en el mismo día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

**REAL DECRETO 3.011/1976, DE 23 DE DICIEMBRE, SOBRE LA
OBJECION DE CONCIENCIA DE CARACTER RELIGIOSO AL
SERVICIO MILITAR**

("B. O. E.", de 5 de enero)

La Ley General del Servicio Militar, número 55/1968, de 27 de julio, faculta al Gobierno para conceder prórrogas de incorporación a filas en aquellos casos en que existan razones justificadas que lo aconsejen, permitiendo llegar a consolidar la exención del servicio militar activo al cumplirse las circunstancias que para cada caso se establezcan.

(*) El número 61 de la base undécima dispone:

"1. Los funcionarios de las Carreras Judicial y Fiscal en activo no podrán ser detenidos, salvo por orden judicial, sin autorización del superior jerárquico de quien dependan de acuerdo con su categoría, excepto en el caso de flagrante delito.

En este supuesto se adoptarán las medidas cautelares indispensables, poniendo al detenido a disposición de la autoridad judicial más próxima.

2. Tampoco podrán ser obligados a comparecer personalmente, por razón de su cargo o función, ante las autoridades administrativas de cualquier grado o nivel, salvo lo dispuesto en la legislación vigente respecto de las funciones del Ministerio Fiscal, y los deberes de auxilio, asistencia y cortesía entre autoridades, todo ello sin perjuicio de la relación con el Ministerio de Justicia."

Dentro de este contexto y del marco del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos firmados por España, es intención del Gobierno arbitrar, progresivamente, una fórmula que permita resolver el problema que se plantea con los mozos que, por objeciones de conciencia de carácter religioso, se muestran opuestos al empleo de las armas, permitiéndoseles compatibilizar tales convicciones con sus deberes ciudadanos.

Se les ofrece así una opción alternativa de brindar su aportación personal en determinados puestos de interés cívico, con lo que patentizarán su deseo de no eludir su deberes ciudadanos y se evitará tengan que incurrir en actitudes delictivas.

En su virtud, a propuesta del Ministro de la Presidencia del Gobierno y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 23 de diciembre de 1976,

D I S P O N G O :

Artículo 1.º En aplicación de la facultad concedida en el artículo 364 del Reglamento de la Ley General del Servicio Militar, aprobado por Decreto número 3.087/1969, de 6 de noviembre, se establecen prórrogas de incorporación a filas de cuarta clase *a*), que podrán disfrutar los mozos que por razones u objeciones de conciencia, de carácter religioso, se muestren opuestos al empleo de las armas y opten por sustituir el servicio militar en filas por una prestación personal en puestos de interés cívico.

Art. 2.º Las prórrogas a que se refiere el artículo anterior serán solicitadas normalmente en el año del alistamiento, y habrán de ser tramitadas antes del 15 de agosto de dicho año.

Art. 3.º Por la Presidencia del Gobierno se señalarán anualmente los puestos de prestación del servicio de interés cívico a los que serán asignados los que disfruten de las prórrogas a que se refiere esta disposición, siempre en Regiones o Zonas militares distintas de las de su residencia.

Art. 4.º El personal al que se le conceda estas prórrogas deberá incorporarse a los puestos asignados el primer día hábil del año. Antes del 15 de agosto del año de prestación del servicio cívico, durante la prórroga, les será extendido un certificado acreditativo de su comportamiento en el puesto asignado, que, de ser favorable, les permitirá solicitar nueva prórroga.

Art. 5.º La prestación del servicio en condiciones favorables por tres períodos consecutivos de un año permitirá obtener la exención del servicio militar activo, pasando a la situación de reserva.

Art. 6.º La Presidencia del Gobierno, con el informe de la Junta Interministerial de Reclutamiento, podrá dictar las disposiciones complementarias para la aplicación de este Real Decreto.

DISPOSICION TRANSITORIA

En el presente año podrán acogerse a las disposiciones de este Real Decreto y solicitar la primera prórroga de incorporación a filas, antes del 1.º de marzo de 1977, los reclutas del presente reemplazo o reemplazos anteriores que se encuentren en situación de disponibilidad o pendientes de incorporación a filas.

LEY 1/1977, DE 4 DE ENERO, PARA LA REFORMA POLITICA

(“B. O. E.”, de 5 de enero)

Remitido a consulta de la Nación y ratificado por mayoría de votos en el referendum celebrado el día 15 de diciembre de 1976 el Proyecto de la Ley para la Reforma Política, de rango Fundamental, que había sido aprobado por las Cortes en sesión plenaria del 18 de noviembre de 1976,

D I S P O N G O :

Artículo 1.º 1. La democracia, en el Estado español, se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo.

Los derechos fundamentales de la persona son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado.

2. La potestad de elaborar y aprobar las leyes reside en las Cortes. El Rey sanciona y promulga las leyes.

Art. 2.º 1. Las Cortes se componen del Congreso de Diputados y del Senado.

2. Los Diputados del Congreso serán elegidos por sufragio universal, directo y secreto de los españoles mayores de edad.

3. Los Senadores serán elegidos en representación de las Entidades territoriales. El Rey podrá designar para cada legislatura Senadores en número no superior a la quinta parte de los elegidos.

4. La duración del mandato de Diputados y Senadores será de cuatro años.

5. El Congreso y el Senado establecerán sus propios Reglamentos y elegirán sus respectivos Presidentes.

6. El Presidente de las Cortes y del Consejo del Reino será nombrado por el Rey.

Art. 3.º 1. La iniciativa de reforma constitucional corresponderá:

a) Al Gobierno.

b) Al Congreso de Diputados.

2. Cualquier reforma constitucional requerirá la aprobación por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y del Senado. El Senado deliberará sobre el texto previamente aprobado por el Congreso y, si éste no fuera aceptado en sus términos, las discrepancias se someterán a una Comisión Mixta, bajo la presidencia de quien ostentara la de las Cortes y de la que formarán parte los Presidentes del Congreso y del Senado, cuatro Diputados y cuatro Senadores, elegidos por las respectivas Cámaras. Si esta Comisión no llegara a un acuerdo o los términos del mismo no merecieran la aprobación de una y otra Cámara, la decisión se adoptará por mayoría absoluta de los componentes de las Cortes en reunión conjunta de ambas Cámaras.

3. El Rey, antes de sancionar una Ley de Reforma Constitucional, deberá someter el Proyecto a referéndum de la Nación.

Art. 4.º En la tramitación de los Proyectos de Ley ordinaria, el Senado deliberará sobre el texto previamente aprobado por el Congreso. En caso de

que éste no fuera aceptado en sus términos, las discrepancias se someterán a una Comisión Mixta, compuesta de la misma forma que se establece en el artículo anterior.

Si esta Comisión no llegara a un acuerdo o los términos del mismo no merecieran la aprobación, por mayoría simple, de una y otra Cámara, el Gobierno podrá pedir al Congreso de Diputados que resuelva definitivamente por mayoría absoluta de sus miembros.

Art. 5.º El Rey podrá someter directamente al pueblo una opción política de interés nacional, sea o no de carácter constitucional, para que decida mediante referéndum, cuyos resultados se impondrán a todos los órganos del Estado.

Si el objeto de la consulta se refiriera a materia de competencia de las Cortes y éstas no tomaran la decisión correspondiente de acuerdo con el resultado del referéndum, quedarán disueltas, procediéndose a la convocatoria de nuevas elecciones.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—El Gobierno regulará las primeras elecciones a Cortes para constituir un Congreso de trescientos cincuenta Diputados y elegir doscientos siete Senadores a razón de cuatro por provincia y uno más por cada provincia insular, dos por Ceuta y dos por Melilla. Los Senadores serán elegidos por sufragio universal, directo y secreto de los españoles mayores de edad que residan en el respectivo territorio.

Las elecciones al Congreso se inspirarán en criterios de representación proporcional, conforme a las siguientes bases:

Primera.—Se aplicarán dispositivos correctores para evitar fragmentaciones inconvenientes de la Cámara, a cuyo efecto se fijarán porcentajes mínimos de sufragios para acceder al Congreso.

Segunda.—La circunscripción electoral será la provincia, fijándose un número mínimo inicial de Diputados para cada una de ellas.

Las elecciones al Senado se inspirarán en criterios de escrutinio mayoritario.

Segunda.—Una vez constituidas las nuevas Cortes:

1. Una Comisión compuesta por los Presidentes de las Cortes, del Congreso de Diputados y del Senado, por cuatro Diputados elegidos por el Congreso y por cuatro Senadores elegidos por el Senado, asumirá las funciones que el artículo 13 de la Ley de Cortes encomienda a la Comisión que en él se menciona.

2. Cada Cámara constituirá una Comisión que asuma las demás funciones encomendadas a la Comisión prevista en el artículo 12 de la Ley de Cortes.

3. Cada Cámara elegirá de entre sus miembros cinco Consejeros del Reino para cubrir las vacantes producidas por el cese de los actuales Consejeros electivos.

Tercera.—Desde la constitución de las nuevas Cortes y hasta que cada Cámara establezca su propio Reglamento, se regirán por el de las actuales

Cortes en lo que no esté en contradicción con la presente Ley, sin perjuicio de la facultad de acordar, de un modo inmediato, las modificaciones parciales que resulten necesarias o se estimen convenientes.

DISPOSICION FINAL

La presente Ley tendrá rango de Ley Fundamental.

REAL DECRETO-LEY 1/1977, DE 4 DE ENERO, POR EL QUE SE CREA LA AUDIENCIA NACIONAL

("B. O. E.", de 5 de enero)

La seguridad jurídica de los ciudadanos es piedra angular del Estado de Derecho. Su consecución requiere la existencia de una Administración de Justicia independiente, técnicamente objetivada y adecuada funcionalmente para asegurar un proceso pleno de garantías y una decisión judicial pronta y justa.

Las condiciones de la vida moderna, con aparición de una nueva y compleja delincuencia, y el creciente ámbito de la acción administrativa, con multiplicación de los supuestos de revisión jurisdiccional, se proyectan en la labor de los órganos judiciales existentes y, no obstante las reformas sucesivamente realizadas, se traducen en limitaciones de investigación, dificultades de actuación, acumulación de asuntos y retrasos inevitables, en perjuicio de las exigencias mismas de la Justicia.

El presente Real Decreto-ley responde al propósito de abordar la solución de tales problemas mediante la creación de una Audiencia Nacional, concebida sobre el modelo de las clásicas Audiencias, en cuanto órganos colegiados de la Administración de Justicia, y sin más diferencia que la de su ámbito territorial, pues mientras éstas ejercen su jurisdicción sobre una parte del territorio nacional, aquélla la extiende a la totalidad de él, en plena coherencia con los términos en que se define su competencia material. En lo penal, conocimiento de los delitos en que por el modo y el ámbito de actuación de sus autores o por la difusión de sus efectos se exceden los límites de la provincia; en lo contencioso-administrativo, revisión de actos emanados de Autoridades administrativas con competencia sobre todo el territorio nacional.

I

La moderna sociedad industrial, cuyas características ha incorporado España en los últimos decenios con éxito innegable, sufre la proliferación de nuevos modos de delincuencia, de extensión e intensidad desconocidas hasta hace poco tiempo. El tráfico organizado de moneda, drogas y estupefacientes, la existencia de grupos que, bajo apariencias de seriedad empresarial, defraudan a una pluralidad de personas, los supuestos especialmente nocivos de fraudes alimenticios o de sustancias farmacéuticas o medicinales con efectos lesivos dispersos en diversas zonas del territorio nacional, son ejemplos bien

expresivos, entre otros posibles, de modalidades delictivas para cuya investigación y enjuiciamiento resulta inadecuada una Administración de Justicia organizada en Juzgados y Audiencias de competencia territorial limitada. De ahí la necesidad de crear órganos de la jurisdicción ordinaria que, sometidos de manera incondicionada a las normas generales de provisión de cargos judiciales y a las de enjuiciamiento que, con carácter también general, regulan el proceso penal, puedan dedicarse, con plenitud de garantías para el ciudadano y la sociedad, al conocimiento de este tipo de delitos.

Con la creación de la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales, que tratan de satisfacer aquella necesidad, no se hace, por otra parte, sino potenciar las previsiones del artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que permite el nombramiento de Jueces Instructores especiales en determinados supuestos, relativos a delitos cuyas extraordinarias circunstancias o las de lugar y tiempo de su ejecución o de las personas que en ellos hubieran intervenido como ofensores u ofendidos, lo requieran para la más acertada investigación y la más segura comprobación de los hechos. Al establecerse en el presente Real Decreto-ley que la designación de tales Jueces especiales por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo deberá recaer en uno de los Jueces Centrales, se elimina todo margen de discrecionalidad en la designación; al encomendar su enjuiciamiento a la Audiencia Nacional, se hace posible tanto guardar la coherencia con la extensión territorial de los efectos, como atender, en su caso, a las exigencias de un sereno e imparcial enjuiciamiento.

Dos eran los caminos que, en principio, se ofrecían para llevar a cabo el propósito legislativo: Hacer una enumeración casuística de los supuestos concretos en los que presumiblemente iban a incidir las circunstancias y requisitos que contemplan el citado artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o establecer una fórmula suficientemente amplia y flexible para que pudiera abarcar todos los casos que la finalidad de la presente disposición quiere incluir, dejando a la prudente decisión de los propios Tribunales de Justicia la importantísima función de acordar en cada caso lo procedente. Una tercera vía, de carácter mixto, es la seguida, pues, por una parte, se enuncia una serie de delitos cuya naturaleza entraña ya de por sí la concurrencia de las características generales que definen la competencia de la Audiencia Nacional y, por otra, se utiliza una expresión genérica comprensiva de todos los demás casos en los que, por razón de su extraordinaria complejidad o de sus graves efectos en el ámbito nacional, acuerde la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo el nombramiento de Juez Especial, que, como se ha dicho, habrá de recaer en uno de los Jueces Centrales de Instrucción.

Es importante resaltar que, entre las competencias específicas de los nuevos órganos que se crean, aparecen incluidos los delitos monetarios, cancelando así la jurisdicción especial administrativa hasta ahora existente, por estimar que la mayor eficacia en la defensa de la sociedad y la mejor garantía ciudadana exigen, a la altura de nuestro tiempo, la plena judicialización de la materia y su incorporación a la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, la mayor intensidad de la cooperación jurídica entre los Estados en materia penal y la necesidad de conseguir la deseable unidad

de criterio, aconsejan aprovechar la presente reforma para encomendar a la Audiencia Nacional que se crea el conocimiento en exclusiva de los casos de extradición pasiva. Y conveniente resulta también constituir en la citada Audiencia la Sala Especial para conocer de los recursos que se interpongan contra las resoluciones de los Jueces de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

1 I

La reforma introducida en la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa por la Ley 10/1973, de 17 de marzo, al establecer que sólo las disposiciones generales y los actos procedentes de altas instancias administrativas fueran enjuiciables directamente por el Tribunal Supremo, se propuso dotar de eficacia a la revisión jurisdiccional, lo que no se logra cuando entre el ejercicio de la acción y la respuesta judicial media un dilatado lapso de tiempo. Forzoso es reconocer que no se ha alcanzado en el grado necesario la finalidad pretendida de agilizar el despacho de los asuntos sometidos al control jurisdiccional. El Tribunal Supremo sigue manteniendo una excesiva competencia en única instancia que entorpece su regular funcionamiento, dificulta la fijación de una doctrina orientadora, a pesar del encomiable esfuerzo de sus Magistrados, y da respuesta tardía, en muchos casos, a la demanda de justicia, con quebranto de los intereses en litigio y en perjuicio también de una buena Administración, necesitada de que el pronunciamiento judicial sea próximo a la disposición o acto impugnado.

La necesidad de atender a esta situación con medidas legales de pronta eficacia pudo satisfacerse acudiendo a una de estas dos soluciones: o ampliar el cuadro de competencias de las Audiencias Territoriales reduciendo el acceso en única instancia al Tribunal Supremo, o crear un Tribunal que conociera de las cuestiones cuyo mantenimiento en sede suprema, no aparece justificado y que dificultan lo que es misión capital del más Alto Tribunal de la Nación. La primera de las soluciones ofrecía dificultades por cuanto, de un lado, desplazaría sobre las Audiencias Territoriales numerosos recursos amenazando con comprometer su regular funcionamiento y, de otro lado, rompería la correlación entre el ámbito de competencias administrativas y el de competencias judiciales, con el riesgo adicional de una generalizada dispersión de criterios, reducibles a unidad sólo por la vía de la apelación o de la revisión ante el Tribunal Supremo. La segunda solución —que es la que se adopta— sin quebrar el esquema orgánico del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ofrece la ventaja de asegurar la función directiva que corresponde al Tribunal Supremo y de liberarlo del conocimiento de un gran número de asuntos, atribuyéndolos a una Audiencia que, al conocer de actos procedentes de órganos administrativos de competencia nacional, ha de tener también ese mismo carácter. Se mantiene así la adecuación entre Administración Central y Tribunal de ámbito nacional, pero sometido éste, en un todo, al régimen orgánico y procesal de las Audiencias Territoriales.

Esta innovación, que se realiza sin merma de la competencia de las Salas Territoriales, permitirá, de una parte, que el Tribunal Supremo limite su función revisora en única instancia a aquellos actos o disposiciones que, por

su origen, por su carácter o por la intervención de Altos Organos en su elaboración, no justifican el desplazamiento a la competencia de la Audiencia Nacional, y, de otra, asegurará el mejor desempeño por el Tribunal Supremo de la importante misión de fijar criterios jurisprudenciales.

En todo caso, se respeta el régimen de recursos tal como quedó plasmado tras la reforma de 17 de marzo de 1973, abriendo la vía de la doble instancia para asuntos hasta ahora revisables en instancia única, si bien los efectos perjudiciales que para los intereses en litigio pudieran derivarse de la eventual necesidad de tener que seguir la tramitación ahora ante dos Tribunales, se atenúan mediante la introducción de una importante novedad, al disponerse que la apelación, en todo caso, será admisible en un solo efecto.

En su virtud, a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día 30 de diciembre de 1976, en uso de la autorización que me confiere el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes, texto refundido aprobado por Decreto de 20 de abril de 1967 y oída la Comisión a que se refiere el apartado I del artículo 12 de la citada Ley.

D I S P O N G O :

Artículo 1.º 1. Se crea la Audiencia Nacional, con sede en Madrid, constituida por una Sala de lo Penal y otra de lo Contencioso-Administrativo. Podrán crearse otras Salas, sin que puedan exceder de una por cada orden judicial.

2. Las Salas podrán dividirse en Secciones y constituirse, cuando las circunstancias lo aconsejen, en cualquier lugar del territorio nacional.

Art. 2.º 1. La Audiencia Nacional estará compuesta por su Presidente, los Presidentes de Sala, los Magistrados que compongan cada una de éstas, el Secretario de Gobierno, los Secretarios de Sala y el personal auxiliar y subalterno que se determine en las plantillas orgánicas.

2. El Pleno, la Sala de Gobierno, las Salas de Justicia, las facultades de los Presidentes y, en general, la composición de los órganos, su competencia y actuaciones, se regirán por las normas vigentes para las Audiencias Territoriales, en cuanto les sean de aplicación.

3. Existirá una Fiscalía adscrita a la Audiencia Nacional.

4. La provisión de vacantes de todo el personal de la Audiencia Nacional se efectuará con arreglo a las normas que rijan el destino o cargo de la respectiva categoría en las distintas Carreras y Cuerpo. El Presidente de la Audiencia tendrá la categoría de Presidente de Sala del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala la de Magistrados del Tribunal Supremo y el Fiscal la de Fiscal general.

Art. 3.º 1. Se crean tres Juzgados Centrales de Instrucción, dependientes de la Audiencia Nacional, y con sede en Madrid.

2. La distribución de los asuntos entre los Juzgados se hará por la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, atendiendo a la mayor homogeneidad de las materias atribuidas a cada uno de ellos.

3. Los nombramientos de Juez Especial por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, conforme al artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de recaer en uno de los titulares de los Juzgados Centrales de Instrucción.

4. La provisión de vacantes, nombramientos y, en general, el régimen aplicable a los Jueces, Secretarios y demás personal de los Juzgados Centrales será el establecido para los Juzgados de Instrucción de Madrid.

5. Cada uno de los Juzgados tendrá adscrito, con carácter permanente, un funcionario de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

6. Los Juzgados Centrales de Instrucción podrán constituirse, cuando las circunstancias lo aconsejen, en cualquier lugar del territorio nacional.

Art. 4.º 1. En el orden judicial penal, con jurisdicción en todo el territorio nacional y sin especialidad alguna en cuanto al procedimiento que en cada caso corresponda, la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción conocerán de los delitos relacionados en los apartados siguientes:

a) Los de falsificación de moneda metálica y billetes del Estado y Banco y los de tráfico monetario, comprendidos en los artículos 283 al 290 del Código penal y en la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938.

b) Los comprendidos en los capítulos IV y V del título XIII del libro II del Código penal, que puedan repercutir gravemente en la seguridad del tráfico mercantil o en la economía nacional, así como los mismos delitos, si se cometen mediante operaciones sobre terrenos o viviendas o a través de Sociedades o Entidades de inversión o financiación, siempre que unos y otros produzcan o puedan producir perjuicio patrimonial a una generalidad de personas en territorios de distintas Audiencias Provinciales.

c) Los de tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes, fraudes alimenticios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, los relativos a la corrupción y prostitución, así como los de escándalo público, cuando se realicen por medio de publicaciones, películas u objetos pornográficos, siempre que todos ellos sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias Provinciales.

d) Los delitos distintos de los comprendidos en los apartados anteriores, cuando por razón de su extraordinaria complejidad, de sus graves efectos en el ámbito nacional o por cualquier otra circunstancia de las previstas en el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acuerde la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que su instrucción corresponda a un Juzgado Central.

e) Los cometidos fuera del territorio nacional, cuando, conforme a las Leyes, corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.

2. A los Juzgados Centrales corresponderá la instrucción de los procesos por delitos comprendidos en el número anterior y, en todo caso, el conocimiento y fallo en primera instancia de las causas por los mismos delitos, cuando la pena que proceda imponer no sea superior a la de arresto mayor, privación del permiso de conducir, multa sin limitación de su cuantía o cualquiera de éstas conjuntamente con las demás o con una de ellas. En las causas por delitos en que proceda imponer otras penas, su conocimiento y fallo corresponderá a la Audiencia Nacional. Las facultades que las Leyes vigentes confieren a las Audiencias Territoriales y Provinciales por razón de personas aforadas se entenderán atribuidas a la Audiencia Nacional en las causas por los delitos propios de su competencia.

3. La Audiencia Nacional, en el orden judicial penal, conocerá, además, de los asuntos siguientes:

a) De los procedimientos judiciales de extradición pasiva, sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiere tenido lugar el arresto del presunto extradicto.

b) De los recursos de apelación y queja que se interpongan contra las sentencias y demás resoluciones de los Juzgados Centrales de Instrucción.

4. Para conocer de los recursos de apelación y queja que se interponga contra las resoluciones de los Jueces de Peligrosidad y Rehabilitación Social se constituirá una Sala especial en la Audiencia Nacional, integrada por el Presidente y dos Magistrados de la Sala de lo Penal, sin relevación de sus otras funciones en la propia Audiencia.

Art. 5.º En las causas comprendidas en el artículo anterior, las cuestiones que se susciten entre Jueces, Tribunales y Audiencia Nacional se sustanciarán con arreglo a las siguientes normas:

Primera.—Cuando un Juzgado o Tribunal entendiere que la competencia en una causa de la que viniere conociendo corresponde a un Juzgado Central o a la Audiencia Nacional, o cuando se estimare competente respecto de un asunto que estuvieren tramitando estos últimos, se procederá conforme a la regla segunda del artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, correspondiendo, en todo caso, la resolución a la Audiencia Nacional.

Segunda.—Cuando un Juzgado Central o la Audiencia Nacional fueren competentes en una causa de la que viniere conociendo cualquier otro Juzgado o Tribunal, la Audiencia Nacional procederá conforme a la regla tercera del artículo 782 de la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Art. 6.º 1. La Audiencia Nacional, en el orden judicial contencioso-administrativo, conocerá de los recursos que se formulen en relación con los actos dictados por órganos de la Administración Pública, cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de las Comisiones Delegadas del Gobierno, cualquiera que fuere la materia, excepto los atribuidos a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales.

2. Se exceptúan de lo anteriormente dispuesto los recursos a que se refiere los supuestos a), d), e) y f) del apartado A) del artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, con los que se formulen contra actos emanados del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas, continuarán atribuidos a las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

3. Las resoluciones y sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional serán apelables, en un solo efecto, ante el Tribunal Supremo en los mismos casos que proceda y en la forma que establece la Ley de esta jurisdicción respecto a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales.

4. Cuando el acto impugnado proceda de un Ministro, la Sala habrá de estar formada por cuatro Magistrados y el que la presida.

Art. 7.º El presente Real Decreto-ley, del que se dará cuenta inmediata a las Cortes, entrará en vigor el día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", si bien los órganos judiciales que se crean empezarán a funcionar el 15 de febrero de 1977.

Se autoriza al Gobierno y, en su caso, al Ministro de Justicia para dictar

las disposiciones que exija el desarrollo del presente Real Decreto-ley, a cuyo efecto el Ministro de Hacienda habilitará los créditos necesarios.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—A partir del día 15 de febrero de 1977 y en tanto no se promulgue la disposición prevista en el artículo 59 del texto refundido de la Ley del Plan de Desarrollo Económico y Social, aprobado por Decreto 1.541/1972, de 15 de junio, la jurisdicción en materia de delitos monetarios se ajustará a las siguientes normas:

1.^a—El Juzgado de Delitos Monetarios se constituirá en el Juzgado Central de Instrucción número tres de los creados por el artículo 3.º del presente Real Decreto-Ley.

2.^a El personal actualmente destinado en el Juzgado de Delitos Monetarios continuará prestando sus servicios en el Juzgado que le sustituye, pero las vacantes que se produzcan se cubrirán, en lo sucesivo, conforme a lo dispuesto en el citado artículo tercero.

3.^a El personal adscrito al Juzgado de Delitos Monetarios para la investigación de los hechos delictivos y los órganos encargados de la tramitación de los expedientes de investigación continuarán en su actual cometido colaborador del Juzgado conforme a las normas vigentes, sin perjuicio de la dependencia orgánica y administrativa establecida.

4.^a Las actuaciones de los órganos jurisdiccionales a los que se atribuye la competencia en materia de delitos monetarios se acomodarán a lo dispuesto en la Ley Penal y Procesal de 24 de noviembre de 1938, interviniendo el Ministerio Fiscal en el procedimiento judicial, cuando corresponda, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segunda.—Las causas en tramitación que estuvieren instruyéndose por Jueces especiales designados por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo se remitirán, una vez concluidas, a la Audiencia Nacional. Las Audiencias Provinciales correspondientes seguirán conociendo de tales causas cuando el auto de conclusión se haya dictado con anterioridad al día 15 de febrero de 1977.

Tercera.—Los procesos en tramitación en las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo afectado por la distribución de competencias establecida en el artículo 6.º de este Real Decreto-ley, que el día 15 de febrero de 1977 se hallen enteramente tramitados y estén señalados o sólo pendan de serlo para la vista, conclusiones o fallo serán resueltos por aquellas Salas, las cuales remitirán todos los demás a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, según las nuevas reglas de competencia, con emplazamiento de las partes por treinta días.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—Los Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo serán nombrados por mitad entre los que, con cinco años de servicios efectivos en esta jurisdicción, procedan de los grupos *a)* y *b)* del número 2 del artículo 21 de la Ley de 27 de diciembre de 1956. Si no existieren solicitantes

de uno de tales grupos que reúnan las condiciones requeridas, la vacante se cubrirá con Magistrados del otro.

Para la provisión de las demás plazas de Magistrados de la Audiencia Nacional se requerirán las condiciones exigidas en la norma sexta, letra a), del artículo 26 del Reglamento orgánico de la Carrera Judicial de 28 de diciembre de 1967, modificado por Decreto de 5 de diciembre de 1975, sin que en ningún caso rija para los solicitantes la prohibición establecida en la regla tercera, letra a), del mismo precepto.

Segunda.—La Sala de lo penal de la Audiencia Nacional se compondrá de dos Secciones y la de lo Contencioso-Administrativo de cuatro. Si lo aconsejare el número de asuntos, el Gobierno podrá crear, con carácter provisional o definitivo, otra u otras Secciones y aumentar el número de los Juzgados Centrales de Instrucción.

Tercera.—La Audiencia Nacional se compondrá de un Presidente; dos Presidentes de Sala, que presidirán, respectivamente, la Sección Primera de cada una de ellas; cuatro Presidentes de Sección, y doce Magistrados.

Las funciones del Ministerio público serán ejercidas por un Fiscal, un Teniente Fiscal y cuatro Abogados Fiscales.

El Tribunal estará asistido de siete Secretarios de la Rama de Tribunales, uno de la categoría primera y seis de la segunda y la Fiscalía, de otro de la categoría segunda.

La Secretaría de Gobierno de la Audiencia Nacional contará con dos Oficiales de la Administración de Justicia de la Rama de Tribunales, dos Auxiliares de la Administración de Justicia y dos Agentes Judiciales; cada una de las Secciones con tres Oficiales, cuatro Auxiliares y dos Agentes Judiciales y la Fiscalía, con dos Oficiales y cuatro Auxiliares.

Cuarta.—Cada uno de los Juzgados Centrales de instrucción se compondrán de un Juez con categoría de Magistrado, un Secretario de la Rama de Juzgados de la categoría primera, cuatro Oficiales, cinco Auxiliares y dos Agentes Judiciales.

Quinta.—Como consecuencia de lo establecido en los artículos 2.º y 3.º y disposiciones adicionales tercera y cuarta del presente Real Decreto-ley, se aumenta la plantilla de la Carrera Judicial en un Presidente de Sala y dos Magistrados del Tribunal Supremo y diecinueve Magistrados; la de la Carrera Fiscal en un funcionario de la categoría segunda y cinco de la tercera; la del Secretariado de la Administración de Justicia en un funcionario de la categoría primera y siete de la segunda de la Rama de Tribunales y en tres de la primera de la Rama de Juzgados; la de Oficiales de Administración de Justicia en veintidós funcionarios de la Rama de Tribunales y doce de la Rama de Juzgados; la de Auxiliares de Administración de Justicia en cuarenta y cinco funcionarios, y la de Agentes Judiciales de la Administración de Justicia en veinte.

DISPOSICION DEROGATORIA

Se derogan los artículos 15 y 19 de la Ley de 24 de noviembre de 1938; el artículo 56 del texto refundido de la Ley de Contrabando, aprobado por Decreto 2.166/1964, de 16 de julio; el artículo 71 del Reglamento de la

Ley de Peligrosidad Social, aprobado por Decreto 1.144/1971, de 13 de mayo; los números 35 y 36, base IX, de la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases, Orgánica de la Justicia y, en cuanto resulten afectados por el presente Real Decreto-ley, los números 22 (párrafos 2.º y 8.º) y 27 (regla segunda), bases VII y VIII, así como las demás disposiciones que se le opongan.

REAL DECRETO-LEY 2/1977, DE 4 DE ENERO, POR EL QUE SE SUPRIMEN EL TRIBUNAL Y JUZGADOS DE ORDEN PUBLICO Y SE CREAN EN MADRID DOS NUEVOS JUZGADOS DE INSTRUCCION

("B. O. E.", de 5 de enero)

La reciente reforma introducida en el Código penal por la Ley 23/1976, de 19 de julio; el profundo cambio experimentado desde la instauración de los Juzgados y Tribunal de Orden Público y la necesidad cada vez más patente y acusada, de que el enjuiciamiento de los hechos sometidos a la competencia de los mismos revierta a los Juzgados y Tribunales comunes del orden judicial penal, aconsejan la supresión de los referidos Organismos y la adopción de las medidas oportunas que sean consecuencia de la referida supresión.

En su virtud, a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día 30 de diciembre de 1976, en uso de la autorización concedida en el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes; textos refundidos de las Leyes Fundamentales del Reino, aprobados por Decreto de 20 de abril de 1967, y oída la Comisión a que se refiere el apartado primero del artículo 12 de la citada Ley,

D I S P O N G O :

Artículo 1.º Se suprimen el Tribunal y los Juzgados de Orden Público, creados por Ley 154/1963, de 2 de diciembre, y Decreto 1.314/1972, de 13 de abril.

Art. 2.º La instrucción, conocimiento y fallo de las causas por los delitos que venían atribuidos a los órganos judiciales que se suprimen se atribuirán, en lo sucesivo, a los Juzgados y Tribunales a que correspondan conforme a las normas de competencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Art. 3.º Se crean en Madrid dos nuevos Juzgados de Instrucción, que se designarán con los números 21 y 22, y que comenzarán su funcionamiento el día de la entrada en vigor el presente Real Decreto-ley.

Art. 4. Se faculta al Ministerio de Justicia para dictar las disposiciones que exija el desarrollo y efectividad del presente Real Decreto-ley, que entrará en vigor en el mismo día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", y del que se dará cuenta inmediata a las Cortes.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—El Presidente y los Magistrados del suprimido Tribunal de Orden Público quedarán adscritos, con carácter provisional, a las Salas o Sec-

ciones de la Audiencia Territorial de Madrid que designe la Sala de Gobierno de la misma, conforme a las necesidades del servicio.

Los Magistrados titulares de los Juzgados de Orden Público quedarán adscritos, con igual carácter provisional, a los Juzgados de Instrucción de Madrid que designe el Decano de los de Primera Instancia y de los de Instrucción, conforme a las necesidades del servicio.

Segunda.—Las adscripciones a que se refiere la disposición anterior se mantendrán hasta que los referidos Presidentes y Magistrados obtengan destino en propiedad, a cuyo efecto tendrán obligación de tomar parte en los concursos que se convoquen para la provisión de plazas de su respectivo nivel orgánico en la Audiencia Territorial de Madrid o en los Juzgados de la misma capital. En los referidos concursos gozarán de preferencia, por una sola vez.

Lo establecido en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de su derecho a participar voluntariamente en cualquier otro concurso que se convoque y sin que la preferencia otorgada pueda perjudicar los derechos de antigüedad de los Magistrados y Jueces que ya estuvieren destinados en la capital ni los de aquellos a que se refiere el artículo 3.º del Decreto 2.160/1973, de 17 de agosto.

Respecto de los destinos obtenidos por aplicación del párrafo 1.º de esta disposición, no regirá lo dispuesto en la regla tercera, letra *a*) del artículo 26 del Reglamento Orgánico de la Carrera Judicial, de 28 de diciembre de 1967, modificado por Decreto de 5 de diciembre de 1975.

Tercera.—Los Fiscales adscritos al Tribunal de Orden Público se incorporarán, también con carácter provisional, a la Fiscalía de la Audiencia Territorial de Madrid, quedando sujetos a lo establecido en la disposición transitoria segunda, en cuanto les sea de aplicación.

Cuarta.—Los Secretarios, Médicos Forenses y personal auxiliar y subalterno del Tribunal y Juzgados que se suprimen quedarán adscritos, con carácter provisional, a la Audiencia Territorial y Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Madrid, respectivamente, cuyos Presidente y Decano los asignarán a las Secretarías de las distintas Salas o Secciones y Juzgados, de acuerdo con las necesidades del servicio, quedando sujetos a igual obligación de concursar y gozando de la misma preferencia que se establece en la disposición transitoria segunda.

Quinta.—La adscripción provisional a que se refieren las disposiciones anteriores se hará sin menoscabo alguno de los derechos económicos que hasta ahora correspondían al personal adscrito.

Sexta.—De los archivos y asuntos pendientes en los Juzgados que se suprimen por la presente disposición se harán cargo los Juzgados de Instrucción que se crean, los cuales continuarán la tramitación de los procedimientos que se hallen en curso, conforme a las normas procesales aplicables en las fechas de su incoación.

Séptima.—Los archivos del Tribunal de Orden Público y las causas que en él se hallen en trámite pasarán a la Sección de la Audiencia Provincial de Madrid a que queden adscritos los Juzgados de Instrucción creados por el presente Real Decreto-ley, cuya Sección continuará y ultimaré las causas

pendientes por las normas de enjuiciamiento en vigor en las fechas de su iniciación.

DISPOSICION ADICIONAL

Como consecuencia de lo establecido en el artículo 2.º del presente Real Decreto-ley, se amortizan en la Carrera Judicial cinco plazas de Magistrados; en la de la Carrera Fiscal, dos funcionarios de la categoría tercera y uno de la cuarta; en la del Secretario de la Administración de Justicia, dos funcionarios de la categoría segunda de la Rama de Tribunales; en la de Oficiales de la Administración de Justicia, cinco funcionarios de la Rama de Tribunales; en la de Auxiliares de la Administración de Justicia, ocho funcionarios, y en la de Agentes Judiciales, tres funcionarios.

DISPOSICION DEROGATORIA

Se deroga la Ley 154/1963, de 2 de diciembre, modificada por la disposición adicional de la Ley 44/1971, de 15 de noviembre; el Decreto 1.313/1972, de 13 de abril, y cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en este Real Decreto-ley.

REAL DECRETO-LEY 3/1977, DE 4 DE ENERO, SOBRE COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN MATERIA DE TERRORISMO

(“B. O. E.”, de 5 de enero)

La mejor y más adecuada delimitación de las distintas jurisdicciones requiere la paulatina revisión de la competencia que les está atribuida. En esta línea, se estima llegado el momento de dejar sin efecto aquellas competencias que en materia de terrorismo permanecen atribuidas a la jurisdicción militar.

Como solución transitoria, en tanto se lleve a cabo la revisión y eventual refundición de tipos, se incorporan como anexo al Código penal común los que hasta ahora figuraban en el Código de Justicia Militar.

En su virtud, a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día 30 de diciembre de 1976, en uso de la autorización conferida en el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes, texto refundido de las Leyes Fundamentales del Reino, aprobado por Decreto de 20 de abril de 1967, y oída la Comisión a que se refiere el apartado 1.º del artículo 12 de la citada Ley,

D I S P O N G O :

Artículo 1.º La instrucción, conocimiento y fallo de las causas por los delitos de terrorismo corresponderá exclusivamente a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional, sin más excepciones que las que resulten de la aplicación de los artículos 9.º y 13 del Código de Justicia Militar.

Art. 2.º 1. A partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley

figurarán como anexo al Código penal común los artículos 294 bis *a*), 294 bis *b*) y 294 bis *c*), del Código de Justicia Militar, que se designarán, respectivamente, como artículos 1.º, 2.º y 3.º del citado anexo.

2. La pena de reclusión que se menciona en el apartado 2.º de los tres preceptos citados deberá entenderse, con la extensión que actualmente tiene en el Código de Justicia Militar, de doce años y un día a treinta años.

Art. 3.º Por los Ministerios de Justicia, Ejército, Marina y Aire se dictarán las órdenes que exijan el desarrollo y efectividad del presente Real Decreto-ley, que entrará en vigor el día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", y del que se dará cuenta inmediata a las Cortes.

DISPOSICION DEROGATORIA

Se derogan los artículos 294 bis *d*) y 294 bis *e*) del Código de Justicia Militar, así como los artículos 1.º y 2.º del Decreto-ley 2/1976, de 10 de febrero.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Lo establecido en este Real Decreto-ley será aplicable a los procedimientos judiciales en tramitación, en los que no hubiere recaído sentencia, cualquiera que sea la jurisdicción que estuviere conociendo de ellos.

Segunda.—Los Juzgados de Instrucción números 21 y 22 de Madrid y la Sección de la Audiencia Provincial a que queden adscritos serán los competentes, respectivamente, para ultimar la instrucción y para el conocimiento y fallo de las causas a que se refiere la disposición transitoria anterior.

Tercera.—Los mismos órganos jurisdiccionales a que se refiere la disposición transitoria anterior serán los componentes para la instrucción, conocimiento y fallo de las causas incoadas con posterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley por los delitos a que el mismo se refiere, cuyos órganos las remitirán a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional, según el estado en que se hallen, una vez que aquéllos y ésta entren en servicio.

REAL DECRETO-LEY 6/1977, DE 25 DE ENERO, POR EL QUE SE MODIFICAN DETERMINADOS ARTICULOS DE LA LEY DE ORDEN PUBLICO

("B. O. E.", del 9 de febrero)

El libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, fundamento del orden público, necesita que el legislador adopte una posición acorde con las exigencias de la realidad política y social, a fin de armonizar determinadas normas, ya en trance de agotar sus efectos, con las necesidades actuales, y así confeccionar un instrumento jurídico con capacidad suficiente para afrontar las previsiones de la paz pública nacional.

Las especiales circunstancias que concurren en estos tiempos, concretadas en la aceptación de la reforma política y en el reconocimiento expreso y asunción de garantías en su grado máximo de los derechos de la persona, aconsejan la acomodación de la Ley de Orden Público a tales principios, de los cuales en la presente norma se singularizan los siguientes:

I. La responsabilidad personal subsidiaria, al modo como se regula en nuestras Leyes penales, es una consecuencia exclusiva del incumplimiento voluntario o forzoso de las penas pecuniarias impuestas por los Tribunales de Justicia; las multas acordadas por la Autoridad gubernativa en el ejercicio de sus facultades no revisten el carácter de verdaderas penas, por lo que, si el arresto supletorio puede emanar sólo de la multa en cuanto pena, la multa gubernativa no debe desencadenar una pena de prisión, equivalencia exacta de la llamada responsabilidad personal subsidiaria.

Como la vigente Ley de Orden Público no establece este principio, sino que parte de la compatibilidad absoluta entre multa gubernativa y responsabilidad personal subsidiaria, es imprescindible acomodarla a la más depurada técnica jurídico-penal, con la consiguiente modificación de determinados artículos de aquélla. Sin embargo, y con carácter transitorio, se mantiene tal responsabilidad para los actos que con mayor frecuencia y gravedad se vienen cometiendo, tales como las coacciones, especialmente en su modalidad de piquetes, cualesquiera sea su naturaleza, y los que consisten en atentados a establecimientos.

II. En la actualidad, los actos que enumera el artículo 2.º de la Ley de Orden Público pueden dar lugar a una situación de hecho capaz de originar, de modo simultáneo, procesos judiciales y expedientes gubernativos de carácter sancionador, por ser acogidas también aquellas conductas en el Código penal. Si bien, el clásico principio del "non bis in idem" en sentido amplio no siempre resulta vulnerado por la concurrencia de multas gubernativas y sanciones penales, es lo cierto que en su propia y estricta significación tales conductas si se sancionan de forma cumulativa, representan, si no la ruptura plena, sí una lesión de aquel principio; razón por la cual si una conducta que esté prevista en la Ley como acto contrario al orden público, presenta también una exacta tipicidad penal, se debe atribuir a la Autoridad judicial competente preferencia para declarar las presuntas responsabilidades, resolución que normalmente deberá excluir la imposición de sanción gubernativa.

III. Al propio tiempo se aprovecha la ocasión para señalar sanciones gubernativas al incumplimiento de ciertos actos que, siendo contrarios al orden público, hasta ahora no la tenían claramente, como acontece con la celebración de reuniones no autorizadas, prohibición que no hallaba sanción alguna en su Ley reguladora, así como toda la moderna tipología de los fraudes económicos a gran escala que, sin perjuicio de su vertiente penal, poseen una fuerte incidencia en el orden público.

En su virtud, a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día 13 de enero de 1977 y en uso de la autoridad conferida en el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes, textos refundidos de las Leyes Fundamentales del Reino, aprobados por Decreto de 20 de abril de 1967, y oída

la Comisión a que se refiere el apartado primero del artículo doce de la citada Ley,

D I S P O N G O :

Artículo 1.º En lo sucesivo no procederá la exigencia de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas impuestas por actos contrarios al orden público.

Reglamentariamente se determinará el procedimiento de exención por vía de apremio de las multas a que se refiere el presente artículo.

Art. 2.º No se impondrán conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos. Cuando los actos contrarios al orden público puedan revestir caracteres de delito, las Autoridades gubernativas enviarán a la judicial competente los antecedentes necesarios y las actuaciones practicadas para que ésta proceda a su enjuiciamiento.

En el caso de que el órgano jurisdiccional acordase el archivo o el sobreseimiento de la causa iniciada por no justificarse que los hechos sean constitutivos de delito, remitirá de inmediato a la Autoridad gubernativa los testimonios oportunos, por si aquéllos pudieran ser objeto de sanción como actos contrarios al orden público.

De igual modo actuará cuando, sin declaración de responsabilidad, termine los procedimientos penales iniciados de oficio o a instancia de parte.

Art. 3.º Serán sancionados como actos contrarios al orden público, además de los comprendidos en el artículo 2.º de la Ley de 30 de julio de 1959, los cometidos con infracción de la legislación sobre reuniones y los que perturben la seguridad del tráfico mercantil o el orden público económico en general.

Art. 4.º Contra las sanciones gubernativas en materia de orden público podrán interponerse por los interesados los recursos reconocidos en las Leyes de Procedimiento Administrativo y Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la forma y plazos previstos en ellas.

DISPOSICION ADICIONAL

Se autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias, a fin de adaptar la competencia de las Autoridades gubernativas en materia de orden público a la estructura actual del Ministerio de la Gobernación y a la dispuesta en la base quinta de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, respecto de la delegación del Gobierno en el ámbito municipal.

DISPOSICION TRANSITORIA

Durante el plazo de un año, a contar de la publicación del presente Real Decreto-ley, lo dispuesto en el artículo 1.º no será de aplicación a las multas impuestas por actos contrarios al orden público que causen daños a establecimientos comerciales o de otro tipo, así como a los que supongan coacciones para otras personas, ya consistan en obligarles a realizar actos distintos a los queridos o a impedirles hacer lo que la Ley no prohíbe.

Esto, no obstante, el Gobierno podrá dejar sin efecto, total o parcialmente, la excepción reseñada en el párrafo anterior con anterioridad a la expiración del plazo por el que se establece, si las circunstancias lo hicieren aconsejable.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogadas todas las normas legales que se opongan a lo dispuesto en este Real Decreto-ley.

DISPOSICION FINAL

El presente Real Decreto-ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" y del mismo se dará cuenta inmediata a las Cortes.

REAL DECRETO-LEY 12/1977, DE 8 DE FEBRERO, SOBRE EL DERECHO DE ASOCIACION POLITICA

("B. O. E.", de 10 de febrero)

La aprobación en referéndum nacional de la Ley para la Reforma Política y la proximidad de las elecciones generales, que habrán de celebrarse en virtud de lo dispuesto en la misma, han exigido del Gobierno una meditada reconsideración de las normas legales que regulan el ejercicio del derecho de asociación para fines políticos.

Producto de dicha reconsideración ha sido constatar la necesidad de una revisión parcial de la Ley 21/1976, de 14 de junio, que se lleva a cabo mediante la presente norma.

Las innovaciones básicas que introduce el presente Real Decreto-ley se proponen potenciar la garantía judicial del ejercicio del derecho. Dos son las modificaciones esenciales que a tal efecto se introducen: Por una parte, se reestructura el mecanismo de constitución de Asociaciones políticas bajo el principio de libertad, remitiendo a la decisión judicial la aplicación de los límites legales; y, por otra, se reordena el sistema de sanciones, sobre la base del mismo criterio de garantía judicial y en aras de una mayor perfección técnica.

En su virtud, en uso de la facultad que me concede el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes, texto refundido, aprobado por Decreto de 20 de abril de 1967, oída la Comisión a que se refiere el artículo 12 de la mencionada Ley y a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día 8 de febrero de 1977.

D I S P O N G O :

Artículo 1.º 1. Para obtener la inscripción de una Asociación política en el Registro creado por la Ley 21/1976, de 14 de junio, bastará con que los dirigentes o promotores presenten ante el Ministerio de la Gobernación acta notarial, suscrita por los mismos, con expresa constancia de sus datos personales de identificación y en la que se inserten o incorporen los Estatutos por los que haya de regirse la Asociación.

En el plazo máximo de diez días, el Ministerio de la Gobernación procederá a la inscripción de la Asociación en dicho Registro.

2. Ello, no obstante, si se presume la ilicitud penal de la Asociación, el Ministerio de la Gobernación, dentro del mismo plazo, con suspensión de la inscripción, remitirá la documentación presentada a la Sala del Tribunal Supremo a que se refiere el artículo 8.º de la Ley. El acuerdo de remisión será motivado y se notificará a los interesados dentro de los cinco días siguientes:

3. La resolución judicial correspondiente sobre la procedencia o no de practicar la inscripción deberá recaer en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de los documentos por la Sala.

Art. 2.º La inscripción del acta notarial en el Registro determinará el reconocimiento legal de la Asociación, con los efectos establecidos en las Leyes.

Art. 3.º Las sanciones previstas en el apartado cinco del artículo 6.º de la Ley 21/1976, de 14 de junio, sólo podrán imponerse por resolución judicial de la Sala del Tribunal Supremo a que se refiere el artículo 8.º de la mencionada Ley. El Ministerio de la Gobernación pondrá en conocimiento de la Sala los hechos que puedan dar lugar a la imposición de las indicadas sanciones, con remisión del expediente administrativo incoado.

Art. 4.º Los procedimientos judiciales en los casos a que se refiere el presente Real Decreto-ley se regularán conforme a lo establecido en el artículo 8.º y disposición transitoria segunda de la Ley 21/1976, de 14 de junio.

Art. 5.º El Gobierno dictará las disposiciones que requiera la ejecución y desarrollo del presente Real Decreto-ley. El Ministerio de la Gobernación dará las instrucciones precisas respecto a los expedientes en trámite.

DISPOSICION FINAL

Quedan derogados los preceptos de la Ley 21/1976, de catorce de junio, que se opongan a lo establecido en este Real Decreto-ley, que entrará en vigor el mismo día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", y del que se dará inmediata cuenta a las Cortes.

REAL DECRETO 125/1977, DE 9 DE FEBRERO, SOBRE REGULACION DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA DE ASOCIACIONES POLITICAS

("B. O. E.", de 11 de febrero)

La Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el derecho de asociación política, atribuyó al Tribunal Supremo de Justicia una importante función de garantía respecto del ejercicio de tal derecho, al encomendarle el enjuiciamiento de los asuntos que se planteen en este ámbito, a cuyo efecto el Real Decreto 2.300/1976, de 1 de octubre, estableció con carácter provisional los cauces procesales adecuados, en cumplimiento de la disposición transitoria segunda de aquella norma, hasta tanto se regularan mediante Ley los procedimientos especiales necesarios para los distintos supuestos, según preveía el artículo 8.º

Las nuevas normas del Real Decreto-ley 12/1977, sobre el derecho de asociación política, exigen también, como previene su propio artículo 4.º, un desarrollo procesal para regular en este aspecto los supuestos contemplados en ellas, desarrollo que se lleva a efecto ahora con arreglo a los mismos principios que inspiraron la regulación procesal anterior, según fueron consignados en su preámbulo.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 8 de febrero de 1977.

D I S P O N G O :

Artículo 1.º 1. En el supuesto a que se refiere el artículo 1.º del Real Decreto-ley 12/1977, de 8 de febrero, una vez percibida la documentación correspondiente por la Sala competente del Tribunal Supremo de Justicia, ésta emplazará a los interesados, poniéndoles de manifiesto aquella documentación, para que, en el plazo de cinco días, puedan alegar cuanto estimen conveniente a su derecho.

2. Del escrito de alegaciones se dará traslado al Abogado del Estado, poniéndole de manifiesto la documentación referida para que, en el plazo de cinco días, pueda alegar lo que estime conveniente. En los escritos de alegaciones deberá solicitarse, en su caso, el recibimiento a prueba y proponerse las que se consideren oportunas.

3. Deducidas las alegaciones a que se refieren los párrafos anteriores o transcurrido el plazo en el mismo previsto, la Sala, dentro del siguiente día, podrá acordar de oficio o a instancia de parte la práctica de las pruebas pertinentes, que se desarrollará con arreglo a las normas establecidas para el proceso contencioso-administrativo, si bien el plazo no podrá exceder de diez días.

4. Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la recepción de la documentación a que se refiere el apartado 1, la Sala dictará sentencia sobre la procedencia o no de practicar la inscripción en el Registro de Asociaciones Políticas.

Art. 2.º Cuando la Administración pretenda la imposición de cualquier

sanción pecuniaria, en virtud de lo previsto en el apartado 5 del artículo 6.º de la Ley 21/1976, de 14 de junio, y del artículo 3.º del Real Decreto-ley 12/1977, de 8 de febrero, se observarán las siguientes reglas:

Primera. Una vez recibido el expediente administrativo instruido al efecto, la Sala correspondiente del Tribunal Supremo de Justicia emplazará a la Asociación interesada para que, dentro de los cinco días siguientes, pueda comparecer ante ella para hacer uso de su derecho.

Segunda.—Si transcurriere dicho plazo sin que la Asociación interesada hubiere comparecido, la Sala resolverá de conformidad con la propuesta que figure en el expediente administrativo y devolverá éste al Ministerio de la Gobernación para su ejecución.

Tercera.—Una vez comparecida la Asociación interesada dentro de plazo, la tramitación proseguirá con arreglo a las normas previstas para el procedimiento ordinario establecido en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Art. 3.º El artículo 2.º del Real Decreto 2.300/1976, de 1 de octubre, quedará redactado así: Los asuntos contenciosos que puedan plantearse al amparo de la Ley reguladora del derecho de asociación política y que no tuvieren señalado un procedimiento especial, se tramitarán conforme a las normas del procedimiento ordinario desarrollado, en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”

Art. 4.º Las normas contenidas en los artículos 1.º, 2.º, 7.º y 8.º del Real Decreto 2.300/1976, de 1 de octubre, serán de aplicación a los supuestos regulados en este Real Decreto.

DISPOSICION FINAL

El presente Real Decreto entrará en vigor el mismo día de su publicación en el “Boletín Oficial de Estado”.

REAL DECRETO-LEY 16/1977, DE 25 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULAN LOS ASPECTOS PENALES, ADMINISTRATIVOS Y FISCALES DE LOS JUEGOS DE SUERTE, ENVITE O AZAR Y APUESTAS

(“B. O. E.”, 7 de marzo de 1977.)

Aunque no han cambiado sustancialmente ni en España ni en otros muchos países las concepciones generales en torno a los juegos de azar y a sus posibles consecuencias individuales, familiares y sociales, no se puede desconocer que los sistemas de prohibición absoluta frecuentemente han fracasado en la consecución de sus objetivos moralizadores y se han convertido de hecho en situaciones de tolerancia o de juego clandestino generalizado, con más peligros reales que los que se trataban de evitar y en un ambiente de falta de seguridad jurídica.

La renovación general de pautas de comportamiento colectivo que se está produciendo en el país, de un lado y del otro la contemplación de las

experiencias positivas consagradas, en materia específica de juegos, en otros países geográfica o culturalmente próximos al nuestro, inducen a iniciar nuevos derroteros en este campo, con objeto de asegurar con más eficacia el cumplimiento de objetivos ineludibles de tutela y protección social, al propio tiempo que se logran otras importantes finalidades complementarias de interés social y de defensa y fomento de los intereses fiscales, a través de la eliminación de la clandestinidad de los juegos y de la instauración de un sistema más progresivo de reglamentación uniforme de la materia y de control público de las actividades destinadas a hacer posible y normal la práctica de los mismos.

Las aludidas finalidades de interés social y de defensa de los intereses fiscales imponen la máxima urgencia en la promulgación de las normas necesarias. Coincidiendo sustancialmente con la opinión pública y, en especial, con el numeroso grupo de Procuradores firmantes de la proposición de Ley formulada sobre la materia en las Cortes Españolas, el Gobierno considera la legalización del juego medida adecuada para contribuir de forma destacada al impulso del sector turístico, cuyo paso es tan significativo e importante en el conjunto de la economía del país y cuya reactivación no admite espera.

A tales efectos, se estima necesario, y ello constituye el objetivo del presente Real Decreto-ley: Declarar formalmente la competencia que al Estado corresponde en nuestra Patria para llevar a cabo la regulación general de la materia; proceder a la despenalización de los juegos de azar que se desarrollan con arreglo a dicha regulación y establecer una instrumentación adecuada de fiscalidad complementaria, que se estima imprescindible.

En su virtud, a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día veinticinco de febrero de mil novecientos setenta y siete, en uso de la autorización que me confiere el artículo trece de la Ley Constitutiva de las Cortes, texto refundido de las Leyes Fundamentales, aprobado por Decreto setecientos setenta y nueve/mil novecientos sesenta y siete, de veinte de abril, y oída la Comisión a que se refiere el apartado uno del artículo doce de la citada Ley.

D I S P O N G O :

Artículo 1.º 1. Corresponde a la Administración del Estado la determinación de los supuestos en que los juegos de azar, rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias pueden ser autorizados, la reglamentación general de los mismos y la competencia para autorización y organización de las actividades específicas destinadas a hacer posible la práctica de aquéllos.

2. La Administración del Estado podrá asumir la responsabilidad de la organización de los juegos de azar y desempeñarla directamente o a través de Entidades públicas o privadas, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

3. La Lotería Nacional, los sorteos realizados por la Organización Nacional de Ciegos, el Patronato de Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas y las demás apuestas deportivas continuarán regulándose por sus normas privativas y no quedarán afectadas en ningún aspecto por la presente disposición.

Art. 2.º Los artículos trescientos cuarenta y nueve y trescientos cincuenta del Código penal quedan redactados como sigue:

“Artículo trescientos cuarenta y nueve. Los Banqueros y Dueños, Directores, Gerentes o Encargados de casas de juego de suerte, envite o azar no autorizadas o que, estándolo, permitan en sus establecimientos la práctica de juegos de esa clase no autorizados, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de diez mil a cincuenta mil pesetas y, en caso de reincidencia, con las de prisión menor y multa de diez mil a cien mil pesetas. La sentencia podrá decretar la disolución de las Sociedades o Asociaciones titulares de las casas o responsables de las actividades que en ellas se desarrollen.

Para los delitos previstos en el párrafo anterior, los Tribunales, apreciando las circunstancias del delincuente, podrán elevar la multa hasta dos millones de pesetas. También podrán, en atención a las condiciones personales del culpable, imponer las penas de inhabilitación absoluta o especial.

Los jugadores que concurrieren a casas de juego no autorizadas o que, en las autorizadas, tomen parte en juegos de suerte, envite o azar no permitidos, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de diez mil a veinte mil pesetas.

“Artículo trescientos cincuenta. El dinero, los efectos y los instrumentos y demás útiles destinados a juegos no autorizados caerán en comiso, cualquiera que sea el lugar donde se hallen.

Art. 3.º Con independencia de los tributos estatales y locales a que estén sometidas, con arreglo a la legislación vigente, las Sociedades o Empresas que desarrollan las actividades a que se refiere el presente Real Decreto-ley, los casinos y demás locales, instalaciones o recintos autorizados para el juego, quedarán sujetos a la tasa fiscal sobre rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias, en las siguientes condiciones:

1.º *Hecho imponible:* Constituirá el hecho imponible la autorización, celebración u organización de juegos de suerte, envite o azar.

2.º *Sujeto pasivo:* Serán sujetos pasivos de la tasa los organizadores y las Empresas cuyas actividades incluyan la celebración de juegos de suerte, envite o azar.

Serán responsables solidarios de la tasa los dueños y empresarios de los locales donde se celebren.

3.º *Base imponible:* Será base imponible de la tasa, los ingresos brutos que los casinos obtengan procedentes del juego o las cantidades que los jugadores dediquen a su participación en los juegos que tengan lugar en los distintos locales, instalaciones o recintos donde se celebren juegos de suerte, envite o azar.

La base imponible se determinará en régimen de estimación directa u objetiva. En el primer caso, el sujeto pasivo quedará obligado a realizar la liquidación tributaria en la forma y casos que reglamentariamente se determinen.

4.º *Tipo tributario:* El tipo tributario será:

a) Para los casinos de juegos, la siguiente tarifa:

	Porcentaje
Hasta 500.000 pesetas	15
De 500.000 a 1.000.000 de pesetas	20
De 1.000.000 a 3.000.000 de pesetas	25
De 3.000.000 a 8.000.000 de pesetas	30
De 8.000.000 a 16.000.000 de pesetas	35
De 16.000.000 a 30.000.000 de pesetas	40
De 30.000.000 a 50.000.000 de pesetas	45
Más de 50.000.000 de pesetas	50

Esta tarifa es anual. Sin embargo, se aplicará trimestralmente a los ingresos acumulados.

b) Para los demás locales, instalaciones o recintos, el veinte por ciento de la base imponible. Para el juego del "bingo", el quince por ciento de la base imponible.

c) El Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda, podrá elevar la tarifa a que se refiere el apartado a) anterior, hasta un tipo máximo del setenta por ciento, o disminuirla, sin que el tipo máximo pueda ser inferior al treinta por ciento.

En el caso del apartado b), el Gobierno podrá elevar el tipo hasta el cincuenta por ciento, pudiéndose aplicar, dentro de este límite, tipos distintos, según clases de juego.

5.º *Devengo*: La tasa se devengará en el momento de la autorización, organización y celebración del juego. Reglamentariamente se determinará la forma y tiempo en que el pago ha de realizarse en cada caso, así como los supuestos en que será obligatoria la utilización de cartones y papeletas para la celebración de los respectivos juegos, rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias, expedidos o estampados por el Servicio Nacional de Loterías y numerados correlativamente. En estos casos, dichos cartones y papeletas tendrán la consideración jurídica de "efectos estancados".

6.º *Sanción*: Con independencia de las sanciones que correspondan por aplicación de las disposiciones tributarias, la falta de pago de la tasa o la ocultación total o parcial de la base imponible determinará, automáticamente, la suspensión de la autorización administrativa durante un plazo máximo de seis meses. La reincidencia se sancionará con la pérdida definitiva de la autorización.

7.º El rendimiento de esta tasa quedará afectado a acciones de asistencia, recuperación e integración social de minusválidos físicos y sensoriales y de los subnormales, con especial atención a los niveles más altos de deficiencia; prevención de la subnormalidad, educación especial, prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil y asistencia social de la "tercera edad".

Art. 4.º 1. Se autoriza al Gobierno:

a) Para dictar, a propuesta del Ministro de la Gobernación, las disposiciones complementarias que sean precisas para la consecución de las finalidades perseguidas por el presente Real Decreto-ley, determinando las san-

ciones administrativas que puedan imponerse para corregir las infracciones de aquéllas.

b) Para dictar, a propuesta del Ministro de Hacienda, la normativa necesaria para la liquidación, exacción y administración de la tasa a que se refiere el artículo anterior, y para determinar el régimen de control de exportación de divisas por jugadores residentes en el extranjero.

c) Para determinar, a propuesta del Ministro de Industria, el régimen de iniciación y funcionamiento de actividades de fabricación de material para juegos de azar.

2. Se autoriza al Ministerio de la Gobernación para establecer reglas especiales en cuanto a la constitución y funcionamiento de Sociedades de casinos de juego.

3. La participación extranjera en el capital de las Sociedades o Empresas que se dediquen a las actividades reguladas en este Real Decreto-ley será determinada reglamentariamente cuando el Gobierno decida que dicha participación sea inferior al porcentaje que venga fijado con carácter general.

Art. 5.º Del presente Real Decreto-ley se dará cuenta inmediata a las Cortes Españolas.

REAL DECRETO 444/1977, DE 11 DE MARZO, POR EL QUE SE DICTAN NORMAS COMPLEMENTARIAS DEL REAL DECRETO-LEY 16/1977, DE 25 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULAN LOS ASPECTOS PENALES, ADMINISTRATIVOS Y FISCALES DE LOS JUEGOS DE SUERTE, ENVITE O AZAR Y DE LAS APUESTAS

("B. O. E.", 24 de marzo de 1977.)

El Real Decreto-ley dieciséis/mil novecientos setenta y siete, de veinticinco de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y de las apuestas, ha cumplido el objetivo estricto de obviar los obstáculos de carácter legal que impedían la autorización y práctica de los juegos de azar, mediante la modificación de los artículos correspondientes del Código Penal, y ha instrumentado los mecanismos fiscales que era necesario arbitrar para alcanzar las finalidades de carácter complementario implícitas en el cambio de política que se ha producido en la materia.

Habida cuenta de la finalidad concreta perseguida, así como del contenido mínimo del citado Real Decreto-ley, resulta evidente la necesidad de completarlo mediante una disposición de carácter global que constituya el marco general normativo de los juegos, en el que se sienten las bases orgánicas y procedimentales de la materia y se contemplen tanto los juegos de suerte, envite o azar como las rifas y tómbolas, y tanto las actividades de los Casinos de Juego, como el juego en Círculos de Recreo y en establecimientos turísticos, abriendo así las puertas a la promulgación de las corres-

pondientes reglamentaciones específicas relativas a todos y cada uno de los aspectos señalados.

Al cumplimiento de la expresada finalidad, sirviendo de puente entre el Real Decreto-ley y los distintos Reglamentos especiales, se dirige el presente Real Decreto, que tiene su causa y fundamento jurídico en lo dispuesto en el artículo cuarto, a) de aquél, según el cual se autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones complementarias que sean precisas para el logro de las finalidades perseguidas por aquél.

En su virtud, a propuesta del Ministro de la Gobernación y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día once de marzo de mil novecientos setenta y siete,

D I S P O N G O :

Artículo 1.º—*Ámbito de aplicación.*

1. La competencia atribuida a la Administración del Estado por el artículo primero del Real Decreto-ley dieciséis/mil novecientos setenta y siete, de veinticinco de febrero, se ejercerá sobre la totalidad de los juegos o actividades en los que se aventuren cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables, en forma de envites o traviesas sobre los resultados, y que permitan su transferencia entre los participantes.

Los referidos juegos o actividades quedarán sometidos a las normas del presente Real Decreto, con independencia de que predomine en ellos el grado de habilidad, destreza o maestría de los participantes, o sean exclusiva o primordialmente de suerte, envite o azar, y tanto si se desarrollan mediante la utilización de máquinas automáticas, como si se llevan a cabo a través de la realización de actividades humanas.

2. Quedan únicamente excluidos del ámbito del presente Real Decreto los juegos o competiciones de puro pasatiempo o recreo que no produzcan transferencias económicamente evaluables, salvo el precio de la utilización de los medios precisos para su desarrollo, las consumiciones de comidas o bebidas en establecimientos públicos o su equivalente en dinero.

La práctica pública o privada de los juegos a que se refiere el presente apartado se entiende lícita, no siendo preciso para ello la obtención de autorización administrativa, sin perjuicio de las competencias que correspondan a las autoridades administrativas por razones distintas a la mera práctica del juego o por motivos de orden público.

Art. 2.º—*Catálogo de juegos.*

1. Será requisito indispensable para la práctica de los juegos a que se refiere el apartado primero del artículo anterior su inclusión en el Catálogo de Juegos, que será confeccionado con arreglo a los criterios siguientes:

a) La salvaguardia de la moral y el orden público y la prevención de perjuicios a terceros.

b) La transparencia en el desarrollo de los juegos y la garantía de que no se puedan producir fraudes.

c) Las posibilidades de llevar y controlar la contabilidad de todas las operaciones realizadas.

2. El Catálogo, así como las altas y bajas en el mismo, se aprobará mediante Orden del Ministerio de la Gobernación, previa la emisión de los informes previstos expresamente en el presente Real Decreto.

3. El Catálogo especificará para cada juego:

a) Las distintas denominaciones con que sea conocido y sus posibles modalidades.

b) Los elementos necesarios para su desarrollo.

c) Las reglas esenciales aplicables al mismo.

d) Los condicionamientos y prohibiciones que se considere necesario imponer a su práctica.

4. La inclusión en el Catálogo de los modelos o tipos de máquinas o aparatos automáticos cuyo empleo constituya la realización de un juego de azar que pueda dar lugar a la obtención de premios en dinero o equivalentes que no signifiquen estrictamente la contrapartida del precio correspondiente por su utilización, será precedida del informe del Ministerio de Industria sobre los materiales incorporados, construcción y funcionamiento y especialmente sobre las garantías de seguridad y prevención de fraudes.

Art. 3.º—Casinos de Juego.

1. Solamente podrá autorizarse con carácter permanente la organización de toda clase de juegos incluidos en el Catálogo a los establecimientos que, con la denominación de Casinos de Juego, tengan por objeto específico la explotación mercantil de tal organización.

2. Las autorizaciones para la instalación, apertura y funcionamiento de Casinos de Juego se otorgarán discrecionalmente por el Ministerio de la Gobernación, ateniéndose a la planificación de conjunto que, respecto a la totalidad del territorio nacional, apruebe el Gobierno a propuesta de los Ministerios de la Gobernación y de Información y Turismo. Dicha planificación determinará las zonas en que, por su adecuada infraestructura turística, puedan ser instalados los Casinos de Juego, así como el número máximo de establecimientos que podrán ser autorizados en cada zona.

3. El Ministerio de la Gobernación dictará las normas reguladoras de las autorizaciones, organización y funcionamiento de los Casinos de Juego.

Art. 4.º—Juego en círculos y establecimientos turísticos.

1. Fuera de los establecimientos a que se refiere el artículo anterior, los juegos comprendidos en el Catálogo sólo podrán ser practicados en los casinos, círculos, sociedades o asociaciones de recreo en general, siempre que estén legalmente constituidos y en funcionamiento, así como en los establecimientos turísticos debidamente autorizados.

2. Las autorizaciones para la práctica de juegos permitidos en los locales de las entidades a que se refiere el apartado anterior serán otorgadas por los Gobernadores civiles ateniéndose a la planificación de conjunto que establezca el Ministerio de la Gobernación y valorando discrecionalmente la

capacidad de organización y control de los juegos, así como la responsabilidad moral de las entidades solicitantes.

3. Las autorizaciones se otorgarán con sujeción a los requisitos que establezca el Reglamento que dicte el Ministerio de la Gobernación, previo informe del de Información y Turismo, y se ajustarán a las siguientes condiciones:

a) Serán válidas solamente para tiempo determinado y para juegos y locales concretos.

b) Se limitarán a los miembros de las entidades autorizadas y, en su caso, a los clientes de los establecimientos turísticos, que sean mayores de edad.

c) Prohibirán tomar parte en los juegos, directamente o a través de personas interpuestas, a los miembros de los órganos directivos de las entidades, a los propietarios, gerentes y administradores de los establecimientos turísticos y al personal al servicio de aquéllas y de éstos.

d) Señalarán las cuantías máximas de las apuestas o envites.

e) Determinarán la duración de las partidas, con expresión de horarios, límites de comienzo y de terminación.

4. A los efectos del presente Real Decreto, dentro del concepto de establecimientos turísticos a que se refiere el apartado primero de este artículo se comprenden los barcos de pasajeros propiedad de compañías navieras españolas, de más de dos mil toneladas y en travesías de más de veinticuatro horas.

En este supuesto, las autorizaciones se otorgarán por el Ministerio de la Gobernación, oídos los de Comercio e Información y Turismo.

5. El otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere el presente artículo es discrecional, así como su revocación, sin que ésta dé derecho a indemnización alguna.

Art. 5.º—*Rifas y tómbolas.*

1. La celebración de rifas y tómbolas se sujetará al Reglamento que se aprobará por la Presidencia del Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Hacienda y de la Gobernación.

2. La autorización de rifas y tómbolas se otorgará por los Gobernadores civiles o por el Ministerio de la Gobernación, en caso de que su ámbito exceda al de una provincia, previa conformidad del Ministerio de Hacienda en uno y otro supuesto.

3. Sólo podrán ser autorizadas las rifas y tómbolas benéficas, las de utilidad pública y las particulares.

Art. 6.º—*Prohibiciones de admisión.*

1. Con independencia de las prohibiciones especiales que puedan establecer los reglamentos particulares de cada modalidad de juego, la entrada en los locales y juego a que se refieren los artículos tercero y cuarto del presente Real Decreto, estará prohibida a:

a) Los menores de veintiún años, aunque se encuentren emancipados.

b) Los funcionarios civiles o militares que manejen fondos públicos.

c) Los que por decisión judicial hayan sido declarados incapaces, pródigos o culpables de quiebra fraudulenta, en tanto no san rehabilitados.

d) Las personas que se encuentren en situación de libertad condicional o sometidas al cumplimiento de medidas de seguridad.

e) Las personas que den muestras de encontrarse en estado de embriaguez o de sufrir enfermedad mental, y a los que puedan perturbar el orden, la tranquilidad o el desarrollo de los juegos.

f) Las personas que pretendan entrar portando armas u objetos que puedan utilizarse como tales.

2. Los Ministerios civiles y militares, las Corporaciones Locales y los Organos rectores de Organismos autónomos podrán imponer, con carácter general, a los cargos y funcionarios de ellos dependientes, o a categorías concretas de los mimos, prohibiciones de acceso a los locales de juego antes mencionados que se encuentren en el territorio de la provincia de su residencia, cuando así lo aconsejen razones de moralidad o prestigio de la función.

Art. 7.º—Comisión Nacional del Juego.

1. Como Organo central de coordinación, estudio y control de las actividades relacionadas con los juegos de azar, se constituye la Comisión Nacional del Juego.

2. La Comisión Nacional del Juego estará presidida por el Subsecretario de la Gobernación, y formarán parte de ella los siguientes Vocales.

- Un representante, con categoría de Director general de los Ministerios de Justicia, Hacienda, Trabajo, Industria e Información y Turismo
- El Director general de Seguridad.
- El Delegado nacional de Educación Física y Deportes.
- Cuatro Vocales designados por el Ministro de la Gobernación, dos de los cuales habrán de ser, respectivamente, un Presidente de la Diputación y un Alcalde.
- El Secretario general técnico del Ministerio de la Gobernación, que actuará como Secretario, con voz y voto.

3. Corresponde a la Comisión Nacional del Juego:

a) Proponer al Ministerio de la Gobernación el Catálogo de Juego, así como las Ordenenes de Altas y Bajas en el mismo.

b) Proponer al Ministerio o Ministerios competentes las disposiciones reglamentarias previstas en los artículos tercero, apartado tercero, cuarto, apartado tercero, y quinto, apartado primero.

c) Proponer al Ministerio de la Gobernación las resoluciones sobre solicitudes de autorización de Casinos de Juego, así como sobre las previstas en los artículos cuarto, apartado cuarto, y quinto, apartado segundo, del presente Real Decreto.

d) Emitir informe previo a la planificación para el establecimiento de los Casinos de Juego, y elaborar y proponer al Ministerio de la Gobernación la planificación prevista en el artículo cuarto, apartado segundo, de la presente disposición.

e) Emitir los informes que en materia de juégos de azar les sean interesados por los Organismos competentes.

f) Elevar las mociones y propuestas que estime convenientes.

g) Las restantes competencias que se le atribuyan por los Reglamentos previstos en el presente Real Decreto o por otras disposiciones.

4. La Comisión Nacional del Juego podrá recabar la colaboración y apoyo de los expertos que aconseje el mejor desempeño de sus funciones.

Art. 8.º—*Régimen de control.*

1. El control del cumplimiento de las obligaciones que imponen el presente Real Decreto, los Reglamentos previstos en el mismo, las normas fiscales y las autorizaciones otorgadas en su ejecución a los titulares de éstas será ejercido por los funcionarios correspondientes de los Ministerios de Hacienda y de la Gobernación. Los Ministerios de Información y Turismo y de Industria podrán designar funcionarios para llevar a cabo el control de las actividades en materia de su competencia que se practiquen en los locales de juego o en anejos a los mismos.

2. Los indicados funcionarios tendrán libre acceso a las salas o recintos de juego, a los locales donde se presten servicios complementarios, así como a las restantes dependencias de las Sociedades o establecimientos que guarden relación directa con el juego, el cual acceso no podrá serles prohibido o dificultado bajo ningún pretexto.

3. Los responsables de la Sociedad o establecimientos deberán poner a disposición de los Agentes de la Autoridad Gubernativa, de forma temporal o permanente, según lo precisen, una oficina en el mismo edificio, en local que se encuentre lo más próximo posible a las salas o dependencias que han de inspeccionar.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado primero, la Comisión Nacional del Juego podrá ordenar la realización de inspecciones en todos los locales en que se practiquen juegos de suerte, envite o azar, que podrán referirse a cualquiera de las materias en que son competentes los Ministerios mencionados en el apartado primero del presente artículo, salvo la relativa a la gestión e inspección de la tasa fiscal.

Art. 9.º—*Material del juego.*

1. La práctica de los juegos de azar sólo podrán efectuarse con material ajustado a los modelos homologados por la Comisión Nacional del Juego, de acuerdo con las prescripciones del Catálogo de Juegos y Apuestas. Reglamentariamente se determinarán los requisitos que ha de reunir cada tipo de material.

2. Todo el material que se destine a la práctica de juegos de azar habrá de ser fabricación nacional, considerándose artículos de importación prohibida a efectos de lo dispuesto en la disposición preliminar octava del vigente Arancel de Aduanas.

3. La instalación, ampliación y traslado de industrias dedicadas a la fabricación de material de juego de todas clases quedará sometida al régimen de autorización administrativa previa y su funcionamiento a las normas que al afecto se dicten por los Ministerios de la Gobernación y de Industria.

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, los Reglamentos que se dicten en ejecución del presente Real Decreto podrán prever la asunción por el Estado, en régimen de monopolio, de la fabricación de determinados elementos para la práctica de los juegos de azar.

Art. 10.—*Infracciones y sanciones.*

1. Con independencia de lo dispuesto en los artículos trescientos cuarenta y nueve y trescientos cincuenta del Código penal y de las infracciones que tipifiquen los Reglamentos particulares de los juegos, queda prohibida la realización de cualquiera de los actos siguientes:

a) Ceder por cualquier título las autorizaciones para la práctica de juegos de azar, salvo con los requisitos y en las condiciones que se fijen en los Reglamentos.

b) Practicar juegos de azar con material o elementos que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo anterior.

c) Asociarse con otras personas para fomentar la práctica de los juegos de suerte, envite o azar, al margen de las normas o autorizaciones legales.

d) Otorgar préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares en que tengan lugar los juegos.

e) Efectuar publicidad de los juegos de azar o de los establecimientos en que éstos se practiquen.

2. Las infracciones de lo dispuesto en el presente Real Decreto y de las normas de los Reglamentos particulares que se dicten en ejecución del mismo podrán ser sancionadas:

a) Con multas, que impondrán los Gobernadores civiles, hasta quinientas mil pesetas; el Ministro de la Gobernación, hasta dos millones, y el Consejo de Ministros, hasta cinco millones. Si la infracción hubiese determinado la producción de beneficios ilegítimos, la cuantía de la multa podrá exceder de los topes indicados hasta el duplo de la totalidad del beneficio ilegalmente obtenido.

b) Con la retirada temporal o definitiva de la autorización concedida.

3. Los Reglamentos particulares determinarán concretamente las infracciones y las sanciones a ellos aplicables.

4. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las facultades sancionadoras de los Ministerios de Hacienda y de Información y Turismo en el ámbito de sus respectivas competencias.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

1.^a No obstante lo dispuesto en el artículo cuarto, y sin perjuicio de la aprobación ulterior de la Reglamentación General de Juegos en Círculos y Establecimientos Turísticos, la Presidencia del Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Hacienda, de la Gobernación y de Información y Turismo, dictará en el plazo más breve posible un reglamento provisional de ordenación del juego del bingo.

2.^a Hasta tanto se dicte el reglamento particular que se prevé en el artículo quinto, las rifas continuarán sometidas al régimen hasta ahora vigente.

3.^a La prohibición de importación de material de juego establecida en el artículo noveno, apartado segundo, del presente Real Decreto, entrará en vigor a los doce meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado". En dicho plazo se procederá a dictar las normas de homologación correspondientes.

Durante el período indicado en el apartado anterior, el otorgamiento de las licencias de importación deberá preceder el informe favorable de la Comisión Nacional del Juego. Sólo podrán concederse licencias de importación a quien acredite ser titular de una autorización administrativa para la organización de juegos de azar, otorgada conforme al presente Real Decreto y a las normas que se dicten en su desarrollo. Los elementos de juego de fabricación extranjera, que no se hallen amparados por una licencia otorgada con arreglo a la presente disposición transitoria, serán objeto de comiso, y sus propietarios o poseedores, sancionados con arreglo a la legislación de contrabando.

4.^a Durante el primer año de vigencia de los reglamentos a que se refieren el artículo cuarto, apartado tercero, y la disposición transitoria primera del presente Real Decreto, las autorizaciones que en ellos se prevean serán otorgadas por el Ministro de la Gobernación, a propuesta de la Comisión Nacional del Juego.

REAL DECRETO-LEY 17/1977, DE 4 DE MARZO, SOBRE RELACIONES DE TRABAJO

("B. O. E.", 9 de marzo de 1977.)

Disposición adicional cuarta. El artículo doscientos veintidós del Código penal queda redactado en los siguientes términos:

Artículo doscientos veintidós. Serán considerados como reos de sedición:

1.º Los funcionarios, encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad, ocasionen trastornos a los mismos, o, de cualquier forma, alteren su regularidad.

2.º Los patronos y obreros que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad, o perturbar su normal actividad suspendieren o alteraren la regularidad del trabajo.

REAL DECRETO-LEY 19/1977, DE 14 DE MARZO, SOBRE MEDIDAS DE GRACIA

("B. O. E.", 17 de marzo de 1977.)

El Real Decreto-ley diez/mil novecientos setenta y seis, de treinta de julio, otorgó una amplia amnistía para los delitos de intencionalidad política y de opinión, siempre que no hubieran puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas. El presente Real Decreto-ley reconsidera tales

límites que, por la heterogeneidad de los casos, han podido dar lugar a resultados no siempre equitativos en su aplicación. Al mismo tiempo, se resuelve el problema derivado de las remisiones formales que la Ley de dieciocho de junio de mil ochocientos setenta hace al Código penal a la sazón vigente, en el que no se incluían supuestos delictivos tipificados con posterioridad.

La citada Ley establece un tratamiento diferenciado en cuanto al posible alcance de las medidas de gracia y al procedimiento mismo para otorgarlas, respecto de determinados delitos contra la seguridad interior del Estado, reconociendo el enfoque primordialmente político con que en tales casos hay que verificar la valoración de la justicia, equidad o conveniencia pública que orienten los criterios para otorgar la gracia. Tales criterios determinan la exigencia lógica de incluir entre ellos otros delitos de conformidad con los principios inspiradores de sucesivas y posteriores revisiones del ordenamiento penal, haciendo así posible una equitativa aplicación individualizada de las medidas de gracia.

En su virtud, a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día once de marzo de mil novecientos setenta y siete, en uso de la autorización conferida por el artículo trece de la Ley Constitutiva de las Cortes, texto refundido aprobado por Decreto de mil novecientos sesenta y siete, y oída la Comisión a que se refiere el apartado primero del artículo doce de la citada Ley,

D I S P O N G O :

Artículo 1.º El Real Decreto-ley diez/mil novecientos sesenta y seis, de treinta de julio, se aplicará en sus términos a los delitos y faltas que resulten incluidos en su ámbito por la única y estricta eliminación del inciso "puesto en peligro", que figura en el apartado uno del artículo primero.

Art. 2.º Se considerarán en todo caso incluidos en el apartado uno del artículo primero del Real Decreto-ley diez/mil novecientos setenta y seis, de treinta de julio, con los límites que resultan de su texto y del artículo precedente, los delitos comprendidos en el título II del libro II del Código penal, en el título IX del tratado II del Código de Justicia Militar y en el anexo incorporado al primero de dichos Códigos por el Real Decreto-ley tres/mil novecientos setenta y siete, de cuatro de enero.

Art. 3.º 1. Las decisiones que procedan por aplicación de los dos artículos precedentes serán adoptadas por la Autoridad judicial que tuviere competencia en la actualidad para el fallo de la causa correspondiente al delito de que se trate, aunque hubiera sido otra la que la hubiera fallado, operándose en este caso sobre testimonio de la sentencia.

2. Las causas por delitos a que se refiere este Real Decreto-ley, que estén pendientes de recurso, serán remitidas a la Autoridad judicial competente, conforme al párrafo anterior, a fin de que resuelva sobre la aplicación del presente Real Decreto-ley.

Art. 4.º Los delitos a que se refiere este Real Decreto-ley se entenderán incluidos en los artículos tercero y veintinueve de la Ley de dieciocho de junio de mil ochocientos setenta, sobre ejercicio de la gracia de indulto, a efectos de la posible aplicación de conmutación de penas y de indultos particulares, incluso respecto de los inculpados aún uno condenados.

A los mismos efectos, y en relación con aquellos cuya responsabilidad penal no resulte extinguida por aplicación de las medidas generales de gracia, el Gobierno podrá adoptar las decisiones que procedan en función de la justicia, equidad o conveniencia pública, a que se refieren los artículos segundo y veintiocho de la mencionada Ley de dieciocho de junio de mil ochocientos setenta, incluso la de decretar la libertad condicional que aquellos reclusos a los que resten menos de seis años para extinguir su condena, teniendo en cuenta, a tal respecto, solamente la conducta penitenciaria que observen a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

Art. 5.º Por los Ministerios de Justicia, Ejército, Marina y Aire se dictarán las normas complementarias que pudieran ser precisas para la aplicación del presente Real Decreto-ley.

Art. 6.º El presente Real Decreto-ley, del que se dará cuenta inmediata a las Cortes, entrará en vigor el mismo día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

REAL DECRETO 388/1977, DE 14 DE MARZO, SOBRE INDULTO GENERAL

(“B. O. E.”, 18 de marzo de 1977.)

El Real Decreto-ley diecinueve/mil novecientos setenta y siete, de catorce de marzo, reconsidera determinados límites de la amnistía otorgada el treinta de julio de mil novecientos setenta y seis, y, en esta misma línea, parece aconsejable también completar el conjunto de las diferentes medidas de gracia utilizables al respecto, mediante un indulto general para las penas impuestas o que pudieran imponerse por delitos de intencionalidad política que, estando en principio excluidos de aquella amnistía, lo estuvieron también de indultos generales anteriores, doble exclusión que podría llevar, si persistiera, a situaciones de desigualdad. Este indulto, que alcanza, pues, a los delitos antes mencionados, remite el resto de pena pendiente de cumplimiento a los responsables que no tuvieron una participación directa ni necesaria en el resultado lesivo y reduce en doce años la pena más grave impuesta a los demás, con remisión total de las otras, estableciendo que la única pena resultante será de veinte años para las privativas de libertad por conmutación de la de muerte y de dieciocho años, como límite máximo. en los demás casos.

Por otra parte, el presente Real Decreto concede un indulto general de la cuarta parte de las penas impuestas o que pudieran imponerse por todos los demás delitos cometidos hasta el día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis, fecha del Referéndum, especialmente significativa como hito en la concordia nacional. Se condonan igualmente las sanciones correspondientes a faltas penitenciarias y se reconoce a todos los reclusos que no consigan la inmediata libertad la posibilidad de disfrutar de los beneficios concedidos en los artículos noventa y ocho y cien del Código penal, cuando se cumplan los requisitos que en ellos se establecen, valorando su conducta penitenciaria en función de la que observen a partir de la entrada en vigor de esta disposición.

Estas medidas de gracia se plantean, finalmente, en un equilibrio que no olvida el propósito de plena reincorporación de los beneficios a la sociedad y, por ello, todos los indultos concedidos se otorgan bajo la condición de que quienes resulten favorecidos no incidan en conductas análogas en el plazo de cinco años.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Justicia, Ejército, Marina y Aire y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día once de marzo de mil novecientos setenta y siete.

D I S P O N G O :

CAPITULO PRIMERO

Artículo 1.º Se concede indulto general del resto pendiente de cumplimiento de las penas impuestas o que pudieran imponerse a los incurso en responsabilidad penal por delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión no amnistiados conforme al Real Decreto-ley diez/mil novecientos setenta y seis, de treinta de julio, e incluidos en su ámbito temporal, salvo que fueren responsables en concepto de autores.

Art. 2.º 1. Se concede asimismo indulto general de hasta doce años de las penas impuestas o que pudieran imponerse por delitos de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código penal, Código de justicia militar y Leyes penales especiales cometidos hasta el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis, sin que la pena resultante pueda exceder de dieciocho años.

2. En caso de pluralidad de penas, se aplicará la reducción establecida en el párrafo anterior a la más grave, quedando indultadas totalmente las demás.

No obstante lo dispuesto en los dos apartados precedentes, si entre las penas figurara como única o juntamente con otras la de privación de libertad por conmutación de la pena de muerte, la pena única resultante será de veinte años.

Art. 3.º A los efectos previstos en los artículos anteriores, serán de aplicación los criterios establecidos en el artículo dos y en el apartado uno del artículo tres del Real Decreto-ley diecinueve/mil novecientos setenta y siete, de catorce de marzo.

CAPITULO II

Art. 4.º 1. Se concede indulto general de una cuarta parte de las penas impuestas o que puedan imponerse por todos los delitos y faltas no incluidos en el capítulo anterior y comprendidos en el Código penal, Código de Justicia Militar y Leyes penales especiales por hechos realizados hasta el día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.

2. La reducción de penas por aplicación del indulto concedido en el número anterior nunca será inferior a un año. Las penas pecuniarias y las de represión pública y privada quedarán totalmente indultadas.

3. Este indulto, que será aplicable cualesquiera que fueren los que con anterioridad se hayan concedido, operará, en su caso, sobre la base resultante de deducir de la pena impuesta la parte o partes que hubieran sido objeto de indulto general anterior.

CAPITULO III

Art. 5.º Quedan indultadas todas las sanciones correspondientes a las faltas penitenciarias, cualquiera que sea su naturaleza, que se hayan impuesto o pudieran imponerse por hechos realizados hasta el día inmediato anterior a la publicación de este Real Decreto.

Art. 6.º Todos aquellos a quienes la aplicación de los beneficios que se conceden en este Real Decreto no suponga la inmediata libertad, podrán disfrutar de los beneficios concedidos por los artículos noventa y ocho y cien del Código penal, cuando se cumplan los requisitos que en ellos se establecen, valorando la conducta penitenciaria que se observe a partir de la entrada en vigor de esta disposición.

Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio de lo que específicamente previene respecto de los delitos a que se refiere el Real Decreto-ley diecinueve/mil novecientos setenta y siete, de catorce de marzo, el párrafo dos de su artículo cuarto.

Art. 7.º 1. Todos los indultos concedidos por este Real Decreto se otorgan bajo la condición de que quienes resulten favorecidos por ello no cometan, en el plazo de cinco años, a contar desde su concesión, o desde su puesta en libertad, si fuese posterior, otro delito de análoga naturaleza al que haya sido objeto de indulto, debiendo en otro caso cumplir la pena indultada. La existencia o no de analogía, será apreciada por el Tribunal o Juez sentenciador.

2. En el caso de los delitos monetarios, la aplicación del indulto a que se refiere el artículo cuarto quedará condicionada a la previa repatriación del capital evadido en los supuestos de salida, tenencia o colocación ilegales de fondos en el extranjero. Tales delitos quedarán excluidos, cualquiera que fuere su intencionalidad, de lo establecido en el capítulo primero de este Real Decreto.

Art. 8.º 1. En las causas que se sigan en la jurisdicción ordinaria por cualquier tipo de delitos o faltas a los que se extiendan alguno de los indultos concedidos por este Real Decreto, serán aplicados éstos sin necesidad de celebración de juicio oral, previo dictamen del Ministerio Fiscal, en el que sucintamente se establezcan el hecho, la calificación jurídica y la pena procedente, cuando ésta resulte totalmente indultada, dictándose, en tal caso, sin más trámites, el auto de sobreseimiento libre previsto en el número tercero del artículo seiscientos treinta y siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por el Tribunal o Juez competente. Estando personadas en la causa otras acusaciones, sólo se aplicará el indulto anticipado al que se refiere la primera parte de este párrafo, cuando todas ellas soliciten penas comprendidas en el indulto total.

2. En la jurisdicción militar se procederá de manera análoga, aplicándose, en cuanto hace referencia al procedimiento, el artículo setecientos treinta

y siete del Código de Justicia Militar y dictándose, en su caso, el auto de sobreseimiento definitivo previsto en el artículo setecientos diecinueve número tercero de dicho Código, por la Autoridad judicial y militar que corresponda.

3. En las causas por faltas se aplicará también el indulto anticipado, utilizándose un procedimiento análogo al establecido en los números anteriores.

Art. 9.º Los indultos otorgados por el presente Real Decreto no producirán efecto alguno sobre los instrumentos del delito que hayan sido decomisados ni alcanzarán a las penas accesorias previstas en el Código de Justicia Militar.

Art. 10. Por los Ministerios de Justicia, Ejército, Marina y Aire, se dictarán las disposiciones complementarias que pudieran ser necesarias para la debida ejecución de lo dispuesto en este Real Decreto.

Art. 11. El presente Real Decreto entrará en vigor el mismo día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

REAL DECRETO-LEY 20/1977, DE 18 DE MARZO, SOBRE NORMAS ELECTORALES

("B. O. E.", 24 de marzo de 1977) (*)

TITULO VIII

Delitos e infracciones electorales

CAPITULO PRIMERO

Delitos electorales

SECCION PRIMERA

Disposiciones generales

Art. 68. A los efectos de este título se considerarán funcionarios públicos, además de los comprendidos en el artículo ciento diecinueve del Código penal, quienes desempeñen alguna función relacionada con las elecciones, los Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales, los Presidentes, adjuntos e interventores de las Mesas electorales y los correspondientes suplentes.

A los mismos efectos tendrán la consideración de documentos oficiales el censo y sus copias autorizadas, las actas, listas, certificaciones, talones o credenciales de nombramientos de quienes hayan de intervenir en el proceso electoral y cuantos emanan de personas a quienes la presente Ley encargue su expedición.

(*) Queda derogada la Ley de 8 de agosto de 1907. El presente Real Decreto-ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Art. 79. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a estas normas y al Código penal, lo serán siempre por aquel precepto de una u otro que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos.

Art. 80. Por todos los delitos a que se refiere este título se impondrán además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo y pasivo.

Art. 81. Los Tribunales, teniendo en cuenta la trascendencia y gravedad de los hechos delictivos enjuiciados y la personalidad del delincuente, podrán imponer las penas inmediatamente superiores a las señaladas.

Art. 82. En todo lo que no se encuentre expresamente regulado en este capítulo se aplicará el Código penal.

SECCION SEGUNDA

De los delitos en particular

Art. 83. Serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de diez mil a cien mil pesetas los funcionarios públicos que voluntariamente realicen una acción u omisión que tenga por objeto:

1.º Que la formación de las listas de electores, ya sean provisionales o definitivas, no se hagan conforme a las normas legalmente establecidas o no se cumplan, en cuanto a tiempo, forma y lugar las normas sobre exhibición al público.

2.º La alteración no autorizada de las fechas, horas o lugares en que deba celebrarse cualquier acto electoral, incluso de carácter preparatorio, o que los modos, formas o términos de su anuncio puedan inducir a error a los electores.

3.º Que la formación del censo, constitución de las Juntas o Mesas electorales, votación, acuerdos, escrutinios o propuestas de candidatos se produzcan en términos distintos de los legalmente establecidos.

4.º Que las actas y demás documentos electorales no se extiendan o no se firmen por quienes deban hacerlo en el momento oportuno o no tengan el curso debido.

5.º Que se impida o dificulte a los electores, candidatos, apoderados, interventores o notarios el que examinen, de la forma legalmente establecida, la urna, antes de comenzar la votación, así como los sobres y papeletas que de ella se extraigan al hacerse el escrutinio.

6.º Descubrir el secreto del voto.

7.º Suspender, sin causa justificada, cualquier acto electoral.

8.º Negar, dificultar o retrasar indebidamente la admisión, curso o resolución de las protestas o reclamaciones de los electores que legalmente estén legitimados para hacerlas o no dejar de ellas la debida constancia documental.

9.º Omitir los avisos de notificación que ordene la Ley o no expedir o mandar expedir, cuando proceda, la certificación solicitada de actos electorales.

Los particulares que participen en la realización de cualquiera de las figuras delictivas anteriormente descritas serán castigados con la pena de

arresto mayor, en su grado mínimo, o multa de diez mil a cien mil pesetas.

Art. 84. Serán sancionados con arresto mayor o multa de cincuenta mil a quinientas mil pesetas quienes lleven a cabo alguno de los actos siguientes:

1.º Realizar actos de propaganda, una vez finalizado el plazo de la campaña electoral.

2.º Infringir las normas legales en materia de carteles electorales y espacios reservados a los mismos para la diversas candidaturas, así como las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral.

Art. 85. El Presidente y los Adjuntos de las Mesas Electorales, así como sus respectivos suplentes, que dejen de concurrir a desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplieren sin causa extremadamente justificada las obligaciones de excusa o aviso previos que le impone el artículo veintisiete de esta Ley, incurrirán en la pena de arresto mayor y multa de diez mil a cincuenta mil pesetas.

Art. 86. 1. Serán castigados con la pena de arresto mayor:

1.º Quienes por medio de recompensas, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector o le induzcan a la abstención.

2.º Quienes realicen actos, omisiones o manifestaciones contrarios a lo establecido en esta Ley con el objeto de cohibir o ejercer presión sobre los electores para que no usen de su derecho o lo ejerciten contra su voluntad votando o dejando de votar candidaturas determinadas.

3.º Quienes de cualquier modo impidan o dificulten el ejercicio de su derecho a cualquier elector.

2. Incurrirán en la pena señalada en el apartado anterior y, además, en la de inhabilitación especial para cargo público los funcionarios públicos que usen sus competencias para alguno de los fines señalados en el apartado uno de este artículo o que en el ejercicio de dichas competencias voluntariamente causaren manifiesto perjuicio a un candidato o persona que desempeñe alguna función relacionada con las elecciones, salvo cuando se trate de reprimir infracciones flagrantes.

Art. 87. Quienes impidan o dificulten injustificadamente la libre entrada y salida de los electores y de los apoderados de los candidatos en el lugar en que deban ejercer su derecho, su aproximación a las Mesas electorales, la permanencia de notarios, candidatos o sus apoderados y electores en los lugares en que se realicen actos electorales, de manera que no puedan ni les sea fácil ejercitar su oficio o su derecho y comprobar la regularidad de tales actos, incurrirán, siendo funcionarios públicos, en la pena de arresto mayor y, siendo particulares, en la pena de arresto mayor en su grado mínimo.

Art. 88. Los que produjeren tumulto o turbaren el orden en cualquier acto electoral o penetrasen en los locales donde éstos se celebren portando armas u otros instrumentos susceptibles de ser usados como tales, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de diez mil a cien mil pesetas. Si los actos descritos no revistiesen gravedad, serán sancionados con multa de diez mil a cincuenta mil pesetas, según el prudente arbitrio del Jgador.

Art. 89. Serán castigados con las penas señaladas en los artículos trescientos dos y trescientos tres del Código penal, según el carácter de las personas responsables, quienes voluntariamente realicen alguno de los actos siguientes:

1.º Omitir o anotar de manera que induzca a error sobre su autenticidad, los nombres de los votantes en cualquier acto electoral.

2.º Cambiar, ocultar o alterar, de cualquier manera, el sobre o papeleta electoral, que el elector entregue al ejercitar su derecho.

3.º Realizar con inexactitud el recuento de electores en actos referentes a la formación o rectificación del Censo o a operaciones electorales o la lectura de papeletas.

4.º Efectuar proclamación indebida de personas.

5.º Faltar a la verdad en manifestaciones verbales que hayan de realizarse en algún acto electoral.

6.º Votar dos o más veces en una elección, utilizar nombre ajeno para votar o hacerlo no teniendo capacidad legal para realizarlo.

7.º Consentir, pudiendo evitarlo o formular la correspondiente protesta, la emisión del voto en los casos previstos en el número anterior.

8.º Imprimir, confeccionar o utilizar papeletas o sobres electorales, con infracción de las normas establecidas.

9.º Cometer cualquiera otra falsedad en materia electoral, análoga a las anteriores, por alguno de los modos señalados en el artículo trescientos dos del Código penal.

10.º Suscitar, sin motivo racional, dudas sobre la identidad de una persona o la entidad de sus derechos.

Si las alteraciones de la verdad a las que se refiere este artículo fueran cometidas por imprudencia temeraria, serán sancionadas conforme al artículo quinientos sesenta y cinco, párrafo primero del Código penal.

En la apreciación de los supuestos a que se refiere el presente artículo, los Tribunales se atenderán a lo dispuesto en el artículo trescientos dieciocho del Código penal.

SECCION TERCERA

Procedimiento para su sanción

Art. 90. La jurisdicción ordinaria es la única competente para el conocimiento de los delitos electorales. El procedimiento a seguir será el que corresponda en cada caso, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las actuaciones que se produzcan por aplicación de estas normas tendrán carácter preferente y se tramitarán con la máxima urgencia posible.

La acción penal que nace de estos delitos es pública y podrá ejercitarse sin necesidad de depósito o fianza alguna.

Art. 91. El Tribunal o Juez a quien corresponda la ejecución de las sentencias firmes dictadas en causas por delitos a los que se refiera este Título dispondrá la publicación de aquéllas en el "Boletín Oficial" de la provincia y remitirá un ejemplar del periódico a la Junta Electoral Central.

Art. 92. Tanto en materia de enjuiciamiento, como ejecución y, en su

caso, recursos, en cuanto se refiere a los delitos electorales, se aplicará sin más especialidades que las ya señaladas, la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CAPITULO II

Infracciones

Art. 93. Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente norma o en las disposiciones que se dicten para su ejecución, que no constituyan delito, serán sancionadas por las Juntas Electorales con multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas, si se trata de autoridades o funcionarios, y de mil a veinticinco mil pesetas, si se realizan por particulares.

REAL DECRETO-LEY 24/1977, DE 1 DE ABRIL, SOBRE LIBERTAD DE EXPRESION

(“B. O. E.”, 12 de abril de 1977)

El derecho de todos los ciudadanos tanto a la libre información como al respeto de su honor y de los demás derechos inherentes a la persona, es principio fundamental de todo Estado de Derecho y, como tal, afirma su pretensión de máxima eficacia en el ordenamiento jurídico español. Paralelamente, la concurrencia democrática sólo es posible si el contraste y enfrentamiento entre opciones políticas diversas se hace de manera que ninguno de los contendientes pueda erigirse en juez de la conducta ajena, función reservada, exclusivamente, en lo jurídico, a los Tribunales de Justicia y en lo político al voto de los ciudadanos.

Ambos imperativos han de modular necesariamente la indeclinable libertad de información, máxime en el período electoral. Con este fin, se suprimen los límites que la indeterminación de los tipos o la discrecionalidad de la Administración imponían a la libertad de expresión a través de los medios informativos. No supone ello dejar sin adecuada protección los valores éticos y sociales que a través de dichas limitaciones trataban de garantizarse, sino que se considera suficiente la tutela prevista, al efecto, en el ordenamiento penal general y la que sobre el mismo ejerce la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, la intervención administrativa se reduce al máximo y para supuestos concretos respecto de los cuales es indudable que solamente una enérgica acción de la Autoridad puede prevenir males mayores derivados de ataques a la moral pública o a aquellas instituciones cuya marginación de toda contienda política es la primera garantía de su fecunda serenidad.

Por otro lado, se fortalecen los instrumentos ya previstos por nuestro ordenamiento procesal para defender el honor y fama de los particulares mediante las correspondientes acciones ante la jurisdicción ordinaria y se garantiza la correspondiente responsabilidad civil de quienes atenten contra dichos valores.

En su virtud, a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día uno de abril de mil novecientos setenta y siete, en uso de la autorización que me confiere el artículo trece de la Ley Constitutiva de las Cortes, y oída la Comisión a que se refiere el artículo doce de la misma,

DISPONGO :

I

De la libertad de expresión por medio de impresos

Artículo primero.

La libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones por medio de impresos gráficos o sonoros, no tendrá más limitaciones que las establecidas en el ordenamiento jurídico con carácter general.

Artículo segundo.

Uno. Quedan derogados el artículo segundo de la vigente Ley de Prensa e Imprenta y el artículo ciento sesenta y cinco bis b) del Código Penal.

Dos. Quedan suprimidas las facultades de suspensión atribuidas a la Administración por el artículo sesenta y nueve de la Ley de Prensa e Imprenta.

Artículo tercero.

El apartado dos del artículo sesenta y cuatro de la vigente Ley de Prensa quedará redactado de la siguiente forma:

“Dos. A) Cuando la Administración tuviere conocimiento de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito cometido por medio de impresos gráficos o sonoros dará cuenta al Ministerio Fiscal o lo comunicará al Juez competente, el cual acordará inmediatamente sobre el secuestro de dichos impresos con arreglo al artículo ochocientos dieciséis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

B) La Administración sólo podrá decretar el secuestro administrativo de aquellos impresos gráficos o sonoros que contengan noticias, comentarios o informaciones.

a) Que sean contrarios a la unidad de España.

b) Que constituyan demérito o menoscabo de la Institución Monárquica o de las personas de la Familia Real.

c) Que de cualquier forma atente al prestigio institucional y al respeto, ante la opinión pública, de las Fuerzas Armadas.

C) Igualmente podrá decretarse el secuestro administrativo de los impresos gráficos o sonoros, obscenos o pornográficos. La publicación habitual de impresos obscenos o pornográficos será causa de cancelación de la correspondiente inscripción registral.

D) La Administración sancionará como falta muy grave el quebrantamiento del secuestro.

E) Los actos administrativos dictados conforme a los apartados anteriores serán recurribles en vía administrativa, y contra la resolución que ponga fin a la misma cabe el recurso jurisdiccional de acuerdo con las normas vigentes.”

II

De las injurias y calumnias cometidas con publicidad

Artículo cuarto.

Para la persecución de los delitos de calumnia e injurias previstos y penados en los artículos cuatrocientos cincuenta y tres y siguientes del Código Penal, en los supuestos a que se refiere el artículo cuatrocientos sesenta y tres del mismo texto, bastará denuncia de la persona agraviada o, en su caso, de su representante legal.

El perdón del ofendido, mayor de veintitún años, o, en su caso, del representante legal, extingue la acción penal o la pena impuesta o en ejecución.

Lo establecido en los párrafos anteriores se aplicará también a las injurias livianas a que se refiere el número I del artículo quinientos ochenta y seis del Código Penal.

Las ofensas dirigidas contra la Autoridad Pública, Corporaciones o clases determinadas del Estado y lo dispuesto en el Capítulo octavo del Título segundo del Libro segundo del Código Penal no sufrirá alteración en su actual sistema de persecución como delitos públicos.

Artículo quinto.

Cuando los delitos de calumnia a que se refiere el artículo anterior se cometan en período de campaña electoral y con motivo u ocasión de ella, las penas privativas de libertad previstas al efecto en el Código Penal se impondrán en su grado máximo. En los supuestos de injurias graves cometidas por escrito y con publicidad, el Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, podrá imponer la pena privativa de libertad inmediatamente superior a la prevista en el Código Penal, en su grado mínimo. Esta agravación se producirá, en todo caso, cuando el delito se realice durante el período de campaña electoral y con motivo u ocasión de ella.

Artículo sexto.

De los delitos a que se refiere el presente Real Decreto-ley responderán los autores a que se hace mención en el artículo trece del Código Penal, salvo cuando se trate de publicaciones escritas. En estos casos, responderá también el Director de la publicación, y si éste no fuese conocido, no se hallare en España o estuviere exento de responsabilidad cri-

minal por alguna de las causas que enumera el artículo octavo del mismo Código, será responsable el editor y, en su defecto, por las mismas causas, el impresor.

Artículo séptimo.

En todos los supuestos a los que se refiere este Real Decreto-ley procederá la responsabilidad civil solidaria de la Empresa propietaria del medio informativo en el que se haya propagado la calumnia o injuria, salvo cuando se trate de emisiones en directo a través de radio y televisión.

Artículo octavo.

Uno. La competencia para la instrucción, conocimiento y fallo de las causas por los delitos a que se refieren los artículos anteriores corresponderá a los Jueces y Tribunales determinados en el artículo catorce de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dos. El procedimiento para instrucción de las causas por dichos delitos será el señalado en el Título IV del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto resulte de aplicación, sin necesidad de querrela ni de acto de conciliación previo, y para el conocimiento y fallo de las mismas causas, el determinado en el Título III del Libro IV de dicha Ley.

Ello no obstante:

a) Los artículos de previo pronunciamiento se propondrán en el escrito de calificación provisional y serán resueltos en la sentencia definitiva.

b) El plazo para instrucción y calificación del artículo setecientos noventa y siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se entenderá común y de cinco días para todas las partes acusadoras y también común y de cinco días para las partes acusadas; y

c) Entre la iniciación del sumario y la celebración del juicio oral no deberán transcurrir más de cuarenta y cinco días.

Artículo noveno.

En todo lo que no se halle especialmente regulado en este Real Decreto-ley se aplicará el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo diez.

Se autoriza a los Ministerios de Justicia y de Información y Turismo para dictar las disposiciones precisas para el desarrollo del presente Real Decreto-ley.

Artículo once.

Este Real Decreto-ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", y de él se dará cuenta inmediata a las Cortes.

ORDEN DE 2 DE ABRIL DE 1977 POR LA QUE SE DAN NORMAS PARA LA APLICACION DEL INDULTO PROMULGADO POR EL REAL DECRETO 388/1977, DE 14 DE MARZO

(“B. O. E.”, 16 abril de 1977)

Excelentísimo señor:

El Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, por el que se concede el indulto general por penas impuestas o que puedan imponerse por delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidas en el Código Penal, Código de Justicia Militar y Leyes Penales especiales, por hechos cometidos hasta el 15 de diciembre de 1976, concede, en su artículo 4.º, el indulto de la cuarta parte de las penas impuestas por delitos y faltas no incluidos en el enunciado anterior, pero que se encuentren comprendidos en los mismos Códigos y Leyes citados.

El vigente texto de la Ley de Contrabando, adaptado a la Ley General Tributaria y aprobado por Decreto de 16 de julio de 1964, establece, en su artículo 51, que la jurisdicción, para conocer de las infracciones de contrabando, será exclusivamente administrativa, y esta circunstancia determina que, en principio, los beneficios concedidos en aquel Real Decreto no sean de aplicación a las sanciones impuestas por tales infracciones fiscales.

Notorias razones de equidad aconsejan extender la aplicación de la gracia a los infractores que estén cumpliendo o hayan de cumplir la sanción subsidiaria de prisión por insolvencia, dados los generosos principios que inspira el referido Real Decreto.

Habida consideración de las amplias facultades que a este Ministerio confieren los artículos 121 y 123 de la vigente Ley de la Jurisdicción para conceder la suspensión condicional del cumplimiento de la aludida sanción subsidiaria, se estima, como en anteriores ocasiones, que una concesión general y excepcional de esta gracia es el medio más adecuado para lograr la misma finalidad que ha inspirado las disposiciones del Real Decreto de 14 de marzo último.

En su virtud, este Ministerio dispone:

Primero.—Los Presidentes de los Tribunales de Contrabando que hubieran conocido o conozcan, en única o primera instancia, de un expediente seguido por la comisión de infracciones que sanciona la vigente Ley de Contrabando de 16 de julio de 1964, acordarán, con carácter general y de excepción, el beneficio de la suspensión condicional de la sanción subsidiaria de prisión por insolvencia a favor de los que resulten o hayan resultado sancionados en dichos expedientes, siempre que las infracciones que motivaron o motiven las sanciones de referencia se hubieren cometido con anterioridad al día 16 de diciembre de 1976.

Segundo.—La aplicación de este beneficio se hará de oficio en los expedientes en que no hubiere recaído resolución firme. En los demás casos se aplicará previa petición de los sancionados dirigida al Presidente del Tribunal que hubiere conocido el expediente en primera instancia.

Tercero.—Los beneficios de la suspensión de sanción a que se refieren los párrafos anteriores serán los siguientes:

Se remitirán en una cuarta parte las sanciones subsidiarias de privación de libertad impuestas o que puedan imponerse, sin que la reducción pueda nunca ser inferior a un año.

Estos beneficios serán aplicables cualesquiera que fueren los que con anterioridad se hayan concedido y operarán, en su caso, sobre la base resultante de deducir de la pena impuesta la parte o partes que hubieren sido objeto de una suspensión condicional anterior.

Cuarto.—Los beneficios ahora regulados quedarán automáticamente sin efecto si los favorecidos incurrieren en una posterior infracción de esta naturaleza durante los plazos de prescripción establecidos en la Ley de la Jurisdicción. En tales supuestos, el responsable cumplirá la sanción subsidiaria suspendida condicionalmente y además la correspondiente a la nueva infracción.

Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ
Profesor Adjunto de Derecho penal

Artículo 8.º, 1.º. Enajenación mental.

La enajenación mental que exime de responsabilidad criminal, según el número 1.º del artículo 8.º del Código penal, exige en el hombre delincuente un estado patológico o morboso que le prive totalmente del mecanismo intelectual del conocimiento, y el psíquico de la voluntad, indispensables positivamente para la imputabilidad penal, teniendo que faltar, por tanto, todo nexo moral e ideal, entre la acción y el resultado delictivo, y también hallándose ausente el saber que se efectúa la violación legal, por lo que cualquiera que sea la enfermedad, en su vario contenido, que se enmarque dentro de la amplia y acertada fórmula legal de la enajenación mental, lo esencial, son las consecuencias que genere, dentro de las facultades intelectivas y volitivas del sujeto, rectoras de la conducta humana, que han de hallarse totalmente afectadas y anuladas, para que se produzca el efecto de exención o de irresponsabilidad criminal plena, pues de existir solamente atenuadas en su contenido actuará la semienfermedad, con su correlativa consecuencia de apreciar una imputabilidad disminuida por la vía del número 1.º del artículo 9 del mismo cuerpo legal. (S. 30 noviembre 1976.)

Artículo 8.º, 4.º. Legítima defensa.

Agresión ilegítima de un lado y *defensa necesaria* de otro son los dos soportes sobre los que gira toda *legítima defensa*, ya en su versión primaria y completa de justificante, ya en su acepción subsidiaria e incompleta de causa de inculpabilidad; consecuencia de lo cual es aquella constante jurisprudencial de esta Sala que excluye de la eximente —en cualquiera de dichas dos versiones— la llamada *riña mutuamente aceptada* que no es sino una variante de la pretendida “legítima defensa recíproca” que la mejor doctrina trata de espúrea e inadmisibles, puesto que trabada la riña sin que pueda reconocerse de quién partió la provocación y subsiguiente *agresión*, cada uno de los contendientes ha de reputarse agresor recíproco del otro, con lo que claramente falta la circunstancia primera de la mentada eximente, requisito que ya se ha dicho ha de reputarse básico tanto en la exención completa como en la imperfecta y que, a su vez, condiciona el esencial carácter de la *necesidad* de

la defensa, implícito en la frase "obrar en defensa" que se contiene en cada uno de los apartados cuarto, quinto y sexto del artículo cuarto del Código penal y con que se inaugura la legítima defensa propia, de parientes y de extraños, lo que equivale a decir: obrar en situación o estado de necesidad defensiva, o lo que es lo mismo, que si no puede señalarse o apreciarse una ilegítima agresión, tampoco puede estimarse la necesidad de una reacción defensiva, lo que invalida la aplicación de la eximente en cualquiera de sus grados. (S. 13 diciembre 1976.)

Artículo 8.º, 7.º. Estado de necesidad (en delitos culposos).

Si bien la doctrina establecida por esta Sala, en sentencias de 24 de septiembre de 1953, 23 de junio de 1955, 1 de febrero de 1960, 16 de abril de 1962 y 16 de enero de 1968, se ha mostrado refractaria a estimar la aplicación de la eximente de estado de necesidad en los delitos culposos, cuando la necesidad había sido provocada, en todo o en parte, con anterioridad por el propio necesitado, con su comportamiento negligente o antirreglamentario, y debido a su ausencia de voluntad, que se contraponía y chocaba, con la exigencia en la eximente, de que el agente lesione un bien jurídico o infrinja un deber, con el deseo o propósito de originar un mal y, por tanto, actuando voluntariamente, sin embargo, actualmente, la jurisprudencia, en sentencias de 29 de enero y 15 de junio de 1971, ha admitido la operatividad del estado de necesidad dentro de la culpa previa, pues en el comportamiento culposo, como opina la mejor doctrina científica, que aboga por la aceptación de la eximente en tal supuesto, si bien falla la voluntad proyectada sobre el evento, existe sin embargo para lesionar la norma de cuidado, al actuar voluntariamente sin cautelas, con falta de atención o negligentemente, por lo que parece que incluso en las situaciones de necesidad provocadas por la culpa propia —y más aún la ajena— cabe hacer actuar dicha eximente, pues el requisito 2.º del número 7.º del artículo 8.º del Código penal le permite, al referirse a que la situación de necesidad, no haya sido provocada intencionalmente, y la culpa está fuera de esta querida provocación, evitando esta operancia de la eximente en la culpa, una nueva manifestación del repudiable "versarismo", porque la existencia de la actuación primaria imprudente no puede cohibir el conflicto de bienes y su apropiada solución; debiendo de concurrir todos los requisitos propios de dicha circunstancia para poder actuar dentro de la culpa y concretamente un peligro o mal actual, grave y eminente, que amenace un bien jurídico, y que es el mal que se trata de evitar según el texto legal y que obliga para poder salvarlo a la lesión de otro bien jurídico, causando otro mal no mayor que el eludido —proporción entre los males—, actuándose en definitiva con el juego de tres males: el que se trata de salvar, el que se propone lesionar y el que efectivamente resulte vulnerado, pero en todo caso el "acto necesitado" debe ser totalmente inevitable, imposible de dejar de realizarse, operando, por su misma naturaleza, como requisito básico y primario de la eximente, sobre el cual se montan todas las demás exigencias, por lo que si el medio a que el agente recurrió era innecesario, la eximente no puede de ninguna manera surgir. (S. 29 octubre 1976.)

Artículo 9.º 1.º. Enajenación mental (incompleta).

La secuela producida por el accidente en el recurrente es "gran disminución de función intelectual y volitiva" que le impide darse perfecta cuenta del alcance de sus actos en toda su extensión, y que a sabiendas de lo que hacía, aunque con capacidad disminuida...", aplicó el dinero a usos propios. Luego no hay turbación total de facultades mentales, hay sólo disminución, o como dice el considerando de la sentencia, restricción en relación con las de una persona normal, que le impide abarcar el alcance perfecto de sus actos, en toda su extensión. De donde se infiere que no existe nulidad de facultades ni impedimento para conocer y querer. Existe sólo una limitación que encaja perfectamente, como hizo la Sala de instancia, con toda corrección en la eximente incompleta del artículo 9.º, 1.º, en relación con la 1.ª del artículo 8.º con su consecuencia legal, ordenada en el artículo 66 del Código penal, de aplicar la pena inferior en uno o dos grados que fue lo que en definitiva hizo la sentencia recurrida y ello lleva a la desestimación del motivo que se estudia. (S. 30 noviembre 1976.)

Artículo 9.º, 1.º. Trastorno mental transitorio (incompleto).

En el recurso se impugna la falta de aplicación de la eximente primera del artículo 8 del Código penal de trastorno mental transitorio del recurrente en lo relativo a la muerte del vigilante por padecer oligofrenia unida a la existencia de un síndrome postraumático, entrando la situación estructural de su personalidad en crisis con la violencia o el alcohol, argumentando escuetamente en sus fundamentos legales y doctrinales darse los presupuestos necesarios para considerar su conducta inimputable, motivo que no es posible aceptar, pues aún cuando el procesado se encuentra afectado de oligofrenia en grado de intensa debilidad mental, como manifestación de un síndrome postraumático que disminuye su capacidad para conocer la injusticia de sus actos y orientar su conducta conforme dicho conocimiento, según declaran los hechos probados en los que no consta obrara el procesado bajo los efectos de trastornos mental transitorio producido por el alcohol, ya que en ningún momento consta bebieran con exceso; y la enajenación para ser tenida como causa de inimputabilidad exige que quien la padezca, se halle en un estado de absoluta y completa perturbación de sus facultades mentales, colocando al sujeto en un estado de manifiesta inconsciencia para sus determinaciones en vida de relación (sentencia de 27 de junio de 1969), lo que no ha sucedido en el presente caso, en el que como los otros procesados cenó con ellos acordando realizar lo que después llevaron a efecto, ejecutando los actos criminales como habían previsto, sin ser privado en ningún momento de su libre albedrío, por consiguiente la oligofrenia en grado de debilidad mental padecida por el recurrente sólo tiene fuerza para apreciarla como circunstancia atenuante (sentencia de 12 de mayo y 8 de junio de 1960) del número primero del artículo 9 en relación con el número primero del artículo 8 del Código penal. (S. 17 diciembre 1976.)

Artículo 9.º, 3.ª. Menor edad.

Los límites objetivos cronológicos de la edad penal, para determinar el alcance de la inimputabilidad absoluta o de la imputabilidad relativa, han de determinarse, por la prueba documental de la fecha del nacimiento, según las partidas registrales de tal acto, o en su defecto, por justificaciones periciales médicas que la determinen, según precisan los artículos 375, 376 y 785, norma 3.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo la sentencia penal recoger la edad con precisión, directa, o al menos con "facta concludentia" cuando tenga que surtir efectos en orden a la exención o a atenuación de la responsabilidad criminal, sin crear dudas, que de existir, deberían interpretarse en beneficio del reo, por el humanitarismo que domina en el ámbito penal, y necesaria eficacia de la interpretación "in bonam partem".

Otorgando efectividad a la anterior doctrina, es de toda evidencia, que la sentencia recurrida calificó adecuadamente la presencia de la atenuante de menor edad del núm. 3.º del artículo 9 del Código punitivo, y no aplicó, porque así procedía, la eximente de minoría de edad del núm. 2.º, del artículo 8.º, del propio cuerpo legal, que es la que patrocina como de adecuada estimación, el único motivo del recurso, puesto que si el hecho probado proclama que el inculpaado recurrente nació el 6 de mayo de 1956, entró en relaciones de amistad con la muchacha, dos años más joven que él, *en el mes de octubre del año 1972*, que se convirtieron en íntimas carnales, produciéndole la rotura del himen, *en "fecha no determinada de mayo o primeros días de junio siguiente"* realizando luego varios días el coito de perfecto acuerdo ambos, no puede menos de todo ello, que precisarse, que si nació el culpable el 6 de mayo de 1956, *cuando inició las relaciones* en octubre de 1972, *ya era mayor de dieciséis años de edad*, y que al realizar los coitos a partir de mayo y junio *siguiente*, estaban éstos claramente situados dentro del año de 1973, y ya tenía más de diecisiete años, por lo que no puede ponerse en duda el encaje de su edad cronológica dentro de la referida atenuante y de la imputabilidad disminuida que abarca la edad comprendida entre los dieciséis y dieciocho años, sin que pueda devalorarse a eximente en el orden criminal, por superar la edad de dieciséis años ostensible y ciertamente, pues todo el recurso es una pura incongruencia dialéctica, ya que no ha tenido en estima la diferencia numérica entre las fechas, indicadas de nacimiento y comienzo de las relaciones, ni tampoco que si los coitos se efectúan en los meses de mayo y junio *siguientes al de octubre de 1972*, se ubican dentro del año de 1973, estando, como se dijo, bien aplicada la atenuante referida, y resultando imposible de hacerlo con la eximente pretendida, y la inimputabilidad solicitada, por no haber duda alguna sobre la edad penal del inculpaado. (S. 18 diciembre 1976.)

Artículo 9.º, 5.ª. Provocación.

El único motivo de casación acusa error de derecho en la sentencia de instancia, al aplicar la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal muy calificada del número cinco del artículo 9 del Código penal, haber pre-

cedido provocación o amenaza adecuada por parte del ofendido, debiéndose haber aplicado la eximente cuarta del artículo 8 del mismo Cuerpo legal, legítima defensa, la que sólo tiene justificación cuando se obra impulsado exclusivamente por espíritu de defensa, por lo que no es posible aplicarla en la riña mutuamente aceptada, ni siquiera como circunstancia eximente incompleta, y habida cuenta que en el supuesto contemplado, después del incidente surgido en el Mesón donde se encontraba el procesado con un grupo de amigos, y llamara la atención y recriminara a otro grupo que se encontraba en el establecimiento, negándose a pagar a la camarera el importe de las consumiciones efectuadas, se entabló una violenta discusión, desafiando los de este segundo grupo al procesado a que saliera a la calle a ventilar la cuestión, insistiendo ya en la calle por segunda y tercera vez, incluso poniendo en duda su cualidad de hombre, y el recurrente en vez de haber continuado en el Mesón con su grupo de amigos donde no corría ningún peligro, optó, guiado por su carácter pendenciero y habitual esgrimidor del arma blanca en su reyerta por salir a la calle en la que le esperaban los contrarios, lo que suponía sin duda de ningún género la plena aceptación de la riña a que era provocado, y así sucedió, al verse acometido por sus contrincantes, extrajo del bolsillo una navaja que portaba de hoja de acero afilada y puntuaguda, de seis y medio centímetros de longitud, la que clavó sobre uno de los que ejercían violencia contra él, con ánimo de privarle de la vida, causándole heridas en el hipocondrio izquierdo, con trayectoria hacia cavidad abdominal, perforando peritoneo, que no tuvo fatal desenlace por haberse practicado a la víctima oportuna exploración quirúrgica; deduciéndose del desarrollo de los hechos lo acertado del Tribunal "a quo", aplicando a la conducta del procesado la circunstancia quinta del artículo 9, en grado de muy cualificada por las reiteradas provocaciones de que fue objeto y la imposibilidad de apreciarle la legítima defensa por haber aceptado voluntariamente la riña, procediendo, por consiguiente, la desestimación del motivo. (S. 17 noviembre 1976.)

Como esta Sala ha tenido ocasión de declarar con insistencia, la causa de atenuación moral y subjetiva de provocación ilegítima, núm. 5.^a, del artículo 9 del Código penal, requiere para su configuración de la concurrencia de tres elementos básicos: a) que el ofendido "provoque" al agresor, lo que supone, según la acepción idiomática de su verbo nuclear, que excite, incite o induzca a otro a que efectúe una cosa estimulándose con palabras u obras, o sea, que la provocación se realice injuriándole en cualquier forma, o bien empleando las vías de hecho; b) que la provocación sea inmediata en su procedencia al delito, dándose la reacción seguidamente, y c) que la provocación sea injusta, sin que en ningún caso pueda derivarse de un acto lícito, al resultar necesaria la indispensable antijuridicidad inicial en el quehacer de la víctima. (S. 14 diciembre 1976.)

Artículo 9.º, 7.ª. Motivos altruistas.

La reforma llevada a cabo en 1944 instauró, con carácter genérico, una atenuante de nuevo cuño, la séptima del artículo 9.º del Código penal: *la obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, no*

menos que la atenuación específica establecida por el artículo 318, que permite en determinados delitos de falsedad—entre ellos la documental—imponer la pena inferior en grado teniendo en cuenta, entre otros criterios, la *finalidad perseguida por el culpable*; con cuyos preceptos el legislador penal de nuestros días ha tratado de salir al paso de casos de agudo contraste—algunos de ellos con gran resonancia popular—entre el formalismo legal, propio de toda tipicidad penal, y la motivación altruista de la conducta—casos en los que la ocultación de la filiación ilegítima se mostraba como más característicos al respecto—y que trataron de resolverse en el “status” anterior, bien de manera drástica, negando la antijuricidad material por adecuación a la norma de cultura, bien acudiendo con técnica no menos forzada a la media vía de la culpa (Sentencia de 22 de octubre de 1940), por “ausencia de móvil bastardo”; de suerte que superados tales escollos con los actuales remedios legales, la doctrina de esta Sala no ha vacilado en tales supuestos, los de atribuir una filiación legítima al que carece de esta cualidad, bien en acudir a la aplicación de la atenuante séptima del artículo 9, como muy calificada (Sentencias de 31 de mayo de 1946, 8 de marzo de 1950, 9 de julio de 1953, 5 de junio de 1956, 12 de junio de 1963, 17 de abril de 1964 y otras), bien a la atenuación específica del artículo 318 (Sentencia de 30 de julio de 1947), llegando, incluso, en algún caso de notorio *error de prohibición* a la total inculpabilidad (Sentencia de 26 de abril de 1963).

Aplicada la anterior doctrina interpretativa al *motivo segundo* del recurso se hace inexcusable su estimación en cuanto propugna el aprecio de la atenuante séptima del artículo 9 del Código penal de obrar la recurrente—y consiguientemente su correo—por motivos altruistas de notoria importancia, una vez que al provocar con su falsa declaración antes referida la inscripción como legítimo del hijo habido de ellos fuera de matrimonio, estuvieron evidentemente impulsados por el afán de ocultar la mácula de ilegitimidad o de filiación natural en su vástago, de cara al futuro del mismo y en el comprensible y humano deseo de que no fuera rebajado en la valoración social por causa de su nacimiento, con la secuela de limitaciones que para el futuro del hijo tiene aquella censura comunitaria, siquiera cada vez más debilitada en los tiempos actuales; situación anímica la de los procesados que debe tener adecuada traducción jurídica por los canales atenuatorios de que se ha hecho mérito, sin que sea ya necesaria la aplicación del artículo 318 del Código penal, una vez que se acoge por esta Sala la mencionada circunstancia genérica, con carácter de muy calificada y, por ello, más beneficiosa que la específica atenuación, en cuyo sentido se casa la sentencia recurrida, haciendo extensivo el beneficio penal al otro procesado. (S. 6 diciembre 1976.)

Artículo 9.º, 11. Cumplimiento de un deber.

Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio y cargo, atenuante que exige ante todo una racionalidad o adecuación en el cumplimiento del deber, no pudiendo apreciarse cuando la necesidad del empleo de la fuerza está ausente, dando lugar a un abuso de poder, por haber traspasado el medio necesario para el ejercicio legítimo de un derecho, el que

se provea a los guardas jurados para el uso de sus funciones de rifles o carabinas, no significa que puedan hacer uso indiscriminado de ellas; se les otorga como medio de defensa, en el supuesto de ser atacado o para su empleo en casos verdaderamente excepcionales que, hagan absolutamente indispensable su utilización, nunca para disparar sobre un simple ladrón de melones que huía. (S. 10 diciembre 1976.)

Artículo 10, núm. 13. Nocturnidad.

La circunstancia agravante de responsabilidad de nocturnidad número trece del artículo 10 del Código penal, requiere, a tenor de su propia morfología y estructuración, de dos requisitos básicos para su configuración y apreciación legal: el objetivo y externo de realizar el hecho penable durante la real y efectiva presencia de la noche, al amparo de la oscuridad, por ausencia de luz natural, y el subjetivo o intencional constituido por el aprovechamiento de tal circunstancia temporal y cronológica que la busca el agente de propósito, o en su caso, la aprovecha voluntariamente, con fines de aseguramiento o mayor facilidad en la perpetración del hecho punible imputado, y siendo así que el relato fáctico de la sentencia impugnada afirma y acredita que puestos previamente de acuerdo el recurrente y otro coprocesado "en la noche buscada de propósito del 11 al 12 de diciembre de 1973" llevaron a efecto el delito de robo por el que han sido condenados, lo que vuelve a ratificarse en el tercero de los Considerandos, al valorar la Sala de Instancia "que la noche fue buscada de propósito para el mejor logro de sus fines", aparecen inequívocamente reflejados los dos elementos precisos para la correcta estimación de la agravante cuestionada, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación defensiva esgrimida en el único motivo del recurso, consistente en la insuficiencia de los datos descriptivos relatados en el "factum", porque tratándose de una capital como Barcelona, hubiera sido necesario referir la influencia que realmente puede tener la noche, la hora aproximada de cometer el delito y la iluminación de la calle, para poder sopesar adecuadamente el efecto que en la mayor culpabilidad, y por tanto en el plus de dolo, ejerció aquélla en el actuar de los procesados, ya que todo ello va implícito en la "ratio legis" de referida circunstancia, que presupone el ser maliciosamente buscada la mayor peligrosidad del culpable que quiere el idóneo auxilio de la oscuridad para tener mayor libertad de ejecución, superior posibilidad de huida e impunidad y notoria dificultad para su identificación, siendo irrelevante la hora con tal de operar amparado en las sombras por carencia de luz solar o artificial, ya que todos estos factores son los que presuponen y determinan un menor riesgo para el malhechor y una más acusada alarma, pudiendo agregarse finalmente, que aunque no pueda desconocerse que la vida nocturna de las ciudades populosas haya mermado la soledad de sus calles, no es menos evidente que tal vida nocturna no suele hacerse en la vía pública, y que ésta queda prácticamente sin, o con muy escasos transeúntes, cuya presencia pueda estorbar los atentados contra la propiedad. (S. 4 noviembre 1976.)

Artículo 10, núm. 14. Reiteración.

El recurso pretende, indebidamente aplicada, la circunstancia 14 del artículo 10 del Código penal—reiteración—, por estimar que el delito de atentado por el que fue anteriormente condenado tiene asignada pena menor que la correspondiente al delito de robo enjuiciado; motivo que debe prosperar, porque aunque la diferencia, muy discutida doctrinalmente, es un tanto ficticia, siendo equivalente en su duración con sólo variaciones de tipo penitenciario y de sexo del acusado; comoquiera que en las tablas penales se reputa pena más grave la de presidio menor que la prisión menor, en acatamiento a la legalidad vigente obligada a los Tribunales de Justicia, hay que entender que por ser menos grave la prisión menor, la agravante no debió imponerse según reiterada doctrina de esta Sala, todo lo cual hace procedente estimar este motivo. (S. 8 noviembre 1976.)

Artículo 10, núm. 15. Reincidencia.

El relato fáctico de la sentencia de instancia no especifica ni las fechas de las resoluciones condenatorias, ni las penas que se le impusieron, ni si en alguna de dichas resoluciones fue declarado reincidente, limitándose a narrar que se le condenó ejecutoriamente por la perpetración de cuatro delitos de hurto de uso, un delito de hurto y seis delitos de robo; con lo cual, y pese a este abundante historial infractor, no se sabe con certeza si las condenas fueron impuestas en una o más resoluciones. si entre ellas hubo la distancia o inecadencia suficiente para que, en algunas, fuera declarado o debido declarar reincidente respecto a delitos anteriormente sancionados, y si, en definitiva, el agente había evidenciado su contumacia y tenaz inclinación al delito, así como sus sucesivas recaídas y una actitud refractaria y recalitrante frente a las crecientes penas impuestas, todo lo cual es, precisamente, la justificación racional de la extraordinaria agravación que significa la aplicación de la regla sexta del artículo 61, determinante de una intensificación punitiva que obliga al ascenso o elevación de la pena correspondiente al delito incriminado en uno o dos grados. De lo que se difiere que, no siendo posible integrar o completar la narración histórica de la sentencia recurrida con conjeturas o presunciones nocivas para el reo, y no hallándose en vigor todavía, el tiempo de ocurrencia de los hechos de autos, la Ley de 28 de noviembre de 1974, la que, añadiendo un párrafo al número quince del artículo 10 del Código penal, definió la doble reincidencia de modo distinto al aquí perfilado y construido, y habida cuenta de la doctrina sentada por las sentencias de este Tribunal de 14 de febrero, 24 de mayo, 4 y 18 de noviembre de 1974, 21 y 22 de enero, 4 de febrero, 10 de mayo y 10 de junio de 1975 y 13 de mayo de 1976, entre otras muchas, procede estimar el recurso interpuesto en tanto en cuanto propugna la inaplicación al caso de la regla sexta del artículo 61 del Código punitivo. (S. 29 noviembre 1976.)

Artículo 14, 1.º. Coautoría.

Que en los casos de coautorías o participación delictiva, en el delito de utilización del vehículo de motor ajeno, del artículo 516 bis, la presencia del concierto previo, unido al uso posterior, configura a todas las diversas personas, como co-reos; pero el singular, aunque frecuente supuesto, de efectuar un sujeto activo, sin contrato criminal con otros, la sustracción del carruaje, y sin ánimo de hacerlo como propio, con fuerza en el mismo o sin ella, y de que otras personas posteriormente, conociendo el desapoderamiento del titular, lo utilizan para su uso, de manera inmediata, también sin autorización alguna del dueño, ni causa legítima, es evidente que no puede calificarse como delito de receptación o encubrimiento autónomo del artículo 546 bis del Código penal, porque resulta especial el tipo indicado, que en su misma dicción acoge como coautores del artículo 14, núm. 1.º, a quienes tomando parte en la acción típica del delito, usan o utilizan tal vehículo, que saben ajeno, pues dan plena realidad al contenido del artículo 516 bis, ya que tal utilización entraña un acto injertado en el tracto sucesivo, con repetición de nueva actividad de posesión ilegítima, que se concreta por la voluntad de todo usuario, por lo que son coautores todas cuantas personas se inserten en el uso del vehículo, mientras no se efectúe la restitución, y lo ocupen o utilicen, háyanlo o no sustraído, y háyanlo o no conducido como ya la doctrina de esta Sala viene estimándolo en sus resoluciones de 26 de junio de 1969, 27 de enero de 1970, 18 de febrero, 14 de abril, 28 de octubre y 4 de noviembre de 1975, pues en definitiva, el uso o la utilización del vehículo de motor, "invito domino", a sabiendas de la sustracción, hace coautores a quienes tal comportamiento realicen, siempre que conozcan que otra persona realizó la sustracción, y aunque su uso posterior sea en conjunción con el que realice ésta, sin perjuicio de atender en cada supuesto, al tiempo de duración de tal uso, para conocer si fue en unos inferior y en otros superior a las veinticuatro horas, a que se refiere el párrafo 3.º de dicho artículo 516, a efectos de la precisión de la penalidad, e incluso, al margen también, de valorar el uso como mera utilización no violenta, al injertarse el coautor en la misma, aunque haya concurrido en el sujeto delincuente que realizó la acción delictiva del apoderamiento, el empleo de fuerza en las cosas o de intimidación en las personas, a que se refieren los párrafos 2.º y 4.º del citado artículo 516 bis, sólo referible a quienes las emplearon, pero no a los sucesivos usuarios, no concertados con el autor material y primario, de la infracción criminal. (S. 20 diciembre 1976.)

Artículo 74. Multa.

En el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el que se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 6, 28 y 74 del Código penal, respecto al delito de hurto de uso de vehículos de motor, cometido por los procesados que se citan, a los que en la sentencia de instancia les fueron impuestas como penas únicas para tal delito, multas de 2.500 pesetas, tales motivos deben ser acogidos, pues como tiene reiteradamente declarado esta

Sala, la cuantía de la pena de multa, cuando figure impuesta como principal y única no puede bajar de 5.000 pesetas, ya que con arreglo al primero de los preceptos que se citan como infringidos, los delitos han de ser castigados siempre con penas graves y la multa para adquirir dicha calificación tiene que rebasar la cuantía anteriormente señalada, cuya cifra el artículo 74 de la Ley penal sustantiva citada, considera como la última pena de todas las escalas graduales, por lo que resultando imposible imponer una más reducida a los recurridos, sin desnaturalizar punitivamente la esencia de la infracción cometida, han de ser acogidos todos los motivos del recurso, casando y anulando la resolución impugnada y dictando en su lugar otra más ajustada a Derecho. (S. 3 diciembre 1976.)

Artículo 237. Desobediencia.

Por el señor Juez se dictó providencia requiriendo al procesado en el mismo y hoy recurrente para que se abstuviera de interpretar en el local de su propiedad, abierto al público como Tablado Flamenco, obras que llevaba en administración la Sociedad General de Autores de España, requerimiento que fue completamente desatendido por éste, quien a pesar de habérselo hecho en legal forma continuó reproduciendo las obras objeto de prohibición, de lo que resulta indudable que por emanar dicha orden de una autoridad en el ejercicio de su cargo y haber sido dictada dentro del Círculo de su competencia y con todas las formalidades legales, el incumplimiento voluntario de tal mandato, implica la comisión de un delito de desobediencia previsto en el artículo 237 del Código penal, por redundar la misma en desprestigio de la Autoridad desobedecida, quebrantando de modo sensible el respeto que a todo ciudadano no debe merecer las decisiones judiciales y sin que quepa calificar tal conducta como una falta de las previstas y penadas en el número cinco del artículo 570 del Cuerpo Legal citado, como pretende el recurrente, ya que tal calificación debe quedar reservada para aquellos supuestos, en los que la orden desobedecida es particular y no una oficial, adornada con todos los requisitos legales, cuya infracción revista siempre una mayor trascendencia y publicidad, por lo que es procedente declarar la desestimación del único motivo del recurso. (S. 25 noviembre 1976.)

Artículo 306. Falsedad.

La estafa realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos tipos son compatibles, produciéndose un concurso real de delitos, sin perjuicio de que en orden a su punición, sea de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 71 del propio Código, pero que en cambio, cuando se trate de documentos privados, como el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo viene configurando en el tipo del artículo 306 del Código penal, no es posible estimar la montada concurrencia, pero sí la de normas, en cuanto que el hecho es subsumible en las reguladoras de la falsedad así como en las de la estafa, conflicto que ha de resolverse en aplicación del principio de es-

pecialidad a favor de la falsedad, pues las notas definidoras del delito de estafa, como son: el engaño, el desplazamiento patrimonial y la relación causal entre aquél y éste, concurren en el delito del artículo 306 en el que también se contienen otras, como son las relativas a la falsedad, sin perjuicio de que este principio deba ceder ante el de jerarquía de la pena, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 del propio Código, cuando la señalada al delito de estafa sea superior a la fijada para el delito de falsedad. (S. 22 diciembre 1976.)

Artículo 320. Usurpación de funciones.

El delito de usurpación de funciones se consuma, según establece constante y repetida jurisprudencia de esta Sala no sólo a través del elemento subjetivo de la atribución por el sujeto activo del carácter oficial de que carece, sino también del objetivo de la realización por su parte de actos propios de la función que se irroga, ambos elementos se dieron en el caso de autos, puesto que figura como probado en la sentencia de instancia, que el imputado después de manifestar a la pareja que era policía y exhibirles un supuesto carnet, les pidió la documentación y como no la llevasen los hizo subir a su coche para llevarlos, según dijo, a la Comisaría, lo que equivale a una detención, lo que ellos verificaron intimidados por los modales del falso agente, quien después de recorrer algunas calles aparentando cambiar de ideas paró el vehículo y ordenó al varón que bajase del vehículo para que fuese a su casa a buscar el Documento Nacional de Identidad. (S. 5 noviembre 1976.)

Artículo 321. Usurpación de funciones.

El procesado venía realizando con asiduidad—que es tanto como decir con habitualidad—trabajos de prótesis dental en su domicilio, en el que dispone de un taller de mecánico-dentista, elaborando los correspondientes aparatos protésicos que coloca en la boca de sus pacientes, realizando además reparaciones en las dentaduras postizas, percibiendo por ello las retribuciones que se mencionan y actuando autónoma e independientemente sin la dirección de ningún especialista médico odontólogo o estomatólogo, actividades por las que ya fue condenado dos veces, resulta preciso calificar tales actos por él mismo realizados como integrantes de un delito de usurpación de funciones, previsto y penado en el párrafo 1.º del artículo 321 del Código penal, ya que además de hallarse legalmente exigido en el funcionamiento de un taller de prótesis dental, la dirección de un odontólogo con título colegiado, que asuma la responsabilidad de los trabajos que en el mismo se verifiquen, de acuerdo con lo preceptuado en la Orden de 2 de enero de 1948, para la colocación y adaptación en la boca del paciente de tales piezas, dentaduras o cualquier clase de aparatos protésicos, se necesitan conocimientos superiores a los de simple construcción, para la cual también los especialistas odontólogos han de facilitarles las correspondientes medidas y moldes en material adecuado de las piezas a fabricar, de forma que al mecánico-dentista o protésico dental, no le está permitido fabricar otras piezas que las que los odontólogos les encarguen,

y menos colocarlas directamente a los pacientes, por lo que se hace necesario concluir que el recurrente, al actuar en la forma que lo hizo, incurrió en el precepto legal invocado. (S. 18 noviembre 1976.)

Artículo 405. Parricidio (frustrado).

No se puede acoger el motivo del recurso mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el 420 número 3.º por aplicación indebida del artículo 405 en relación con el 3.º del Código penal, pues con tanta reiteración ha venido declarando esta Sala, la naturaleza del "animus" concurrente, por pertenecer a la intimidad de la persona y no ser susceptible de ser apreciado por medios directos de prueba, ha de deducirse mediante la ponderación de los elementos objetivos del mundo exterior, perceptibles por los sentidos, como son la naturaleza del arma o medio empleado para la ejecución del hecho, el lugar del cuerpo humano al que fueron dirigidos los golpes y, en general, de todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto objeto de enjuiciamiento, por ello, pues, habida cuenta de las que se reseñan en el resultando correspondiente de la sentencia recurrida, como son las relativas al instrumento empleado (un hacha) al lugar del cuerpo humano al que fueron dirigidos los golpes (cuello, precordio y región costal), estado en que se hallaba la víctima (dormido) se ha de concluir en el sentido de que la Sala de Instancia procedió con acierto al hacer la calificación jurídica de los hechos, apreciando la concurrencia de la intención de matar. (S. 4 diciembre 1976).

Artículos 405-406. Parricidio, asesinato (frustrado).

Cuando el intérprete o el juzgador se encuentran ante el dilema o disyuntiva, homicidio frustrado, lesiones, y lo mismo sucede si lo que se enfrenta y confronta con las lesiones es parricidio o asesinato en grado de frustración, es preciso inquirir o indagar si el agente procedió con "animus necandi" o propósito de matar, o si, por el contrario, obró con "animus laedendi" o "animus vulnerandi", o intención de solamente lesionar; y ya se ha dicho muchas veces, a este propósito, que como lo intencional se encuentra sumido en el lugar más recóndito e infranqueable del intelecto humano, no es posible penetrar directamente en dicho arcano para averiguar el exacto propósito que guiaba al agente en sus acciones, siendo preciso recurrir a los actos exteriorizativos de esa intención, para de ellos inducir en el mundo exterior, lo que pretendía y anhelaba el agente dentro de su microcosmos cerebral, teniendo extraordinario valor a tales efectos: a) la personalidad del agente y su mayor o menor agresividad; b) los actos anteriores, coetáneos y hasta posteriores al hecho enjuiciado; c) las palabras proferidas por el agente, antes, durante o después de la dinámica comisiva; d) el arma empleada, su calidad, calibre o dimensiones; e) la región corporal, más o menos vital, atacadas; f) la índole, extensión, profundidad, pronóstico y demás características de las heridas causadas; g) el vigor, saña o fuerza con que fueron administrados los golpes; h) la reiteración de éstos o de los disparos, en su caso, e i) cuantas circuns-

tancias concomitantes puedan servir de guía o ilustración para la referida indagación; y si bien todo este abanico constituido por tan variados puntos de apoyo para lograr una conclusión lógica, de progenie carrariana, falla, en gran parte, en el caso de autos, dada la especial índole del "modus operandi" utilizado por el agente, el que si no está inédito en la praxis —"nihil novum sub sole"—, es al menor original e infrecuente, en el relato de hechos de la sentencia recurrida se encuentran datos que conducen de modo rectilíneo o incontrovertible a la afirmación rotunda de que el agente se proponía matar a su esposa, a su hija y a sus suegros, siendo estos datos los siguientes: a) relaciones de tirantez con su madre política, determinada por las recriminaciones de ésta ante la conducta inmoral del procesado, el que sostenía relaciones adulterinas con una joven de dieciocho años que había quedado embarazada como consecuencia de dicho trato carnal; b) el 9 de octubre del citado año 1974 el procesado manifestó mendazmente a su esposa y a sus suegros que su madre había fallecido y que debían asistir todos al acto del sepelio, mendacidad sólo explicable si la esposa y los padres políticos no iban a regresar nunca de dicho viaje ni tener ocasión de comprobar la falsía de la referida noticia; c) iniciado el viaje, al llegar a un puerto ascendente de un 18 por 100 de pendiente, contiguo a un barranco de inclinación del orden de un 90 por 100 y de 65 metros de profundidad, finge el pinchazo de un neumático, deteniendo el automóvil junto al margen de la calzada y con la parte trasera del vehículo orientado hacia el barranco, y "sin colocar marcha alguna en la palanca de cambio y con solo un punto del freno de mano echado", insuficiente a todas luces, se apea dirigiéndose hacia la parte delantera del vehículo, mientras los demás permanecían dentro del mismo, y d) en ese momento, el citado automóvil inició el retroceso, deslizándose por la pendiente y sin que el procesado hiciera nada para impedirlo, pese a los desesperados gritos de su esposa, hasta recorrer 12,80 metros, si bien un árbol, que providencialmente se interpuso en su trayectoria y con el que chocó, evitó la total precipitación en la sima descrita, resultando heridos los suegros y con desperfectos el vehículo, de orden de 50.000 pesetas. Todo lo cual, y como ya se ha dicho, revela de modo inequívoco, al alcance del más tardo y menos perspicaz, que el procesado, harto de suegros, así como de lazos matrimoniales y obligaciones paternas, dominado por su insana pasión, decidió matarlos a todos, previas las ficciones descritas y tratando de revestir sus actos con una apariencia final de accidente fortuito que enmascarara sus propósitos homicidas, los que no llegaron a fructificar y cristalizar merced a causas independientes de su voluntad, habiendo apreciado la concurrencia del "animus necandi". (S. 16 diciembre 1976).

Artículo 407. Homicidio (coautoria).

El doble y brutal acometimiento que, como prolongación del retador comportamiento previo observado dentro del recinto tabernario por el grupo del que los procesados formaban parte, vino a concluir con la muerte violenta del acometido, fue sancionado por el Tribunal de Instancia como homicidio, a cargo de ambos atacantes, en concepto de autores, en atención, según la

misma Sala sentenciadora, al coincidente propósito homicida revelado por la concurrente actividad puesta en juego a lo largo del suceso por estos individuos, al servicio de dicho común designio, por más que materialmente fuese más destacada la actividad de uno de ellos, Manuel, en fuerza de los reiterados golpes por él asestados con una banqueta y de las cuchilladas inferidas a la víctima, abrumada hasta el último momento por el hostil asedio a que fue sometido, a partir del tuerte puñetazo en el estómago que le dio el otro, Antonio, experto en la técnica del boxeo, dejándole a merced del subsiguiente y encarnizado ataque que acabó con su vida.

Si bien el relato fáctico del Tribunal de Instancia hubiera podido ser más preciso y minucioso, resulta suficientemente expresivo para proporcionar una recta comprensión de lo ocurrido, y así esta Sala de Casación no puede por menos de compartir la versión y el criterio del Tribunal provincial, y, en consecuencia, entender que la muerte de la víctima fue resultado de la actuación voluntaria y conjunta de ambos procesados, tanto de Manuel, por efecto de su eficiente participación, ya reseñada, como también de Antonio, que después de su inicial puñetazo, que anuló prácticamente toda capacidad de defensa del interfecto, lejos de tratar de contener la sañuda persecución del ataque por parte de su co-reo o, por lo menos, apartarse e inhibirse en lo sucesivo, contribuyó resueltamente al común designio homicida frente al acometido que, ya en situación de extrema inferioridad, acabó sucumbiendo ante las prevalentes fuerzas que se le oponían. (S. 17 diciembre 1976).

Artículo 411, 2.º. Aborto (frustrado).

En la relación histórica del fallo que se controvierte se afirma que una vez comprobado el estado de embarazo "en dos o tres ocasiones le introdujo sondas en sus órganos genitales cobrándole cada vez unas cuatrocientas pesetas, no logrando el pretendido aborto", lo cual evidencia que con ánimo e intención de causar el aborto, realizó maniobras notoriamente abortivas, por precio, que normalmente lo provocan; criterio que también fácticamente se reafirma en el primer considerando donde se expresa literalmente en referencia al mal hacer de este acusado "que realizó maniobras en la mujer para producir su aborto, el que no se produjo por causas independientes a su voluntad"; lo cual determina jurídicamente la existencia de un delito de aborto frustrado, sin que en parte alguna del Código penal se excluya la posibilidad en el delito de aborto de formas imperfectas, lo que traduce la aplicación correcta por el Tribunal de Instancia del artículo 3.º, párrafo segundo del propio Código, habiendo declarado esta Sala en sus sentencias de 21 de enero y 25 de mayo de 1973 "*que constituirá aborto frustrado, si realizados todos los actos de ejecución con intención dolosa finalista; sin embargo, no se produce el letal efecto, por motivos a los que resulta ajena la voluntad del agente*". Este es el caso de autos en que además es ponderable que las prácticas abortivas no las realizó una sola vez, sino varias, dos o tres, y que ante la no consecución del resultado propuesto, persistiendo en su clara y ostensible voluntad de que la mujer abortara, con acto de cooperación eficiente y auxiliadora la puso en relación con la comadróna que real y efectivamente lo consumó,

por lo que en buena doctrina jurídica y en perfecta ortodoxia penal debió ser condenado no sólo como autor de un delito frustrado, sino además como cómplice de otro consumado, aunque ello no deba trascender en la responsabilidad del recurrente, pues la falta de recurso acusatorio impide, con arreglo a conocido principio, agravar la punición del recurrente; siendo esta motivación por lo expresado inviable. (S. 10 diciembre 1976).

Artículo 413. Aborto.

El único motivo del recurso considera infringido el artículo 414 del Código penal, en cuanto que la recurrente pretendió ocultar su deshonra, es claro que el mismo debe decaer en cuanto que según resulta de los hechos probados: 1.º Es mujer casada, separada del marido de mala conducta moral pública y privada. 2.º Vivía amancebada, haciendo vida marital con varón que no es su marido. 3.º De estas relaciones ilícitas había nacido anteriormente a la comisión del delito de aborto un hijo. 4.º Al quedar nuevamente en estado de gestación, no queriendo tener más descendencia y con el deliberado propósito de abortar, practicó las maniobras que le llevaron al aborto y que relata la sentencia de instancia. La finalidad clara de su acción, pues, según se deduce de los hechos probados, es que no quería tener más descendencia y no hay una sola alusión al propósito exigido por el Código de evitar el deshonor u ocultar la deshonra, evidentemente descuidada y de manera voluntaria por la recurrente. Razones todas que conducen a la desestimación del recurso. (S. 19 noviembre 1976.)

Artículo 420, 2.º. Lesiones graves (pérdida de un ojo).

A efectos del número 2.º del artículo 420 del Código penal, "perdido un ojo", significa tanto la privación *anatómica* de ese órgano de la visión siempre y cuando, con anterioridad a las lesiones, cumpliera su normal función sensitiva, como la *funcional*, consistente en la cesación total de dicha visión como consecuencia de la dinámica comisiva o traumatismo sufrido por el ofendido. Pero este Tribunal, con la única excepción de la sentencia de 27 de diciembre de 1886 que requirió para la aplicación del número 2 del artículo 420 mencionado la pérdida total de la visión, ha venido sosteniendo inalterablemente que a la pérdida consecutiva del ojo o de la visión del mismo se equipara la disminución considerable del campo o de la agudeza visual siempre que dicha disminución constituya secuela derivada de las lesiones de que se trate, y así, en la sentencia de 23 de diciembre de 1878, aplicó el precepto analizado cuando el lesionado perdió casi la totalidad de la visión de un ojo, doctrina reiterada por las sentencias de 2 de abril de 1882 y 29 de septiembre de 1925, mientras que las sentencias de 26 de mayo de 1905, 15 de diciembre de 1909, 18 de diciembre de 1915, 17 de abril de 1923, 11 de enero de 1926 y 19 de marzo de 1936, en una línea interpretativa parecida, sostuvieron que dicho número 2 tanto se refiere a la pérdida de un ojo como haber quedado el lesionado impedido de él por falta consecutiva de visión normal o por limitación del campo visual, añadiendo la de 23 de enero de 1956 que,

el precepto estudiado, no ha de entenderse en el sentido de que sea precisa la desintegración de tal órgano del cuerpo humano, sino que basta con que represente una alteración funcional del mismo o en la visión normal proporcionada por él, perturbando su uso o disminuyendo, en cuantía sensible, tan importante sentido para el desenvolvimiento de la vida, y la de 15 de junio de 1951 asimila a pérdida la dificultad de levantar el párpado o ptosis palpebral, la de 6 de octubre de 1958 entendió que basta, a los efectos debatidos, con una pérdida de la visión alrededor o superior al 50 por 100, doctrina reiterada por la sentencia de 1 de junio de 1959, insistiendo la de 8 de junio de 1960 en que equivale a pérdida el que, con dicho órgano, sólo se perciba la luz, estimando la de 18 de febrero de 1966, que puede parificarse con la pérdida, la parálisis total de ambos rectos externos y la casi absoluta desaparición de las lágrimas, con notable disminución del campo y de la agudeza visual, y, finalmente, la sentencia de 8 de octubre de 1971 equiparó a la pérdida la inutilización de las funciones del ojo en grado tal que impida o dificulte el uso a que por su naturaleza está destinado, reputando pérdida la miopía consecutiva con atrofia cororetiniana y borde de la pupila irregular y dilatado; la de 3 de diciembre del mismo año, según la cual, equivale a la tantas veces referida pérdida, la reducción de la visión a un cuarto de lo normal con midriasis media y subluxación del cristalino, y la sentencia de 4 de julio de 1972 cierra la exposición jurisprudencial del tema, subrayando que si la cuantía de la disminución de la visión no está bien determinada, dicha disminución equivaldrá a la deformidad a que se refiere el número 3 del artículo 420, pero si se halla concretada y es considerable deberá aplicarse el número 2 de dicho artículo.

En el caso de autos, como consecuencia residual de los golpes y malos tratos administrados por el procesado al ofendido, éste ha quedado con una reducción de la agudeza visual del ojo izquierdo del orden de un 40 por 100 y con diplopia o visión doble en el referido ojo, lo que especialmente merced a esta segunda secuela, que puede imponer la neutralización del órgano de visión afectado, equivale a la pérdida o disminución considerable de la visión de un ojo que la jurisprudencia exige para la subsunción de la conducta del agente en el número 2 del artículo 420 tantas veces citado, procediendo, en consecuencia, desestimar el motivo quinto del recurso, apoyado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del número 3 del artículo 420 del Código penal y aplicación indebida del número 2 de dicho precepto. (S. 18 diciembre 1976.)

Artículo 420, 3.º. Lesiones graves.

El lesionado, como consecuencia de la agresión de que le hizo víctima el procesado, perdió dos dientes, es claro que se ha de concluir en el sentido de que la Sala de Instancia procedió con absoluto acierto al calificar los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del número tercero del artículo 420 del Código penal y que procede desestimar el recurso interpuesto mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el mentado precepto de derecho sustantivo, sin que sea óbice para entenderlo así, el hecho invocado por el recurrente en apoyo de su tesis, de que la víctima ya padecía

deformidad con anterioridad a los hechos de autos en cuanto que ya entonces le faltaban dos dientes, pues la deformidad es un concepto relativo y graduable, ya que la fealdad puede ser mayor o menor, y como es obvio, no es igual la imperfección derivada de la pérdida de dos dientes que la producida por la pérdida de cuatro, pero además la gravedad de la lesión en el caso de autos resulta de las propias circunstancias fácticas que se consignan en el relato histórico de la sentencia recurrida, cuales son la de que precisamente los dientes que la víctima perdió como consecuencia del hecho delictivo que aquí se juzga era los que servían de apoyo a una prótesis dental en la que se sustentaban los artificiales que llevaban en sustitución de los anteriormente perdidos, lo que evidencia la agravación de la dificultad para la posible corrección mecánica del defecto, así como para la función fisiológica de la masticación de los alimentos. (S. 13 enero 1977.)

Artículo 430. Abusos deshonestos (tentativa).

Con todo acierto la sentencia de instancia abordó el problema de la posible existencia de tentativa de abusos deshonestos, apreciada y penada en su fallo, siguiendo la doctrina de esta Sala que puede resumirse en los siguientes puntos básicos: 1.º La tentativa en el delito de abusos deshonestos puede admitirse, aunque sea de difícil ocurrencia, pero es evidente que ciertas situaciones límite, aunque poco frecuentes, llevan a tal extrema conclusión. 2.º Ocurre tal grado imperfecto de comisión del delito de abusos, cuando se exterioriza bien verbalmente o con actos el propósito lascivo del agente, haciéndose además del tocamiento lascivo que no llega a su destino —que conduciría a la consumación con el quehacer impúdico en el cuerpo del sujeto pasivo—, bien por huida de la ofendida, defensa de la misma o acto de repeler tal acción impúdica, pues en tales casos se ha comenzado la ejecución del delito directamente y con actos exteriores, pero no se practican todos los que debieran producir el delito, por causa o accidente extraños al sujeto —concepto éste de la tentativa, según el artículo 3.º del Código penal— (Sentencias de esta Sala de 20 de enero de 1959, 16 y 22 de marzo de 1965, 15 de diciembre de 1966, 28 de abril de 1967, 18 de octubre de 1971, 27 de marzo de 1972, 11 de octubre de 1974 y 11 de noviembre de 1975, entre otras muchas).

Examinado a la luz de la anterior doctrina, la parte del motivo que combate la aplicación del artículo 430 del Código penal, en la sentencia recurrida, en grado de tentativa, ha de concluirse en su desestimación de manera total y definitiva, pues el ánimo lascivo queda resaltado de forma clara en la sentencia de instancia, y su exteriorización igualmente en el acto de sujetar a la víctima de los hombros, tirarla al suelo e intentar, una vez en el suelo, tocarle el cuerpo, con aquellas miras deshonestas, sin que lo consiguiera por la resistencia de la ofendida. (S. 16 diciembre 1976.)

Artículo 431. Escándalo público.

El procesado exhibió sus órganos genitales y se masturbó en presencia de tres niñas de trece, diez y seis años, respectivamente, perfeccionándose con

ello el delito antes estudiado, sin que pueda servir de exculpación la alegación efectuada por la representación jurídica del procesado, según la cual se precisa, inexcusablemente, una publicidad que no resplandece en ningún pasaje de la narración histórica de la sentencia recurrida, toda vez que, abstracción hecha de que dicho relato fáctico afirma que las tres niñas, así como otras personas vecinas de la calle, se vieron ofendidas en su moralidad, es lo cierto que este Tribunal ha declarado, en reiteradas ocasiones, que no es necesario que tan torpes y obscenos actos sean representados en un a modo de escenario frente a multitudes o a vecindario, añadiendo que la letra "o" que separa las palabras legales "escándalo" y "trascendencia", tiene un valor disyuntivo y no copulativo, lo que permite incluir en la definición legal no sólo los actos circundados y aureolados de publicidad o que han sido conocidos y trascendieron a terceros o a la sociedad en general, sino también a aquellos otros que, aún realizados discretamente o sin otros espectadores que los protagonistas o el sujeto pasivo, revisten importancia, relevancia y trascendencia, porque, reñidos y en pugna con las ideas morales dominantes, lesionan gravemente el concepto que de la decencia, el decoro y la honestidad tienen el común de las gentes, excediéndose de lo tolerable y permisible e invadiendo el terreno de lo irracional, aberrante, vicioso y envilecido, intolerable en toda sociedad cristiana y civilizada como lo es, todavía y afortunadamente, la española. (S. 12 noviembre 1976.)

Artículo 431. Escándalo público.

Conforme al texto del artículo 431 del Código penal se comete el delito de escándalo público por una ofensa al pudor—o a las buenas costumbres—de cualquier modo, con hechos de grave escándalo o trascendencia. Y en el desarrollo del texto legal y su interpretación la doctrina de esta Sala ha mantenido que la *expresión cualquier modo*, tiene una amplitud ilimitada, por ser un tipo abierto, que por ende abarca acciones, palabras, escritos, imágenes o cualquier clase de conducta de las personas, siempre que el contenido de los mismos, sean actos inmorales, deshonestos o desvergonzados. La ofensa al pudor se refiere a persona o personas individuales y concretas, para la que los actos tienen trascendencia a los fines de su recta formación moral y cívica. Las buenas costumbres, afecta a la moral sexual o colectiva, a los sentimientos de recato, morigeración, honestidad y vergüenza de la colectividad, rompiendo las normas, más elementales de la convivencia ética o normas socio-culturales del recto comportamiento de la sociedad en tal sentido ético. El grave escándalo es por la ofensa a los sentimientos de recato, morigeración y dignidad moral de propios de personas cultas, afecta a la decencia pública y supone la grave turbación, conmoción moral o impacto psíquico que se produce en la conciencia de quienes lo conocen, cuyos sentimientos de honestidad quedan lesionados. Las dos modalidades, de grave escándalo o trascendencia son esencialmente dolosas y suponen tanto el conocimiento del carácter lesivo de la conducta que se realiza para el pudor o las buenas costumbres como la voluntad de realizarlos que integran la culpabilidad del sujeto. La relatividad de cada caso, aconseje que los Tribunales, teniendo en cuenta sus circunstan-

cias, así como las ambientales, se pronuncien sobre la comisión del delito en los supuestos o sometidos a su conocimiento. (S. 29 noviembre 1976.)

Artículo 431. Escándalo público (diferencias con la falta del art. 567, 3.º).

La línea diferencial entre el delito de escándalo público, descrito y sancionado en el artículo 431 del Código penal y la falta definida en el núm. 3 del artículo 567 del mismo texto legal, es fácil de hallar toda vez que ambas infracciones son manifestaciones y plasmación, grave y leve, respectivamente, de una misma conducta, y, en las dos, hay un sujeto pasivo colectivo y un atentado a la moral social que, en el artículo 431, se refleja en las palabras “pudor y buenas costumbres” y en el artículo 567, número 3, con la frase, alusiva también a una indiferenciada abstracción, “a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública”, siendo, como ya se ha dicho, la mayor o menor entidad, la intensidad o la magnitud del ataque a dichos bienes jurídicos, la determinante de la aplicabilidad de la fórmula delictual o, por el contrario, la generante de la pertinencia de subsumir la conducta del agente en la figura convencional referida. Pero si lo que se trata de distinguir es el delito de abusos deshonestos violentos regulado en los arts. 430 y 429 del Código penal respecto a la falta definida en el tantas veces citado núm. 3 del art. 567, en principio, el criterio cuantitativo no es válido para tales fines, pues, en el primer caso, e independientemente de que también pueda ofenderse mediatamente la moral colectiva o social, hay un sujeto pasivo individual, específico y determinado, cuya libertad sexual concreta se conculca y cuya anatomía o ser físico se invade, de un modo u otro, con motivación lúbrica, mientras que en la falta mencionada, los actos realizados o la exhibición de estampas o grabados no ofenden a nadie en particular aunque pueda haber un sujeto pasivo individual, sino, ante todo y sobre todo, a entes tan abstractos como lo son la moral, las buenas costumbres o la decencia pública; y aunque, en honor a la verdad, se ha de reconocer—como subrayaron las sentencias de este Tribunal de 7 y 16 de marzo de 1974 y 23 de enero y 25 de junio de 1976—, que, excepcionalmente la jurisprudencia ha acudido a criterios cuantitativos para deslindar ambas infracciones, se trataba siempre de levísimas manifestaciones exteriorizativas de abuso lascivo, de carácter sumamente fugaz, periférico y, por tanto, equívoco, y en las que las zonas corporales invadidas no eran claramente erógenas. (S. 10 diciembre 1976.)

Artículo 434. Estupro.

Como tiene declarado la doctrina de esta Sala (Sentencias de 11 de junio de 1970 y 4 de julio de 1972, entre otras), en el *estupro de prevalimiento* del artículo 434 del Código penal se encierran, en realidad, dos supuestos distintos por razón del sujeto activo del delito: Un *estupro autoritario* en que se realiza la condición del agente (autoridades y guardadores que cita), que por su ascendiente sobre la doncella—doncellez que se presume salvo prueba en contrario—disminuye en ella los resortes de su resistencia a la solicitud de que es objeto; y un *estupro* propiamente *doméstico* en el que es tan sólo la con-

vivencia de hombre y mujer bajo el mismo techo y la lealtad a que tal vida en común obliga, la que determina la "ratio legis" del precepto, por lo que ya se comprende que el supuesto más frecuente y típico de esta segunda modalidad del estupro es del "amo" y "criada", según la terminología decimonónica hoy desplazada, con más sentido social, por el de "contratante del servicio" y "empleada de hogar", según acreditan las frecuentes alusiones jurisprudenciales a dicha relación (Sentencias de 15 de abril de 1899, 30 de julio de 1930, 28 de enero de 1932, 10 de abril de 1954, 15 de octubre de 1957, 5 de octubre de 1960, 12 de mayo de 1962, 25 de noviembre de 1963, 17 de marzo de 1969, 9 de marzo de 1970, 4 de diciembre de 1972 y otras muchas); de suerte que es esa inserción de los protagonistas del hecho en la misma casa u hogar, con la protección que ello comporta a la dignidad familiar (Sentencia de 3 de octubre de 1956) la que justifica el superior castigo de esta especie de estupro, con dualidad de bienes jurídicos protegidos; honestidad y familia; consecuencia de lo cual es que sea indiferente la existencia de engaño, propio del estupro común o de seducción (Sentencias de 23 de mayo de 1933, 4 de junio de 1964), como que, a la vez, el estuprador sea patrono de la estuprada, pues lo decisivo es que ésta sea sirvienta en la *casa* del primero (Sentencia de 17 de octubre de 1961) y si, por acaso, la conducta del culpable puede ser inculpada simultáneamente, ya en el artículo 436, ya en el artículo 437, además de serlo en el 434 del Código penal, prevalecerá en tal concurso de normas la de mayor gravedad o rango punitivo, según establece para dicho supuesto de concurrencia normativa el artículo 68 del mismo Código. (S. 17 diciembre 1976.)

Artículo 436, p. primero. Estupro.

Engaño y honestidad de la mujer de dieciséis años y menor de veintitrés, son los dos pivotes sobre los que gira el estupro común o seducción previsto en el párrafo primero del artículo 436 del Código penal, aunque el último de dichos requisitos no esté explícitamente declarado como en las demás figuras cualificadas del precepto, pero que queda sobreentendido, dada la interacción que existe entre ambas exigencias, pues conectado tradicionalmente el engaño a la promesa matrimonial, hasta ser la clave del estupro en otras legislaciones foráneas, ya se comprende que dicha promesa suele desplegar toda su eficacia sobre la mujer honesta, quien, confiada en las esperadas nupcias, no vacila en entregarse al que ya considera su futuro consorte; interpretación que, además de concordar con la realidad de nuestros días, en que casi no se concibe otra raíz del engaño, dada la libertad de costumbres de que hoy goza la mujer apenas salida de la adolescencia, ha servido, a su vez, para sentar la doctrina de esta Sala de que la honestidad se presume en el contemplado caso de acceso carnal mediante promesa de matrimonio, pues sólo si el seductor estima que su víctima es de conducta honesta le ofrecerá matrimonio como eficaz palanca para vencer su resistencia, cosa que juzgará superflua e innecesaria si se trata de joven de vida licenciosa (Sentencia de 30 de marzo de 1970); criterio ratificado por toda una trayectoria jurisprudencial que estima que el silencio del Tribunal de instancia sobre el extremo en examen debe in-

interpretarse en favor de la honestidad y buena fama anterior de la estuprada, mientras nada conste en contrario.

La sentencia del Tribunal *a quo* se acopló en un todo a la referida doctrina, pues si bien en el *factum* no hace expresa declaración sobre la doncellez y honestidad de la joven de veintinueve años que, en el curso de relaciones formales de noviazgo con el procesado, conocidas y consentidas por sus padres, llegó a entregarse a él, quien le había hecho saber su deseo de contraer matrimonio precisamente cuando se encontraban en el que había de ser el futuro hogar conyugal, tampoco consta nada que haga desmerecer en la conducta anterior de la ofendida, incluido el orden sexual, antes bien se dice expresamente que no aparece que María, la seducida, tuviera antes ningún novio ni que supiera que el procesado tenía dos hijos reconocidos, lo que abona en pro de su creencia en los propósitos serios que animaban a su sedicente novio en orden a contraer matrimonio; presunción favorable a la ofendida que luego se enuncia expresamente en el *judicium*: por no ser de apreciar prueba terminante en contrario"; conjunto de declaraciones que apoyan eficazmente los mentados requisitos del delito imputado al recurrente, cuyo único motivo, al fundarse en la pretendida falta de acreditada honestidad de la ofendida, debe, por lo mismo, ser desestimado. (S. 15 noviembre 1976.)

Artículo 436, p. tercero. Estupro.

El estupro denominado de prevalimiento, ficticio o de fornicación simple, tipificado en el artículo 436, párrafo 3.º, del Código penal, bajo el signo de la entrega carnal pura, sin engaño, ni condiciones similares, requiere para producirse, de la presencia constituyente, de uno o varios yacimientos entre un hombre y una mujer—elemento objetivo de la acción—; que la hembra, mujer incipiente, tenga una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años—condición normativa personal—; y que dicha fémina sea honesta, bien por su doncellez, o bien por su vida ordenada, o buenas costumbres, lo que en tan corta edad, tiene que presumirse "iuris tantum", y por tanto, salvo declaración expresa en contrario—requisito subjetivo atinente a la ofendida hembra.

En el estupro de prevalimiento se protege a la mujer de escasa edad, frágil en su personalidad no constituida, y en sus defensas contra el hombre, por ser fémina, inmadura, física y psicobiológicamente, y poseer aquél superioridad sobre ella, en experiencia y capacidad de seducción, que puede manifestarse tanto por su petición de entrega carnal, a que la hembra accede, cualquiera que sea la causa o motivo aparente en que se ampare, e incluso sin razón atendible, como también, deberse al acuerdo conjunto tomado por la pareja, cualquiera que sea el iniciador de la propuesta, pues lo esencial en dicho tipo es que la ley presume "iuris et de iure" viciada la voluntad de la mujer tan joven, al estimar, sin posibilidad de contradicción, que no tiene madurez física, y especialmente psicobiológica, en tan prematura existencia, por falta de aptitud, para conocer en toda su dimensión, la significación y trascendencia plena del acto carnal, negándole la posibilidad de otorgar el consentimiento con validez, a la faz del Derecho penal, e imponiéndole al hombre, en consecuencia, el deber absoluto de abstención carnal, con dichas mujeres en ciernes,

siendo honestas, salvo cometer dicho delito de estupro, dada la superioridad que sobre ellas posee, con su mayor edad cronológica, su inteligencia y voluntad plena para querer, que contrasta, desigual y notoriamente, con las limitadas de la mujer. (S. 6 diciembre 1976.)

Artículo 452. Amancebamiento.

Esta Sala ya tiene declarado con anterioridad (Sentencias de 14 de junio de 1962, 2 de diciembre de 1973, 7 de marzo de 1975), en contraste con los Códigos civil y canónico que, a ciertos efectos, igualan o equiparan el adulterio tanto provenga del marido como de la mujer, el Código penal vigente en su artículo 452 tipifica y sanciona el primero tan sólo cuando está alternativamente cualificado por dos circunstancias: "que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella", de cuyo texto legal auténtico se desprende inequívocamente que el delito contemplado se configura e integra en el actual ordenamiento jurídico-penal por los requisitos primordiales siguientes: a) que el sujeto activo sea un marido, es decir, que el hombre que lo cometa esté ligado por matrimonio anterior válido y subsistente con la mujer que lo persiga; b) que aquél tenga manceba, amante o concubina, lo que necesariamente implica o presupone, mujer no legítima distinta de la esposa, con la que mantiene trato íntimo carnal asiduo, frecuente y continuado o con cierta permanencia más o menos prolongada, y no de manera accidental, ocasional o meramente efímera; c) conocimiento de ésta del estado de casado del hombre con el que mantiene tales relaciones sexuales ilícitas, y d) que dichas relaciones entre ambos se desenvuelvan o tengan lugar, bien dentro de la casa conyugal de los esposos o bien fuera de ella con notoriedad, cuyos adverbios "dentro" y "fuera" significan situaciones de lugar opuestas, brindando disyuntivamente una protección penal a la mujer legítima frente a la violación de la fidelidad conyugal realizada por el marido, con ofensa y ultraje de aquélla, bien por razón del lugar (si es dentro de la propia casa conyugal) o bien por razón de la publicidad de la acción (si es fuera de la misma), habiendo precisado la más reciente doctrina jurisprudencial, que el vocablo "notoriamente", aunque gramaticalmente significa lo que es público y sabido de todos, su estimación en la esfera del delito de amancebamiento donde actúa como elemento objetivo ambiental del tipo, referido a la publicidad de la acción en el doble sentido de que se manifieste por hechos externos de los concubinos a los componentes del grupo social del que los mismos forman parte y de que la existencia del concubinato sea conocida por personas que normalmente mantenían relaciones más o menos cercanas o íntimas con los esposos legítimos, habiendo tenido trascendencia pública, mas sin ser preciso, como lo fue durante la vigencia del Código penal de 1870, que tal conocimiento produjera "escándalo", siendo bastante con que la situación de ilicitud e infidelidad conyugal que el amancebamiento determina sea rechazada por la moral colectiva en su valoración social, debiendo en definitiva estarse para la correcta apreciación de la requerida notoriedad y sus dimensiones, para que acaezca la modalidad del delito fuera del domicilio conyugal, a la estimación circunstancial y siempre relativista que se desprenda de los elementos de hecho concurrentes, dentro del caso concreto injuiciado, sin atender a reglas fijas que por su rigidez o inflexi-

bilidad, carecen de pragmatismo y son no ya ineficaces, sino rechazables en este ámbito (Sentencias de 22 de diciembre de 1971, 28 de octubre de 1972, 12 de enero de 1973 y 26 de febrero de 1976. (S. 24 noviembre 1976.)

Artículo 452. Amancebamiento.

El delito de amancebamiento, previsto y penado en el artículo 452 del Código penal, se integra de una serie de requisitos que la doctrina de esta Sala ha concretado en este orden: 1.º Un matrimonio válido preexistente, válido y subsistente, del que el marido se constituye en sujeto activo del delito. 2.º Que dicho marido tenga manceba, esto es, mujer que no es la legítima, con la que mantiene trato carnal de forma habitual y continuada, teniéndola a su disposición en el orden sexual. 3.º Conocimiento, por parte de la manceba del estado de casado del varón. 4.º Tales relaciones ilícitas pueden tener lugar o dentro del domicilio conyugal, con agravio y vejación del cónyuge inocente o notoriamente fuera de él, esto es, que las relaciones ilícitas sean conocidas, bien por todos, por gran número de personas, por círculo de familiares y amigos, ámbito social o laboral donde los hechos tienen lugar o se muevan los adúlteros, con la afrenta pública e injusta que a la esposa inocente se le hace por el conocimiento generalizado de la infidelidad del marido. (S. 26 noviembre 1976.)

Artículo 452 bis d). Prostitución.

La reforma penal de 1961-1963, congruentemente con el Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956 y con los Acuerdos Internacionales de Ginebra y Lake Success, reunió en un solo capítulo—el VII— todos los delitos relativos a la prostitución, los cuales, antes de la reforma, se hallaban dispersos, acompañando unos al delito de escándalo público e integrando otros la llamada corrupción de menores; pero la sistemática de este capítulo VII no fue totalmente afortunada ni tampoco congruente la penalización de las distintas conductas con la diversa gravedad de las específicamente definidas en el Código, con lo cual existen límites o fronteras tan indecisos y borrosos entre unas figuras y otras que, en ocasiones, se hace sumamente dificultosa la tarea de acoplar o subsumir, dentro de unos u otros preceptos, los supuestos fácticos que la praxis cotidiana defiera. Por ello, aunque la sentencia de este Tribunal de 18 de mayo de 1967, apodícticamente, declare que el artículo 452 bis a) se refiere al proxenetismo y a la trata de blancas y el artículo 452 bis d) a las casas de citas, lo único seguro es que este último precepto se refiere al llamado proxenetismo localista, inmobiliario y hasta industrializado, referido a una prostitución acuartelada o confinada, ejercida, de un modo organizado y de explotación calculada y metodizada, bien en lupanares o mancebías, bien, de manera porfiada y continuada, en locales o inmuebles destinados o convertidos, exclusiva, primordial o esporádicamente, en lugares de cita, compromiso o reunión o encuentro sexual entre personas de diferente o igual sexo; pudiéndose agregar que el número primero de dicho precepto alberga dentro de sí, a quienes, en nombre y por cuenta propios, explotan la prostitución o corrupción ajenas—“dueño”—, a los que lo hacen de modo directivo o rector

pero por cuenta ajena—“gerente, administrador o encargado”—, a los que cooperan económicamente a la referida explotación—financiadores—, o, finalmente, a aquellos que se limitan a sabiendas, a servir a los fines indicados de modo auxiliar o secundario—sirvientes—; mientras que el número segundo del referido precepto, se refiere a quienes, con el alcance y significación de los artículos 1.543 y 1.546 del Código civil, dieren o tomaren en arriendo, edificio, local o parte de los mismos para lucrarse o percibir los beneficios o utilidades—“explotar”—de la “prostitución”—entrega de las cualidades sexuales de una persona mediante precio—o “corrupción”—envilecimiento producido por el trato sexual reiterado, vicioso o aberrante, aunque gratuito—, “ajenas”, excluyéndose así los actos de autoprostitución o propia corrupción. (S. 19 noviembre 1976.)

Artículo 457. Injurias.

El delito de injurias, requiere, objetiva y formalmente, la manifestación externa de dichas expresiones o acciones, por el agente, referidas al sujeto pasivo, y además subjetivamente e intencionalmente el “*animus iniuriandi*”, raíz psicológica de la infracción, porque tales elementos materiales, teleológicamente vayan dirigidos a vulnerar el honor ajeno, y que actúa como elemento subjetivo del injusto, dentro de la tipificada antijuricidad, aunque trascienda a la culpabilidad; intención que ha de presumirse “*iuris tantum*”, cuando objetivamente aquellas expresiones o acciones tengan “*per se*” condición semántica injuriosa, según estimaciones socio-culturales, y que puede desaparecer, si el inculpado consigue demostrar la exclusión del injusto típico, por la presencia manifiesta de otra intención personal diferente, de prevalente calidad y de dimensión no antijurídica o ilícita, y por lo tanto, defensible o estimable, que elimine o absorba aquella maliciosa finalidad injuriosa, sin que la mera coexistencia de dos “*animi*” diversos produzca este último efecto de hacer imposible el delito difamatorio, pues subsistirá su operatividad, existiendo la concurrencia de intenciones, ya que entonces, la de agraviar el honor permanece intacta, y debe ser castigada, luego de ser reprochada culpabilísticamente. (S. 8 noviembre 1976.)

Artículo 458. Injurias.

El recurso considera indebidamente aplicado los artículos 457 y 458 del Código penal, no porque objetivamente no reputen injuriosas las frases vertidas en relación a la querellante, sino porque en el personal criterio del impugnante, al proferirlas no hubo “*animus injuriandi*”, sino de rechazo y defensa de lo que calumniosamente a él se le atribuía en relación con la propia querellante.

El razonamiento de la referida motivación impugnatoria, es tan inconsistente que no permite el acogimiento del recurso, pues tratar de defenderse de una imputación afectante a la propia honestidad imputando a su vez a la querellante de tener relaciones adulterinas con un tercero, es absurdo e ilógico; sería lícito negar la falta de moralidad atribuida, e incluso intentar demostrar

su incerteza, pero este "*animus defendendi*" no legitima que para autodefenderse se atacara el honor y la honra de una mujer, manteniendo y propalando que con quien tenía relaciones adulterinas era con un tercero, pues el intento de eludir la acusación a su persona no autorizaba al contradictor para propalar una falta de moralidad que de ser cierta genera potencialmente un delito perseguible a instancia de parte, máxime si se pondera que el artículo 461 del Código penal no admite al injuriante prueba sobre la verdad de las imputaciones, salvo el excepcional supuesto de que el injuriado sea funcionario público y que lo imputado refiera y se contraiga a hechos concernientes al ejercicio de su cargo; o en el supuesto, también excepcional, de que acusado de injurias tuviere derecho y estuviese legalmente legitimado para perseguir el delito imputado, en los supuestos previstos en el número primero del artículo 458 del propio Código penal, y bien sabido es, que el adulterio sólo puede, según el artículo 450, ser perseguido en virtud de querrela del marido agraviado. (S. 17 enero 1977.)

Artículo 487. Abandono de familia.

El delito de abandono de familia, según se infiere del artículo 487 del Código penal, constante doctrina de esta Sala, se caracteriza esencialmente por una conducta omisiva—dejar de cumplir, pudiendo y debiendo hacerlo—, referida a los deberes de asistencia y protección moral que la Ley impone respecto a la patria potestad, tutela o matrimonio. Omisión que puede tener lugar bien por abandono malicioso del domicilio conyugal, bien por la conducta desordenada del sujeto activo del delito, bien por ambas causas conjuntamente determinantes del incumplimiento aludido. Los deberes a que el Código penal se refiere, tanto son los materiales de convivencia, habitación, sustentación, vestido, como los espirituales de protección, lealtad, educación, cuidado y auxilio mutuo. El abandono malicioso, por fin, a efectos de la presente resolución es el que no tiene razón ni explicación suficiente, es el voluntario o injustificado, dejando el hogar en la mayor indigencia, debido al capricho personal, a arbitraria decisión, según constante doctrina de esta Sala.

Analizando a la luz de esta doctrina el único motivo del recurso, que considera infringido el artículo 487, números primero y segundo del Código penal, necesariamente ha de decaer, puesto que la recurrente, sin causa ni motivo que lo justifique, se marchó del domicilio familiar, llevándose a sus tres hijos, desentendiéndose de su marido y posteriormente, también sin razón ni motivo justificado, declinó en su familia, el cuidado de los niños, obligaciones que son personales e indeclinables, habiendo, pues, una conducta omisiva de deberes respecto del marido e hijos, sin causa, razón, ni fundamento, pero que podía y debía cumplir tales deberes legales de asistencia, del matrimonio y de la patria potestad. Razones que conducen a la desestimación del motivo que se estudia, sin que de otra parte, el temor a que los malos tratos se repitieran, aparezca suficientemente fundado, lo que refuerza la desestimación del motivo del recurso. (S. 4 noviembre 1976.)

Artículo 500. Robo.

El tipo de figura delictiva descrita en el número segundo del artículo 504 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 500 del Código penal, consiste en el apoderamiento de una cosa mueble de ajena pertenencia empleando la fuerza material o vis física aunque sea mínima, sobre cualquiera de los mecanismos o elementos de seguridad o guarda ordenados especialmente por el dueño o poseedor legítimo para la defensa de su propiedad, por lo que el quebrantamiento del llamado corta-vientos o parte de la ventanilla del coche citado, que se hallaba cerrada; para obtener ilícitamente objetos que se encontraban dentro del mismo, constituye una conducta que ha de ser necesariamente inculpada o subsumida en el citado precepto, porque como tiene declarado reiteradamente esta Sala, quebrantar es sinónimo de romper o fracturar una cosa con esfuerzo, aunque para cometer tal delito no se necesite la destrucción material del cristal de la ventanilla o paravientos, sino solamente vencer por medios diferentes a los normales o usuales empleados para abrir por el propietario (en este supuesto el apalancamiento) los dispositivos de seguridad empleados como símbolo inequívoco de su voluntad de exclusión de un cierto espacio, aunque no se trate de un edificio, sino de un automóvil, pues este constituye asimismo un recinto cerrado, por lo que el empleo de un destornillador, como palanca para abrirlo violentando y deformando permanentemente dicho cierre, implica indudablemente un acto de fuerza en las cosas, que debe ser calificado como robo con desestimación del único motivo del recurso. (S. 22 diciembre 1976.)

Artículo 500. Robo (codelinuencia).

El previo acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización del plan delictivo por ellos trazado, establece entre los que se conciertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se les asigne, y, así, apareciendo de la declaración de hechos probados que puestos previamente de acuerdo el recurrente, el otro procesado y otros dos individuos no detenidos hasta ahora, tras apoderarse de un automóvil, se dirigieron en dicho vehículo al lugar por donde sabían que tenía que pasar andando el empleado de una determinada Empresa después de retirar de un establecimiento bancario la suma de 200.000 pesetas con destino al pago de salarios, y cuando el citado empleado portaba bajo el brazo una cartera de mano donde había guardado las 200.000 pesetas, al llegar al cruce de unas calles, mientras el recurrente se quedaba al volante del automóvil con el motor en marcha para emprender rápida huida, los otros sujetos, acercándose rápidamente al mentado portador del dinero que estaban acechando, le dieron un empujón por la espalda, derribándole al suelo y quitándole la cartera con el dinero, con lo que la participación del recurrente en el hecho delictivo, en el que concurren todos los requisitos que tipifica el delito de robo con violencia en las personas, tras el previo acuerdo con los demás partícipes para ejecutar el delito, apoderarse de un automóvil para facilitar la huida de los autores y esperar con él puesto en marcha para emprenderla

rápidamente, es tan necesaria para su realización que sin él no se hubiese realizado, por la confianza de sus copartícipes en conseguir por ese medio la fuga y la impunidad, por lo que procede desestimar el único motivo del recurso, al reputarse responsable en concepto de autor de un delito de robo con violencia en las personas, pues, es doctrina de esta Sala, que en el concurso de delincuentes todos responden en concepto de autores cuando con unidad de propósito y común acuerdo encaminan sus esfuerzos a la consecución de la finalidad delictiva que les asocia, aunque cada uno tenga a su cargo una función distinta, tendentes todas ellas a la más acabada consecución del pensamiento criminal. (S. 29 noviembre 1976.)

Artículo 501, 1.º. Robo con homicidio.

Se impugna por indebida subsidiariamente la aplicación del artículo 500 en relación con el número primero del 501 del Código penal, relativo al delito de robo con homicidio, fundamentándolo en que sin atender al carácter finalista de la acción criminal, se produjo el resultado de muerte, estimando correcta para la calificación, la existencia de dos delitos distintos, uno de robo con violencia en las personas y otro de homicidio culposo, motivo que también tiene que seguir suerte desestimatoria, nada más lejos de la realidad que lo postulado, al parecer plenamente que el ataque a la propiedad ajena fue el móvil generador del delito y al tratar de defenderse la víctima, le propinaron repetidos golpes hasta producirle la muerte, lo que no era necesario, siendo dos los atacantes y habiéndole cogido por la espalda al infortunado vigilante, al que sentaron en un sillón, pudieron atarle y conseguir apoderarse de las dos mil quinientas pesetas, producto del jornal de la víctima, sin necesidad de matarle, por lo que la aplicación del número primero del artículo 501 del Código penal es absolutamente correcta. (S. 17 diciembre 1976.)

Artículo 504, 3.º. Robo.

El robo con fuerza descrito en el segundo inciso del número tercero del artículo 504 del Código penal es un delito de resultado cortado en que la consumación subjetiva se adelanta sobre la objetiva.: sustracción del mueble u objeto cerrado *para* fracturarlo o violentarlo fuera del lugar del robo, de modo que el tipo se satisface con la fractura *potencial*, bastando, por consiguiente, que la *res furtiva* esté cerrada o sellada al producirse la *amotio* o traslación por el culpable desde el lugar en que se encuentra a aquel en que deberá actualizarse la *vis in re*; cosa que sucedió exactamente en el caso *sub judice* en que el recurrente, en unión de otro, menor de edad penal, sustrajeron de determinado Colegio una caja de caudales—cerrada, según aclaración del *judicium*—, de cuyo contenido se operaron tras llevarla a cierto lugar alejado de la población, donde “abrieron dicha caja utilizando una piedra al efecto”; expresión esta última que juzga insuficiente el procesado que recurre por entender que no es bastante a describir la fractura exigida por el tipo legal; pero, si como se ha dicho, lo esencial para que se entienda consumado el delito es que se sustraiga el objeto *cerrado* (en este

caso la caja de caudales) con *propósito* de ulterior fractura, en puridad, ya queda extramuros del tipo la realización de esa violencia, por más que en el caso de autos también se produjo. (S. 2 noviembre 1976.)

Artículo 514, 1.º. Hurto.

El procesado se apoderó de los dos bultos que se encontraban en un camión y después de transportarlos a otro vehículo se ausentó del lugar en el que se hallaban las cosas sustraídas, las que tuvo en su poder hasta que fue detenido por la Policía; es claro que no solamente concurrieron la “contrectatio” y la “ablatio”, sino también la “illatio”, ya que el procesado no solamente tomó la cosa, desplazándola del lugar en que se hallaba, sustrayéndola al ámbito posesorio de su dueño, sino que sin que hubiera sido perseguido y detenido “*iter criminis*”, la tuvo en su poder con posibilidades de disposición, desde el momento del apoderamiento hasta el de su detención, lo que hace que el delito deba reputarse consumado según la doctrina sustentada por esta Sala en reiteradísimas sentencias. (S. 10 noviembre 1976).

Artículo 516, 2.º. Hurto (abuso de confianza).

En el tema de *abuso de confianza* es preciso recordar, una vez más, que la reforma penal de 1944 suprimió por razones de pragmatismo, tal vez no decisivas, la distinción entre el *simple* y el *grave* abuso de confianza, de suerte que este último, en gracia a su mayor intensidad, operaba como cualificativa del hurto —verdadero subtipo del delito—, en tanto que el primero actuaba como agravante genérica en los demás delitos que consintieran este *plus* agravatorio, con lo que, ciertamente, se eliminó así, en palabras del legislador de dicha fecha, un motivo de “tortura” para la jurisprudencia al ensayar aquel criterio cuantitativo de gravedad en sus aplicaciones prácticas, con lo que, a no dudarlo, se ha ensanchado el ámbito de aplicación de esta cualificativa al hurto previsto en el número 2.º del artículo 516 del Código penal, invalidando con ello, en buena parte, la doctrina jurisprudencial anterior que se esforzó por encontrar el distinto *grado* de confianza otorgada al culpable para fundar la especie cualificada en las situaciones en que la dación de fiducia se reconocía con particular acuidad.

A la vista de la mentada expansión de la agravante, se hace preciso subrayar, como lo viene haciendo la doctrina de esta Sala, los dos elementos en que aquella reposa: uno, el realmente esencial y antecedente, constituido por una verdadera y existente *situación de confianza* que como elemento espiritual y subjetivo vivifique el fundamento de la punición, asentándolo firmemente en un *plus* de culpabilidad al que siempre hay que aspirar como auténtico asidero de la responsabilidad en cualquiera de sus grados; y otro elemento de rai-gambre *objetiva* que opera como pura consecuencia del anterior y que no es sino la facilidad de comisión del delito dada aquella relación que liga a los sujetos activo y pasivo de la infracción; planteamiento que por sí solo ya está indicando que el primero de dichos factores es el que debe primar como punto de partida de la agravante, como ya se dijo por esta Sala en alguna de sus resoluciones posteriores a la reforma penal antedicha (Sentencias de 22 de

abril de 1948, 9 de mayo de 1974, entre otras), buscando así paliar aquellos aislados y unilaterales criterios de la modalidad ejecutiva (Sentencia de 22 de junio de 1964) con los del mayor dolo y perversidad del delincuente (Sentencia de 15 de abril de 1967), siendo de recordar al respecto que las relaciones que suelen engendrar la confianza son la *relación doméstica* o asimiladas de hospedaje oneroso o gratuito, la *laboral o profesional*, basada por su propia exigencia en una especie de "contrato fiel" y la relación de *amistad* o a ella equivalentes; relación esta última que admite no pocas matizaciones, desde la amistad meramente superficial, inherente a la vida social, a otros grados de estrecha e íntima amistad nacida bien de una larga duración y permanencia, bien de otras situaciones, como la relación amorosa o análogas, en las que la menor prolongación en el tiempo de tales lazos afectivos viene suplida por una mayor intensidad de los mismos, lo que particularmente se predica en aquellos casos en que los contactos entre hombre y mujer se intensifican por la convivencia más o menos larga de la pareja, lo que, en verdad y casi forzosamente, implica una mutua dejación o abandono que trasfunde toda la relación y que permite poner al alcance del otro los bienes propios sin recelar un desleal apoderamiento, justamente porque se espera (¡se confía!) en el comportamiento correcto del amigo y que éste no antepondrá al afecto los impulsos de la vil codicia. (S. 3 diciembre 1976.)

Artículo 516 bis. Utilización ilegítima de vehículos de motor.

El artículo 516 bis, bajo la nueva rúbrica decretada por la Ley de 28 de noviembre de 1974, de "utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos", reprocha la conducta de toda persona que, sin la debida autorización y sin ánimo de hacerlo como propio, utilizare dichos carruajes, cualquiera que fuera su clase, potencia o cilindrada, estableciendo a efectos de la penalidad una distinción, según el culpable, dejare transcurrir veinticuatro horas, sin restituir directa o indirectamente el vehículo, pues si sobrepasare tal espacio de tiempo, se exaspera la punición que incluso de ser superior a la legal aumentada, la determinada para los delitos de robo o hurto comunes, de los artículos 505 y 515, hace a estos aplicables, pero sin que en ningún supuesto deje de ser un delito de utilización ilegítima o de mero uso por la presencia de la alteración de la "facultas utendi" del titular, pero sin "ánimo rem sibi habendi" o de adueñamiento total.

A diferencia de los delitos de robo y de hurto que son infracciones instantáneas en su comisión, porque basta que los autores realicen los verbos típicos, de apoderar o tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño o poseedor y que precisan los artículos 500 y 514 del Código penal, el delito de utilización de vehículos de motor ajeno, del artículo 516 bis, antes de dicha reforma, llamado de robo o hurto de uso de tales carruajes, posee una distinta naturaleza jurídica, propia de delito permanente, porque el nuevo tipo penal pone el acento en el verbo utilizar, lo que tanto supone, como aprovecharse de una cosa —automóvil—, usarla, disfrutarla o emplearla a favor propio, acogiendo cualquier tipo de comportamiento antijurídico, que se verifique mediante la privación del titular de la "facultas utendi", y la realización propia de la misma, sobre tal ajeno carruaje, "invito domino". (S. 20 diciembre 1976.)

Artículo 529, 1.º. Estafa.

La denominada tarjeta de crédito bancaria supone la concesión, por parte de un Banco, a un particular, de un préstamo de numerario, con la particularidad de que no se fija exactamente la cantidad prestada, sino un límite máximo que no puede sobrepasar el prestatario, sin que las sumas en cuestión sean entregadas directamente al referido prestatario, comprometiéndose simplemente el Banco a satisfacer, a los vendedores, el importe de las adquisiciones mobiliarias que realice el titular de la tarjeta y que no exceda del tope o límite señalado, debiendo reembolsar, más tarde, el prestatario al Banco las cantidades satisfechas por cuenta de aquél, más los intereses o prestaciones complementarias convenidas, realizando el titular las adquisiciones mediante la presentación de la tarjeta y la suscripción o aceptación de las oportunas facturas, cuyo importe perciben los vendedores presentándolas al Banco expedidor de la tarjeta. Su naturaleza jurídica es semejante a la de los títulos valores, pues en ella concurre la nota de incorporación del derecho a un título, pero ni la literalidad es absoluta desde el momento en que no todo lo convenido entre Banco y titular se refleja en la tarjeta, ni el principio de autonomía o independencia entre el título y el negocio subyacente resplandece con toda nitidez, siendo además dichas tarjetas personalísimas e intransferibles, estando prescrita la transmisión a tercero de las mismas y de los derechos que representan. Y como instaurada en el mercado crediticio, una nueva forma, por lo general, el ingenio de los que gustan de hallarse al margen de la ley, encuentra en ella fuente y posibilidad de aplicación delictiva, de la tarjeta de crédito surgen o pueden surgir hasta tres modos diferentes de defraudación, a saber: a) la falsificación de la tarjeta, bien simulándola enteramente de modo que se induzca a error sobre su autenticidad, bien introduciendo, en tarjeta verdadera, alteraciones que modifiquen su texto, ampliando así el límite máximo del crédito concedido o sustituyendo el nombre y apellidos del titular legítimo por los del agente falsario, defraudando con ello bien al Banco, bien a los comerciantes que entregan mercaderías, objetos o efectos fiados en la autenticidad de la tarjeta y en la confianza que en ellos despierta la entidad bancaria de que se trate—artículos 303, 302, números sexto y noveno, 529, número primero, y 528 del Código penal; b) el fingimiento o apariencia de bienes, empresa o cualidades, con el fin de obtener la tarjeta, la que es concedida por el Banco creyendo y confiando en la veracidad de los datos facilitados mendazmente por el futuro titular de la misma, el cual, más tarde, efectúa las compras correspondientes y no reembolso su importe al Banco, artículos 529, número primero, y 528 del Código penal; y c) el agotamiento del crédito concedido y, aprovechando que no se reflejan en la tarjeta las operaciones realizadas, la ficción o apariencia, ante los comerciantes y vendedores, de no haber agotado todavía el referido crédito hasta el límite máximo, en cuyo caso la falacia o mendacidad engendradora del engaño ofrecen la particularidad de producirse y desarrollarse ante un sujeto, mientras que el perjuicio patrimonial lo sufre otro, el Banco, el cual, en aras de seguridad del tráfico jurídico y haciendo honor al crédito concedido, ha de satisfacer el importe de las facturas incluso por encima del límite fijado

—artículo 529, número primero, “crédito”, y 528 del Código penal. (S. 22 noviembre 1976.)

El artículo 529, 1.º, del Código penal, al definir y sancionar el delito de estafa, condena éste en dos ideas esenciales: defraudar a otro, valiéndose de los engaños que en el precepto se establecen u otro engaño semejante, que no sea de los expresados en los casos siguientes: la quieta y constante doctrina de esta sala ha venido a consagrar como elementos constitutivos del delito: 1.º Un engaño precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado por el sujeto activo del delito y proyectado sobre el pasivo, que consiste en usar nombre fingido, atribuirse poder, influencia o cualidades supuestas, aparentar bienes, crédito, comisión, saldo en cuenta corriente, empresa, negociaciones imaginarias o cualquier otro engaño semejante. 2.º Este engaño idóneo, eficaz y suficiente, esencia del delito de estafa, ha de producir un error en el sujeto pasivo, viciando su voluntad, cimentada sobre la base de dar por ciertos los hechos mendaces, simulados por el sujeto activo del delito. 3.º Todo ello provoca el asentimiento a un desplazamiento patrimonial que el sujeto pasivo realiza, sufriendo así una disminución de sus bienes, perjuicio o lesión de sus intereses económicos, al que se llega mediante el engaño antecedente y el error, efecto de las maniobras falaces y arteras del sujeto activo del delito. 4.º Las maquinaciones de éste han de ir finalísticamente dirigidas al lucro, ánimo de lucro propio o de tercero, se llegara a obtener tal lucro o no se consiga. 5.º Entre el engaño y el perjuicio sufrido ha de haber una relación de causalidad inmediata, adecuada y eficaz porque el segundo nace provocado por el primero. (S. 30 noviembre 1976.)

El libramiento de un cheque en descubierto, o sea, sin cobertura o provisión de fondos, constituye hoy un delito específico descrito en el artículo 563 bis b) del vigente Código penal, que a partir de su reforma por Ley de 15 de noviembre de 1971, se consuma por el libramiento y entrega a otra persona de dicho documento, sabiendo o conociendo que en la fecha en la que se expide o libra no existen en poder del librado fondos bastantes o disponibilidad suficiente para poder hacerlo efectivo cualquiera que sea la finalidad con que se haya dado, exceptuando la defraudatoria que a partir de la citada reforma integra una variedad del delito de estafa, pues quien libra un cheque sin la existencia de provisión aparenta bienes de los que carece, quedando incluida expresamente de conducta en el número 1 del artículo 529 del citado cuerpo legal que contempla expresamente la apariencia de saldo en cuenta corriente y se reafirma en el último párrafo del citado artículo 563 bis b) que la excluye de su ámbito punitivo, porque en este supuesto el cheque más que atacar la seguridad del tráfico mercantil, que es el bien jurídico protegido por este delito, se convierte en uno de tantos artificios o engaños defraudatorios de que se vale el agente para expoliar a su víctima, aparentando una solvencia ficticia como medio de lograr por esta causa engañosa una prestación o desplazamiento patrimonial, efectuado libremente, pero con el consentimiento y voluntad viciadas, por el ofendido, en situación álmica de error esencial, al creer que ha recibido su contraprestación con la entrega del cheque, sin fondos en sustitución del precio en metálico, cuando en realidad no es así, por lo que en el presente caso reconociéndose en la sentencia de instancia que el procesado aprovechándose del crédito y con-

fianza de que gozaba ante la Cooperativa Agrícola que se cita un hermano suyo ya fallecido, compró a ésta en las fechas que se mencionan dos importantes partidas de fruta con intención de no pagarlas, entregando al conductor del camión que iba a recogerlas los dos cheques que se mencionan para que con ellos satisficiera en el precio en el acto de recibirla, y que fueron devueltos impagados por insuficiencia de fondos en la cuenta abierta a nombre del imputado contra la que iban dirigidos, no puede caber duda de la finalidad defraudatoria perseguida por éste, que lo convierta en autor de dos delitos de estafa del 529, párrafo 1.º, y no de cheque, en descubierto del artículo 563 bis b). (S. 3 diciembre 1976.)

La conducta del recurrente relatada en la sentencia de instancia debe ser calificada como un delito de estafa del párrafo 1.º del artículo 529 del Código penal, como lo verifica el Tribunal "a quo", pues está patente en tal narración que lo que constituyó el engaño y provocó los desplazamientos patrimoniales efectuados por los perjudicados no fue la entrega de los cheques por el mismo librador en función solutoria, puesto que tales actos de transmisión ya habían tenido lugar (libramientos que por otra parte pudieran constituir otro delito distinto de cheque en descubierto no apreciado por la Audiencia), sino el haber hecho creer a aquéllos que era propietario de varias fincas en Murcia y consejero delegado de una fantástica Sociedad Anónima inexistente, *con lo que logró captarles la voluntad*, como precisa la sentencia recurrida, para que le proporcionasen áridos en distintas ocasiones, *sabiendo que, dada su falta de dinero, no podría pagar su importe global* de seiscientos treinta y una mil pesetas, para lo que posteriormente al recibo de las mercancías, libró cuatro cheques que fueron devueltos impagados por falta de fondos en la cuenta corriente del inculcado contra la que iban dirigidos y que no le hubieran sido admitidos por los citados acreedores, si no hubiera sido por la apariencia de bienes, empresa y negociaciones imaginarias simuladas por aquél, con propósito engañador y defraudatorio, que excluye la aplicación del delito de cheque en descubierto descrito en el párrafo 1.º del artículo 563 bis h), no sólo porque el contenido del último inciso de dicho párrafo en concordancia con el 529 citado así lo establece, sino también por que el engaño exigido en el delito de estafa debe ser anterior y causal a la entrega por parte del paciente, de la cosa defraudada, de suerte que sin él tal transmisión no se hubiera realizado, como sucede en el presente caso en el que los cheques no pudieron influir sobre un desplazamiento de la propiedad que ya había tenido lugar en virtud de las afirmaciones engañosas efectuadas con anterioridad a la conclusión del negocio e independientemente de la entrega de los mismos. (S. 7 diciembre 1976.)

Artículo 531, p. primero. Estafa.

Al ser requerido de pago manifestó a la comisión judicial que practicaba la diligencia que carecía de efectivo metálico y además faltando a la verdad y aparentando ser dueño de ellos designó como de su propiedad, para que se le embargaran dos viviendas que él mismo había vendido con anterioridad y de las que eran dueños los quèrellantes, con lo que esta conducta aparece plenamente encajada en el molde de la figura delictiva de la estafa sobre

inmuebles trazada en el artículo 531 párrafo 1.º del Código penal, al fingirse el procesado titular dominical de los dos pisos citados con lo que se consuma el engaño y el perjuicio patrimonial para los propietarios de los pisos embargados al haberse hecho en el proceso ejecutivo en el que acordó el embargo trance y remate de dichos bienes, adjudicándoselos judicialmente a un tercero, consiguiendo con este ardid engañoso puesto en juego por el procesado un lucro ilícito, primero evitando con la utilidad consiguiente que se le embargaran bienes de su propiedad y luego haciéndose pago a su acreedor ejecutante con el producto de la venta de los bienes embargados que pertenecían a terceros, por lo que junto a los requisitos o elementos generales que la doctrina de esta Sala viene declarando como integrantes del delito de estafa, perjuicio patrimonial real y evidente ánimo de lucro y engaño con entidad suficiente para promover a error, se dan los elementos típicos objetivo y subjetivo del delito definido en el artículo 531 párrafo 1.º. (S. 29 noviembre 1976.)

Artículo 535. Apropiación indebida.

A tenor de las características legales reseñadas en el texto punitivo del artículo 535 del Código penal y a la abundante doctrina de esta Sala en la interpretación y aplicación concreta del mismo, el delito de apropiación indebida tipificado sustantivamente en tal precepto, que tradicionalmente vino figurando desde el Código de 1822 en el ordenamiento jurídico-penal español, como una modalidad de la estafa, a la que pertenece por su naturaleza genérica, pero de la que el legislador del texto refundido del Código penal de 1944 la segregó, configurándola como delito autónomo e independiente en razón a su propia naturaleza específica, viene a delimitar con trazo más ostensible la línea separatoria existente entre lo ilícito civil y lo antijurídico penal, constituyendo su dolo peculiar o cualificativo el abuso de confianza en que el culpable incide y del que se prevale para hacer suyas las cosas muebles o dinero que recibe de ajena pertenencia a título de depósito, comisión, administración o *cualquier* otro no traslativo de dominio, que consecuentemente obliga a devolver, entregar o destinar lo recibido a un fin taxativamente preordenado, pero de las que aquél se apropia, distrae o niega haberlas recibido, disponiendo de ellas o reteniéndolas con “*animus rem sibi habendi*”, en beneficio propio o ajeno, transformando o cambiando la simple tenencia y posesión, ciertamente lícita, pero transitoria y accidental de los bienes muebles detenidos, en propiedad ilegítima propia, con correlativo cierto y concreto perjuicio patrimonial del auténtico dueño, cuyo interés y derecho constituye el bien jurídico penalmente protegido mediante la incriminación de tal conducta, siendo por ello un delito de resultado y enriquecimiento injusto, cuya consumación se logra con el simultáneo perjuicio material ajeno, o sea, acrecentando el patrimonio del sujeto activo a costa del detrimento y daño del sujeto pasivo. (S. 9 diciembre 1976.)

Artículo 535. Apropiación indebida (consumación).

El momento de consumación del delito de apropiación indebida no puede ser otro que aquel en el que el procesado realizó todos los actos ejecutivos del

hecho integrante del tipo descrito en el artículo 535 del Código penal, dando a la letra un destino distinto de aquel para el que le había sido entregada, incorporando a su patrimonio y realizando actos de disposición del importe de la misma, pues es en tal momento en el que se produjo la conversión de la lícita posesión en ilícita propiedad y, en consecuencia, el quebranto económico constitutivo del resultado lesivo que da perfección al delito. (S. 20 diciembre 1976.)

Artículo 546 bis a). Receptación.

El motivo de infracción de ley alegado infracción del artículo 546 bis a) primero y segundo del Código penal, en razón de que no consta que la procesada se aprovechara para sí de los efectos del delito, necesariamente ha de decaer en cuanto que consta de los hechos probados que recibió del otro procesado diversas alhajas, para que las vendiera, que conocía la ilícita procedencia de los objetos, que los vendió y que ella personalmente se lucró, razones que pudieron fundamentar la inadmisión del recurso, pero que admitido da lugar a su desestimación, tanto por falta de respeto a los hechos probados como por reunir éstos aquellos requisitos que tanto el Código como la doctrina de esta Sala vienen exigiendo para integrar el delito de encubrimiento con ánimo de lucro y receptación, a saber: Comisión de un delito contra los bienes, en el que el receptor no es autor ni cómplice, conocimiento por el receptor del hecho delictivo, aunque no sea pormenorizado, bastando el conocimiento de la ilícita procedencia y aprovecharse para sí, con ánimo de lucro, que se presume, salvo prueba en contrario, de los efectos de aquél. Extremos todos a los que se extendió la actividad de la recurrente. (S. 17 enero 1977.)

Artículo 563 bis b). Cheque en descubierto.

Siendo el bien jurídico protegido por el delito de cheque en descubierto o sin provisión o disponibilidad de fondos, la seguridad del tráfico mercantil, éste resulta atacado por el solo libramiento de dicho documento cualquiera que sea su cuantía, aunque el importe no exceda de 5.000 pesetas, por lo que aun siendo conveniente la consignación en la sentencia de instancia de la cantidad en él figurada, su omisión no puede dar lugar a la casación solicitada, no sólo en atención a la razón anteriormente expuesta, sino también porque el cheque en cuestión no aparece entregado con finalidad defraudatoria, pues la mercancía que aparentemente pagaba ya había sido entregada al procesado con anterioridad a la fecha de emisión del citado título-valor, como consta en el primer Resultando de la resolución impugnada, por lo cual no podía haber sido la causa engañosa del desplazamiento patrimonial, lo que constituiría en efecto un delito o falta de estafa, sino que tal conducta debe ser subsumida en el párrafo 1.º del artículo 563 bis b) del vigente Código penal y no del número 1.º del artículo 529 del mismo cuerpo legal, como efectuó correctamente el Tribunal "a quo" en la Sentencia de instancia, procediendo por tanto la desestimación del único motivo admitido del recurso en el que

se denuncia la aplicación indebida del primero de tales preceptos. (S. 7 diciembre 1976.)

Artículo 565, p. primero. Imprudencia temeraria.

El cargo que desempeñaba el procesado recurrente, al decir de los hechos probados, era el de encargado general de la obra y como tal encargado general, según el Anexo II de la Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de agosto de 1970, por la que se aprueba la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, ha de poseer los conocimientos de Encargado de Obras y bajo las órdenes inmediatas del técnico superior o medio tiene uno o más encargados a las suyas, adopta las medidas oportunas para el debido ordenamiento y ejecución de los obras; posee los conocimientos suficientes para realizar las órdenes que recibe de sus superiores y es responsable del mantenimiento de la disciplina en las obras a su cargo y muy especialmente en todas cuantas disposiciones se dicten en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, es decir, como con reiteración ha venido declarando esta Sala, corresponde a los encargados de obras adoptar las funciones de seguridad necesarias en evitación de riesgos no sólo para los obreros, sino para los terceros en general, por ser ellos los trabajadores de confianza de Empresa o Entidad constructora, debiendo prevenir accidentes y prestar los primeros auxilios en caso necesario, con lo que claramente se determina por la legislación laboral y la doctrina jurisprudencial sus obligaciones y responsabilidades para precaver y evitar posibles accidentes, y como el procesado recurrente el día de autos al ordenar a tres trabajadores que subieran a la cubierta del tejado, a nueve metros del nivel del suelo, con una pendiente del 20 por 100, para remover y colocar tres planchas de acero galvanizado, de 10 x 1,20 metros, sin la adopción de dispositivo de seguridad que el riesgo exigía, como redes, barandillas, protectoras o cinturones de seguridad, dada la altura y condiciones en que se realizaba el trabajo, con lo que se habría podido evitar el trágico accidente producido al caer uno de los trabajadores al vacío, cumpliendo las normas de seguridad, establecidas en el artículo 17 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 y artículo 192 de la Orden Ministerial de 28 de agosto de 1970, por lo que hay que concluir afirmando que se ha aplicado correctamente en el presente caso el párrafo 1.º del artículo 565 del Código penal, pues no cabe mayor temeridad que ordenar a unos obreros realizar trabajos sobre tejados, con materiales resbaladizos, de marcada inclinación, sin adoptar medidas y dispositivos de seguridad alguno que las disposiciones legales vigentes ordenan y la más elemental prudencia aconseja, por lo que no puede exonerarse de responsabilidad el que en la obra no se dispusiera de Libro de Ordenes y Asistencias—como alega el recurrente—, afirmación gratuita al no constar en los hechos probados y quedar sobre todo determinada su responsabilidad por su conducta y las disposiciones citadas. (S. 16 noviembre 1976.)

Una de las cotas más altas de imprudencia temeraria en el tráfico de vehículos de motor viene dada por la coligación de factores etiológicos que disocian y disgregan la concentración de la conciencia o atención del conductor para percibir el riesgo, no menos que su capacidad reactiva o de reflejos ante

el peligro suscitado por su propio estado o la situación ambiente: fatiga, sueño, alcohol ingerido, prolongación de la diversión juvenil a través de la conducción a manera de juego, euforia desbordada, impericia e inexperiencia y tantos otros; pues entonces se da ya en el inicio de la conducta una *actio libera in causa culposa*, de tal entidad, que tiñe ya todo el decurso de la acción, pues es evidente que quien se pone a conducir bajo la influencia de todos aquellos factores combinados es consciente del gravísimo peligro que ha de producirse con ello para la esfera jurídica ajena, lo que explica la producción de resultados realmente catastróficos que a diario se producen con tan imprudentísimas conductas en las que cobran todo su resalte y proyección los dos elementos integrantes de la culpa punible: el psíquico integrado por aquella peculiar posición anímica de quien emprende la conducción *no obstante saber* el complejo de condiciones que disminuyen su capacidad de gobierno del vehículo que, con toda probabilidad, ha de llevarle a la producción de resultados dañosos (culpa consciente) y el elemento normativo o menosprecio del deber de cuidado entrañado de manera elemental en el *principio de conducción dirigida* proclamado como es sabido en el párrafo preliminar del artículo 17 del Código de la Circulación y de cuya inicial infracción se derivan luego como lógica secuela la de otros muchos preceptos reglamentarios implicados en aquel principio; de suerte que la conjunción de ambos elementos, el uno con toda su intensidad psicológica y el otro con toda su entidad normativa, no pueden llevar sino a calificar como imprudencia temeraria —según el lenguaje legal— la conducta de quien así se comporta. (S. 24 noviembre 1976.)

El artículo 565 1.º 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 aquella 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 tal conducta se infringen los debates 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 concreta, sin interferencia decisiva de elementos extraños. (S. 23 diciembre 1976.)

Artículo 565, p. segundo. Imprudencia.

En materia de imprudencias cometidas con ocasión de la conducción de vehículos de motor, comprendidas en el artículo 565, 2.º, con infracción de

reglamentos, en este caso el Código de la Circulación son declaraciones reiteradas de esta Sala que la desatención en la conducción es la esencia y raíz de la imprudencia, consistente en una omisión espiritual tanto en el actuar como en el prever. En el actuar en cuanto que se conduce con conducta liviana, descuidada y ligera, sin la concentración absolutamente precisas cuando se manejan vehículos de motor que por su marcha, potencia, velocidad y proliferación suponen un peligro en las carreteras y exigen una conducción cuidadosa, prudente y acomodada a las circunstancias de la circulación en cada caso. En la previsión porque, dadas las circunstancias anteriores, el agente debe prever y evitar todo riesgo, ser diligente para no provocar situaciones de peligro y, en fin, cuidar de las personas, intereses y derechos de los demás implicados en el tráfico, en la misma medida que quisiera que los otros velaran, respetaran y cuidaran de los suyos. Por tanto, a la atención y previsión debidas ha de agregar, como mínimo, la observancia rigurosa de las normas del Código de la Circulación, porque si a su infracción se une aquella desatención u omisión leve, nos encontraremos ante el delito de imprudencia simple, con infracción de Reglamentos. Si la desatención es grave, profunda o grosera y los deberes, infringidos elementales nos encontraremos ante la imprudencia temeraria, aunque se le ponga al añadido de la infracción reglamentaria. (S. 2 diciembre 1976.)

ESCRIVÁ GREGORI, José María: "La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal". Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Barcelona. Editorial Bosch. Barcelona, 1976. 153 págs.

Esta excelente monografía de Escrivá Gregori es una obra densa y profunda, enormemente erudita, de clara exposición y de lenguaje preciso, cualidades todas a las que no estamos acostumbrados en el momento actual de la investigación jurídico penal, tanto española como extranjera. Cuando, desde hace algún tiempo, están apareciendo publicaciones precipitadas que olvidan que la Ciencia es acumulación de conocimientos históricos; cuando el listillo de turno se pronuncia alegremente sobre cualquier tema y reinventa lo que fue dicho hace cien años y discutido durante décadas; cuando, paralelamente a la crisis universitaria (y, por tanto, científica), el profesor universitario cede a la tentación de contentar a una masa estudiantil más ávida de emociones que de argumentaciones y se le presenta más remunerador interesarse por cuestiones pseudo-científicas que profundizar en la dogmática jurídica; cuando todo esto ocurre, resulta alentador encontrarse con una monografía seria como ésta, que no cede a ninguna tentación fácil ni ofrece concesión alguna al lector.

Esta obra de Escrivá sobre "La puesta en peligro de bienes jurídicos..." es, además, un trabajo honesto en el que no se escamotea nada del complejo problema que el concepto de peligro plantea en el Derecho penal, pese a que, como apunta Córdoba en el prólogo, "el peligro constituye una noción general cuya elaboración obliga a atender a conocimientos y nociones de la lógica extraños en un principio al ámbito de la ciencia jurídico-penal" (pág. 8). Y, precisamente, una de las partes más elaboradas y brillantes de la monografía es la que, en distintos apartados, va referida al concepto de peligro.

Dentro del ámbito jurídico-penal, el peligro, como tal concepto, "es algo fuera de una realidad determinada, es un instrumento intelectual del que nos servimos para aplicarlo a estas realidades, y en el que englobamos una 'probabilidad típica' (es decir, según las exigencias del tipo correspondiente) de un resultado lesivo para un bien jurídico. Ello comportará, al aplicarse, el análisis de si una acción o situación determinadas pueden ser consideradas peligrosas en virtud de un juicio que tendrá en cuenta tanto conocimientos de orden nomológico como de orden ontológico, que, a nuestro juicio, estimamos debieran ser todos los accesibles al conocimiento humano (incluidos los especiales del autor, si los tuviera) en el momento de enjuiciar el hecho" (pág. 103). Con

estas palabras del autor podemos entender resumido un análisis complejo cuyos pasos pueden reseñarse brevemente así:

1) En cuanto a la **noción de peligro** éste se presenta como un concepto en referencia entendido como la posibilidad o probabilidad de producción de un resultado dañoso (pág. 18). Dos elementos básicos contiene esta noción: la posibilidad o probabilidad y el resultado dañoso, elementos de los que hace el autor un estudio exhaustivo. En lo que se refiere al primero, rechaza Escrivá los cálculos numéricos y, en general, las concepciones unitarias de la probabilidad por su escasa utilidad en el ámbito jurídico-penal. La probabilidad como elemento del concepto de peligro, entendida entonces en un sentido gradual y no numérico, aparece referido a la producción o no producción de un resultado dañoso. Y dice el autor: "si en una escala lógica polivalente precediera el grado de producción del acontecimiento sobre el de no producción, ello nos daría el criterio para la estimación de la existencia de un peligro, caso de aceptarse un criterio general. Pero si también dentro de cada una de esas posibilidades caben diversos grados, habrá que aceptar la existencia de diversos grados de producción de un acontecimiento, lo cual nos llevará a afirmar que también caben distintos grados de peligro y a rechazar un concepto unitario de éste" (página 130. Vid. págs. 24 y sigs. y, especialmente, 79 y sigs., donde critica las distintas posiciones unitarias).

Un concepto unitario de peligro es, además, inviable, al ser aplicado a los delitos de peligro, por variadas razones (págs. 30 y sigs.). En unos casos porque la Ley pone el concepto de peligro en referencia con realidades distintas: la conducta típica, elementos ajenos a la conducta o, simplemente, un resultado cualificante de la conducta punible. En otros casos porque la existencia del peligro decidirá no sólo la tipicidad o atipicidad de la conducta, sino también la incriminación en uno u otro tipo. De otro lado, porque el peligro viene a veces distintamente adjetivado (grave, inminente, concreto, etc.). Aduciendo, por último, la razón de que el peligro puede presentarse tanto implícito como explícito en el tipo. Todo ello impide un concepto unitario de peligro y obliga a atender, en todo caso, a las exigencias típicas.

Reconoce Escrivá que el segundo elemento de la noción de peligro (el resultado dañoso) resulta comúnmente admitido y no reviste especiales problemas de orden lógico. Las dificultades surgen al trasladar la noción al ámbito jurídico penal y tener que precisar la naturaleza de tal resultado dañoso. Si bien el autor se suma a la posición mayoritaria que entiende el peligro referido al bien jurídico, estudia a fondo otras posiciones que lo refieren al objeto de la acción (págs. 37 y siguientes).

2) Al exponer la problemática de la **naturaleza subjetiva u objetiva del peligro** elabora el autor uno de los capítulos más brillantes de la monografía (págs. 48 y sigs.). Para los subjetivistas el peligro no es algo real, sino una representación de la mente humana. Lo que nosotros calificamos de peligroso, en realidad es una condición causal o no causal, según se produzca o no el resultado. El peligro es sólo una

creación de la mente porque en el suceder objetivo no hay más que acontecimientos causales o no causales. El estudio de esta posición doctrinal permite a Escrivá hacer unas sugestivas relaciones entre la concepción subjetiva del peligro y las posturas causalistas-naturalistas y la teoría de la equivalencia de condiciones. Frente a esta posición los partidarios de la naturaleza objetiva del peligro entienden que éste va referido a una situación real que contiene las condiciones de un resultado dañoso. Si el peligro fuese simplemente una presunción o una apreciación subjetiva, el Derecho penal estaría tutelando no el orden externo sino la impresionabilidad interna de los individuos.

Las simpatías de Escrivá parecen ir por una concepción intermedia que entiende el peligro como un "quid" objetivo que, al igual que la posibilidad, no se revela por sí mismo, sino que exige una percepción subjetiva, un juicio. En efecto, mientras la concepción subjetiva entenderá el peligro como hijo de la ignorancia humana que le impide al hombre conocer que en realidad las cosas son causales o no causales pero no peligrosas, para la concepción objetiva, por el contrario, el peligro es hijo de nuestros conocimientos, ya que sólo la experiencia acumulada permite decir que de determinada situación puede derivarse un resultado dañoso. Sin embargo, Escrivá, consecuente con su posición intermedia, entenderá el peligro tanto como fruto de nuestra ignorancia como de nuestros conocimientos. "Sin la existencia de una zona ignota, la evolución de un fenómeno se nos aparecería clara. Pero, por otra parte, sin unos conocimientos, tanto de orden ontológico como nomológico, no podríamos siquiera atisbar la menor posibilidad de productos de un evento dañoso" (pág. 104).

3) Si en otras partes de la monografía demuestra el autor sus dotes de pensador e investigador, en las relativas al juicio de peligro hace patentes además sus cualidades como expositor. El peligro es un concepto normativo necesitado, por tanto, de un juicio que, en la medida en que se trate de un peligro con relevancia jurídica, será elaborado por el juez. Para este juicio y desde el punto de vista nomológico (es decir, "el conocimiento de las leyes de la naturaleza que resulta necesario para poder determinar la existencia de un peligro", pág. 85) hay que atender al común saber de la Humanidad. De atender sólo a la experiencia del hombre medio, no habría peligro en la conducta de un sujeto sólo conocida como peligrosa por el autor en virtud de su mayor altura de conocimientos respecto de aquel hombre medio.

Y desde el punto de vista ontológico ("circunstancias concretas a tener en cuenta para el juicio", pág. 88) habrá que atender a todos los hechos accesibles al conocimiento humano, no ciñéndose exclusivamente a los hechos conocidos por el autor (que favorecería a los sujetos desatentos) o a los del hombre medio (que olvidaría los propios conocimientos del autor).

Por último, estos conocimientos nomológicos y ontológicos han de tomarse en cuenta en el momento del juicio, aunque hubieran aumentado en el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho. El problema del momento del juicio de peligro, que tuvo transcendencia en el famoso

caso de la thalidomida, no prejuzga la responsabilidad del autor, quien, por desconocer en el momento de la acción el peligro que luego se constata con el aumento de conocimientos, puede quedar excluido del reproche de culpabilidad.

Con todo esto sólo he querido acercar al lector a una parte del rico contenido de esta monografía. Otros muchos problemas de interés se tratan en este libro, como las clases de delitos de peligro o la trascendencia del carácter valorativo del peligro en orden a la seguridad jurídica, finalizando con un análisis de dos modelos de peligro: los números 1 y 2 del artículo 340 bis a).

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

VAELLO ESQUERDO, Esperanza: "Los delitos de adulterio y amancebamiento". Prólogo del profesor don José Antonio Sáinz Cantero. Barcelona 1976. 256 págs.

El tema de los delitos de adulterio y amancebamiento es hoy de rabiosa y palpitante actualidad. Quizá dentro de poco tiempo ya no lo sea porque, de una vez y para siempre, se haya dado respuesta negativa a la pregunta que en 1922 se formulara el profesor Langle Rubio acerca de "si debía constituir delito el adulterio". Pero la doctora Vaello Esquerdo no ha aprovechado la referida actualidad para escribir una obra fácil y comercial. Antes, por el contrario, su libro es el resultado feliz de muchos años de larga, exhaustiva, incansable y honesta investigación científica. No en vano, lo que ahora se ha convertido en un libro de gran altura científica por sus planteamientos serios y equilibrados, mereció la calificación de sobresaliente "cum laude" cuando, como tesis doctoral, fue calificada en la Universidad de Granada.

En sus determinaciones previas, la autora pone de manifiesto la innegable importancia de un tema que, como afirmara Muldworf, aparte su vertiente criminalística, "reúne bajo su aspecto ambiguo y trágico todos los problemas de la vida afectiva, y tras la frívola experiencia del mismo, lo que plantea es el problema metafísico de la condición humana". Las dificultades que pudieran encontrarse al estudiar este "fósil extraño de nuestra legislación penal", las salva la autora abordando su labor sin reservas y "despojándose previamente de algún que otro tabú".

La primera toma de contacto con el tema se produce en el terreno histórico. Desde las legislaciones asiria, babilónica y fenicia hasta la actualidad, es analizada con extremada minuciosidad la evolución de la punición de los delitos que se estudian. La autora centra su atención en nuestro Derecho histórico y codificado haciéndolos objeto de un profundo análisis.

No se olvida que los delitos de adulterio y amancebamiento tienen un importantísimo aspecto sociológico que hace obligado un análisis de los mismos desde este punto de vista. Recuerda la autora que según Edmundo Mezger, "un conocimiento profundo del delito nunca será posible sin una investigación y consideración en extremo cuidadosa de los fac-

tores del medio social en que se produce el delito". Se analizan en este apartado la mutabilidad en el espacio y en el tiempo de las concepciones ético-sexuales, las nuevas concepciones de la familia y la moral sexual, los conceptos coincidentes sólo en parte y casualmente del Derecho y la Moral, así como las causas del delito de adulterio.

El nervio central de la obra, base de todas las consideraciones que en el plano de "lege ferenda" ofrece la autora, lo constituye el análisis del aspecto normativo del delito de adulterio. "A poco que se piense sobre el tema la idea de que la infidelidad conyugal no es algo que resulte indiferente al Derecho, salta a la vista. En este tipo de conductas el orden jurídico se resiente porque, con su ejecución, se viola un deber fundamental que, junto a otros no menos importantes, está formando el soporte donde descansa la delicada institución familiar. El Derecho, pues, no puede cruzarse de brazos, afirma la doctora Vaello, y debe tomar partido a fin de proteger la integridad y subsistencia de esta célula primaria. La pregunta forzosa que viene a continuación es precisamente de qué manera es necesario que intervenga el poder público. ¿Lo tendrá que hacer apoyándose en el orden civil o tendrá que recurrir a medios drásticos, haciendo uso de la ley penal?

La autora considera que el orden civil es suficiente para la sanción de los adulterios, no debiéndose recurrir a la ley penal por muy diversos motivos. Citamos a modo de ejemplo las injusticias a que pueden dar lugar las penas, la ineficacia de las mismas, su carácter contraproducente, el divorcio entre realidad social y regulación jurídica, las dificultades de prueba, la escasa peligrosidad de los sujetos activos del delito, etc., etc. La consecuencia inevitable de todo ello, afirma la autora, es que "el adulterio no debe constituir un ilícito penal".

Muchos países se han apercibido de todas estas razones y han suprimido de sus Códigos penales los delitos de adulterio y amancebamiento. Se trata de Códigos en su mayoría modernos y progresivos. Junto a ellos están los que castigan el adulterio pero en base a una igualdad de tratamiento para los cónyuges. Pero son aún muchos los Códigos —casi sin excepción iberoamericanos—, que no sólo castigan el adulterio, sino que, además, y sin el más mínimo pudor jurídico, lo hacen en base a desigualdad de tratamiento para los cónyuges. Todos los Códigos penales mencionados son analizados minuciosamente antes de pasar al estudio dogmático del nuestro que, por desgracia, aún sigue el viejo sistema, no sólo de considerar al adulterio aún ilícito penal, sino de dar un desigual trato al adulterio de la mujer y al del hombre.

En las determinaciones previas a este estudio dogmático se analiza el concepto de estos delitos así como su contenido sustancial. Tras un profundo análisis del tema, la autora llega a la conclusión de que así como el adulterio de la mujer es "un delito contra la familia en el que se protege la fidelidad conyugal —concretada en su aspecto sexual— que mutuamente se deben los cónyuges", el delito de "adulterio" del marido se caracteriza por su naturaleza pluriobjetiva ya que en él se protege "el deber de fidelidad en tanto en cuanto su trasgresión perturba la moral sexual colectiva y el mismo orden familiar jurídicamente establecido,

al tiempo que significa una auténtica injuria y escarnio para la dignidad de la esposa ofendida”.

Sobre estas bases se pasa a estudiar el adulterio de la mujer, analizando el sujeto activo del delito así como todos y cada uno de los problemas que plantea la conducta típica, su antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Con sumo detalle se analizan las formas de aparición del delito (“*iter criminis*”, participación criminal, concurso de delitos y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal), así como su penalidad y responsabilidad civil que del mismo dimana. Con arreglo al mismo esquema y con idéntica minuciosidad, se analiza a continuación el delito de amancebamiento.

Cierra este detallado trabajo un índice cronológico de jurisprudencia perfectamente puesto al día, así como una relación bibliográfica de las obras que, consultadas directamente, han sido citadas. Sólo conociendo las excepcionales dotes investigadoras de la autora se puede comprender la utilización de una tan abrumadora relación bibliográfica.

No nos cabe duda, en suma, de que estamos ante un buen libro sobre la materia. Tampoco dudamos de que corresponderá a la autora y su obra el innegable mérito de haber dado, quizá el último aldabonazo que ponga fin a unos ilícitos penales que nunca, y menos aún hoy, tuvieron razón de ser.

AGUSTÍN ZUGALDIA ESPINAR

VEISS, C. y FRIAR, D. J.: “Terror en las prisiones”. Trad. N. de la Torre. Barcelona, 1976, 320 págs.

Se trata en la obra del problema sexual en las prisiones, en relación con los actos contra natura entre personas del mismo sexo. Dice el autor que la violación de los varones en las prisiones norteamericanas son tan frecuentes, que son raros los que ingresan en ellas que escapan a tales actos, sobre todo cuando se trata de jóvenes. El prestigio en el mundo del delito, la corpulencia, mal aspecto físico, ingresar en la institución con el grupo delincuente al que se pertenece o conocer a otros reclusos, son factores de protección y defensa contra los violadores y su grupo. Quienes no tienen esa protección nada pueden hacer frente a la coacción de los violadores, pues la resistencia prácticamente en ningún caso tendrá éxito, pues si no es suficiente con la violencia utilizada por el violador para doblegar a su víctima buscará a otros para que le ayuden. Al final habrá que sucumbir.

Tampoco da buenos resultados delatar los hechos a los funcionarios del establecimiento, pues las represalias suelen ser graves. El problema no sólo se da en las prisiones de hombres, sino también en las de mujeres. Tales conductas comienzan en los propios furgones de la policía cuando se traslada a los detenidos, en las duchas de las prisiones, aunque los lugares más frecuentes son las celdas de las prisiones, que pese a estar cerradas son abiertas con ganzúas, por lo que nada puede hacer la víctima, que aunque pida ayuda casi nunca será atendida por los funciona-

rios, pues unas veces realmente no oyen los gritos de auxilio de las víctimas y otra hacen caso omiso.

Las violaciones se hacen a veces en grupo, incluso los actos son realizados por seis u ocho violadores, dejando a la víctima en situación comatosa, incluso con grandes hemorragias, que junto con las lesiones causadas para reducir su oposición, pueden llevarle incluso a la muerte.

La violación forma parte de la vida carcelaria. También se denuncia el problema en los reformatorios de menores, la despreocupación de los funcionarios de prisiones por tales actos, la falta de asistencia médica, así como de personal especializado para la recuperación de estos desviados sexuales.

También se hace una crítica del hacinamiento de reclusos en algunas prisiones norteamericanas; el trato inhumano de que son objeto los internos por parte de algunos funcionarios; la falta de establecimientos adecuados, pues muchos son deficientes, sin tener unas condiciones mínimas de habitabilidad; el personal es insuficiente, generalmente mal cualificado y peor retribuido, por lo que han de tener otro trabajo para poder vivir sin apuros, mientras que son muchos los que no están a gusto en su profesión, y de buena gana cambiarían.

Se destaca la importancia que tiene la utilización de los reclusos en la vida penitenciaria. La deficiencia de funcionarios obliga a tener que dejar buena parte de la administración de las instituciones penitenciarias en manos de los reclusos. En algunos centros los homosexuales son quienes más puestos de confianza desempeñan, por lo que se agravan los problemas sexuales; casi la totalidad de los asesinatos que se cometen en las cárceles tienen relación con el mundo de la homoesexualidad. La influencia de algunos reclusos en la vida de la prisión es tan importante que incluso pueden llegar a la destitución de algún funcionario: pueden conseguir plantes, motines, huelgas de hambre, etc., o denunciar a un funcionario concreto al que previamente han sobornado para que entre algún objeto prohibido a la prisión.

A los funcionarios que utilizan a reclusos en el control de la prisión no les interesa enfrentarse a éstos, ni tampoco al resto, pues ello les supondrá mayor trabajo y menor seguridad personal. Esto lleva consigo que muchas de las denuncias de quienes han sido objeto de ataques sexuales, amenazas, lesiones, etc., no lleguen a las autoridades superiores. El interno aislado, sin protección por parte de otros reclusos, tiene mayor peligro en sucumbir ante el hampa de la prisión. Los funcionarios que se encuentran más cerca de los reclusos suelen pasar por alto las infracciones de sus hombres de confianza; son como pequeños reyezuelos en una parte de la prisión, donde administran una justicia muy particular.

En cuanto a la reforma penitenciaria, considera el autor que habría de empezarse por los órganos superiores, pues son los primeros que desconocen la misión que deben cumplir.

Los problemas que se presentan en esta obra no son peculiares de las prisiones americanas, aunque algunos sean más graves que en otros países. Tampoco las prisiones españolas escapan, de una u otra forma, de esas situaciones, aunque a veces no resulten tan alarmantes: es cierto

que existe la homosexualidad, las violencias sexuales, la agresión y amenazas; deficiencia de establecimientos, imposibilidad de tener celdas individuales; carencia del personal necesario en general y de especialistas en particular, con retribución deficiente, sobre todo en las escalas inferiores; también los reclusos juegan un papel importante en el funcionamiento de las prisiones, sobre todo en los grandes establecimientos; buena parte de los funcionarios no se encuentran a gusto con su profesión, muchos han de trabajar en otro lugar ante la insuficiencia de la retribución; nuestros sistemas de tratamiento en régimen abierto es todavía muy restringido, pese a su gran eficacia, mientras que el tratamiento en libertad no existe, pese que son muchos los condenados que no tienen necesidad de pasar por una prisión. Lo cierto es que también nosotros necesitamos realizar una reforma profunda en nuestro sistema y régimen penitenciarios.

A escala mundial puede plantearse el tema de si debe ser internado en una prisión un condenado, cuando en esa prisión no se cumplen las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos establecidas por las Naciones Unidas en el año 1955, ya que al no observarse tales reglas podríamos encontrarnos ante claros supuestos de violación de los derechos humanos. La prisión entonces vulneraría tales principios, resultando demasiado aflictiva al privarse a los internos de muchos de sus derechos. El problema está ahí, pese a que esas reglas mínimas no puedan imponerse a los estados por parte de las Naciones Unidas, aunque sí se recomiende su aplicación; la situación resulta más clara cuando no se observan las garantías establecidas en los reglamentos de cada país.

De un cuestionario que se envió a 132 países por la ONU, para determinar el grado de aplicación de las reglas, solamente contestaron 62, por lo que debe estimarse que sólo contestaron aquellos países que tienen un nivel aceptable de aplicación. De éstos, en ninguno se observan íntegramente las reglas: en la separación de categorías, por ejemplo, las observan 36 países, la aplican parcialmente 21; los servicios médicos se aplican en 38 países y en 19 sólo parcialmente, etc. (1).

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

(1) Véase Naciones Unidas A/CONF. 56/6, y nuestra obra *Prevención del delito y tratamiento del Delincuente* (V Congreso de las Naciones Unidas), Madrid, 1976, págs. 84 y ss.

NOTICARIO

La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en su sesión del día 13 de diciembre de 1976, acordó nombrar académicos por elección a los excelentísimos señores don Antonio Ferrer Sama y don Adolfo de Miguel Garci-López, codirector y miembro del Consejo de Redacción, respectivamente, de este ANUARIO. Los que venimos colaborando con ellos en esta Revista, nos congratulamos de que se hayan reconocido los méritos que concurren en ambos mediante este nombramiento.

XI REUNION PLENARIA DE LA COMISION REDACTORA DEL CODIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA

(Madrid, 22/30 de marzo de 1977)

Como estaba programado, se celebró en Madrid, durante los días 22 a 30 del mes de marzo, la XI Reunión Plenaria del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Asistieron a la misma:

ARGENTINA: Francisco P. Laplaza, Presidente de la Comisión I, y como relator, Mario Héctor Pena; Eduardo Aguirre Obarrio, Presidente de la Comisión II, como relatores, Lucio Eduardo Herrera y Laura T. A. Damianovich de Cerredo.

BRASIL: Heleno Claudio Fragoso, Presidente de la Comisión I, y Nilo Batista, como relator; Paulo José Da Costa, Presidente de la Comisión II, y Joao Bernardino Gonzaga como relator.

COLOMBIA: Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Presidente de la Comisión I, y Alfonso Reyes Echandía, como relator; Federico Estrada Vélez, Presidente de la Comisión II, y Hernando Londoño, como relator. También asistieron Antonio José Cancino Moreno, Luis Carlos Giraldo Marín y Luis Enrique Romero Soto.

COSTA RICA: Guillermo Padilla Castro, Presidente de la Comisión.

CHILE: Alfredo Etcheberry, Presidente de la Comisión I, y Luis José Ortiz Quiroga, como relator; Enrique Cury, Presidente de la Comisión II, y Sergio Yáñez Pérez, como relator y Secretario Ejecutivo. También asistieron Miguel de Schweitzer, Luis Cousiño Mac Iver y Jaime Vivanco Sepúlveda.

EL SALVADOR: José Enrique Silva Góchez, Presidente de la Comisión.

MEXICO: Francisco Pavón Vasconcelos, Presidente de la Comisión I, y Raúl F. Cárdenas, como relator; Rafael Millán Martínez, Presidente de la Comisión II, y Gilberto Vargas López, como relator.

PERU: Domingo García Rada, Presidente de la Comisión, y Luis Alberto Bramont Arias, como relator.

VENEZUELA: José Agustín Méndez Urosa, Presidente de la Comi-

sión; Carmen Beatriz Romero Encinoso, como relator, e Isidro De Miguel Pérez.

Asistieron como observadores, los países siguientes:

ALEMANIA: Kurt Madlener y Thomas Volkmann Schluck.

PORTUGAL: Eduardo Correia y Jorge de Figueiredo Dias.

ESPAÑA: Antón Oneca, Bajo Fernández, Beristain Ipiña, Bueno Arús, Castro Pérez, Cerezo Mir, Cobo del Rosal, Fernández Albor, Hernández Guijarro, De Miguel Garcilópez, Navarrete Urieta, Oliva García, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo, Rodríguez Ramos, Serrano Gómez, Suárez Montes y Torío López.

Componían el Secretariado Ejecutivo: Manuel Guzmán Vial, Secretario Ejecutivo, y como Subsecretarios: Francisco Grisolia Corbatón y Jaime Náquira Riveros.

Se nombró Presidente Honorario al Profesor Rodríguez Devesa, quien dirigió los debates de varias sesiones.

Por unanimidad, en la última sesión, la XI Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Latinoamericano considerando:

a) Que distinguidos e ilustrados juristas de España y Portugal han manifestado su evidente interés por los trabajos que se adelantan y,

b) Que resultaría de manifiesto interés e importancia la participación efectiva de los expresados juristas.

ACUERDA:

1.º Que España y Portugal queden integrados a la Comisión Redactora del Código Penal Tipo.

2.º Autorizar al Secretario Ejecutivo para que, sin desvirtuar los propósitos perseguidos por esta Comisión, estudie y proponga a la próxima Reunión Plenaria, la integración de sendas comisiones de España y Portugal fijando las condiciones, modalidades y procedimientos adecuados para alcanzar dicha participación.

Por unanimidad se acuerda incorporar en calidad de observador permanente de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica al Max Planck, Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg in Breisgau.

QUATRIEME CONFERENCE DES FACULTES DE DROIT

Consejo de Europa. Strasbourg, 6 a 8 octubre 1976

En el seno del Consejo de Europa tuvo lugar del 6 al 8 de octubre de 1976 la Cuarta Conferencia Europea de Facultades de Derecho que versó sobre el tema "La aportación del Derecho comparado a la enseñanza, la investigación y la reforma del Derecho". Participaron profesores universitarios, investigadores y juristas de los Estados miembros del Consejo y observadores de Finlandia, Santa Sede, Estados Unidos y España. Conviene dar información sobre las conclusiones a que dio lugar el desarrollo

de la Conferencia por el interés que tiene para nuestro país, destinado, según parece, a formar parte pronto del Consejo de Europa.

La Conferencia se dividió en tres comisiones relativas, respectivamente, a la enseñanza en general, la enseñanza especializada e investigación, y la reforma del Derecho.

En lo relativo a la enseñanza en general la comisión recomienda, en sus conclusiones, promover la enseñanza del Derecho comparado y el conocimiento de los Derechos extranjeros en las universidades europeas, y ello por dos razones. De un lado, para fomentar la cultura jurídica del estudiante que le permita una exacta comprensión de su Derecho nacional y las relaciones jurídicas europeas e internacionales. De otro, porque permite adquirir los conocimientos indispensables para el ejercicio de actividades profesionales tanto en el sector público como en el privado.

Para ello se recomienda que las Facultades promuevan el estudio de idiomas extranjeros, que se organice un curso de introducción al Derecho comparado sancionado por un examen y se desarrollen enseñanzas específicas del Derecho extranjero por sectores geográficos o por temas.

La comisión relativa a la enseñanza especializada e investigación llegó a las siguientes conclusiones. En primer lugar se apunta la conveniencia de facilitar información entre las Facultades europeas de los textos legales nacionales y crear en el Consejo de Europa una "Lettre d'Informations" sobre las actividades legislativas de los Estados miembros que facilite, además, traducciones de las mismas.

Se recomienda el uso de profesores para enseñar el Derecho de su Estado nacional en universidades extranjeras fomentando la movilidad de los mismos mediante la eliminación de obstáculos de orden administrativo o fiscal.

Pareció necesaria también la difusión a nivel internacional de las actividades de los Institutos de investigación o la creación de tales institutos en los países que carezcan de ellos. Se ha observado que la creación de tales centros y la comunicación de información entre ellos dentro de un mismo Estado, permite lograr con un mínimo de medios el mayor fruto en la investigación científica.

La última comisión sobre reforma del Derecho abogó por la creación de un grupo de trabajo europeo, compuesto de un pequeño número de juristas especializados en Derecho comparado y asistidos por personas con experiencia en las distintas legislaciones nacionales y disciplinas conexas. De este modo cabría la posibilidad de redactar los "restatements" de las partes de la legislación y se podrían establecer leyes modelo sobre materias específicas. Con ello no se trataría de crear disposiciones vinculantes sino de provocar el proceso histórico de unificación del Derecho en los ámbitos en que sea posible y útil.

Las conclusiones que acabamos de reseñar tienen, sin duda, un enorme interés para nuestro país en momentos en que la incorporación a Europa parece ser futuro inmediato. Yo quisiera resaltar aquí que la integración jurídica en Europa ha de acompañar, si no preceder, a la integración política, social y económica. De ahí el interés que tiene la formación de pro-

fesionales del Derecho con capacidad para actuar en el mundo jurídico europeo y, sobre todo, del Mercado Común.

Para ello es indispensable atender a las recomendaciones de la Conferencia corrigiendo las deficiencias que padecemos entre las que se puede destacar la ausencia de la enseñanza de idiomas en nuestras facultades, enseñanza que se intentó en alguna ocasión y dio lugar a injustificadas críticas; la existencia de obstáculos de índole administrativo para los estudios en el extranjero de jóvenes profesores y la deficiencia de la política de becas; o la falta de atención suficiente a los procesos de acercamiento de los distintos Derechos nacionales (como caso excepcional podría citarse la XI Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica que se celebrará en España en 1977), etc...

Una específica llamada de atención quisiera hacer, por último, sobre la recomendación de la creación de centros o institutos de investigación. En varios países el funcionamiento de estos centros ha sido positivo y útil. Bastaría recordar los distintos institutos Max-Planck que funcionan en Alemania, o los centros franceses como el Instituto de Derecho comparado de la Universidad de París. Y, tal como se apuntó en la Conferencia, la creación de estos institutos, incluso, puede significar un gran ahorro de medios. Las bibliotecas jurídicas de nuestras Facultades, al contrario que en otros países como ha podido comprobar cualquiera, tienen la gran servidumbre de tener que abarcar todos los sectores bibliográficos extranjeros de la disciplina y probablemente nos haya convertido en excelentes clientes de las editoriales jurídicas extranjeras, sin reciprocidad por parte de las Facultades de Derecho europeas respecto a nuestras editoriales. Este enorme gravamen que obliga a multiplicar la bibliografía en las distintas Facultades podría evitarse con la creación de algunos centros de investigación de Derecho comparado a nivel nacional que estuviera al servicio de todos los investigadores con un sistema fácil, rápido y cómodo, y abarcara los grandes sectores de la Ciencia del Derecho. Ciertamente, la idea no es nueva, porque existen algunos de estos centros de que hablamos, pero de lo que se trata es de que funcionen como tales centros de investigación paralelamente a los Departamentos facultativos que liberen a las Facultades de las citadas servidumbres y aglutinen, sin multiplicaciones, casi siempre innecesarias, toda la bibliografía extranjera. No me equivoco si digo que existen, respecto de una misma disciplina jurídica, en el mismo Madrid varias bibliotecas, todas ellas incompletas, que duplican, por ejemplo, innecesariamente, revistas extranjeras altamente especializadas.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

CONFERENCIA DE DIRECTORES DE INSTITUTOS DE INVESTIGACION CRIMINOLOGICAS

A la Conferencia de Directores de Institutos de Investigación criminológicas, celebrada en Estrasburgo (15-18 noviembre 1976) por iniciativa del Consejo de Europa, concurrieron alrededor de un centenar de directores, administradores y juristas de los diecinueve estados miembros,

y además, en calidad de observadores, representantes de Estados Unidos, Israel, Finlandia y Canadá.

La Conferencia se ocupó de la delincuencia económica y sus ramificaciones internacionales, pidiendo a los estados miembros del Consejo de Europa que desarrollen sus estadísticas en materia de criminalidad económica y revisen las reglas concernientes al secreto de Estado en esta esfera, a fin de facilitar a los investigadores el acceso a los datos. Recomendó que la investigación relativa a la criminalidad económica se efectúe a la vez a nivel nacional e internacional, y abarque:

- a) Análisis descriptivos de las diversas formas de delitos económicos.
- b) Estudio de la cifra negra de la criminalidad económica.
- c) Examen del funcionamiento de las diversas fases del sistema de la justicia penal y más especialmente los obstáculos que dificultan su utilización regular y racional; y
- d) Examen de la percepción de la criminalidad económica por el público en general.

La Conferencia encargó, además, a un órgano del Consejo de Europa creado a este efecto, el profundizar en los problemas planteados por la criminalidad económica y examinar en particular:

1) En qué medida los sistemas económicos de los diecinueve estados miembros del Consejo de Europa suscitan las formas de criminalidad económica que les invaden.

2) Papel del Derecho penal y en especial la cuestión de saber si las legislaciones en vigor tienen en cuenta suficientemente las nuevas formas de criminalidad económica unidas a la rápida evolución de la tecnología y a los cambios socio-económicos de Europa. Podrían elaborarse reglas de deontología de los negocios; y

3) Los controles legales y administrativos existente, a fin de poner a disposición de las autoridades nacionales una gama tan amplia como sea posible de medios de intervención y sanción. Debería estudiarse la creación de un sistema que permita señalar a las sociedades que se encuentren en dificultades financieras.

Además de estas tareas, el órgano del Consejo de Europa encargado de los problemas de la criminalidad económica debería examinar la cuestión de las indemnizaciones a las víctimas de estos delitos, así como el papel de las asociaciones de víctimas.

La Conferencia recomendó a todos los organismos internacionales, en particular a las Naciones Unidas y al Consejo de Europa, el mantenimiento y desarrollo de una colaboración para estimular las investigaciones y llevar a cabo políticas criminales eficaces en este aspecto.

* * *

La Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française celebrará unas Jornadas los días 16-21 mayo 1977 en Atenas y Salónica sobre el tema: "Abuso de poderes o funciones". Los "rapports" generales corren a cargo de Michaelides-Nouaros (Derecho civil), profesor honorario de la Facultad de Derecho de Atenas; Molenaar (Derecho

comercial), profesor de la Universidad Católica de Tilburg en Holanda, Puchecus (Derecho penal), Consejero en la Corte de Casación francesa, y Vegleris (Derecho público), profesor honorario de la Facultad de Derecho de Atenas.

* * *

La Sociedad Internacional de Profilaxis Criminal celebrará un Congreso en París los días 22, 23 y 24 de abril de 1977, en el Palacio de Justicia, bajo la presidencia de Vassogne, primer presidente del Tribunal de Apelación, y Mollet-Vieville, decano del Colegio de Abogados de París, sobre el tema: "Crimen y libertades". Presidirá la Comisión de "rapports" el profesor Lavessaur y la Comisión de resoluciones el profesor Quiroz-Quaron. Los subtemas propuestos son los siguientes: 1) Libertad y libertades; 2) Libertades y estructuras mentales; 3) Política criminal y libertades; 4) Cómo no convertirse en víctima (protección, reivindicación y defensa de las libertades); 5) Institución susceptible de reemplazar a la prisión; 6) Las carencias de la educación, factor criminógeno; 7) Criminalidad transnacional y libertad de los pueblos; 8) Los medios de prevención de la criminalidad, particularmente de la violencia, respetando las garantías y libertades individuales; 9) "Rapport" de síntesis.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXX

AÑO 1977

TOMO XXX - FASCICULO I - ENERO - ABRIL

	Páginas
SECCION DOCTRINAL	
<i>Libertad de asociación y Ley penal</i> , por Juan Córdoba Roda	5
<i>La estructura típica del delito de coacción</i> , por Angel Torio López ...	19
<i>Observaciones para una futura reforma de la Ley de delitos monetarios</i> , por Miguel Bajo Fernández	41
<i>La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución</i> , por José María Morenilla Rodríguez	65
<i>Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822</i> , por Joaquín Cuello Contreras ...	83
 CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Comisión redactora del Código penal tipo para Latinoamérica</i> ...	111
<i>Ley italiana de delitos monetarios</i>	160
 SECCION LEGISLATIVA	
<i>Real Decreto 2.783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción</i>	163
<i>Real Decreto-Ley 24/1976, de 26 de noviembre, por el que se prorroga el plazo para la articulación de la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases Orgánicas de la Justicia</i>	165
<i>Real Decreto 3.011/1976, de 23 de noviembre, sobre la objeción de conciencia de carácter religioso al Servicio Militar</i>	166
<i>Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política</i>	168
<i>Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, por el que se crea la Audiencia Nacional</i>	170
<i>Real Decreto-Ley 2/1977, de 4 de enero, por el que se suprimen el Tribunal y Juzgados de Orden Público y se crean en Madrid dos nuevos Juzgados de Instrucción</i>	178
<i>Real Decreto-Ley 3/1977, de 4 de enero, sobre competencia jurisdiccional en materia de terrorismo</i>	180
<i>Real Decreto-Ley 6/1977, de 25 de enero, por el que se modifican determinados artículos de la Ley de Orden Público</i>	181
<i>Real Decreto-Ley 12/1977, de 8 de febrero, sobre el Derecho de Asociación Política</i>	184
<i>Real Decreto 125/1977, de 9 de febrero, sobre regulación de procedimientos judiciales en materia de Asociaciones Políticas</i>	186
<i>Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas</i>	187
<i>Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo, por el que se dictan normas complementarias del Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y de las apuestas</i> ...	191
<i>Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.</i>	198
<i>Real Decreto-Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia.</i>	198

	Páginas
<i>Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general</i>	200
<i>Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales.</i>	203
<i>Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión.</i>	207
<i>Orden de 2 de abril de 1977, por la que se dan normas para la aplicación del indulto promulgado por el Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo</i>	211
 SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Jurisprudencia penal, por Alfonso Serrano Gómez</i>	213
REVISTA DE LIBROS	250
NOTICIARIO	258

Crónicas Extranjeras

<i>Comisión redactora del Código penal tipo para Latinoamérica ...</i>	111
<i>Ley italiana de delitos monetarios ...</i>	160

Sección Legislativa

<i>Real Decreto 2.783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción ...</i>	163
<i>Real Decreto-Ley 24/1976 de 26 de noviembre, por el que se prorroga el plazo para la articulación de la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases Orgánicas de la Justicia ...</i>	165
<i>Real Decreto 3.011/1976, de 23 de noviembre, sobre la objeción de conciencia de carácter religioso al Servicio Militar ...</i>	166
<i>Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política ...</i>	168
<i>Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, por el que se crea la Audiencia Nacional ...</i>	170
<i>Real Decreto-Ley 2/1977, de 4 de enero, por el que se suprimen el Tribunal y Juzgados de Orden Público y se crean en Madrid dos nuevos Juzgados de Instrucción ...</i>	178
<i>Real Decreto-Ley 3/1977, de 4 de enero, sobre competencia jurisdiccional en materia de terrorismo ...</i>	180
<i>Real Decreto-Ley 6/1977, de 25 de enero, por el que se modifican determinados artículos de la Ley de Orden Público ...</i>	181
<i>Real Decreto-Ley 12/1977, de 8 de febrero, sobre el Derecho de Asociación Política ...</i>	184
<i>Real Decreto 125/1977, de 9 de febrero, sobre regulación de procedimientos judiciales en materia de Asociaciones Políticas.</i>	186
<i>Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas ...</i>	187
<i>Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo, por el que se dictan normas complementarias del Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y de las apuestas ...</i>	191
<i>Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo ...</i>	198
<i>Real Decreto-Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia ...</i>	198
<i>Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, sobre indulto general ...</i>	200
<i>Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales ...</i>	203
<i>Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión ...</i>	207
<i>Orden de 2 de abril de 1977, por la que se dan normas para la aplicación del indulto promulgado por el Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo ...</i>	211

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal, por Alfonso Serrano Gómez ...</i>	213
--	-----

<i>Revista de Libros ...</i>	250
------------------------------	-----

<i>Noticario ...</i>	258
----------------------	-----

Suscripción anual: España, 1.200 pesetas
Extranjero, 1.350 pesetas

Número suelto, España, 480 pesetas
Extranjero, 600 pesetas