

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XXX  
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO  
MCMLXXVII

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:  
EUGENIO CUELLO CALON (†)

## Directores:

ANTONIO FERRER SAMA  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

### Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARTIN  
Profesor Adjunto de Derecho penal

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

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

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

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

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

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

FERNANDO DIAZ PALOS  
Magistrado del Tribunal Supremo

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO  
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo  
ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ  
Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

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

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

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

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

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

## INDICE

### Sección Doctrinal

	Páginas
<i>El delito de coacciones en el Código penal</i> , por el profesor doctor Santiago Mir Puig ... ..	269
<i>Juegos ilícitos</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	307
<i>El recluso penal, víctima de la sociedad humana</i> , por Israel Drapkin ... ..	332
<i>La dosimetría penal en el Código español</i> , por Enrique Ruiz Vadillo ... ..	351
<i>Razón de ser y existir del Derecho penitenciario</i> , por Eduardo Pérez Ferrer ... ..	409

# **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: Enero-abril 1977.**

**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 II**



**MAYO-AGOSTO  
MCMLXXVII**

---

---

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

## El delito de coacciones en el Código penal (\*)

POR EL PROF. DR. SANTIAGO MIR PUIG

Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad  
Autónoma de Barcelona

La vida social actual se basa en buena parte en el ejercicio de la coacción de unos hombres sobre otros, sobre todo en un sistema económico-social como el nuestro, en que la mediación del objeto en la relación entre los sujetos origina una lucha por el poder económico que enfrenta a individuos y a grupos sociales. La mayor parte de esa

---

(\*) Pese a haber sido objeto de varias modificaciones, alguna de cierta importancia, el presente trabajo constituye, en lo esencial, la lección magistral en que consistió el tercer ejercicio de la Oposición a Agregaduría que se celebró en la primavera de 1976 para la plaza de la Universidad Autónoma de Barcelona, que logré obtener. He querido respetar este originario carácter del trabajo, completando sólo las referencias doctrinales y jurisprudenciales imprescindibles. En nuestro país, el material bibliográfico más importante se contiene en las obras siguientes: F. DÍAZ PALOS, *Coacciones*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, t. IV, 1952, pp. 213 y ss.; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, Madrid, 1962, pp. 955 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.<sup>a</sup> ed., Sevilla, 1976, pp. 101 y ss.; J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1975, pp. 249 y ss.; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, 14.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por C. CAMARGO HERNÁNDEZ, Barcelona, 1975, pp. 807 y ss. En Alemania existe en torno a las coacciones una notable discusión doctrinal, avivada, sobre todo, a partir de la importante monografía de K.-D. KNODEL, *Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, München/Berlin, 1962, y su contestación en G. GEILEN, *Neue Entwicklungen beim strafrechtlichen Gewaltbegriff*, en *Festschrift für Helmuth MAYER*, Berlin, 1966, pp. 445 y ss. Entre las aportaciones actuales cabe citar, además: V. BUSSE, *Nötigung im Strassenverkehr*, Neuwied/Berlin, 1968; U. HANSEN, *Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht*, Baden-Baden, 1972; HOFFMEISTER, *Der Begriff der Gewalt im Straftatbestand der Nötigung*, Hamburg, 1972; H. MÜLLER-DIETZ, *Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs*, en "Goldammer's Archiv", 1974, pp. 33 y ss.; R.-P. CALLIESS, *Der Begriff der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände*, Tübingen, 1974; B. HAFKE, *Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", t. 84, 1972, pp. 37 y ss.; U. KREY, *Probleme der Nötigung mit Gewalt dargelegt am Beispiel des Fluglotsenstreits*, en "Juristische Schulung", 1974, pp. 418 y ss.; C. ROXIN, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin/New York, 1973, pp. 184 y ss.; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., Karlsruhe, 1969, pp. 110 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER-CRAMER-ESER-STREE, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 18.<sup>a</sup> ed., München, 1976, pp. 1359 y ss., y 1387 y ss.

violencia social, por ser inherente al sistema del que emana el Derecho, y al Derecho mismo, no constituye delito, ni siquiera un hecho antijurídico. Pero cuando la violencia desborda los límites de lo socialmente adecuado, cuando la violencia pasa a ser socialmente anormal o —para decirlo en términos sociológicos actuales— *disfuncional*, la ley la prohíbe bajo pena. Hemos de dejar aquí sin respuesta la cuestión de si ello puede llegar a constituir una contradicción. Mi aportación ha de ser más modesta: supuesto que la violencia puede o no ser delito, intentaré contribuir a precisar la frontera que separa ambas formas de violencia, analizando los límites de una de las modalidades básicas de violencia previstas en el Código penal: el delito de coacciones definido en el artículo 496, 1.º (1).

### I. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El delito de coacciones del artículo 496, 1.º, del Código penal se halla incluido, junto a las amenazas, en el Capítulo V del Título XII del Libro II. De los dos bienes jurídicos cuya protección anuncia la rúbrica de dicho Título XII —la libertad y la seguridad—, no cabe duda de que el delito de coacciones ataca a la *libertad*. La descripción literal típica se refiere solamente a la libertad *de obrar* (o libertad física), pues apunta al impedir o compeler a *hacer* algo. Ciertamente que, no obstante, cabría entender que alcanza también a la libertad de *formación de la voluntad*, ya que el decidir es presupuesto del hacer y sólo actúa libremente quien antes puede decidir con libertad su actuación: la *letra* de la ley no se opondría a que el bien jurídico protegido en el delito de coacciones fuese la libertad en su doble significado de obrar y de decidir. Sin embargo, tanto la separada previsión legislativa de las amenazas, como la constante exclusión legal de la intimidación de la esfera del concepto de violencia, aconsejan —como habrá de justificarse en su momento— limitar el objeto jurídico de protección del delito de coacciones a la *libertad de obrar según una decisión previamente adoptada*. De la libertad de decisión sólo resultará, pues, específicamente protegida por el artículo 496, 1.º, la posibilidad de *adopción* de la decisión, y excluida la sola libertad de *formación* de tal decisión sin interferencias ajenas en la motivación (2).

(1) Sólo marginalmente me ocuparé de los dos nuevos párrafos que en el art. 496 del Código penal introdujo la reforma de 9 julio 1976, la cual, aparte de incidir en un terreno político muy particular añade elementos que desbordan de forma esencial la estructura típica del delito de coacciones. Cuando en lo sucesivo me refiera al “delito de coacciones” aludiré sólo al párrafo primero del art. 496.

(2) En este sentido, J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit., pp. 251 y s., y F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 102. En contra, la jurisprudencia y la doctrina tradicional: F. DÍAZ PALOS, *Coacciones*, cit., pp. 213 y s.; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, cit., p. 807; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial...*, cit., I, p. 968 (aunque apartándose del planteamiento usual). Todos estos últimos autores incluyen en las coacciones ataques a la libertad de *formación*

Antes de seguir adelante conviene evitar un posible equívoco. Que la ley ampare la libertad de decisión no significa necesariamente que presuponga la existencia del libre albedrío en sentido filosófico. Esto es, no implica una profesión de fe por parte de la ley en favor de la discutida tesis de que la voluntad no se halla sometida a la ley de la causalidad. Significa únicamente que la ley ampara la capacidad, que nadie niega al hombre, de tomar decisiones *por sí mismo*, sin interferencias *violentas* de los demás. Adviértase que tal facultad no supone que dichas decisiones personales no respondan a causas: se excluye sólo que obedezcan a la imposición violenta de los demás.

## II. PLANTEAMIENTO SISTEMÁTICO

El artículo 496, 1.º, es una muestra de la falta de solución de continuidad entre las descripciones típicas de la Parte Especial y las causas de justificación, pues contiene unidos ambos aspectos. No se limita, en efecto, a prever la tipicidad en sentido tradicional—esto es, los elementos que *fundamentan* el injusto—, sino que requiere de forma expresa la ausencia de causas de justificación a través de la fórmula restrictiva “sin estar legítimamente autorizado”, además de que añade un límite particular mediante la expresión “que la ley no prohíba”. Ello viene a confirmar la tesis, que he defendido en otro lugar (3), según la cual el término “delito” equivale en el Código al concepto de “tipo total de injusto” (*Gesamtunrechtstatbestand*), en el sentido de la teoría de los elementos negativos del tipo, incluyendo tanto la parte positiva como la negativa del tipo.

De acuerdo con este principio, los elementos del tipo legal de coacciones pueden ser agrupados en torno a la distinción de parte positiva y parte negativa del tipo. Dentro de la parte positiva incluiré tanto los elementos objetivos como los subjetivos, porque creo que también éstos—incluso el dolo—pertenecen al tipo legal (4).

## III. ELEMENTOS DEL TIPO LEGAL DE COACCIONES: PARTE POSITIVA

Empecemos por el examen de la parte positiva del tipo legal y, dentro de ella, primero de los elementos del tipo objetivo. Son dos: por una parte, la acción de impedir o compeler; por otra, la violencia, en su aspecto objetivo.

---

de la voluntad. Más adelante se examinará particularizadamente la jurisprudencia que admite la *intimidación* como modalidad típica del delito de coacciones, lo que supone extender el objeto de protección del delito a la mencionada libertad de motivación.

(3) *Vid.* S. MIR PUIG, *Los términos “delito” y “falta” en el Código penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1973, p. 327.

(4) *Vid.* S. MIR PUIG, *op. cit.*, pp. 330 y s.

1. *Impedir o compeler*

A) A diferencia de otras legislaciones, como la alemana, el Código penal español no emplea una fórmula unitaria para describir la acción del delito de coacciones. Parte de la distinción de dos *alternativas*: el *impedir* hacer y el *compeler* a actuar, según sea una omisión o una acción la clase de conducta que se obliga a realizar al sujeto pasivo. De nuevo prefiere aquí el Código, como en el artículo 1, 1.º, distinguir ambas modalidades del actuar humano en lugar de remitir a un concepto genérico de acción. Pero ahora la distinción legal posee importancia práctica en la delimitación del tipo, ya que es mayor el ámbito de las conductas punibles constituidas por el *compeler* a actuar que por el *impedir* hacer. Así se deduce del distinto alcance de la parte negativa del tipo respecto de ambas modalidades: el *impedir* está justificado cuando la acción impedida está prohibida por la ley, mientras que el *compeler* se castiga tanto si la actuación impuesta es injusta como si es justa.

Pero el examen de esta problemática corresponde a la parte *negativa* del tipo. Ahora procede, en cambio, precisar los *límites* que separan a las dos modalidades de acción previstas por el artículo 496, 1.º. Precisamente porque la ley trata de forma distinta a ambas alternativas, importa averiguar cuándo nos encontramos ante una conducta de *impedir* y cuándo ante otra de *compeler*. La cuestión no es ni mucho menos elemental. Como demuestra el examen de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la estimación de una u otra forma de coacción es muchas veces arbitraria, habiéndose calificado hechos análogos de distinto modo. Así, por poner sólo un ejemplo, las Sentencias de 7 abril 1876 (5) y 18 diciembre 1961 (6) consideran que la conducta del arrendador de imposibilitar la permanencia del inquilino en la vivienda arrendada, constituye la acción de "compeler" a abandonar la vivienda, mientras que la Sentencia de 30 noviembre 1956 (7) califica una conducta análoga de acción de "impedir" permanecer en la vivienda. Urge, como se ve, establecer un criterio para distinguir las dos alternativas típicas del delito de coacciones.

a) Según la redacción legal, el *impedir* y el *compeler* deben ir referidos a un *hacer*. Esto es, se trata de *impedir* hacer algo *positivo* o de *compeler* a hacer algo igualmente *positivo*. Ello evita, por de pronto, la posibilidad de volver a la inversa toda conducta de obligar. Así, no cabrá considerar el *impedir* el paso forma de *compeler* a *no* pasar. Puede generalizarse esta observación concluyendo que es inequívoca la calificación de los hechos que suponen un *impedir* que no implica *compeler* a hacer nada positivo concreto.

b) Pero quedan sin solucionar los casos de *compeler*, pues necesariamente se impide en ellos el hacer positivo concreto que el sujeto

(5) *Jurisprudencia Criminal*, 1876, v. I, 213.

(6) *Aranzadi de Jurisprudencia*, 1961, núm. 4.224.

(7) *Aranzadi de Jurisprudencia*, 1956, núm. 3.688.

pasivo hubiese realizado en lugar del compelido. Por ejemplo, el compeler a efectuar un desvío por determinado lugar impide, inevitablemente, pasar por donde quería el sujeto pasivo. Por otra parte, muchas acciones de *impedir* suponen al mismo tiempo compeler a hacer algo positivo al sujeto pasivo. Así, en el ejemplo jurisprudencial antes citado, impedir a los inquilinos permanecer en la vivienda arrendada es una forma de compelerles a abandonarla (y viceversa) (8).

c) Cuando la consideración de todas estas conductas (contempladas en b) como impedir o compeler no posea consecuencias prácticas, por no plantearse la cuestión más arriba apuntada del distinto ámbito del tipo negativo respecto de ambas modalidades, será indiferente una u otra calificación, pudiéndose elegir la que parezca más esencial al significado global del hecho. Pero cuando se trate de una conducta calificable tanto de compeler como de *impedir hacer lo que la ley prohíba*, se producirá el concurso de dos posibles calificaciones de distinta trascendencia, pues la de compeler implicaría la punición, mientras que el impedir resultaría atípico por referirse a hecho prohibido por la ley. Según el principio que rige en materia de *concurso de leyes* del “efecto exclusivo del tipo más benigno” (9), deberá preferirse necesariamente la calificación de “impedir”, porque conduce a la impunidad —de la misma forma que la muerte del recién nacido concurrendo a la vez los elementos del delito de infanticidio y del de asesinato debe calificarse como infanticidio.

*Toda evitación violenta de un delito* deberá, pues, salvo que constituya un delito más grave, considerarse siempre constitutiva de la modalidad de impedir, atípica por referirse a hecho prohibido por la ley; y ello aunque la evitación del delito tenga lugar mediante el compeler al autor a hacer algo (piénsese en la evitación de un delito de comisión por omisión). Lo mismo cabrá decir respecto de la *defensa de la posesión y otros derechos reales*, aunque sea de intrusiones que no lleguen a constituir delito. Como se verá más adelante, al examinar la expresión “que la ley no prohíba”, el Derecho civil *prohíbe* perturbar la posesión ajena; de modo que, si no desborda la intensidad de la violencia propia del artículo 496, puede *siempre* considerarse una forma de impedir lo que la ley prohíbe, con independencia de que dicha defensa obligue, por ejemplo, a compeler al abandono del inmueble indebidamente ocupado.

B) *Común* a las dos modalidades de la acción típica es que implican la necesidad de un *resultado*: tanto el impedir como el compeler han de conseguirse efectivamente, y no basta su mero intento, lo que supone que la conducta del sujeto activo ha de lograr que el sujeto pasivo haga o deje de hacer lo que de él se perseguía (10). Ello es

(8) Un ejemplo próximo propone MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 104.

(9) Vid., por todos, R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, II, trad. española de J. CÓRDOBA RODA, Barcelona, 1962, pp. 442 y s.

(10) Así, F. DÍAZ PALOS, *Coacciones*, cit., p. 215; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial*, cit., I, p. 976; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*,

decisivo para la *consumación* de este delito, que, por tanto, permite sin duda formas de *imperfecta ejecución* (11). Conviene insistir, sin embargo, en que el resultado requerido no equivale a la consecución de los fines *últimos* del sujeto activo, sino que basta que se haya conseguido impedir o compeler a *algo*, aunque no llegue a constituir lo perseguido por el autor (12).

## 2. La violencia

El segundo requisito objetivo del tipo positivo del artículo 496, 1.º, es la violencia. Dos aspectos cabe distinguir en el análisis de este concepto: su dimensión *cualitativa* y su entidad *cuantitativa*. La primera afecta a la cuestión de las *clases* de medios que pueden constituir la violencia requerida por el artículo 496, 1.º: esto es, si sólo abarca a la fuerza física (o corporal) sobre las personas o también a la intimidación, a la fuerza en las cosas o, incluso, a otras formas de violentar la actuación ajena. La dimensión *cuantitativa* apunta, en cambio, a la *cantidad* precisa para la violencia, sea de un clase o de otra, exigida por la ley.

### A) Dimensión cualitativa

a) La doctrina y la jurisprudencia han seguido una evolución paralela en cuanto a las clases de medios incluíbles en la violencia del artículo 496, 1.º. Ante textos legales prácticamente coincidentes con el actual, el signo general de dicha evolución es una progresiva *ampliación* del ámbito de la violencia, lo que acaso refleje la continua aparición de nuevas formas, cada vez más refinadas, de negar la libertad ajena, producto del constante aumento de medios técnicos (narcóticos, hipnosis, máquinas, etc.) de que el hombre dispone y que le permiten conseguir con mayores probabilidades de éxito y menor esfuerzo los mismos resultados que antes requerían el empleo de fuerza mate-

---

P. E. cit., p. 104; J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E. cit., p. 252. Todos estos autores hablan también de la necesidad de un "resultado". En el mismo sentido declara la Sentencia de 1 junio 1966 (*Aranzadi Jurisprudencia*, 1966, núm. 2.830), que "tal como aparece tipificado este delito, es necesario para su consumación que se produzca el resultado perseguido con la violencia, esto es, que el coaccionado no pueda hacer lo que la ley no prohíbe o que efectúe lo que no quiera...". De "resultado material" habla la Sentencia de 23 mayo 1975 (*Aranzadi Jurisprudencia*, 1975, núm. 2.290).

(11) En este sentido, F. DÍAZ PALOS, *Coacciones*, cit., p. 217; J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E. cit., p. 254; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E. cit., p. 105; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial*, cit., pp. 976 y s.

(12) Así se manifiesta la doctrina española (*vid.* A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial*, cit., I, pp. 976 y s.; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, cit., p. 810) y una jurisprudencia reiterada, que recientemente se manifiesta en la Sentencia de 23 mayo 1975 (*Aranzadi Jurisprudencia*, 1975, núm. 2.290).

rial (13). Se parte, en el siglo pasado, de un concepto de violencia limitado al ejercicio de la fuerza física —esto es: como agresión corporal— (14) frente a una persona. Así se manifestaba Groizard (15), entre los autores, y las Sentencias de 1 mayo 1874 (16), 29 noviembre 1878 (17), 8 mayo 1879 (18) y, en este siglo, todavía la de 30 de marzo 1929 (19). Tal concepción restrictiva de la violencia —defendida en nuestros días aún por Quintano Ripollés (20)—, parte del significado del término violencia en otros lugares del Código penal, en especial en el delito de robo, en que claramente se contraponen a la intimidación y a la fuerza en las cosas.

La progresiva ampliación *jurisprudencial* del concepto de violencia ha llevado al abandono por el Tribunal Supremo de tal punto de partida. Primero se añadió junto a la fuerza material sobre las personas la *intimidación*, como fuerza moral (así ya en la Sentencia de 17 noviembre 1884 (21)). Más adelante, en un segundo momento, se incluiría también la *fuerza en las cosas*, y no sólo en cuanto forma indirecta de intimidación de una persona, sino en cuanto tal fuerza en las cosas, en la medida en que con ella se ponen éstas fuera del alcance

(13) A la referida evolución y su influjo en la concepción jurisprudencial y doctrinal del concepto de violencia se dedica el trabajo de H. MÜLLER-DIETZ, *Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs*, en "Goldammer's Archiv", 1974, pp. 40 y ss. En el mismo sentido apunta V. BUSSE, *Nötigung im Strassenverkehr*, cit., p. 94.

(14) Importa muy mucho destacar que tal noción diverge de la exigencia de que la violencia *opere físicamente* sobre la víctima —esto es, de que incida sobre su *actuación externa*— y no sólo *psíquicamente* como las amenazas. En lo sucesivo, el texto utilizará la expresión "fuerza física" —o material— en el sentido apuntado de agresión corporal *por el autor*, y no como incidencia física en la actuación *de la víctima*. Ello permitirá —como hacen la doctrina dominante y la jurisprudencia alemanas— negar la necesidad de que el autor emplee fuerza física —corporal— y afirmar, en cambio, que es preciso que se impida *físicamente* la decisión o actuación del sujeto pasivo.

(15) Vid. A. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V (1893), p. 705.

(16) *Jurisprudencia Criminal*, 1874, v. I, 238.

(17) *Jurisprudencia Criminal*, 1878, v. II, 179.

(18) *Jurisprudencia Criminal*, 1879, v. I, 201.

(19) *Jurisprudencia Criminal*, 1929, v. I, 259.

(20) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial* cit., pp. 967 y ss. No obstante, la restricción de la violencia a la fuerza física que este autor propugna tiene, ante todo, el sentido de negar aquel carácter a la intimidación, conclusión que compartimos, como más adelante se indicará, pese a la espiritualización que propugnamos del concepto de violencia, que en modo alguno ha de confundirse con los de intimidación o amenaza: mientras la violencia ha de incidir sobre la realización externa de una decisión adoptada, estas otras modalidades operan sobre la motivación. Ello no significa, sin embargo, que no existan formas de violentar la actuación externa de una decisión previa distintas al empleo de fuerza corporal por el autor. Por lo demás, QUINTANO incurre en una contradicción interna al admitir, tras haber negado el carácter de violencia a la intimidación, que pueden originar el delito de coacciones las "intimidaciones de presente" que "consistan en inminentes potenciales ataques a la integridad personal del sujeto pasivo, tales como encañonar con una pistola..." (p. 968).

(21) *Jurisprudencia Criminal*, 1884, v. II, 232.

del perjudicado, impidiéndose su legítimo goce y disfrute, como dice la Sentencia de 2 diciembre 1959 (22), de acuerdo con una masiva jurisprudencia, de la que como ejemplos cabría citar desde la Sentencia de 28 febrero 1935 (23) hasta las de 21 octubre 1971 (24) y 23 mayo 1975 (25).

La doctrina ha ido ampliando también el contenido de la violencia.. Como la ciencia alemana (26), la doctrina española dominante se ha inclinado hacia una *espiritualización* del concepto de violencia, interpretando este término en base al alcance que al mismo corresponde en su uso social, *sin restringirlo* a la aplicación de fuerza material sobre una persona. Por de pronto, se ha advertido que puede privarse por completo a otro de su capacidad de decidir por sí mismo sin emplear fuerza física sobre él: así sucede en los casos de aplicación de narcóticos o de hipnotismo sin acudir a la violencia material—como expresamente destacan Cuello Calón (27), Rodríguez Devesa (28) y Muñoz

(22) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1959, núm. 4.253.

(23) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1935, núm. 415.

(24) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1971, núm. 3.921.

(25) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1975, núm. 2.290.

(26) En este sentido, ya BINDING se opuso a la exigencia de fuerza física corporal: *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, v. 1.º, 2.ª ed., Leipzig, 1902, pp. 83 y s. (es violencia “toda intromisión que sustrae al agredido su capacidad de formación de la voluntad o de su actuación”), aunque redujo, por otra parte, la violencia a la *vis absoluta*, por entender que la *vis coactiva* era en realidad una forma de amenaza (p. 84). En la actualidad, la monografía de K. D. KNODEL, *Der Begriff der Gewalt...* cit., ha llevado a consecuencias extremas la ampliación del concepto de violencia, que llega a definir como “todo proceder destinado y adecuado a superar la resistencia efectiva o esperada del coaccionado, que le imposibilite sin su consentimiento la formación o actuación de su voluntad o le arrebatase su libertad de decisión infligiéndole un mal de cierta gravedad” (p. 59). En contra de tan amplia formulación, que incluye obstáculos que actúan *sobre la motivación* del sujeto pasivo, y no sobre la actuación externa de una decisión adoptada, se manifestó G. GEILEN, *Neue Entwicklungen beim strafrechtlichen Gewaltbegriff*, en el *Festschrift für Helmuth MAYER*, Berlin, 1966, pp. 445 y ss. En la misma línea crítica, U. KREY, *Probleme der Nötigung...* cit., señala la necesidad de limitar la violencia a los casos en que la coacción opera *físicamente*, y no sólo *psíquicamente*, sobre la actuación externa de la víctima: pp. 421 y s. Este punto de vista coincide con la doctrina dominante en Alemania y la jurisprudencia de este país, que ya no requieren la aplicación de fuerza corporal *por el autor*, pero siguen exigiendo la incidencia física en la conducta externa *de la víctima*: vid. V. BUSSE, *Nötigung...* cit., p. 96. En particular cabe destacar en este sentido la clara exposición de H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 11.ª ed., Berlin, 1969, p. 325 (“coacción que actúa *corporalmente* para remover una oposición interpuesta o esperada. Los medios son indiferentes: no sólo fuerza física, sino también narcóticos, drogas que fuerzan la confesión, hipnosis, pues no opera motivando, sino que excluye la formación de la voluntad; también incidencia sobre cosas...; disparos al aire...; disparos a los neumáticos...”). En favor, en cambio, de la más amplia concepción al estilo de KNODEL, se manifiestan R. MAURACH, *Bes. Teil* cit., pp. 114 y s., y SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.*, pp. 1361 y s.

(27) Cfr. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, cit., pp. 8-11.

(28) Cfr. J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E., cit., página 250.

Conde (29)—. Por otra parte, un sector de la doctrina admite también la *vis compulsiva* y la intimidación (30).

b) Es preciso tomar postura ante las distintas opciones que se deducen del rápido resumen de la evolución jurisprudencial y doctrinal efectuado.

No cabe, ciertamente, desconocer que en otros lugares del Código penal el concepto de violencia se reduce a la fuerza material sobre las personas (31). Pero el significado *corriente* del término violencia no se limita, según confirma el Diccionario, a la fuerza física, y en las *coacciones* concurren razones a mi juicio decisivas para preferir el sentido gramatical a la interpretación *restrictiva* que puede ser necesaria en otros pasajes del Código. Según la actual orientación de la Hermenéutica, si se quiere evitar un planteamiento meramente formalista, a la letra de la ley no puede conferirse otra función que la de señalar el *límite máximo* dentro del cual la precisión del tipo ha de venir determinada por la *concreción* de la ley (*Konkretisierung*) a las necesidades que en cada momento histórico se manifiesten en el *sector de realidad* específicamente regulado (32) —en este caso por el artículo 496, 1.º.

Desde esta perspectiva metodológica, atenta a las particulares exigencias del delito de coacciones del artículo 496, 1.º, en el momento presente, entiendo que no es sostenible el originario concepto restringido a la fuerza corporal ejercida sobre una persona. Como la doctrina ha puesto de manifiesto, tal concepción materialista de la violencia dejaría abierta una intolerable laguna legal, en los casos en que se cierra el paso a la misma posibilidad de adoptar una resolución de voluntad sin empleo de fuerza física, lo que puede tener lugar, como ya dije, por medio de narcóticos o hipnotismo. Como señala Rodríguez Devesa, estos supuestos son, si cabe, de mayor gravedad, pues no sólo suponen una “*desviación* de la voluntad”, sino su total “*anulación*” (33). Si esto es, como creo, correcto, la interpretación lógica ha de argumentar que si se castiga lo *menos* —la contradicción de la voluntad—, deberá castigarse con mayor razón lo *más* —la total privación de la capacidad de decisión—, aunque no suponga fuerza material. Por otra parte, como luego se verá, existen muchas otras formas de oponerse a la

(29) Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E., cit., p. 103.

(30) Así, F. DÍAZ PALOS, *Coacciones* cit., pp. 213 y ss.; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, cit., p. 809.

(31) Vid. F. SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento de morada*, en “*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*”, 1968, pp. 887 y s. Pero precisamente para el tipo agravado de allanamiento de morada del artículo 490, 2.º, no es evidente que deba restringirse la violencia a la “fuerza física ejercida sobre las personas”, como lo indica el hecho de que, siguiendo una dirección iuscomparatista representada por el Código Penal italiano, la jurisprudencia haya considerado necesario incluir en el artículo 490, 2.º, supuestos de forzamientos de puertas, ventanas, etc.

(32) Vid. S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 335 y ss.

(33) Cfr. J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E., cit., página 250.

libre actuación ajena distintas a la fuerza física, tanto o más eficaces y peligrosas para la libertad que aquella (v. gr.: retirar las bujías de un automóvil para impedir su uso), por lo que no considerarlas como modalidades de violencia originaria también *lagunas* injustificables en la protección del bien jurídico propio del artículo 496, 1.º (34).

La *conclusión* habrá de ser que el concepto de violencia debe extenderse a casos en que no se halla presente el ejercicio de fuerza física. Pues bien, ello conduce, inevitablemente, a la espiritualización de la idea de violencia: si ésta no requiere siempre la fuerza material, deberá seguirse, con carácter general, que lo *esencial* en la violencia ya no es el empleo de fuerza física, sino sólo la *abierta negación* de la capacidad de decisión personal o de su realización externa. Se trata, de que, más que el modo por el que se manifiesta, lo decisivo es el *enfrentamiento* a la actuación de otra persona.

Autores como Schönke-Schröder (35), Maurach (36) y Busse (37) expresan esta idea diciendo que ha de pasarse de la concepción de la violencia como *medio* de fuerza a la de violencia como *resultado* de coacción. Pero acaso sea preferible afirmar que la esencia de la coacción no requiere la violencia como fuerza material sobre una persona, sino sólo como *fuerza sobre la libertad de actuación*. Esta otra formulación pretende evitar el equívoco consistente en considerar suficiente el resultado de impedir a otro la realización de su voluntad, lo que resultaría a todas luces contrario a la letra de la ley, que *además* requiere la violencia. Esta constituye, en efecto, un concepto *normativo* caracterizado por la posesión de un determinado *sentido social*, que no se contenta con un resultado descriptivo como el del mero impedir de hecho la conducta de otra persona, sino que implica la necesidad de que ello encierre el significado de un *oponerse* a la libertad ajena. Tal significación social ha de manifestarse ya en el sentido *objetivo* del hecho, aunque determina a la vez la exigencia de que constituya también la finalidad *subjetiva* del autor. Esta última e importante consecuencia se examinará al contemplar la parte subjetiva del tipo de coacciones. Pero ya ahora debe destacarse, *como idea central que debe presidir toda la comprensión del concepto de violencia*, que los dos aspectos (objetivo y subjetivo) en que se manifiesta el sentido social, de enfrentamiento a otro sujeto, que corresponde a la violencia, ofrecen la única vía admisible para una correcta delimitación de este concepto. La teoría y la práctica han llegado a la conclusión de que no es posible, sin inadmisibles lagunas, obtener la precisión de los confines de la violencia reduciéndola a un concepto *naturalístico* como el de

(34) Parecida vía argumental sigue K.-D. KNODEL, *Der Begriff der Gewalt...* cit., p. 59. También R. MAURACH, *Bes. Teil* cit., p. 115. Pero ya BINDING había advertido que la consideración del bien jurídico protegido en las coacciones llevaba a la concepción espiritual del concepto de violencia: *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes. Teil* cit., I, p. 83.

(35) Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch* cit., p. 1360.

(36) Cfr. R. MAURACH, *Bes. Teil* cit., p. 115.

(37) Cfr. V. BUSSE, *Nötigung im Strassenverkehr* cit., p. 94.

fuerza física sobre una persona. Tal concepción era explicable cuando la ciencia penal, antes de descubrir su significado valorativo y social, permanecía anclada en premisas metodológicas de signo naturalista, pero puede y debe superarse en cuanto se reconoce, como sucede desde el neokantismo de las ciencias del espíritu, que las acciones interesan al Derecho penal en calidad de procesos dotados de sentido social. De la misma forma que, por ejemplo, la injuria o la omisión son sólo comprensibles a partir del significado social que encierran, la idea de violencia únicamente deviene aprehensible como concepto *normativo* cuyo sentido es el “enfrentarse” a la realización de los designios de otra persona. Admitido esto, lo de menos es el *cómo* de la oposición a la libertad de actuación ajena.

No obstante, esto no supone que falte todo límite a las *clases* de conductas por las que debe manifestarse la violencia. Por de pronto, en cuanto enfrentamiento, la violencia exigirá siempre la *oposición abierta* al obrar ajeno, no bastando los medios *indirectos* o *engañosos*... En segundo lugar, la distinción respecto de las amenazas conduce a exigir que dichos obstáculos externos incidan sobre la *actuación* del sujeto pasivo (38), impidiendo la *realización efectiva* de su voluntad o *sustituyendo* por completo su capacidad de decisión personal —mediante narcóticos, hipnotismo u otros medios—, y no operen sólo como motivos que se imponen al sujeto pasivo, esto es, sobre su *motivación*. Simplificando: mientras que las amenazas actúan *a través* de su influjo en la voluntad de la víctima, las coacciones impiden directamente la actuación externa de la decisión previamente adoptada (39). De ahí se sigue una tercera limitación de los medios constitutivos de violencia: será preciso que el enfrentamiento al obrar ajeno se ejerza mediante *obstáculos externos*. Así, no bastaría, evidentemente, manifestar oralmente la oposición abierta. Lo confirma, por otra parte, la necesidad de un mínimo de virtualidad cuantitativa en el obstáculo interpuesto que haga prácticamente imposible la realización de su decisión al sujeto pasivo —lo que deberá requerirse *infra* al contemplar el segundo aspecto de la violencia: su dimensión cuantitativa.

La ampliación cualitativa que supone la espiritualización del concepto de violencia, en los términos propuestos, no contradice, como ya advertí, el significado de este término en el idioma español, en el que.

(38) Este es el sentido de la exigencia (*vid. supra*, Nota 26) que un importante sector de la ciencia jurídico-penal alemana impone al concepto de violencia, de “*Einwirkung auf den Körper*”, que excluye los casos de incidencia a través de la motivación. Al menos para nuestro Derecho, sería, pues, excesiva la ulterior ampliación que propugna KNODEL (*Der Begriff der Gewalt...* cit., p. 59), MAURACH (*Bes. Teil* cit., p. 115) y SCHÖNKE-SCHRÖDER (*Strafgesetzbuch* cit., pp. 1360 y ss), consistente en considerar violencia supuestos de pura incidencia psíquica.

(39) Si se prefiere, puede expresarse lo mismo diciendo, como KREY, que las amenazas operan “psíquicamente”, mientras que la violencia ha de incidir “físicamente” en la conducta del sujeto pasivo: *Probleme der Nötigung mit Gewalt...* cit., pp. 421 y s. Ya señalé más arriba (Nota 14) que tal exigencia de repercusión física en la víctima no equivale al empleo de fuerza corporal *por el autor*.

según admite el Diccionario, puede hablarse de violencia siempre que se “obliga” a otro a actuar en contra o al margen de su voluntad, pues en ambos casos podrá decirse que se “violenta” su actuación (39 a). La concepción “normativa” de la violencia no desborda, pues, el “sentido literal posible”, único límite máximo de la interpretación (40), ni supone, por tanto, recurso a la analogía contra reo. En cambio, es la única que atiende a la finalidad de la ley, que en el artículo 496, 1.º, es la protección *sin lagunas injustificables* del bien jurídico de la *libertad* —y no de la integridad física, que no es preciso que se halle lesionada o comprometida por el uso de violencias materiales!

Una interpretación según las exigencias del bien jurídico propio del delito de coacciones lleva, pues, a desvincular el concepto de violencia de la fuerza material. Ciertamente, cabría objetar esta conclusión en base al *carácter fragmentario* del Derecho penal (41), si se demostrase que la fuerza física constituye el medio más *peligroso* para la libertad ajena y el Derecho positivo hace bien castigando sólo esa forma más peligrosa de ataque, del mismo modo que no toda lesión del patrimonio constituye delito, sino sólo las modalidades más peligrosas de agresión al mismo. Pero, aparte de que existen otros medios tanto o más eficaces que la fuerza física —así, un muro impide más efectivamente el paso que un hombre—, tal planteamiento debería probar que en igualdad de condiciones el “compeler” es notablemente más peligroso que el “impedir”, lo que, como ahora justificaré, resulta discutible.

En efecto, caso de entender que el término violencia requiere en su uso por el art. 496, 1.º, la fuerza física, debería limitarse su exigencia para la modalidad de impedir, pues la ley no refiere la palabra “violencia” al compeler y, *por sí sólo*, este verbo —“compeler”— no expresa la necesidad de fuerza material. De ello seguiría un tratamiento considerablemente *discriminador* de las dos modalidades de la acción típica del delito de coacciones. Tal diferencia de trato únicamente estaría justificada si, para *equivaler* al compeler *por sí sólo*, el impedir tuviera que ir acompañado de la fuerza física. Dicho de otro modo: presupondría que, en igualdad de condiciones (esto es: sin fuerza física), el compeler es mucho más grave que el impedir.

Tal presupuesto resultaría infundado. Más relevante que la discutible diferencia de gravedades que pueda existir entre impedir y

(39 a) La Sentencia de 9 de julio de 1945 (*Aranzadi Jurisprudencia*, 1945, núm. 933) acude también al Diccionario para justificar la concepción amplia de la violencia.

(40) Por todos *vid.* K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1966, p. 256.

(41) Sobre el sentido positivo de este principio, *vid.* S. MIR PUIG, *Introducción...* cit., pp. 126 y s.; M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en “Festschrift für R. Maurch”, Karlsruhe, 1972, p. 22; C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, en el libro “Strafrechtliche Grundlagenprobleme”, Berlin-New York, 1973, p. 12; H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, “Allgemeiner Teil”, 2.ª ed., Berlin, 1972, p. 35.

compeler (42) es la trascendencia del hecho impedido o compelido. No cabe duda de que será mucho más grave impedir hacer algo de notoria importancia para el sujeto pasivo, que compelerle a una nimiedad. Dejar impune lo primero si falta fuerza física y castigar en cambio lo segundo, carecería de sentido. Ello sería, sin embargo, consecuencia obligada, como se ha visto, si se interpretase la palabra violencia como fuerza material. En cambio, nótese que la concepción "espiritualista" de la violencia permite equiparar ambas modalidades típicas, porque el término "compeler", más claramente que el de "impedir", sí implica violencia en sentido amplio.

*Resumiendo*: Sólo la interpretación espiritualista alcanzada resulta satisfactoria a la vista del texto legal. En efecto, en el art. 496 la "violencia" se requiere *literalmente* sólo para el impedir y no para el compeler; ahora bien, el compeler significa "obligar a hacer algo", por lo que no implica de suyo la fuerza física; luego, si la violencia se redujese a la fuerza material, sólo podría exigirse para el impedir y no para el compeler, pues, como se ha visto, por sí sólo este término no la requiere. Tal diferencia de trato de impedir y compeler —mucho más severo este último— no está justificado. En cambio, si la violencia se concibe como fuerza sobre la libertad, no se exigirá al impedir más que algo implícito al compeler, con lo que se equiparará el significado de las dos modalidades de la acción típica.

c) Todo lo anterior persigue poner de manifiesto que tanto el *bien jurídico* como el *tenor legal* hacen preferible prescindir del requisito de la fuerza física en la violencia, como hacen la doctrina dominante y la jurisprudencia actual. Ello no significa, sin embargo, que sea correcta la delimitación jurisprudencial de la violencia. Por una parte, la construcción del Tribunal Supremo es todavía demasiado *angosta*, porque no lleva a sus últimas consecuencias la espiritualización del concepto de violencia, en los términos propuestos. Pero, por otra parte, paradójicamente, el concepto de violencia defendido por la jurisprudencia resulta excesivamente *amplio* y da cabida a supuestos a que no puede alcanzar. Intentaré justificar a continuación la doble crítica enunciada.

1.º) En primer lugar, la jurisprudencia mayoritaria mantiene un concepto excesivamente *estrecho* de violencia. Ello se manifiesta en una doble dirección. Por una parte, ni siquiera en las declaraciones generales sobre el alcance de la violencia hace referencia el Tribunal Supremo a la utilización sin fuerza material de narcóticos o hipnosis. Pero, sobre todo, aparte de la fuerza física sobre las personas y la intimidación, exige por lo menos el empleo de *fuerza material sobre las cosas*.

Por de pronto, este planteamiento encierra el peligro de perder de

---

(42) Ya se vio cómo a menudo el impedir podría igualmente entenderse como compeler (*Vid. supra*, III 1), lo que constituye un argumento esgrimido por MUÑOZ CONDE para negar la diferencia de trato que supondría exigir la violencia sólo para la modalidad de impedir: *Derecho Penal*, P. E., cit., páginas 103 y s.

vista que la fuerza sobre las cosas sólo será relevante en cuanto constituya violencia *frente a una persona*, de modo que le violenta su libertad impidiéndole o compeliéndole a actuar. Más importante es, sin embargo, que, si, por las razones aducidas, basta para la violencia que se niegue abiertamente y mediante obstáculos externos la posibilidad de decidir o la libertad de obrar de otra persona, requerir la fuerza en las cosas llevaría a *lagunas* inadmisibles, porque aquella negación de la libertad puede conseguirse de modo tan eficaz mediante fuerza en las cosas como sin ella. Lo demuestra expresivamente el hecho de que el Tribunal Supremo se vea obligado a afirmar la concurrencia de fuerza en las cosas en supuestos en los que en puridad falta, pero que suponen evidente ataque a la libertad. Para poner uno de los ejemplos más repetidos en la práctica, citaré el traslado de los muebles del arrendatario a un lugar fuera de la vivienda arrendada, con objeto de hacer imposible la vida en ella y obligar a su desalojo. Sin duda, es éste un medio eficaz para violentar la libertad del inquilino y puede originar el delito de coacciones. Sin embargo, contra lo que entiende el Tribunal Supremo, no supone violencia material sobre las cosas. Por supuesto que dicho traslado requiere *fuerza*, pero adviértase que tal fuerza *no violenta* el uso normal de los muebles, pues el traslado constituye una de las posibilidades *normales* de manipulación sobre un mueble. Y para la presencia de violencia material sobre las cosas no basta la fuerza muscular o de otro tipo necesaria en mayor o menor medida, para el uso *normal* de las cosas, sin que pueda ser relevante el hecho de que tal fuerza sea más o menos intensa (43).

He traído a colación el ejemplo del traslado de muebles, pero podrían proponerse otros muchos. Así, desde el levantar una pared para impedir el paso, hasta el retirar las bujías u otra pieza del motor de un vehículo para imposibilitar su uso; desde el arrojar gases lacrimógenos para obligar a salir de un local, hasta el simple cerrar con la única llave una puerta o cortar el suministro de electricidad o del gas para compeler a algo: todas éstas son actividades sobre cosas que requieren solamente la fuerza inherente a su uso normal. Y, sin embargo, es evidente que constituyen formas tanto o más eficaces de violentar la libertad ajena que la violencia material sobre las cosas. Lo confirma el hecho de que, pese a sus declaraciones generales, el Tribunal Supremo haya de considerar una forma de violencia el simple corte de la energía eléctrica o del agua contra la voluntad del usuario —como, entre otras, hacen las Sentencias de 18 junio 1969 (44) y 23 mayo 1975 (45).

---

(43) Es lógico, pues, que la ciencia alemana haya llegado a la conclusión de que la fuerza material es incapaz de servir de base a la delimitación del concepto de violencia por la razón de que, examinada atentamente, llega a confundirse con el requisito de *acción*, presupuesto de todo delito que implica de suyo cierto grado de energía (fuerza) material vertida al mundo exterior.

(44) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1969, núm. 3.712.

(45) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1975, núm. 2.290.

Ahora bien, si lo decisivo no es el empleo de fuerza física, sino sólo que se viole la libertad de otro, podrán también, acaso, incluirse en el concepto de violencia actividades que ni siquiera suponen la fuerza material necesaria para el uso normal de las cosas. Tal vez cabe mencionar aquí los casos de *resistencia pasiva* (46). Ejemplo de ella podría ser el impedir el paso por parte de una muchedumbre que obstaculiza adrede con su sola presencia.

2.º) Lo anterior intenta mostrar que el concepto de violencia mantenido por la jurisprudencia sigue siendo excesivamente restringido, porque no ha completado el giro de una interpretación materialista-naturalista a otra espiritualista-normativa y sigue requiriendo la fuerza material, en las personas o en las cosas. Pero, paradójicamente, la actual doctrina del Tribunal Supremo *ensancha* demasiado el contenido de la violencia, al incluir en ella la pura *intimidación*. Esta es la segunda crítica que a mi juicio merece la actual jurisprudencia.

a') Creo, en efecto, que asiste la razón a Rodríguez Devesa cuando rechaza la distinción carrariana de intimidación y amenaza (47). La doctrina de Carrara, adoptada por el Tribunal Supremo —así, en las Sentencia de 15 enero 1910 (48) y 12 febrero 1942 (49)—, distinguen ambos conceptos según que el mal conminado se anuncie como inmediato (intimidación) o como remoto (amenaza). Probablemente sea éste el único criterio de distinción, pero ello demuestra precisamente la artificiosidad de la misma. En efecto, tanto en la intimidación como en la amenaza se produce la misma *estructura*, a saber: anuncio de un mal *futuro* para el caso de que no se haga algo. El hecho de que el mal se presente como más o menos lejano no obsta a la afirmación de que *en todo caso* se halla situado en el futuro. De ahí que no sea posible trazar una línea clara de separación entre intimidación y amenaza, pues, aparte de los casos extremos, existen infinidad de otros en los que no es posible decidir con seguridad si el mal conminado es lo suficientemente próximo como para constituir intimidación o ya se aleja lo bastante como para dar lugar a amenazas.

Así, es comprensible que el Tribunal Supremo haya llegado a declarar que “en el fondo coinciden sustancialmente” la intimidación necesaria —según la jurisprudencia— para las coacciones y la amenaza condicional —Sentencia de 27 diciembre 1945 (50)—, y que haya considerado coacciones supuestos que, con arreglo al planteamiento

(46) Así el propio Tribunal Supremo: SS. 27 octubre 1934 (ArJ/1.752) y 9 julio 1945 (ArJ/933). En la doctrina española se manifiesta a favor F. DÍAZ PALOS, *Coacciones* cit., p. 215; en contra, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial...* cit., p. 972.

(47) Cfr. J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal, Parte Especial* cit., páginas 250 y ss.

(48) *Jurisprudencia Crimīnal*, 1910, v. I, 22.

(49) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1942, núm. 266.

(50) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1945, núm. 1.438.

carrariano, mejor parecerían constituir amenazas: así, Sentencias de 8 febrero 1954 (51), 5 octubre 1967 (52), 20 octubre 1967 (53).

De la imposibilidad de negar que toda intimidación encierra una amenaza infiere Rodríguez Devesa la consecuencia, acertada, de que la intimidación no debe dar lugar al delito de coacciones, sino al de amenazas (54). Tal conclusión puede fundarse por dos caminos distintos. Por una parte, en base al principio de *especialidad*, si se considerase la intimidación una forma de violencia, pues aquélla sería una modalidad específicamente prevista por el delito de amenazas condicionales. Por otra parte, partiendo ya de que el concepto de violencia legal no alcanza a la intimidación. La clara contraposición de ambos conceptos en otros lugares del Código —como en el robo, en la realización arbitraria del propio derecho, en el allanamiento de morada— y en el propio art. 496 desde que fue objeto de la reforma de 19 julio 1976, que le añadió su segundo párrafo actual, abona esta segunda interpretación. Con ella se evitaría en buena parte, por lo demás, la crítica de Quintano a la concepción amplia de la violencia, apoyada precisamente en que el Código no suele incluir la intimidación en la violencia (55).

Se llega por esta vía a la *conclusión* que ya habíamos adelantado al plantear el tema del bien jurídico protegido y al precisar los medios constitutivos de violencia: las coacciones del art. 496, 1.º, requieren incidencia en la *realización* externa de una voluntad adoptada —o, por tanto, en su *adopción* misma—, a diferencia de las amenazas, que operan sobre la motivación, determinando en el sujeto pasivo una modificación viciada de su voluntad. El nuevo párrafo segundo del art. 496, al referirse tanto a la violencia como a la intimidación, participará de uno u otro carácter, según por cuál de ambas vías venga a realizarse.

b') Más difícil es elegir entre la calificación de coacciones o amenazas condicionales para la *vis física compulsiva*, en cuanto ésta sea en parte fuerza material y en parte amenaza implícita en la fuerza. Rodríguez Devesa se decide por la calificación de delito de amenazas, en base a la idea de que a este delito asigna la ley mayor pena que a las coacciones (56). Y, ciertamente, sería absurdo que la *adición* de

---

(51) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1954, núm. 224: considera coacciones la conminación al desalojo de una habitación bajo la "amenaza"—dice literalmente el TS—de proceder contra la amante del coaccionado".

(52) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1967, núm. 4.089: constituye coacción la amenaza de molestias, entorpecimientos y quebrantos económicos por parte de un Inspector Veterinario Municipal.

(53) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1967, núm. 4.673, que castiga con arreglo al artículo 496 la amenaza de descubrir unas malversaciones del coaccionado. Con carácter generalizador llegó a equiparar la Sentencia de 13 octubre 1899 (*Jurisprudencia Criminal*, v. II, 98): "con amenazas e intimidaciones, que en Derecho es la violencia".

(54) Cfr. J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESEA, *Derecho Penal*, P. E., cit., p. 250.

(55) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial...* cit, I, páginas 967 y ss.

(56) Cfr. J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESEA, *Derecho Penal*, P. E., cit., p. 250.

fuerza física efectiva a la amenaza tuviese como consecuencia *disminuir* la gravedad del hecho, como sucedería si acarrase el tránsito de una calificación más grave de amenazas a otra más leve de coacciones. La calificación de amenazas habrá de ser preferible, pues, cuando la amenaza inherente al uso de la *vis física compulsiva* tenga por sí sola señalada pena más grave que las coacciones. Así sucederá cuando la amenaza implícita lo sea de mal que constituya *delito* y recaiga sobre los bienes jurídicos personales enumerados en el art. 493, pues la pena que éste prevé para las amenazas condicionales es entonces claramente más grave que la del delito del art. 496, 1.º —cuando la amenaza no sea condicional no se planteará la necesidad de distinguirla de las coacciones, ya que la estructura será del todo distinta, no de ataque a la libertad, sino al sentimiento subjetivo de seguridad.

Pero no siempre las amenazas condicionales son para la ley más graves que las coacciones. Es más, el tipo básico de amenazas condicionales, contenido en el art. 494, señala una pena *menor* a la prevista para las coacciones del art. 496, 1.º (arresto mayor frente a arresto mayor y multa). Cuando el mal conminado implícitamente con la *vis compulsiva* no constituya delito no podrá, pues, preferirse la calificación de amenazas a la de coacciones en base a la gravedad del hecho. Si la fuerza constituye por sí sola violencia suficiente para motivar el delito de coacciones, la estimación de éste último vendrá entonces impuesta por el planteamiento que decide la calificación según el delito de mayor gravedad (57), en este caso el de coacciones.

Sucede, sin embargo, que no toda fuerza material será bastante para que, al aplicarse en forma de *vis compulsiva*, constituya violencia suficiente para originar coacciones y permita, por tanto, plantear la posibilidad de elegir tal calificación además de la de amenazas. Puede ocurrir que no sea el mínimo empleo de fuerza que ha tenido lugar (por ejemplo, un ligero empujón), sino la amenaza implícita de mayores males ulteriores, lo que decida al sujeto pasivo a ceder a su agresor. En tal caso concurriría únicamente delito de amenazas —y no de coacciones por insuficiencia *cuantitativa* de la fuerza material—, por lo que no se plantearía ya la necesidad de elegir entre amenazas y coacciones.

c') Problemática distinta suscita la *vis compulsiva* que no entraña amenaza de futuro, sino sólo obstáculos que dificultan la realización de la voluntad (sin llegar a impedirla literalmente como sucede en la *vis absoluta*). Piénsese en el ejemplo jurisprudencial del arrendador que causa graves daños en la vivienda arrendada —así, quita los cristales de una ventana (ver Sentencia de 14 noviembre 1952 (58)) o, incluso, levanta la techumbre (ver Sentencia de 24 junio 1961 (59)), con objeto de mover el desalojo. Aquí no se plantea la necesidad de elegir entre amenazas o coacciones, porque no hay amenaza alguna.

---

(57) Así, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E., cit., p. 102.

(58) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1952, núm. 2.015.

(59) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1961, núm. 2.673.

La cuestión, en cambio, es ahora únicamente si el obstáculo interpuesto encierra tal virtualidad que, pese a actuar directamente sobre la motivación del sujeto pasivo, hace *prácticamente imposible* la propia actuación externa de su voluntad. Sólo en este caso podrá entenderse lesionada la libertad *de realización efectiva* de una voluntad adoptada, en un sentido jurídico penalmente *equiparable* a la absoluta privación de la posibilidad de libre actuación —y no sólo la libertad *de formación de la voluntad*, que no constituyó el específico objeto de protección del art. 496, 1.º del Código penal.

En contra de este planteamiento, un sector importante de la doctrina alemana considera inconveniente que en estos casos, en que se motiva al sujeto pasivo no sólo anunciándole un mal, sino causándosele directamente, se produzca la impunidad al negarse la presencia de violencia, pues fampoco encierran amenazas) (60). Personalmente, me inclino por la negación de violencia y, por tanto, de coacciones, por entender, de una parte, que no resulta tan inexplicable que la conminación de un mal futuro pueda constituir delito (de amenazas) y no así su sola realización efectiva, pues el delito de amenazas implica un ataque al sentimiento subjetivo de seguridad que en modo alguno puede producirse cuando no tiene lugar el anuncio de un mal; y, de otra parte, que la estimación de coacciones en estos casos de pura incidencia *psíquica* sobre la víctima —por mucho que opere a partir de violencia sobre otras personas o cosas— llevaría a la auténtica “dilución” del concepto de violencia, como se ha advertido en Alemania. En efecto, en los casos propuestos lo único decisivo es que la producción del mal *motive* a la víctima, puesto que sólo es relevante a efectos del delito de coacciones, la intensidad del *ataque a la libertad de la víctima*, esto es, de la imposición al mismo de una conducta, y tal intensidad sólo podrá medirse en estos supuestos en base a la fuerza *motivadora* del mal causado, no por la virtualidad *física* del mal en sí mismo. Pues bien, siendo así, la admisión de violencia en los ejemplos contemplados obligaría a estimarla también en todos aquellos casos en que se motive a otro con la misma intensidad, pero no en base a la causación de un mal relevante sobre cosas o personas distintas al sujeto pasivo, lo que supondría la consecuencia, a todas luces inadmisibile, de que constituiría violencia toda forma de motivar a otro en contra de su anterior

---

(60) Vid. K.-D. KNODEL, op. cit., pp. 55 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, op. cit., páginas 1361 y s.; KREY, *Probleme der Nötigung mit Gewalt...* cit., pp. 418 y ss., quien comparte la opinión de GEILEN, según la cual colmar lagunas como ésta es en lo penal exclusiva competencia del legislador, habida cuenta de la prohibición de analogía contra reo. La cuestión es discutible, y constituye acaso el punto que divide a los dos sectores más importantes de la actual doctrina alemana sobre la coacciones: los autores que requieren en la violencia el *efecto* de incidencia física sobre la actuación externa —que niegan en el ejemplo propuesto la presencia de coacciones y, por tanto, de delito— y aquellos otros que desvinculan el concepto de violencia de tal incidencia física para poder dar cabida en él a los supuestos de motivación (psíquica) mediante la causación de un mal que no constituye amenaza de futuro. En el texto se adopta la primera posición.

decisión. Así, si el sector de la doctrina alemana más arriba mencionado considera coacción punible impedir a otro un viaje que tenía planeado, por el procedimiento de dar muerte a su perro a sabiendas que el gran afecto que por éste siente su dueño determinará que el conocimiento de su fallecimiento le haga desistir del viaje (61), ¿por qué no considerar violencia conseguir lo mismo ocultando el perro para buscarlo? y, por este camino, ¿por qué no si el perro ocultado es del autor, pero éste sabe que la víctima lo aprecia como propio? Siguiendo estos derroteros debería llegarse al absurdo de que ¡pudiera constituir violencia la producción de un *bien* a otra persona para hacerle desistir de una conducta (así, al obrero que no quiere sumarse a la huelga se le convence mediante una cantidad de dinero suficiente)! Pues debe insistirse en que lo relevante en *todos* estos casos de incidencia *psíquica* sobre el sujeto pasivo no es la clase de hecho motivador, sea o no violento respecto de cosas o personas distintas al sujeto pasivo, sino la suficiencia de la motivación para impedir o compeler a actuar: el carácter violento (en sí mismo) del hecho motivador podrá, por supuesto, originar *otro delito* (por ejemplo, el de daños), pero no el de coacciones si no supone *práctica imposibilidad física* de realizar externamente la voluntad de otra persona, único supuesto en que el obstáculo interpuesto tiene un sentido de abierta negación de la libertad de actuación y no sólo de utilización de la psicología de los demás, en la cual consiste constantemente la vida social, y que ha de permanecer impune salvo cuando entrañe ataque al sentimiento subjetivo de seguridad mediante la conminación de un mal futuro y constituya, por ello, amenazas punibles.

Para decidir si concurre la requerida entidad en la incidencia física del obstáculo será necesario abordar el segundo aspecto del concepto de violencia: la intensidad *cuantitativa* que precisa. Pero, antes de pasar a este otro punto, permítaseme poner de relieve que el planteamiento efectuado en las páginas que anteceden hace posible explicar satisfactoriamente la relación de las penalidades impuestas por la ley a amenazas y coacciones: El delito de amenazas condicionales será más o menos grave que el de coacciones (art. 496, 1.º) según la importancia del mal amenazado. Si éste constituye *delito* y recae sobre uno de los bienes personales mencionados en el art. 493, primer párrafo, a la lesión de la libertad se añade un importante ataque al sentimiento de seguridad que justifica mayor punición que para las coacciones —lesión pura de la libertad—. Si el mal conminado *no* constituye delito, la pena será ligeramente inferior a la del art. 496, 1.º, porque la amenaza no ha de llegar a suponer la práctica imposibilidad de realización externa de la voluntad, pues de lo contrario ya sería preferible la calificación de coacciones.

---

(61) El ejemplo es de SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 1361.

B) *Dimensión cuantitativa*

Distinta a la cuestión de las *clases* de comportamientos capaces de engendrar violencia en el sentido del art. 496, 1.º, es la de la entidad *cuantitativa* que tales comportamientos ha de revestir. Descartado en lo cualitativo el límite naturalístico que podría ofrecer la fuerza material, adquiere especial importancia, para trazar la frontera mínima de la violencia requerida por el art. 496, 1.º, la exigencia de cierta virtualidad cuantitativa en los medios opuestos a la libertad ajena. La conexión de la idea de violencia con el bien jurídico protegido y con el resultado de impedir o compeler que hace preciso el delito de coacciones, conduce a la siguiente formulación: Será preciso que el enfrentamiento producido posea la *eficacia suficiente para impedir* que el sujeto pasivo actúe según su voluntad. La *concreción* de esta fórmula general requiere la formación de dos grupos de casos:

1.º) La exigida virtualidad cuantitativa concurrirá de forma inequívoca en los supuestos en que se *anule* por completo la capacidad de adopción personal de la voluntad (por narcóticos u otros medios), o cuando concorra *vis absoluta* respecto de la actuación externa.

2.º) Mucha mayor complejidad encierran los demás casos, en que el medio opuesto al sujeto pasivo actúa *determinando su decisión* —así, en el caso de arrojado de los muebles para compeler al abandono de la vivienda, o en la *vis física compulsiva* que no deba calificarse de amenazas. La dificultad proviene en estas hipótesis de que toda acción humana responde a motivos, sin que pueda entenderse coaccionada por el *solo* hecho de que los motivos sean obstáculos opuestos por otras personas. La vida social se integra a menudo de tal clase de obstáculos que, sin embargo, nadie, sobre todo en una sociedad competitiva como la nuestra, se atrevería a calificar de coacción delictiva. Es preciso, por tanto, hallar una fórmula que permita distinguir en estos casos con claridad la decisión coaccionada de la que es todavía autónoma.

a') Por de pronto, la limitación antes propuesta del específico objeto protegido por el art. 496, 1.º, a la libertad de *actuación* según la propia voluntad, permite ya excluir del ámbito de las coacciones la utilización de obstáculos que, pese a determinar la *formación* de la voluntad, no incidan específicamente en la capacidad de libre actuación externa del sujeto pasivo hasta un punto que la haga *prácticamente imposible*. Ello ha de entenderse en el sentido de que el obstáculo haga *socialmente incógnita* a la víctima, por razones de dificultad externa, realizar su voluntad. Así, el arrojado de los muebles sólo constituirá el delito de coacciones si hace prácticamente inviable al inquilino, en un sentido social relativo, proseguir su permanencia en la vivienda. Cuando el obstáculo interpuesto no llegue a incidir hasta tal grado en la actuación externa, podrá constituir el delito de amenazas condicionales (art. 493, 1.º y 494) o las faltas correspondientes (art. 585, 3.º y 4.º), si efectivamente implican *anuncio de un mal* como medio su-

sorio; de lo contrario, resultará impune. La ley partiría, según esto, de que, no llegándose a una práctica imposibilidad de actuar la voluntad, sólo reviste gravedad bastante para merecer sanción penal la forma de persuasión representada por la amenaza de un mal.

Lo anterior permite dar adecuada solución a casos como el propuesto por la doctrina alemana, de quien da muerte al perro de otra persona, cuyo gran afecto por el animal conoce, con objeto de que el suceso retrase un viaje del dueño (62); aquí deberá negarse la presencia de coacciones, pues no le resulta socialmente imposible, ni siquiera prácticamente, la normal realización del viaje, y no podrán estimarse tampoco amenazas porque no existe anuncio de mal alguno. Ello resulta satisfactorio, ya que el retraso de la partida constituye una decisión todavía autónoma (63).

b') También afecta a la entidad cuantitativa de la violencia la cuestión de la *imputabilidad objetiva* del resultado de imposibilidad de realización externa de la voluntad. En efecto, la aplicación a esta materia de la teoría de la adecuación, como límite objetivo de la causalidad —a juzgar previamente según la teoría de la equivalencia de las condiciones (64)— conduce a requerir que concorra *a priori* (65), y no sólo *a posteriori* (66), aquella necesaria virtualidad para cerrar el paso a la actuación externa de la víctima. Ello sucederá —según impone la teoría de la adecuación— cuando a los ojos de un espectador imparcial situado *ex ante*, en el momento de la acción y a la vista de los conocimientos de la situación que tenía el autor, el medio opuesto apareciese como adecuado para doblegar la voluntad ajena.

El Tribunal Supremo acepta un parecido punto de vista (67) cuando señala la necesidad de que los actos violentos sean *capaces* por su fuerza material o presión moral de vencer la voluntad". Sentencia de 1 abril 1967 (68) y, de forma parecida, la de 24 octubre 1934 (69). Excesivamente objetivista y generalizador es el planteamiento de otras Sentencias que requieren que la violencia "sea capaz por su gravedad o naturaleza de cohibir el ánimo de *cualquier persona dotada de temple ordinario*" (como afirma la Sentencia de 27 diciembre 1945 (70) y de modo paralelo la de 8 noviembre 1957 (71), o impli-

(62) Vid. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch* cit., p. 1361.

(63) En contra, K.-D. KNODEL, *Der Begriff der Gewalt...* cit., pp. 55 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch* cit., pp. 1362 y s.

(64) Sobre esta relación entre causalidad e imputabilidad objetiva *vid.*, por todos, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit., pp. 207 y ss.

(65) Así, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E., cit., p. 104.

(66) En contra, J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E. cit., p. 253.

(67) Aunque generalmente en referencia a supuestos de fuerza moral que, según nuestro planteamiento, mejor encajarían en la calificación de amenazas.

(68) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1967, núm. 1.383.

(69) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1934, núm. 2.314.

(70) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1945, núm. 1.438.

(71) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1957, núm. 2.957: "causar profunda impresión en el ánimo de personas dotadas de temple ordinario".

que "racional suficiencia para que... se aparte de su inclinación o deseos una *persona normalmente constituida*" (según el tenor de la Sentencia de 7 febrero 1951 (72). Ciertamente, el baremo del hombre medio... será... válido en principio, a falta de datos más concretos que pueda tener el autor sobre la víctima, pero la existencia de tales datos puede poner de manifiesto una personalidad dotada de más o menos temple que el hombre ordinario, y lo decisivo ya no será entonces este hombre medio, sino las características del sujeto pasivo conocidas por el autor. Más acertadas son, por ello, las Sentencias que relativizan la intensidad de violencia necesaria según las condiciones de la víctima. Así, la Sentencia de 6 abril 1968 (73) declara que "es preciso valorar en primer término la cultura, educación y ambiente social en que se desenvuelvan los sujetos activo y pasivo", basando la estimación de las coacciones en la circunstancia de que en el caso examinado tuvo lugar por el autor "el aprovechamiento de la incultura de las víctimas". En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia de 30 noviembre 1963 (74).

Con más o menos acierto, todas las Sentencias acabadas de mencionar aceptan el punto de partida de la teoría de la adecuación, a saber: que no basta la *concreta* eficacia, demostrada *a posteriori*, sino que es precisa la *virtualidad*, juzgada *a priori*, para torcer la voluntad ajena. De esta dirección se aparta alguna Sentencia, como la de 24 abril 1969 (75), que, en tema de actualidad, declara: "Ciertamente era lógico y razonable que varios centenares de hombres adultos no se dejaran coaccionar por sólo los cinco encartados, ni que llegaran a tolerar que les impidiesen la entrada al trabajo; pero también es lo cierto que *así ocurrió*". Adviértase que el discutible giro ampliatorio representado por esta Sentencia, que viene a considerar innecesario exigir una intensidad mínima a la violencia, manifestó el mismo signo político que ha determinado recientemente la adición de los párrafos 2.º y 3.º en el art. 496, en un sentido de mayor severidad para con los piquetes de huelgas.

### 3. *El tipo subjetivo*

Excluida la limitación de la violencia a la fuerza física sobre una persona, aun con los demás límites cualitativos y cuantitativos propuestos, el tipo objetivo del delito de coacciones del art. 496, 1.º, permite evitar las lagunas inadmisibles que de otra forma surgirían, pero ensancharían, en cambio, demasiado el ámbito de lo punible si no existiese ningún otro límite del concepto de violencia. La única forma de compatibilizar la ausencia de lagunas con la adecuada acotación del delito es buscar la frontera decisiva en el tipo subjetivo. Mientras que,

- 
- (72) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1951, núm. 158.  
 (73) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1968, núm. 1.823.  
 (74) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1963, núm. 4.788.  
 (75) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1969, núm. 2.338.

v. gr., el dejar aparcado en doble fila un automóvil no parece que deba, sin más, constituir coacción punible, si podrá plantearse tal calificación cuando con el vehículo se bloquee *intencionalmente* la salida de otro con objeto de impedir a su conductor acudir a una reunión de gran importancia. Para que en el segundo caso pueda castigarse y evitar una posible laguna legal, es preciso admitir que concurre en ambos supuestos la base objetiva de la violencia, pero para poder justificar la impunidad en el primero ha de poder negarse la presencia del tipo subjetivo:

La jurisprudencia dominante intuye esta necesidad de limitación subjetiva del delito de coacciones al concebirlo como de naturaleza eminentemente *intencional*. El sentido que el Tribunal Supremo acostumbra a otorgar a esta caracterización es el de requerir que el autor actúe movido por la *finalidad principal* de coartar la libertad ajena, finalidad que generalmente califica de "dolo específico" de este delito. Especialmente expresivas en este sentido son las Sentencias de 23 enero 1935 (76), 23 febrero 1954 (77), 28 septiembre 1965 (78), 20 mayo 1969 (79).

La trascendencia de la configuración finalística del delito de coacciones por la jurisprudencia se revela, sobre todo, en las Sentencias que *niegan* la existencia de delito por faltar lo que suelen llamar su "dolo específico". Tales Sentencias no se contentan con el conocer y querer que se impide con violencia o se compele, sino que exigen que ello constituya la *finalidad esencial* de la acción, de modo que si el autor impedía o compelia con una finalidad justa, se deniega la presencia de delito. Así, la Sentencia de 17 enero 1950 (80): el propósito del autor "iba encaminado a negar el Derecho de propiedad y no el de libertad". También las Sentencias de 23 febrero 1954 (81), 16 febrero 1962 (82) y 16 junio 1908 (83).

La consecuencia capital de este planteamiento debería ser la imposibilidad de las coacciones por *imprudencia*. El Tribunal Supremo no ha explicitado de forma expresa esta conclusión ni, menos, su justificación, pero se deduce que la admite de las Sentencias que afirman el carácter meramente *civil* de conductas no guiadas por la finalidad central de coartar la libertad ajena. De modo particularmente

---

(76) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1935, núm. 57.

(77) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1954, núm. 496.

(78) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1965, núm. 458.

(79) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1969, núm. 2.926 Aunque niega la necesidad de finalidades específicas distintas al "dolo genérico que es la malicia", la explícita Sentencia de 23 mayo 1975 no deja de requerir que ésta se emplee "para violar la ajena libertad", lo que reconoce supone que "se oponen dos voluntades adversas"; ello implica concebir como internacional el delito de coacciones, lo que es perfectamente compatible con la negación en él de especiales elementos subjetivos del tipo.

(80) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1950, núm. 150.

(81) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1954, núm. 496.

(82) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1962, núm. 665.

(83) *Jurisprudencia Criminal*, 1908, v. I, 288.

inequívoco se expresa, en este sentido, la Sentencia de 23 febrero 1954 (84). Por otra parte, es muy significativo el hecho de que ninguna sentencia, de las que he podido consultar, acoja la modalidad culposa.

Si bien la no admisión de las coacciones por imprudencia de hecho resulta acertada, como se verá, no sólo carece de base legal requerir que mueva al autor la finalidad principal de torcer la voluntad de otra persona, sino que llevaría, en último término, a la impunidad de toda conducta que utilice como medio de conseguir cualquier meta ulterior la vía de impedir o compeler con violencia. Vendría a consagrar una versión ilimitada de la máxima “el fin justifica los medios”. Si el Tribunal Supremo no ha llegado tan lejos ha sido porque ha introducido una restricción en su planteamiento, al requerir implícitamente que la finalidad exculpante fuese lícita —así, el ejercicio de un derecho—. Pero tal restricción no encaja en el sistema. Su lugar sistemático es, como ha de verse, el error sobre el tipo negativo o de prohibición, según los casos, sometido a sus límites usuales. Es decir, sólo cuando la finalidad justa suponga la creencia de actuar justificadamente concurrirá error, y tal error deberá tratarse con arreglo a los principios generales: Según la doctrina dominante en España, si es *vencible* remitirá a la imprudencia y si es *invencible* a la impunidad.

Ahora bien, si no resulta conveniente exigir la finalidad *principal* de atentar a la libertad ajena, tiene sentido, en cambio, requerir el dolo directo de primer grado (o *intención (Absicht)* en sentido dogmático), con exclusión del dolo directo de segundo grado y del dolo eventual. Ello supondría que el autor ha de *perseguir* —como meta principal o no (85)— la realización del tipo, no siendo suficiente que advierta que el impedir o compeler serán consecuencia necesaria (dolo directo de segundo grado) o muy probable (dolo eventual) (86). Pero no se llegaría, con ello, a exigir que la lesión de la libertad de la víctima constituya la finalidad única, ni esencial, ni principal, sino sólo *una* de las finalidades del autor, siquiera sea únicamente como *medio* de conseguir otro objetivo ulterior (87), pues ni siquiera para el concepto dogmático del dolo directo de primer grado hace falta más.

(84) *Aranzadi Jurisprudencia*, 1954, núm. 496.

(85) Así, por todos, H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., p. 220.

(86) A la misma figura de la “intención” (*Absicht*) acuden en Alemania SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 1393, extrayendo la consecuencia de que no bastaría que el ladrón de una bicicleta se representase como consecuencia necesaria que su propietario tuviese que regresar andando a su casa. En nuestro país se manifiestan en el mismo sentido: E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, cit., p. 812, que requiere “no sólo la voluntad criminal, sino el dolo específico de atentar contra la libertad de obrar de una persona”; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E., cit., p. 104: “No basta con el empleo de la fuerza o violencia que doblegue la voluntad ajena, sino que es preciso también que ésta sea la intención del sujeto activo”.

(87) Así, E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, cit., p. 812, escribe: “la calidad del fin mediato propuesto (lucro, venganza, etc.) es indiferente, incluso el fin lícito o moral no excluye el delito...”.

¿En qué se funda la referida restricción del tipo subjetivo de las coacciones al dolo directo de primer grado o intención? Entiendo que de la propia esencia del concepto de *violencia*. La espiritualización del mismo más arriba propuesta se convertiría en dilución de sus límites objetivos si no se partiese —como se hizo— de que la violencia constituye un elemento normativo caracterizado por la posesión de un sentido social de *enfrentamiento* u *oposición* abierta a la libre actuación ajena, que trasciende al hecho, puramente descriptivo, de impedir algo a otro. Pues bien, para que dicho significado objetivo de la violencia encuentre correspondencia bastante en el tipo subjetivo, es imprescindible que el autor *persiga* —aunque sólo sea como medio al servicio de otra meta— forzar la conducta del sujeto pasivo, ya que solamente entonces constituirá “oposición” la acción que *quiere* realizar el sujeto activo. Para que la violencia concorra no sólo objetiva, sino también subjetivamente, ha de ser *querida como tal* por el autor: éste ha de querer *violentar* a otro. Y no basta para ello que advierta que impedirá algo a otro como mera consecuencia, necesaria o eventual, sino que es preciso más: que actúe *con la intención de que otra persona no pueda realizar libremente su voluntad*. Se trata, en otras palabras, de que el concepto de violencia encierra una necesaria dimensión finalística —como ha intuido, siquiera sea de forma imperfecta, el Tribunal Supremo.

Aparte de que el planteamiento anterior permite una satisfactoria limitación del alcance del concepto de violencia y, con ello, del tipo doloso de coacciones, comporta una consecuencia de la máxima importancia que también opera en el mismo sentido restrictivo, a saber, que *no resulta punible la imprudencia respecto del tipo positivo* (88). Materialmente, ello se debe a que, si no cabe castigar los supuestos de dolo directo de segundo grado o eventual, menos han de poder pensarse las conductas imprudentes, dotadas de inferior gravedad. Formalmente, la misma conclusión se deriva del tenor del art. 565 del Código penal, que requiere la ejecución de “un hecho que, *si mediare malicia* —esto es: *con sólo que mediare malicia*— constituiría delito”. De ello se desprende que en los casos en que hace falta algún elemento subjetivo *además de la malicia* (el dolo) genérica para que el hecho constituya delito doloso, no cabrá la comisión por imprudencia sin la concurrencia de aquel elemento subjetivo adicional. Así sucede en las coacciones cuando falta la *intención* (dolo directo de primer grado) de torcer la voluntad de otra persona, sin lo que se halla ausente la base esencial del delito: la violencia.

Ello no obsta, en cambio, a la posibilidad de imprudencia *respecto del tipo negativo* (esto es, respecto de los presupuestos de una causa de justificación), así como —de admitirse este tratamiento— del *error de prohibición* vencible (89). Según el planteamiento más arriba ex-

(88) En este sentido, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E., cit., p. 104.

(89) Sigo, como se ve, el criterio sustentado por la teoría de los elementos negativos del tipo, según el cual no todo error sobre una causa de justificación

puesto, la violencia requiere subjetivamente la intención de oponerse a la actuación de otra persona. Pues bien, ello no implica que, además, se tenga conciencia de que tal oposición se ejerce *ilegítimamente*: cabe perfectamente que el sujeto activo se enfrente intencionalmente a la conducta del sujeto pasivo en la creencia de que así obra en su derecho. Así lo da a entender el propio art. 496, 1.º, al requerir que el impedir *con violencia* o compeler tengan lugar sin estar legítimamente autorizado el sujeto, lo que *a contrario sensu* significa que cabe impedir con violencia o compeler estando legítimamente autorizado para ello o, por tanto, *creyendo estarlo*. Ahora bien, siendo así, la errónea suposición de una causa de justificación (según la doctrina dominante en España (90), tanto si constituye error sobre los presupuestos de la misma, esto es, sobre el tipo negativo, como error de prohibición) originará imprudencia punible si es *vencible* (arts. 565 ó 586, 3.º del Código penal).

#### IV. LA PARTE NEGATIVA DEL TIPO

1. Ya se hizo mención al principio de que el art. 496 contiene, excepcionalmente, expresa referencia no sólo a la parte positiva, sino también a la parte negativa del tipo —lo que alegué como argumento en favor de la teoría de los elementos negativos del tipo—. En efecto, la descripción típica empieza por referirse al que “sin estar legítimamente autorizado”. Esta expresión equivale a la ausencia de causas de justificación (91), pues todas éstas suponen “normas de autorización” a la realización de actos típicos (92). La razón de que aquí ex-

---

es de prohibición, sino que es preciso distinguir —como respecto de la fundamentación positiva del injusto— entre error sobre el tipo de la causa de justificación (sobre sus presupuestos) y suposición errónea de que la ley reconoce una causa de justificación distinta de las previstas por nuestro Derecho. Sólo este último constituye error de tipo (que recae sobre su parte negativa). Vid. Arthur KAUFMANN, *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, en el libro *Schuld und Strafe*, Köln... 1966, p. 117, y en el mismo libro, *Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum*, pp. 122 y ss.

(90) Vid. J. ANTÓN ONEGA, *Derecho Penal*, I, Parte General, Madrid, 1949, pp. 211 y s.; J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 5.ª ed., Madrid, 1976, p. 537; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid, 1963, p. 313; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1976, pp. 9 y ss.; J. CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, 1972, p. 261; A. TORÍO, LÓPEZ, *El “error iuris”*. *Perspectivas sistemáticas y materiales*, en el libro *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, presentado por A. FERNÁNDEZ ALBOR, Santiago de Compostela, 1976, p. 326. En contra, en general, J. CEREZO MIR, *Notas a H. WELZEL, El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Barcelona, 1964, p. 113; en concreta referencia al delito de coacciones defiende también la teoría estricta de la culpabilidad, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E., cit., p. 104.

(91) Así, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial*, cit., I, p. 978; J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E., cit., p. 253.

(92) Vid. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., p. 241.

cepcionalmente se insista en tal elemento de todo delito es la mayor frecuencia de los casos en que habrá de concurrir justificación de la conducta, lo que deroga el principio de la *regla-excepción* que normalmente rige la relación entre parte positiva y parte negativa del tipo. Por de pronto, toda la realización del Derecho se basa en la coacción, por lo menos como posibilidad (coercibilidad) y a menudo como efectivo recurso a la violencia.

2. A) Un sentido más específico corresponde a la particular restricción que recae sobre la modalidad de impedir, que excluye del tipo total de injusto el impedir hacer lo que la ley *prohíba*. Con ello se amplía el ámbito del tipo negativo y se restringe, por tanto, la esfera global del delito de coacciones. Por su virtud, no sólo estará justificado el impedir hacer con violencia bajo el amparo de una causa *genérica* de justificación, sino también el impedir violentamente lo que la ley prohiba, *aunque no se actúe dentro de ninguna causa de exclusión de la antijuricidad prevista en el art. 8*. Se crea por esta vía una nueva causa de justificación de alcance específicamente reducido al delito de coacciones (93).

Pero, ¿cuándo estaremos frente a una conducta prohibida por la ley a los efectos del art. 496, 1.º? Un sector de la doctrina (94) efectúa una interpretación *restringida* y cree incluidos aquí solo los hechos punibles, en base a la admonición de Groizard de que consentir el impedir con violencia hechos ilícitos no delictivos entraña el peligro de que estimule al particular a tomarse la justicia por su mano (95).

---

(93) Parecida *técnica legislativa*, de previsión de una específica causa de restricción del tipo para las coacciones, se adopta en el StGB alemán, cuyo parágrafo 240, II, considera lícita penalmente la aplicación de violencia o la amenaza de mal cuando no sean "reprobables" (*verwerflich*) en orden al fin que con ellas se persiga. Sin embargo, la doctrina alemana discute el significado dogmático de dicha cláusula. De una parte, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pp. 82 y 326, y MAURACH, *Bes. Teil*, cit., p. 117, consideran el de coacciones un tipo "abierto" (párrafo I del parágrafo 240), que requiere la comprobación *positiva* de la *antijuricidad*, establecida en el párrafo II del mismo precepto, y no sólo la constatación negativa de que no concurren causas de justificación. De otra parte, HIRSCH, *Sozialadäquanz und Unrechtslehre*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", t. 74 (1962), pp. 118 y ss., considera presente en el parágrafo 240, II, una *causa de justificación*, como había entendido WELZEL, antes de la 9.ª ed. de su *Lehrbuch*, desde la 2.ª ed. de su *Das Neue Bild...* y de la 4.ª de su Tratado (*Vid.* H. WELZEL, op. cit., p. 57); aunque sin manifestarse expresamente, C. ROXIN parece próximo a esta posición en *Verwerflichkeit...*, cit., pp. 187 (sitúa el tema en las "causas de justificación") y 188 (remite a la antijuricidad material). Por último, JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., p. 187, oponiéndose a la teoría de los tipos abiertos de WELZEL, considera que el párrafo II del parágrafo 240 StGB prevé un elemento del tipo; también SCHÖNKE-SCHRÖDER, op. cit., p. 1389. Téngase presente, en cualquier caso, que la "eficacia indiciaria" del injusto que posee el parágrafo 240, I, StGB es mucho menor que la que corresponde a nuestro art. 496, 1, ya que aquél abarca no sólo a la violencia, sino también a la amenaza, aunque sea de mal que no constituya un hecho antijurídico.

(94) Así, E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, cit., p. 811.

(95) Cfr. A. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal...*, cit., V. p. 705.

Con razón señala, sin embargo, Quintano que este peligro ya no afecta al bien jurídico de la libertad individual, sino al de la administración de justicia, tutelado en el Título IV del Libro II del Código penal, en el cual la ley ha juzgado oportuno limitar la punición de la realización arbitraria del propio derecho a los supuestos comprendidos en el art. 337 (96). Ni la letra de la ley lo consiente ni hay, pues, razones sustanciales suficientes para corregir en perjuicio del reo el claro tenor legal, que abarca a toda conducta prohibida por la ley, sea ésta penal, sea de otra naturaleza. Es más, personalmente creo que la concepción amplia de este elemento del tipo negativo permite dar solución satisfactoria al problema, arduo, de las *vías de hecho* —esto es, del recurso a la violencia— en la realización de derechos reconocidos por la ley civil. Problema que no ha de resolverse en un sentido indiscriminado negando con carácter absoluto la admisibilidad de aquéllas vías (97), o afirmando la licitud de toda forma de realizar con violencia el propio derecho, lo que, en efecto, contradiría abiertamente la lógica del sistema jurídico contemporáneo y, como ahora se verá, iría más allá del impedir lo que la ley prohíbe.

B) Sobre la base que ofrece una interpretación no restrictiva de la expresión “que la ley prohíba”, entiendo que el distinto tratamiento concedido al impedir y al compeler —más beneficioso el del primero (98)— posibilita un planteamiento discriminador de las vías de hecho empleadas para la defensa de derechos reales y de las utilizadas para la realización de derechos de carácter obligatorio. Así, toda vía de hecho que suponga *compeler* a efectuar la prestación debida en virtud de un derecho de crédito está vedada y, cuando no origine el delito de realización arbitraria del propio derecho del art. 337, constituirá el de coacciones —porque su tipo alcanza a todo compeler a hacer, *aunque sea justo*—; por el contrario, en principio será atípico según el art. 496, 1.º, el empleo de la violencia si es necesaria para

(96) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial*, cit., I, pp. 979 y s. Téngase en cuenta, en este sentido, que en Alemania, pese a que el StGB no excluye expresamente de impedir hacer lo que la ley prohíba, se admite por la doctrina que no ha de constituir coacción punible no sólo el impedir delitos, sino cualquier otro acto ilícito e incluso —lo que ya es discutible— gravemente contrarios a la moral: así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, op. cit., p. 1390.

(97) Que también el principio según el cual a nadie le está permitido tomarse la justicia por su mano está sometido a excepciones, lo demuestra inequívocamente la existencia de la legítima defensa, por citar sólo un ejemplo expresivo. Por ello, pese a que normalmente viene declarando sin restricciones el mencionado principio, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a reconocer en alguna Sentencia que, “excepcionándolo en numerosas ocasiones, las normas privadas y hasta públicas consienten actuaciones de exclusión de posesión y de violencia sobre personas y cosas, que no constituyen coacción, sino ejercicio de derechos, y que operan como causas de justificación de la conducta”: Sentencia de 22 febrero 1969 (*Aranzadi Jurisprudencia*, núm. 1.086). No es, pues, exacto que los Tribunales sean los “únicos autorizados para restablecer el orden jurídico conculcado”, como declara la Sentencia de 23 mayo 1975 (Ard/2290).

(98) *Vid. supra*, III, 1, A.

*impedir la negación o perturbación de un derecho real*, porque, como ahora razonaré, ello constituye una forma de impedir lo que la ley prohíbe. Adviértase que, siendo así, la licitud de estas conductas no precisa fundarse en la legítima defensa, precisamente insuficiente para amparar la defensa de los bienes, al requerir el art. 8, 4.º, para que pueda reputarse agresión ilegítima a sus efectos “el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes”, lo que dejaría al margen la conducta de quien, por ejemplo, saca a empujones de su establecimiento a quien se niega a abandonarlo, y todas aquellas otras que tiendan a impedir meras perturbaciones, por importantes que sean.

El distinto tratamiento propuesto parte de la diferente *naturaleza* que corresponde a los derechos reales frente a los obligacionales. Estos últimos conceden al acreedor únicamente el derecho a *reclamar una conducta* de prestación de parte del deudor, que normalmente —salvo en las obligaciones de no hacer— queda obligado a *actuar*. En cambio, los derechos reales, al menos en principio, otorgan a su titular un poder inmediato sobre la cosa, sin necesidad de conducta *activa* de ninguna persona: lo que la ley impone a los demás no es, en este caso, una obligación de actuar, sino la *prohibición de interferir* en el disfrute de la cosa por su titular (99). De ahí que el acreedor que obliga con violencia al deudor al cumplimiento de su obligación positiva está *compeliendo* a hacer, lo cual es punible aunque sea justa la prestación forzada; y, en cambio, cuando el poseedor acude a las vías de hecho para *expulsar* a un intruso de su finca que se opone a abandonarla, aunque naturalísticamente obligue a actuar al intruso, normativamente está *impidiendo* con violencia lo que la ley prohíbe al mismo y no realiza, por tanto, el tipo de coacciones (100).

Tal planteamiento, además de partir de la naturaleza conceptual de los derechos reales frente a los obligacionales, puede apoyarse más expresamente en la propia ley civil. Esta se refiere sólo a la *obligación de cumplir* la prestación debida (art. 1.091 del Código civil), nunca *prohíbe* literalmente al deudor incumplir su obligación. Es más, en caso de incumplimiento, en lugar de forzarle al cumplimiento por todos los medios, permite que el acreedor deba contentarse con que

---

(99) Vid. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III, Barcelona, 1953, pp. 10 y ss.; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 10.ª ed., Madrid, 1964, II, v. 1.º, pp. 19 y ss. En la p. 27 afirma este autor: “Los derechos reales son derechos de *exclusión*, pues su función se reduce a conceder al titular el poder de no ser perturbado por nadie en el desenvolvimiento de su libre actividad respecto a la cosa”; y en la p. 21 se adhiere a la opinión de RIGAUD, quien considera al “deber negativo de abstención” que para todos supone el derecho real como una “obligación de Derecho público” del todo distinta a la que vincula a deudor y acreedor.

(100) A esta conclusión conduce también el planteamiento efectuado al contemplar la elección entre las calificaciones de impedir o compeler cuando concurren ambas posibilidades de contemplar la conducta (*supra*, III, 1, A). Entonces se dijo que, según el principio del concurso de leyes del “efecto oclusivo del tipo más benigno”, era preferible siempre la calificación de impedir cuando conduce a la impunidad.

el deudor soporte que se realice por vía judicial una satisfacción equivalente, si es posible, y, o en su lugar si no lo es, la indemnización de los daños y perjuicios que ello suponga (*nemo praecise cogi potest ad factum*) (101). Esto prueba que ni siquiera judicialmente considera lícito la ley *compeler* con violencia al deudor al cumplimiento de una obligación: mucho menos admisible sería, pues, que el art. 496, 1.º, lo consintiera al particular. En cambio, el Código civil prohíbe de forma explícita la privación y perturbación de ciertos derechos reales. Así, su art. 349 señala que “nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada...”; el art. 441 del mismo Código declara que “en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello”, y, más directamente, el art. 446 de dicho Cuerpo legal proclama que “todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión”.

El planteamiento expuesto ha de quedar, sin embargo, sujeto a las dos reservas siguientes. Por una parte, debe reconocerse que existen *obligaciones de no hacer*, frente a las cuales puede mantenerse que impedir al deudor realizar lo que está obligado a no hacer es una forma de impedir lo que la ley prohíbe, pues según el art. 1.091 del Código civil, “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes”. Por otra parte, según la doctrina civilista tradicional, de algunos derechos reales derivan para otras personas no sólo “obligaciones de no hacer y de sufrir”, sino también prestaciones de hacer”, lo que se entiende que sucede en las servidumbres positivas, que pueden imponer al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo por sí mismo (art. 533 Código civil), y aquellos gravámenes (censos, foros, *rabassa morta*, etc.) que imponen al poseedor del fundo la obligación de pagar un canon o prestación periódica (art. 1.604 y concordantes del Código civil) (102). Un sector de doctrina más reciente niega que estas obligaciones positivas constituyan propio contenido de un derecho real y ve en ellas un derecho de crédito *ligado* al derecho real, en una estructura compleja (103). Sea cual fuere la verdadera naturaleza, real u obligacional de estas figuras, el tratamiento penal de su realización violenta puede ser el mismo, ya que en todo caso supondrá un *compeler* a efectuar una prestación positiva, siempre constitutiva de coacciones.

C) Una última cuestión contemplaré brevemente en relación con la fórmula restrictiva “que la ley no prohíba”. Por la doctrina se ha planteado la duda de si el suicidio es un hecho prohibido y si el impe-

(101) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil...* cit., III, pp. 184 y ss. F. DÍAZ PALOS, *Coacciones*, cit., p. 216, alega también en favor de la ilicitud de toda forma de obligar al deudor a cumplir su obligación el que “el ordenamiento jurídico nos da ejemplo de ello al transformar en compensación pecuniaria el cumplimiento de las obligaciones de hacer exigido en trámite de ejecución forzosa (artículos 1.098 del Código civil y 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil)”.

(102) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil...*, cit., II, v. 1.º, pp. 37 y s.

(103) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil...*, cit., II, v. 1.º, p. 38.

dirlo con violencia constituye o no el delito de coacciones (104). La opinión más segura me parece la que parte de que el suicidio, cualquiera que sea su calificación moral, *no* se halla prohibido por la ley (105). El impedirlo violentamente realizaría, pues, el delito de coacciones, si no se probase que algún precepto autoriza tal conducta justificándola.

Dos fórmulas se han propuesto en la doctrina española para fundar tal justificación. Por una parte, un sector dominante considera no sólo lícito, sino *obligado*, el socorro al suicida por virtud del art. 489 bis), que castigaría su omisión (106). Por otra parte, otros autores prefieren apelar al estado de necesidad del art. 8, 7.º, por entender que el consentimiento del suicida en su muerte impide considerar punible según el art. 489 bis) no prestarle socorro (107). En mi opinión, dejando de lado la discutible virtualidad del consentimiento, es posible distinguir dos supuestos. Si el suicida tiene todavía bajo su control la situación de peligro, no será posible acudir al art. 489 bis) por faltar el *desamparo* de la persona en peligro. Si, en cambio, ha escapado ya al suicida la posibilidad de salvarse por sí sólo, estará desamparado y cabrá plantear la presencia del deber de socorro con arreglo al artículo 489 bis). Pero esta problemática afecta en primer lugar a la cuestión de si es o no *punible* la *omisión de socorro* al suicida, que escapa a nuestro objeto. Aquí importa solamente destacar que en ningún caso puede ser punible *impedir* el suicidio, porque, en último término, cabría apelar al estado de necesidad del art. 8, 7.º. Pues, aunque no esté prohibido el suicidio, es evidente que la muerte del suicida constituye un “mal” —en el sentido de este precepto (108)— para el Derecho. De lo contrario, no tendría sentido el castigo de la inducción o auxilio al suicidio que prevé el art. 409 del Código penal.

3. Con esto termino el examen de las dos fórmulas que la ley utiliza para delimitar el tipo negativo del delito de coacciones. Ambas apuntan a criterios *jurídico-formales*, a diferencia de lo que sucede en el Código penal alemán, cuyo parágrafo 240, 2.º, excluye del delito los casos en que la coacción no resulte *reprobable* (*verwerflich*), aten-

(104) Vid. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial...*, cit., I, pp. 982 y ss.; E. CUELLO, CALÓN, *Derecho Penal*, II, cit., p. 811; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E., cit., p. 105; J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E., cit., p. 253; F. DÍAZ PALOS, *Coacciones*, cit., p. 216.

(105) En este sentido, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial...*, cit., I, p. 982; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E., p. 105.

(106) Así, A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, IV, Murcia, 1956, p. 268; J. NAVARRETE URÍA, *La omisión del deber de socorro*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid”, III, 1959, p. 319; J. A. SAINZ CANTERO, *El delito de omisión del deber de socorro*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1960, p. 28; J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E., cit., p. 107.

(107) Vid. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial...*, cit., I, p. 982. La misma solución admite F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E., cit., p. 105.

(108) Vid. sobre todo, la interpretación valorativa que para este término requiere en el art. 8, 7.º, del Código penal, J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, cit., I, p. 277.

da la relación que guarden los medios empleados con la finalidad que con ellos se persiga. La indeterminación inherente a tal criterio *material* ha obligado a la doctrina alemana a formular una serie de principios que tienden a su concreción (109). Por ser distinta la regulación española no es posible aplicar estas construcciones doctrinales a nuestro Derecho. Pero no es arbitrario que el legislador alemán haya creído necesario *ampliar* las causas de exclusión del injusto *más allá* de un criterio jurídico-formal. Ello obedece a las exigencias propias de la *materia* de las coacciones, y tales exigencias rigen también para nuestro país. En efecto, aplicando *literalmente* la ley alcanzaría a supuestos que no poseen la suficiente *gravedad* para constituir hechos punibles. Piénsese en el hecho, discutido en Alemania no sólo por la ciencia, sino también en los Tribunales, de impedir en la autopista adelantarse a vehículos que piden paso, por el procedimiento de situarse adrede en el carril izquierdo (110). Cuando la obstaculización es breve, repugna al sentido común que constituya una coacción punible. En el tráfico rodado podrían multiplicarse los ejemplos —así, aparcamiento en doble fila, obligar al adelantamiento, cortar el paso, obligar a parar o interponer otros obstáculos (111), salvo, claro está, que originen el peligro concreto a que se refiere el art. 340 bis), b), 1.º—. Ciertamente que en el Código penal español existe la posibilidad de acudir a la *falta* de coacciones leves. Pero en ejemplos como los propuestos, aun aplicando todos los límites objetivos y subjetivos propuestos para la violencia —que ya excluirán del tipo los casos más frecuentes, como el aparcamiento en doble fila no dirigido expresamente a impedir la salida de los vehículos bloqueados—, subsisten hechos que realizan el tipo de coacciones en los cuales la acción impedida o compelida es tan poco trascendente que incluso la calificación de falta resulta a todas luces excesiva.

A mi juicio, sólo queda una solución para estos supuestos extremos, y es considerarlos excluidos del delito y de la falta por un *límite tácito*, a saber: el *principio de la insignificancia* (112), según el cual

(109) *Vid.*, por ejemplo, la lúcida construcción de ROXIN, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit...*, pp. 193 y ss.

(110) Sobre éste y muchos otros casos que plantea el tráfico rodado, ver la monografía que al tema dedica V. BUSSE, *Nötigung im Strassenverkehr*, cit., pp. 41 y ss.

(111) *Vid.* V. BUSSE, *Nötigung...*, cit., pp. 39 y ss.

(112) En el mismo sentido, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit...*, cit., p. 193. El mismo autor erige con carácter general el principio de la "*Geringfügigkeit*" en límite tácito del tipo en *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. de F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1972, p. 53. Con anterioridad había sido ya insinuado por HIRSCH en su trabajo *Sozialadäquanz und Unrechtslehre*, cit. (ZStW, 1962, pp. 78 y ss.), como límite interpretativo de ciertos tipos, como el de detenciones ilegales. El criterio, que matiza, pero no excluye WELZEL (*Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 57), ha sido aceptado en las coacciones por BUSSE, *Nötigung...*, cit., como lo ha sido por el *Alternativ Entwurf*, en su parágrafo 16, II, para la imprudencia ("Bei geringfügig fahrlässigem Verhalten bleibt der Täter straffrei"). *Vid.* C. ROXIN, *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme in: neuen Strafgesetzbuch*, en "Juristische Schulung", 1973, p. 201.

na pueden determinar pena criminal hechos que merecen únicamente una *insignificante reprobación social*. Este principio guarda proximidad con otro límite tácito de la tipicidad que ideara Welzel y al que tanta atención se ha dedicado últimamente: la *adecuación social* (113). El ahora propuesto se diferencia de él en que no presupone la *total aceptación social* de la conducta, sino que se aplica a hechos desaprobados, siquiera muy ligeramente, por la sociedad. Pero ambos principios se fundan en el mismo punto de partida: que no cabe pensar que la ley penal quiera contradecir el orden social. Del mismo modo que una acción socialmente aprobada no puede resultar prohibida por el Derecho penal, una conducta no puede ser sometida a pena criminal cuando su reprobación social es tan leve que ello repela al sentido común. A ello se opondría tanto una concepción democrática del Derecho penal como el carácter subsidiario, de *ultima ratio*, con que debe emplearse la prevención a través del más grave recurso a la violencia de que dispone el ordenamiento jurídico, la pena (114).

Ya sé que la letra de la ley no prevé el límite propuesto. Pero tampoco se halla previsto legalmente el principio de adecuación y, no obstante, un importante sector doctrinal juzga que, al menos en algunos casos, como el *riesgo permitido*, debe admitirse (115). Por otra parte, una metodología que esté dispuesta a superar un estrecho positivismo normativista que caiga en el *literalismo*, debe *concretar* los límites de la ley en base a las necesidades de la *realidad* a que alcanza (*Konkretisierung*) (117). Y en las coacciones esa realidad impone, como se ha visto, la necesidad de limitar el ámbito de lo punible excluyendo los hechos de mínima entidad social. Nótese que este procedimiento es preferible a la previa limitación del concepto de violencia más allá de lo propuesto en este trabajo, pues ello no sólo llevaría a la impunidad de los casos insignificantes, sino también de aquellos otros en que se obliga a realizar u omitir acciones de notoria importancia (piénsese, por ejemplo, en el aparcamiento en doble fila dirigido intencionalmente a impedir al opositor que llegue a tiempo a los ejercicios).

---

(113) Vid. H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pp. 55 y ss. Sobre este principio de adecuación social véase, por todos y en sentido crítico, el profundo estudio de HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, cit., pp. 78 y ss.

(114) Vid. S. MIR PUIG, *Introducción...*, cit., pp. 124 y ss.

(115) Vid., H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pp. 55 y ss.; H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pp. 190 y ss.; G. STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Köln, Berlin..., 1971, pp. 114 y s.; E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, Tübingen, 1970, pp. 233 y ss.; C. ROXIN, *Política Criminal*, cit., pp. 52 y s.

(116) Vid. S. MIR PUIG, *Introducción...*, cit., pp. 325 y ss.

## V. RELACIONES CON OTROS DELITOS

Con lo anterior puede cerrarse el estudio de los elementos del tipo legal de coacciones. Puesto que ya se ha hecho referencia al momento consumativo y a la posibilidad de formas de imperfecta ejecución, al examinar las modalidades de la acción, y ya que no plantea peculiaridades merecedoras aquí de especial examen el tema de la participación —baste con destacar la importancia que en este delito tiene la autoría mediata, admitida por la Sentencia de 25 marzo 1963 (117)—, tal vez convenga destinar el tiempo que nos queda a una rápida mención a la problemática concursal que suscita el delito de coacciones con otros delitos.

1. Empezaré por plantear el supuesto de concurrencia de *pluralidad de sujetos coaccionados por una sola manifestación de voluntad*. La última modificación legislativa sufrida por el art. 496 incluyó un caso de esta naturaleza, al referirse a los piquetes de huelgas que “obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial”. Existe, pues, una solución expresa para este sector (pena agravada), aunque no responda, sin duda, a esta problemática jurídica, sino a otra de distinto carácter. Pero siguen sujetos a las reglas generales todos los demás casos en que una sola actuación violenta se dirija contra varios sujetos.

Por de pronto, debe notarse que la estimación aquí del *delito masa* no respondería a la finalidad agravatoria que preside esta figura (118), pues vendría siempre a *beneficiar* al autor, al no poderse sumar, como en los delitos contra la propiedad, los distintos resultados, lo que llevaría a castigar por uno solo con olvido de la presencia de la pluralidad de víctimas y, consiguientemente, de lesiones a la libertad. En cambio, al abordar el tema del concurso ideal en general, la doctrina absolutamente dominante se manifiesta ante supuestos como el planteado (mediante una bomba se da muerte a veinte personas, una sola expresión injuriosa ofende a varios sujetos, etc.) en favor de la apreciación de *concurso ideal de delitos* (art. 71 Código penal), por el argumentode que concurre en ellos *una sola acción* que realiza varias veces un mismo tipo legal (119).

(117) Vid. J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E., cit., p. 254, nota 35.

(118) Vid. J. A. SAINZ CANTERO, *El delito masa*, en “Anuario de Derecho Penal...”, 1971, p. 667.

(119) Así, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, pp. 456 y s.; J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, cit., II, pp. 351 y ss. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina dominante en Alemania: H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., pp. 539, 548 y s.; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pp. 225 y 232; E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allg. Teil*, cit., p. 590; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., Karlsruhe, 1971, pp. 734 y 757 y s. (llega a preferir la existencia de un solo delito, sin necesidad de acudir al concurso ideal); SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., pp. 554 y 581. Pero en la República Federal obliga a ello la nueva configuración legal del concurso ideal operada por el nuevo Código de 1975 (pará-

Cierto que no pueden ser los resultados, por sí solos, los que decidan el número de acciones presentes. Welzel tiene razón al destacar, desde su perspectiva finalista, la insuficiencia del criterio causalista del resultado (120). Pero, como reconoce el mismo autor, también es verdad que la acción "no constituye un suceso puramente físico, sino la objetivación del espíritu humano, una unidad social de sentido" (121), por lo que la existencia de una o más acciones no depende tanto del número de movimientos corporales, cuanto de la *finalidad* del autor y del *sentido de los tipos* (122). Si esto es así, no será tan relevante el hecho de que se mate a distintas personas por uno o varios movimientos corporales, como el sentido subjetivo y social que confieren a la conducta externa la finalidad del autor y los resultados típicos producidos. Desde este punto de vista, el sentido social y, por tanto, la gravedad material de la producción intencional de varias muertes mediante la colocación de un solo explosivo no corresponderá a *una única acción* de homicidio, sino a tantas acciones homicidas cuantas muertes se quisieron y causaron. Tan es así que de otro modo no cabría afirmar, como hace la doctrina dominante, que en este caso un solo hecho ha producido "dos o más delitos" de homicidio, pues *cada homicidio* no sólo requiere un resultado de muerte, sino una completa *acción* homicida. Ahora bien, esto muestra, al mismo tiempo, que de hecho encierra una contradicción afirmar que cuando una conducta externa causa dolosamente varias muertes, por una parte existe *una sola acción* y por otra parte concurren *varios homicidios*: o se admite que existen varios homicidios, y entonces ha de aceptarse que concurren sendas acciones, o habría de mantenerse —lo cual es absurdo— que se ha producido una sola acción homicida (= homicidio) y, por tanto, un solo delito de homicidio.

Se llega, así, a la conclusión de que la producción dolosa de varios resultados que realizan un mismo tipo no puede originar el concurso ideal del art. 71, sino concurso *real* de delitos. Ello se avendría con el hecho de que el art. 71 se refiriese sólo a supuestos de delitos de diferente gravedad. ¿Cuándo deberá estimarse, entonces, que un solo hecho constituye dos o más delitos según el art. 71? Sólo, según lo dicho, cuando para la realización de los distintos tipos no se requiera la de sendas acciones (causación intencional de varios resultados es-

---

grafo 52), que prevé expresamente como tal el supuesto de que una acción vulnere varias veces la misma ley penal (concurso ideal *homogéneo*). Pese a ello, algún autor, como BAUMANN, *Strafrecht, Allg. Teil, Lehrbuch*, 6.<sup>a</sup> ed., Bielefeld, 1974, pp. 679 y s., manifiesta sus reservas frente al hecho de que haya que tratar de modo tan distinto el matar a varios enemigos reuniéndolos en un lugar en que se hace explotar una bomba y el hacerlo por separado, por lo que propone estimar también en el primer caso la presencia de varias acciones.

(120) Vid. H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 225.

(121) Cfr. H. WELZEL, op. cit., p. 224.

(122) *Ibidem*.

pacio temporalmente separados), sino que baste una sola acción susceptible de ser desvalorada conjuntamente por todos ellos (ejemplo: la sola acción de homicidio de un agente de la autoridad constituirá concurso ideal de homicidio y atentado).

Aplicando lo anterior al delito de coacciones del art. 496, 1.º, deberá concluirse que el impedir con violencia o compeler a varios sujetos por una sola conducta externa *no originará concurso ideal, sino real de delitos*. En efecto, el concurso ideal del art. 71 no sería posible porque, según lo dicho, para afirmar la presencia de “dos o más delitos” de coacciones sería preciso demostrar la concurrencia de sendas acciones coactivas, lo que cerraría el paso a la existencia de “un solo hecho”, requerido por aquel precepto.

Siendo así, resultará que la reciente reforma del art. 496 no vendría necesariamente a agravar, sino generalmente a atenuar el tratamiento de los piquetes de huelga, ya que por ella se convierten en delito único las distintas infracciones cometidas sobre los diferentes sujetos. Resultado éste seguramente no querido por el legislador, sino consecuencia (una más) del escaso rigor con que se acometen las reformas penales en nuestro país —aunque en este caso pueda resultar favorable desde la perspectiva política opuesta a la que inspiró la reforma.

2. A) El delito de coacciones se encuentra, respecto de los delitos que como él atacan de forma específica al bien jurídico de la libertad, en relación distinta a la que guarda con los delitos de otra naturaleza. Con los demás delitos contra la libertad el de coacciones se halla, en principio, en una relación de *concurso de leyes*, solucionable bien según el principio de *especialidad* (así, respecto de detenciones ilegales, que es *lex specialis*) (123), bien según el de *subsidiariedad*, en favor del delito de mayor gravedad (así, respecto de amenazas condicionales).

Ahora bien, cabrá la estimación de *concurso de delitos (ideal)* cuando el específico delito contra la libertad de que se trate constituya la modalidad violenta empleada para imponer a la víctima alguna actuación concreta distinta (114). Así sucede, por ejemplo, en el caso previsto en la Sentencia de 26 enero 1889, en que tuvo lugar la detención por un jefe de seguridad de un súbdito francés con el fin de exigirle el pago de una cantidad que debía a otro, supuesto en que se

(123) Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 1394.

(124) En este sentido se manifiesta la doctrina alemana dominante: R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Bes. Teil*, cit., p. 124; MEZGER-BLEI, *Strafrecht, Studienbuch*, II, *Bes. Teil*, 9.ª ed., München, 1966, p. 61; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 1394. En contra K. BINDING, *Lehrbuch*, cit., I, p. 101, que considera imposible otra relación que la de concurso de leyes y preferente siempre el delito de detenciones ilegales como *lex specialis*.

da un concurso de delitos de detenciones ilegales y coacciones (125), y no sólo el segundo de estos delitos, como tiende a entender el Tribunal Supremo —lo que constituiría un injustificable privilegio por el hecho de añadirse a la detención una ulterior lesión de la libertad—. Ello se manifiesta con especial claridad en la Sentencia de 21 abril 1966 (126), en que se interna al sujeto pasivo en un establecimiento psiquiátrico sin que se hubiera comprobado y sin concurrir la existencia en él de enfermedad mental. Sólo cabrá estimar con exclusividad la calificación de coacción cuando la privación de libertad ambulatoria se reduzca al mínimo normal en el empleo de la violencia aplicada sobre la víctima. Así, por ejemplo, cuando los procesados rodean el vehículo una vez detenido y obligan a sus ocupantes a permanecer parados en el lugar contra su voluntad (Sentencia de 28 marzo 1969) (127).

B) Respecto de los delitos que no agreden de forma especial al bien jurídico de la libertad las coacciones no se encontrarán necesariamente en relación de concurso de leyes, sino a menudo de *delitos*. Ello se debe a que la diferencia que separa las coacciones de estos otros delitos no es meramente *cuantitativa* (de *gravelad*), sino *cualitativa*: respecto de ellos el delito de coacciones no es sólo un *minus*, sino un *aliud*. Las coacciones no son la forma genérica de violencia, sino ataque al *específico* bien jurídico de la libertad. Es por ello que, como se vio, la violencia física, propia de los delitos contra las personas, y la violencia referida a la actuación de la voluntad, esencia de la coacción, son categorías divergentes. De ahí que sea posible el concurso de delitos entre coacciones y otras formas de violencia delictiva que no atacan a la libertad (128). Así, cuando se maltrata al sujeto pasivo hasta que se declara autor de un delito, causándole lesiones, debería apreciarse concurso de lesiones y coacciones, y no sólo este último delito, como erróneamente hace la Sentencia de 3 abril 1952 (129).

El concurso de delitos dejará paso al de *leyes* cuando lo imponga el *principio de consunción*. Ello podrá suceder en dos sentidos distintos: Por una parte, cuando el específico delito de que se trate implique *normalmente* la lesión de la libertad de la víctima. Así, por ejemplo, aunque las lesiones graves suponen como consecuencia impedir al sujeto pasivo servirse de alguno de sus órganos o incapacitarle para su vida normal por cierto tiempo, según el principio de

---

(125) *Jurisprudencia Criminal*, v. I, 244. Lo mismo sucedería en el caso que contempla la Sentencia de 20 diciembre 1880, en que un Párroco dejó encerradas en la Iglesia a cuatro personas hasta que accedieron a dejar las ropas de la Virgen en la Iglesia: *Jurisprudencia Criminal*, v. II, 189.

(126) *Jurisprudencia Aranzadi*, 1966, núm. 667.

(127) *Jurisprudencia Aranzadi*, 1969, núm. 1.747.

(128) En este sentido, R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Bes. Teil*, cit., p. 124; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 1394; H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 328.

(129) *Jurisprudencia Aranzadi*, 1952, núm. 606.

consunción se estimarán sólo lesiones graves. Por otra parte, cuando la violencia empleada para coaccionar no posea mayor gravedad que la *normalmente* necesaria para doblegar la voluntad ajena (130), como cuando se acude a malos tratos de obra constitutivos de falta, en cuyo caso deberá apreciarse únicamente el delito de coacciones.

---

(130) J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit., p. 254, requiere para el concurso de delitos "que se rebase la violencia necesaria para conseguir vencer la resistencia que opone el sujeto pasivo". Ello se aparta del criterio mantenido en el texto en la medida en que no apunta a la violencia *normalmente* necesaria para las coacciones —que comprende mínimos malos tratos—, sino a la que resulte necesaria en el caso concreto, que puede ser de enorme gravedad: piénsese en el caso, antes considerado, de la causación de lesiones, acaso muy graves, para obtener la confesión del inculpado. Que en supuestos como éste se negara el concurso de delitos contradiría los límites propios del principio de *consunción*, que sólo entra en juego cuando un tipo acompaña o sigue *normalmente* (*typischer Zusammenhang*) a otro. Vid., por todos, H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., pp. 562 y s.

# Juegos ilícitos

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal en la  
Universidad a Distancia

Nos vamos a ocupar en el presente trabajo de los efectos que ha producido la legalización del juego en España, con la reforma de los artículos 349 y 350 del Código penal, así como de hacer un comentario 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 las apuestas, así como del Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo, por el que se dictan normas complementarias del anterior. Para una mejor situación del tema en los momentos actuales, se hacen unas breves referencias de la evolución histórica.

## I. ANTECEDENTES HISTORICOS

La prohibición de determinados juegos, así como su regulación, es en nuestro sistema anterior a la propia codificación. En el Título XXIII del Libro XII de la Novísima Recopilación (1) se recogen diversas disposiciones prohibiendo los juegos, que datan de comienzos del siglo XIV hasta finales del XVIII. En principio hay una serie de ellas que prohíben los juegos de dados y naipes (Ordenamiento de Birbiesca de 1387; Cortes de Madrigal, año 1476); se prohibió incluso la tenencia de tableros para jugar a los dados o naipes (Ordenamiento de las Cortes de Toledo, 1436); prohibición de fabricación, venta y juego de dados (Pragmática de 20 de julio de 1515); Felipe V, por Decreto de 9-11-1720, deroga toda clase de privilegios en relación con los juegos de suerte, envite o azar, pudiendo llegar las penas hasta cinco años de destierro para los nobles y doscientos ducados, y para los de menor condición cien azotes y cinco años de galeras. Carlos III, en la Pragmática de 6-10-1771, insiste en la prohibición de los juegos de suerte, envite o azar, pudiendo llegar las penas, para la tercera contravención, a un año de destierro y el pago de una multa o treinta días de privación de libertad por su impago. La sanción, sin

---

(1) En las Partidas hay algunas disposiciones sobre el juego (Ley 6.<sup>a</sup>, tit. 14. P. VII; Ley 57, tit. 5.<sup>o</sup>, P. I, y Ley 34, tit. 6.<sup>o</sup>, P. I).

embargo, era de hasta cinco años de presidio cuando los jugadores fueren vagos, sin oficio, tahúres, entregados habitualmente al juego, etcétera, mientras que se elevaba a ocho años cuando se daban esas condiciones personales en los dueños de las casas de juego.

Aunque la mayor parte de las disposiciones se ocupan de los juegos prohibidos, también las hubo que hacían referencia a la regulación de los permitidos. Cabe citar, como la más importante, la dictada por el rey Alfonso X en 1276: El *Ordenamiento de las Tafurerías*, constaba de 44 leyes que regulaban en especial el juego de dados, locales, jugadores, días prohibidos, clérigos que jugaban, trampas, arriendos de tafurerías, etc. Las tafurerías eran casas públicas de juego de suerte o azar, que se arrendaban por cuenta del Estado o de las poblaciones.

En cuanto a los Códigos penales, a excepción del Código de 1822 (2), en todos ellos hay una regulación de los juegos ilícitos; Códigos de 1848 (arts. 260 y 482, 2.º), 1850 (arts. 267 y 485, 1.º), 1870 (artículos 358, 360 y 594), 1928 (arts. 743, 744, 747, 749 y 807), 1932 (arts. 353, 355 y 570) y a partir del Código de 1944 (arts. 349, 350, 575 y 602, 6.º). También se recogió en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 (art. 2.º, núms. 5.º y 10.º), y afortunadamente no pasa a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

El día 20 de junio de 1912 se presentó un Proyecto de Ley al Congreso para la modificación de los artículos 358 y 594 del Código penal de 1870, a fin de legalizar los juegos de suerte, envite o azar. Este Proyecto, que no llegó a tener éxito, levantó duras polémicas en el Congreso y se puso de relieve la tolerancia que existía en relación con los juegos prohibidos, denunciándose incluso lugares concretos donde se jugaba (3). Se proponía en el Proyecto la autorización del juego, a través del Ministerio de la Gobernación, en casinos, balnearios y sociedades de recreo.

Escribía Valdés y Rubio: "Hay en este Proyecto de ley algo muy grave, ostensible, claro y manifiesto; la reglamentación, o mejor, la autorización de los juegos ilícitos" (4). Por su parte, Crespo Lara,

(2) En el Código de 1822 se castiga dentro del capítulo dedicado a las estafas y engaños (cap. V, tit. III, Segunda Parte) al "jugador que usando trampas en el juego hubiere ganado malamente alguna cantidad" (art. 767); la habitualidad o costumbre llevaba consigo la agravación de la pena (art. 768); también se sancionaban las rifas sin autorización del Gobierno (art. 769).

(3) En Barcelona se jugaba en La Rabassada y el Tibidabo; en Madrid, en su Casino, Círculo de Bellas Artes, Círculo Militar, etc. En realidad, se toleraba en todas las provincias, por lo que al terminar los debates del Proyecto se dio orden a todos los Gobernadores para que prohibieran el juego en sus respectivas provincias. Véase CRESPO LARA: *Los juegos ilícitos ante las leyes vigentes, la crítica y la democracia*, Madrid, 1912, págs. 11 y ss.

(4) VALDÉS Y RUBIO, J. M.<sup>a</sup>: *Informe presentado en la información abierta en el Congreso de los señores Diputados a Cortes con motivo del Proyecto de Ley para reglamentar los juegos de suerte, envite o azar*, separata de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1912, páginas 7 y ss.

que dedica toda una obra a justificar los peligros del juego, decía con respecto al Proyecto que la explotación y el fomento del juego sería un "verdadero suicidio nacional" (5).

## II. FUNDAMENTOS DE LA AUTORIZACION DE LOS JUEGOS

No parecen muy sólidos los motivos que se alegan en el preámbulo del Real Decreto-ley en cuanto puedan fundamentar la reforma del Código penal. Se recogen, entre otros argumentos, los siguientes:

a) "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".

Es una realidad histórica que la prohibición no ha evitado el sin fin de problemas individuales y sociales que lleva consigo el juego, así como tampoco que se siguiera jugando. Basta recordar al efecto: Los Reyes Católicos, en 1480, establecen que se observen las disposiciones anteriores sobre juegos prohibidos, recogidas en el Ordenamiento de Birbiesca (año 1387), Ordenanza de 1409, Cortes de Zamora (1432), Ordenamiento de las Cortes de Toledo (1436) y la propia de los Reyes Católicos en las Cortes de Madrigal de 1476. Carlos III, por una Orden de 1764, insiste en la observancia de otras disposiciones anteriores de Felipe V (1720), Luis I (1724), Fernando VI (1756), sobre la derogación de todo privilegio en juegos prohibidos de suerte, envite o azar. En la Real Orden de 6 de marzo 1786 insiste en que se observe su pragmática de 6 de octubre de 1771, sobre juegos de suerte, envite o azar (6).

(5) CRESPO LARA, *Ob. cit.*, pág. 7.

(6) A pesar de que el juego se prohíbe a partir del Código penal de 1848, se siguen dictando disposiciones encaminadas casi todas ellas a la observancia de su persecución. Cabe citar: R. O. de 23-9-1849, dictando normas para que los eclesiásticos no concurrieran a las casas de juego; R. O. de 25-5-1853, en cuyo preámbulo se insiste en las funestas consecuencias del juego de suerte, envite o azar, se insiste en la persecución y castigo del juego; R. O. de 14-3-1855, disponía el arresto de dos meses en un castillo para todo oficial que fuera sorprendido en una casa de juego; R. O. de 20-10-1866, se recomienda a los alcaldes de los pueblos y funcionarios de vigilancia la persecución de los juegos prohibidos; R. O. de 4-12-1877, se encarga a los Gobernadores que persigan los juegos y que se abstengan de imponer sanciones, pues al tratarse de un delito debía conocer la autoridad correspondiente; R. O. de 6-12-1877, se exhorta a jueces y fiscales a la persecución y castigo de los juegos prohibidos; en el mismo sentido, la R. O. de 13-1-1879 y la de 3-12-1880; la

Las disposiciones anteriores nos demuestran su escasa eficacia en materia de juegos prohibidos. Lo cierto es que normalmente se toleraban, y es un delito difícil de perseguir. Sin embargo, esto, con mayor o menor extensión, se da en toda clase de delitos: se prohíbe el robo y se sigue robando, y lo mismo sucede con la estafa, homicidios, lesiones, etc. No es motivo suficiente para tolerar una figura delictiva que la prohibición sea vulnerada una y otra vez; su separación del Código debe obedecer a otras razones, y como veremos al tratar de las consideraciones de política criminal, consideramos que los juegos ilícitos deben desaparecer del Código penal.

Volviendo a los antecedentes históricos, tampoco la tolerancia llevó consigo a la desaparición de los problemas individuales y sociales que el juego llevaba consigo. Ya se vio cómo el Ordenamiento de Tafurerías regula y controla el juego, para evitar sus efectos criminógenos (trampas, riñas, muertes, etc.); sin embargo, medio siglo después, y según se recoge en la introducción (advertencia) del texto editado por la Academia de la Historia, se dice: "Las precauciones establecidas en dichas leyes y sus preceptos no fueron bastantes para evitar la inmoralidad que suele acompañar al juego, y al poco tiempo fue necesario suprimir, como se verificó, todas las tafurerías o casas de juego del Reino".

Vemos cómo los problemas han sido prácticamente los mismos a través de la Historia, ya estuviera prohibido o autorizado el juego. La misma situación se mantiene en los momentos actuales, como se verá al tratar de las consideraciones criminológicas, por lo que poco valor tiene el argumento que se esgrime en el preámbulo del Real Decreto-ley de reforma.

R. O. de 7-8-1879 recomienda el cumplimiento en materia de persecución de juegos a gobernadores y alcaldes, con la vigilancia de casinos, bares, fondas, etc., se les prohíbe imponer multas, debiendo someter a los reos a disposición judicial para la persecución del delito; la R. O. de 2-3-1881, recomienda el cumplimiento de la R. O. anterior; en la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 17-4-1888 se pide a los fiscales que promuevan causas criminales en materia de juegos prohibidos, tanto en delitos como en faltas, también se extiende a los jueces, unos y otros deben colaborar con las autoridades administrativas; R. O. 14-9-1888, se dictan nuevas disposiciones para que las autoridades dependientes del Ministerio de la Gobernación tomen las medidas pertinentes para perseguir los juegos prohibidos, y se recuerda tengan en cuenta otra serie de Reales Ordenes del mismo Ministerio (7-8-1879, 2-3-1881, así como la del Ministerio de Gracia y Justicia de 3-12-1880 y la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 17-4-1888; Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 14-10-1889, sobre distinción de juegos prohibidos de los lícitos, así como la observación de otras disposiciones anteriores; R. O. de 25-3-1892, del Ministerio de Gobernación, recordando el celo que debe tener la autoridad gubernativa en la persecución de los juegos prohibidos. Terminamos esta relación con lo que se encomienda en el Reglamento de la Guardia Civil, donde en su segunda parte se establece: "Ninguna autoridad está facultada para permitir los juegos prohibidos..." (art. 154), y se le encomienda la vigilancia en ferias, fiestas y romerías (art. 151), así como de calles, plazuelas y afueras de las poblaciones, para que no se juegue a los prohibidos y evitar que algunos aventureros ganen, mediante trampas, a personas incautas (art. 152).

El juego en nuestro país ha venido siendo tolerado, con mayor o menor extensión, e incluso controlado. Su persecución ha sido poco eficaz, entre otras razones, porque no se ha perseguido. Esto ha motivado la inoperancia de la ley.

Lo anterior se demuestra no sólo por la pequeña cantidad de condenas, sino incluso por la irregularidad, pues de las últimas estadísticas judiciales aparecidas se desprende: En el año 1970 solamente hay una condena (7); en 1971 no hubo ninguna (8); en 1972 fueron 19 (9), mientras que en 1973 se eleva a 59 (10). El número de diligencias previas por juegos ilícitos fue de 47 en 1974 y de 52 en 1975 (11). En realidad, esas diferencias en las estadísticas han sido frecuentes, incluso en épocas pasadas, lo que nos demuestra que la represión obedecía a momentos coyunturales en los que se insistía, con mayor o menor energía, en la observación de las normas penales (12).

Se desprende de lo expuesto el pequeño índice de delitos perseguidos. Sin embargo, resulta curioso que cuando hay un notable incremento en el número de condenas —aunque la cifra sigue sin tener valor—, es el momento en que se argumenta la inoperancia de la prohibición para justificar la reforma.

b) “Intereses fiscales”. Ya en el propio título del Real Decreto-ley se hace referencia a la regulación de los aspectos fiscales de los

(7) Instituto Nacional de Estadística: *Estadísticas Judiciales de España*, año 1970, pág. 88.

(8) I. N. E.: *E. J. E.*, 1971, pág. 324.

(9) I. N. E.: *E. J. E.*, 1972, pág. 66.

(10) I. N. E.: *E. J. E.*, 1973, pág. 290.

(11) *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 1976, pág. 30.

(12) Las causas despachadas por los fiscales desde el 1-7-1883 al 30-6-1884 fueron 247, destacando las siguientes ciudades: Cartagena, 14; Valencia, 13; Jaén y Montilla, 12, y con 10 casos Barcelona, Córdoba, Madrid, Palma de Mallorca y Sevilla (*Memoria Fiscalía T. S.*, pág. 87). Las causas instruidas en el año 1887 solamente fueron 106, y en ninguna ciudad se llegó a los diez casos, pues el mayor número se dio en Barcelona, con ocho; Madrid, con seis, y Sevilla, cinco (*Memoria Fiscalía Tribunal Supremo*, pág. 62), quizá por eso en la Circular de la Fiscalía del T. S. de 17-4-1888, se pide a los jueces y fiscales una mayor preocupación por estos delitos. Del 1-7-1901 al 30-6-1902 el número de causas instruidas fue de 368, destacando: Córdoba, con 46; Murcia, 41; Barcelona, 30; Madrid, 29; Alicante, 25; Jaén, 24 y Sevilla, con 18 (*Memoria Fiscalía T. S.*, apéndice 3.º). El número de causas instruidas desde el 1-7-1904 al 30-6-1905 fue de 409, destacando: Jaén, con 30; Huelva, 28; Murcia, 26; Alicante, 23; Cáceres, 22; Granada, 21; Barcelona, 16, mientras que en Madrid se registraban solamente ocho casos (*Memoria*, estado núm. 3). Se aprecia cómo también se da una irregularidad en relación al número de delitos incoados a finales del siglo pasado y principios del presente, incluso había ciudades donde la persecución era más tenaz que en otras, si tenemos en cuenta su población. Sin embargo, era mucho mayor la persecución en aquella época que en los momentos actuales, en la que los estamentos encargados de su persecución y castigo parece que no le dan apenas importancia al tema de los juegos prohibidos, pues hay otras infracciones más graves a las que dedicar atención preferente.

juegos de suerte, envite o azar y apuestas. Aquí se regula el *hecho imponible, base imponible, tipo tributario*, etc.

En el Real Decreto de 11 de abril se hace referencia también a los "mecanismos fiscales".

De la introducción del *Ordenamiento de Tafurerías* se desprende su fin tributario: ya que "se arrendaban por cuenta del Estado o de las poblaciones que por privilegios podían tenerlos". Pese a todo, estas casas públicas de juego hubo que cerrarlas. Algo similar ocurrirá en nuestro país si no hay control rígido en las que se autoricen, evitando en todo caso la corrupción de los encargados de ese control.

No parece tampoco muy sólido el argumento fiscal para la autorización de juegos prohibidos, ya que el fundamento del Derecho penal va más lejos. ¿Qué pensaríamos si se hiciera una reforma penal liberalizando el aborto, simplemente porque hay una salida de divisas, en atención a que ya es un número considerable de mujeres españolas el que va a Inglaterra para que se les provoque el aborto en una clínica de aquel país? (13).

También se ha argumentado que con el juego hay salida de divisas. No obstante, tampoco hay que olvidar que si los turistas ganan el problema será similar, no habrá salida de divisas nacionales, pero sí de extranjeras, pues pagarán con las pesetas ganadas en España y se llevarán su dinero, ¿o es que el legislador piensa que los extranjeros siempre van a perder? No olvidemos que, en principio, tendrán más experiencia.

Por otra parte, no deja de ser cierto que en los últimos tiempos ha habido una fuerte evasión de capital —especialmente a Suiza—, con las graves repercusiones que está teniendo en lo social y criminológico (14) y, sin embargo, no se ha hecho prácticamente nada para evitarlo.

Pretender paliar con el juego otras tolerancias, inhibiciones o errores, no parece la vía más adecuada. Nuestro problema económico tiene raíces más profundas. Todo ello, sin perjuicio de que se consigan algunos beneficios de tipo económico.

c) "El Gobierno considera la legalización del juego medida adecuada para contribuir de forma destacada al impulso del sector turístico".

Tampoco parece adecuado que frente al turismo la sociedad española tenga que tolerar conductas que pueden ser contrarias a nuestra propia estructura social (15), pues por esta clase de argumentos tendríamos que ceder en otros aspectos. Es más, podría haber sido suficiente, sea cierto o no, el argumento que se recoge en el apartado siguiente, en relación con la coincidencia de la opinión pública, pero

(13) Véase LÓPEZ RIOCEREZO, J. M.<sup>a</sup>: *Criminales de la paz*, Madrid, 1974, págs. 184 y ss.

(14) SERRANO GÓMEZ, A.: *Prevención del delito y tratamiento del delincuente* (V. Congreso Naciones Unidas), Madrid, 1976, pág. 16.

(15) Véase, DíEZ PICAZO, L.: *El juego y la apuesta en el Derecho civil*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1967, pág. 720.

recurrir a fines turísticos para legalizar el juego no parece muy oportuno.

d) "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".

No nos parece que la legalización del juego tenga ningún interés social, pues incluso en lo económico, si tenemos en cuenta la gran cantidad de personal que la Administración ha de dedicar al control del juego, los beneficios no van a ser tan grandes como puede parecer en principio (véase art. 8.º del Real Decreto de 11-3-77). Por otra parte, en cuanto a los efectos criminógenos, no es claro que tenga valor preventivo dicha legalización.

También se hace referencia a la opinión favorable de un número de procuradores. Si se estima la opinión de éstos, debió consultarse al Pleno de las Cortes, modificando el Código mediante Ley.

En cuanto a la coincidencia o no con la opinión pública es muy discutible, ya que no parece se haya hecho ningún sondeo al respecto, pues quienes se han pronunciado a favor son precisamente los que piensan jugar o participar en el negocio de explotación.

Parece que los argumentos dados para la tolerancia del juego no tienen una base demasiado firme. Nosotros somos partidarios de que los juegos ilícitos desaparezcan del Código penal, no que se autoricen para unos sí y otros no; y ello basándonos en argumentos que después veremos.

### III. AUTORIZACION DE JUEGOS DE SUERTE, ENVITE O AZAR

Estamos ante otra reforma del Código penal, que, como todas las últimas, se hace a través de Real Decreto-ley (Real Decreto). Es cierto que a veces es necesario utilizar estos procedimientos, ante la urgencia de las reformas. Sin embargo, lo que parece excesivo es que esos retoques del Código no suelen hacerse a través de la Comisión General de Codificación, pese a que a ésta se le encomienda: "La preparación de la legislación codificada general que no esté especialmente atribuida a otros Departamentos... la revisión de los cuerpos legales y leyes vigentes en las diversas ramas del Derecho... la elaboración de proyectos que se relacionen con las actividades propias de su competencia..., etc.

El ya citado Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, modifica los artículos 349 y 350 del Código penal, cuyo contenido queda así:

Artículo 349.—*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 10.000 a 50.000 pesetas, y en caso de reincidencia, con las de prisión menor y multa de 10.000 a 100.000 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 10.000 a 20.000 pesetas.

Artículo 350.—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.

Hay cierta afinidad entre el actual artículo 349 y la redacción que se proponía para el artículo 358 del Código penal de 1870, en el Proyecto de Ley de 1912, donde se pedía la legalización del juego (16).

(16) Se propone en el Proyecto de 1912 la siguiente redacción para el artículo 358: "Los banqueros y dueños de casas de juegos de suerte, envite o azar no autorizados legalmente, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 250 a 2.500 pesetas; y en caso de reincidencia, con las de arresto mayor en su grado máximo, a prisión correccional en el mínimo y doble multa.

Los jugadores que concurriesen a las casas referidas, con las de arresto mayor en su grado mínimo y multa de 125 a 1.250 pesetas".

En materia de juegos, además de los artículos 349, 350, 575 y 602, 6.º, que se comentarán en el presente trabajo, hay que tener presente el artículo 521 y 523, 2.º, del Código penal, que hacen referencia al quebrado y concursado cuya insolvencia resulte por pérdidas cuantiosas en cualquier clase de juegos y apuestas; también el artículo 888 del Código de Comercio, al que se hace referencia en el artículo 521 del Código penal.

*Código civil.*—El Cap. III del Tít. XII del Libro II del Código civil, se ocupa "Del juego y de la apuesta" (arts. 1.798 a 1.801). Se establece en estos artículos que la Ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar, o en apuestas; el que pierde no puede repetir lo que ha pagado, salvo cuando mediase dolo, se trate de un menor o se encuentre inhabilitado para administrar sus bienes. Se recogen una serie de juegos no prohibidos referentes a determinados deportes, así como la obligación civil que existe en las pérdidas de juegos no prohibidos, aunque hay algunas excepciones cuando las cantidades jugadas sean excesivas.

*Código de Justicia Militar.*—En el artículo 438, 3.ª y 444 se corrige al Oficial o Suboficial por "asistir a juegos prohibidos", mientras que en el artículo 439, 4.ª y 446 se castiga al individuo de las clases de tropa y marinería por el mismo motivo. En el artículo 443 se considera como falta leve "la estancia escandalosa o con desdoro del uniforme, de cualquier militar, en casas de juego... el juego en cuarteles, buques o establecimientos militares".

*Efectos de la reforma*

Los efectos son importantes si tenemos en cuenta que se permite la práctica de juegos de suerte, envite o azar, que tradicionalmente se prohibía en todos los Códigos, a excepción del de 1822. La autorización afecta a los juegos que previamente se especifiquen y siempre que tengan lugar en casas autorizadas.

El problema prácticamente sigue igual para los supuestos en que los juegos no se autoricen, o que aun estándolo se desarrollen en casas no autorizadas.

Después de la reforma del artículo 349 del Código, la misma conducta será lícita o ilícita según el juego esté autorizado o no y que, además, se practique en establecimientos autorizados o que no lo estén. En suma, se castigan ahora los juegos de suerte, envite o azar, en los supuestos siguientes:

- Los no autorizados, aunque se juegue en casas autorizadas.
- Los autorizados, cuando se juegue en casas no autorizadas.

Ambas situaciones afectan tanto a los banqueros, dueños, directores, gerentes y encargados, como a los jugadores, aunque la pena sea inferior para éstos.

Se equipara la práctica de juego prohibidos a la de los permitidos, siempre que se juegue en casas no autorizadas.

Para evitar confusiones convendría que los establecimientos autorizados tuvieran en lugar visible, no sólo la autorización, sino también los juegos que están permitidos en estos locales.

Como los establecimientos autorizados necesitan una organización, pues lo normal será que lo exploten sociedades, aparecen las figuras de los directores, gerentes y encargados, cuya participación, como veremos después, tampoco quedaba impune en la legislación anterior.

Se añade el inciso último al párrafo primero referente a la posible disolución de las sociedades o asociaciones, que se podrá decretar en la sentencia.

El contenido del actual párrafo segundo es nuevo.

Se recoge ahora la responsabilidad de los jugadores en el párrafo tercero, que antes era el segundo. Desaparece la reincidencia específica para éstos; anteriormente suponía un privilegio en relación con la agravante genérica de reincidencia, ya que la pena privativa de libertad seguía siendo la misma —arresto mayor, sin exigirse el grado máximo—, incrementándose para el reincidente sólo la pena pecuniaria, quedando igual el límite mínimo —10.000 pesetas— elevándose el máximo hasta 50.000 pesetas.

Sin embargo, se mantiene la reincidencia específica para los supuestos del párrafo primero. Aquí, a diferencia de lo que ocurría con los jugadores antes de la reforma, supone una mayor agravación para la reincidencia simple, ya que: en la reincidencia genérica (art. 10, 15, párrafo primero) en relación con el artículo 61, 2.<sup>a</sup>, la pena privativa

de libertad no puede ser superior a la de arresto mayor en su grado máximo, y no la superior en grado como sucede. Todas estas situaciones, favorezcan o perjudiquen al culpable, tenían que desaparecer del Código. La reincidencia específica no tiene razón de ser, por lo que solamente debe subsistir la genérica del número 15 del artículo 10, y, además, en su párrafo primero, es decir, la reincidencia simple, debiendo derogarse la doble reincidencia del párrafo segundo, lo mismo que la regla sexta del artículo 61, que establece la elevación de la pena en uno o dos grados para la doble reincidencia (17).

No parece acertado mantener la denominación de *juegos ilícitos* para el título VI del Libro II del Código penal, ya que lo que ahora se valora es que esos juegos de suerte, envite o azar estén autorizados o no, así como los locales donde se practiquen los mismos. Por ello, tal vez resultara más correcto cambiar aquel título por el de *juegos prohibidos*, terminología que se utiliza en el número 6.º del artículo 602, y que ya empleara el Código penal de 1928 (Cap. VII, Título XIV, Lib. II).

*Concepto de los juegos.*—Se sigue sin definir lo que ha de entenderse por juegos de suerte, envite o azar, ni en el Código ni en los dos Reales Decretos que se comentan. Parece que lo importante es que se juegue dinero, pues en el artículo 1.º, 1 del Decreto de 11 de marzo se recoge:

“La competencia atribuida a la Administración del Estado por el artículo 1.º del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 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 una transferencia entre los particulares.

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.”

Sin embargo, puede deducirse del párrafo anterior que son juegos de suerte, envite o azar, aquellos en que la habilidad, destreza o maestría del jugador o no interviene o resulta secundaria al desenlace del juego.

En sentido similar se definía en el artículo 743 del Código penal de 1928, cuyo texto era: “Para los efectos de este Código, se considerarán juegos de azar todos aquéllos en que, mediando interés, la ganancia o la pérdida dependan totalmente o casi totalmente de la suerte, sin que influya en ellas la natural y lícita habilidad del jugador.”

Sin embargo, aunque no cabe duda que el azar influye en los juegos lícitos y la habilidad en la mayor parte de los ilícitos, pueden

---

(17) SERRANO GÓMEZ, A.: *La reincidencia en el Código penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1976, fasc. I.

aceptarse como válidas, y con carácter general, estas definiciones. En atención a esas circunstancias de intervención del azar y la habilidad en unos u otros juegos, tanto el Código como el Decreto no son tajantes, así; en éste se dice: "con independencia de que predomine en ellos el grado de habilidad, destreza o maestría..., o sean exclusiva o primordialmente de suerte, envite o azar". Por su parte, en el citado artículo 743 del Código penal de 1928 se hace referencia a que la ganancia o la pérdida "dependan totalmente o casi totalmente de la suerte" (18).

A efectos penales solamente se tendrán en cuenta los juegos de suerte, envite o azar. Habrá que entender por tales aquéllos en los que la habilidad o destreza de los jugadores o no influye o tiene efectos secundarios en cuanto al desenlace, siendo más importante el puro azar.

En principio parece que la Administración no va a distinguir unos juegos de otros para determinar cuáles sean de azar, ya que el catálogo de juegos en general se atenderá a los requisitos de: a) 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 pueden producir fraudes, y c) Las posibilidades de llevar y controlar la contabilidad de todas las operaciones realizadas (art. 2.º, 1).

No obstante, en el apartado cuatro del citado artículo segundo, se

(18) Establece la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 14-10-1889: "A falta de un texto legal que decida la cuestión, no carecerán de valor las siguientes observaciones. En todo juego siempre entra por algo la suerte, es decir, el caso fortuito o la fortuna de los jugadores, a veces combinada con su cálculo, habilidad o destreza.

Los juegos en los cuales sólo del azar dependen las pérdidas y ganancias de los jugadores, pertenecen claramente a la clase de los prohibidos, y como tales se hallan prohibidos en el art. 358 del Código penal. Por el contrario, aquéllos en que la buena o mala suerte del jugador depende casi del todo de cálculo o destreza, que se confunden, ora con los permitidos, ora con los prohibidos, según la proporción más o menos apreciable de ambos elementos. Tolerarlos o perseguirlos es cuestión imposible de resolver *a priori*, y, por tanto, debe encomendarse al prudente arbitrio de la autoridad, a quien corresponde averiguar los hechos y estimarlos en su verdadero valor".

Por su parte, dispone el núm. 5.º de la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 12-3-1934: "Prohíbe nuestro Derecho los juegos de suerte o azar, esto es, aquéllos cuyo resultado no depende de la habilidad o destreza de los jugadores, sino exclusivamente del acaso y los de envite, en que se apuesta dinero, sobre lances determinados".

En la Sentencia ya citada de 12-2-1901 se establecía: "Cuyo resultado no dependa de la habilidad o destreza de los jugadores, sino exclusivamente del acaso o la suerte".

Real Orden de 14-9-1888 del Ministerio de Gobernación, establece en la regla 5.ª: "En cuanto a la definición de los juegos prohibidos, el Código penal comprende bajo ese calificativo a todos los de suerte, envite o azar, lo cual implica la consecuencia de que han de considerarse como ilícitos aquéllos en que intervengan la destreza, el cálculo y la habilidad del jugador".

hace referencia a máquinas y aparatos automáticos cuyo empleo constituya la realización de un juego de azar.

Es de esperar que se haga una distinción en el Catálogo de juegos de los de suerte, envite o azar, de los que no lo sean, ya que a la Comisión Nacional del Juego le corresponde la coordinación, estudio y control de las actividades relacionadas con los juegos de azar (artículo 7.º, 1.º del Real Decreto de 11 de marzo que se viene comentando); Proponer al Ministerio de la Gobernación el Catálogo de juegos (art. 7.º, 3); Emitir los informes que en materia de juegos de azar les sean interesados por los Organismos competentes (art. 7.º, 3, e).

Pese a todo, la clasificación de juegos de azar que pueda hacer la Comisión Nacional del Juego no resolverá el problema a efectos penales, ya que solamente recogerá los autorizados, no otros, que quedarán fuera del Decreto, pero no del Código penal. Aunque no creará ningún problema la designación concreta de los juegos de suerte, envite o azar autorizados, seguirá sin poder conocerse el número de los prohibidos, pues como ya recogía la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1889: "Designar con sus nombres vulgares los juegos de suerte o azar sería punto menos que imposible, y aunque no lo fuese, aprovecharía poco o nada, supuesto que cada día se inventan otros nuevos".

Para que la práctica de un juego pueda dar lugar a la aplicación del artículo 349 del Código penal, no será suficiente que sea de suerte, envite o azar (y que no esté autorizado el juego o el local donde se juegue), sino que además es necesario que haya ánimo de lucro. lo que se determina por el cruce de apuestas de ciertas cantidades importante de dinero, si se juega por mero pasatiempo desaparece la ilicitud (19). El Real Decreto de 11 de marzo, en su artículo 1.º, 1, dispone: "La competencia atribuida a la Administración del Estado por el artículo primero del Real Decreto-ley 17/1977, de 25 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 particulares". En las normas generales de ambos Decretos se incluyen los juegos de suerte, envite o azar (art. 1.º del Decreto-ley y 1.º, 1, párrafo segundo del Decreto). Se excluyen del Decreto los juegos o competiciones de puro pasatiempo que no produzcan transferencia económica evaluable (20).

(19) Véase, LANDROVE DÍAZ, G.: *Los juegos ilícitos*, Santiago de Compostela, 1971, págs. 66-67; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª: *Derecho penal español*, Parte Especial, Madrid, 1975, pág. 966.

(20) Dispone el art. 2.º, 2 del Real Decreto de 11-3-1977: "Quedan únicamente excluidos del presente Real Decreto los juegos o competiciones de puro pasatiempo o recreo que no produzcan transferencia económica evaluable, salvo el precio para 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".

En la línea anterior se mantiene el Código penal de 1928, al establecer en su artículo 743: "Para los efectos de este Código, se considerarán juegos de azar todos aquellos en que, mediando interés, la ganancia o la pérdida dependan...". También la Circular de 12 de marzo de 1934 acerca de la Ley de Vagos y Maleantes, pues en el apartado 5.º hace referencia a que los juegos de suerte o azar solamente se convierten en ilícitos cuando *se realizan con fines de lucro*.

No cabe duda que aunque haya juegos de suerte, envite o azar que no suelen practicarse —o resulte difícil— cuando no se cruzan apuestas, hay otros muchos que pueden jugarse por puro pasatiempo.

Admitido lo anterior, resulta que la persecución penal, para juegos prohibidos no autorizados, no depende sólo del azar y habilidad del jugador, sino también de la importancia del dinero que se apueste. La situación parece lógica —aunque para algunos resulte el tema controvertido—, si tenemos en cuenta que lo que tradicionalmente se ha venido argumentando para la tipificación de los juegos ilícitos es el problema social que crea su vicio, en base al dinero que se apuesta. Sin embargo, estos argumentos pueden ser refutados, pues hay jugadores que no tienen vicio y saben hasta dónde pueden perder; por otra parte, las consecuencias son diferentes para unos jugadores que para otros. De todos modos, resultaría absurdo imponer una pena a quienes por simple pasatiempo, y sin apostar nada o casi nada—pequeñas cantidades para que el juego no resulte aburrido—, practican un juego de suerte, envite o azar (21).

La preocupación del legislador ha sido la de prohibir apostar cantidades importantes en los juegos (22), ya que es lo que crea proble-

(21) En este sentido, la citada Circular del Tribunal Supremo de 12-3-1934, que en el inciso último de su número 5.º establece: "No todo provecho que pueda dimanar del juego constituye *interés* o *lucro*, porque el juego requiere ordinariamente por sí mismo, aun tomado como *diversión* o *pasatiempo*, la esperanza de algún provecho que lo haga interesante y agradable; y son poquísimos los juegos cuyo aliciente consiste en satisfacciones puramente intelectuales; así es que, cuando el provecho económico que en el juego se disputa es tan exiguo que, en conjunto carece de relevancia jurídica, en relación con las circunstancias todas de quienes en él participan, debe estimarse que se trata de mero recreo o pasatiempo sin carácter de ilicitud".

En la Sentencia de 12-2-1901, que se comenta en la Circular anterior se recoge: "Conforme al texto del expresado artículo, son elementos esenciales del delito que en él se prevé y castiga que el juego pertenezca a una de las clases designadas, cuyo resultado no dependa de la habilidad o destreza de los jugadores, sino exclusivamente del acaso o la suerte, o en que se apuesta dinero sobre lances determinados, y que unos y otros se realicen en casa destinada expreso...".

(22) En el art. 4.º, 3, d) del Real Decreto de 11 de marzo de 1977, se establece que se "señalarán las cuantías máximas de las apuestas o envites".

En la Pragmática de Carlos III de 6-10-1771, se establecía: "En los juegos permitidos de naipes que llaman de *comercio*, y en los de *pelota*, *trucos*, *villar* y otros que no sean de suerte y azar, ni intervenga envite; mando, que el tanto suelto que se jugare, no puede exceder de un real de vellón, y toda la cantidad de treinta ducados señalados en la ley 8, aun-

mas posteriores (especialmente en la mayoría de los que pierden mucho dinero); como el cruce de apuestas se hace en los juegos de suerte, envite o azar es por lo que la prohibición siempre fue dirigida a éstos. Establece la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1889: "Los mismos juegos lícitos se convierten en ilícitos cuando interviene envite o apuesta que se hace, añadiendo al interés que representan los tantos ordinarios de cierta cantidad que se aventura a un lance o suerte" (23).

Ese deseo del Gobierno de evitar apuestas, aunque sea en juegos lícitos, se recoge en la Orden de 31-7-1952 del Ministerio de la Gobernación sobre juegos lícitos en establecimientos de bebidas (24). Esa preocupación se refleja en el artículo 1.º, 1 del citado Decreto de 11-3-1977, así como también en su artículo 2.º, 2 (25).

No afecta para nada la reforma a lo que debe entenderse por casas de juego de suerte, envite o azar no autorizadas. Seguirán siendo aquéllas que se dedican de manera habitual (26) a la explotación de esta clase de juegos, siempre que no estén autorizadas. No es necesario que se habilite toda una casa, sino que es suficiente dedicar parte de ella, como puede ser una habitación. Quedan fuera del artículo 349 los supuestos de juegos de suerte, envite o azar que se practiquen en casas o locales no destinados habitualmente al juego, sin perjuicio de que la conducta pueda ser constitutiva de falta (art. 575).

*Diferencias entre el delito y la falta en los juegos ilícitos.*—Hay

que sean en muchas partidas, siempre que intervenga en ellas algunos de los mismos jugadores... todos los que excedieren a lo mandado incurrirán en las mismas penas que van declaradas respectivamente para los juegos prohibidos".

(23) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 966, recoge la opinión de FRANK, SABATH y SEELING, quienes estiman que un juego lícito, donde tiene importancia la inteligencia de los que intervienen en el mismo, puede ser considerado de azar —ilícito— cuando hay algún jugador que desconoce la reglas del juego. Esto crearía problemas, ya que podría llegarse a pedir la ilicitud cuando la diferencia de conocimiento de las reglas y habilidad fueran notorias. En aquellos supuestos más bien podría recurrirse a la figura de estafa, ya que puede haber un engaño. Véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, III, *cit.*, pág. 417.

(24) Establece esta Orden: "En los establecimientos públicos de bebidas, cuando se celebren juegos lícitos como damas, brisca, tute, ajedrez y otros de mero pasatiempo, no de suerte, envite o azar, no podrán cruzarse en las partidas cantidad alguna".

(25) Vid nota 20.

(26) Véase LANDROVE DÍAZ, *ob. cit.*, págs. 75 y ss.; OLARTE CULLÉN, L.: *Los juegos ilícitos*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid", 1963, pág. 243; QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, III, Madrid, 1965, pág. 423; RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 968.

Dispone la Sentencia de 29-12-1890: "El juego de suerte, envite o azar determina este delito cuando tiene lugar en casa destinada expreso al mantenimiento de ese vicio, pero no cuando se realiza más o menos accidentalmente en una morada particular".

Se exige la habitualidad en las SS. de 3-8-1889, 14-3-1891, 9-12-1892, 14-2-1893, 16-9-1904, 13-2-1912.

que atender a la habitualidad en las casas de juego y lo accidental (27). en los "sitios o establecimientos públicos" del artículo 575. Por tanto, será atípico el juego accidental —no habitual— en casa particulares y locales que no sean públicos (28).

Mientras que en el artículo 349 la pena es diferente para banqueros, dueños, etc., y jugadores, en el artículo 575 es la misma para quienes promueven que para los jugadores.

Desde el terreno criminológico, las diferencias entre el delito y la falta son muy notables. Mientras las *casas de juego* buscan la clandestinidad (29), no ocurre lo mismo en los supuestos del artículo 575, donde los juegos de azar han de tener lugar en sitios o establecimientos públicos, lo que supone una mayor publicidad y, por tanto, mayor riesgo de ser descubierto (30).

*Banqueros.*—Tampoco la reforma afecta para nada al concepto de éstos, a quienes se les seguirá considerando como las personas que en las casas de juego llevan la dirección del mismo (31). Si la tenencia de la banca es de forma esporádica —cuando va pasando de unos jugadores a otros— habrá que aplicar el párrafo tercero del artículo 349, o sea, perseguir al sujeto como jugador y no como banquero.

*Dueños, directores, gerentes o encargados.*—Se agrega en la nueva redacción del artículo 349 las figuras del director, gerente y en-

(27) Establece la Sentencia de 1-5-1876 que el artículo 358 sólo comprende a los banqueros y dueños de casas de juego de suerte y azar y a los jugadores que en las mismas casas se encuentren; no comprende a otros establecimientos públicos para los cuales es aplicable el artículo 594.

La Sentencia de 5-5-1891 establece que el artículo 594 sólo es aplicable cuando se establece el juego de azar *accidentalmente* en los sitios o establecimientos a que el mismo se refiere, pero no cuando en ellos se destina un local para el juego habitual y permanente, quedando así convertido en verdadera casa de juego.

El criterio de la *accidentalidad* en la falta de juego se reitera en la Sentencia de 29-4-1908.

(28) Véase, LANDROVE DÍAZ, *Ob. cit.*, págs. 78 y ss.; OLARTE CULLÉN, *op. cit.*, pág. 248; QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, III, pág. 422-423; RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 969.

(29) Habitación del piso principal de un café, separada de las destinadas al juego de billar (S. 1-4-1887). Los procesados eran dueños de un café con habitaciones separadas con varios útiles y con timbres eléctricos para evitar una sorpresa (S. 14-6-1895). Existía una habitación reservada contigua al salón general, con el que comunicaba por una puerta que estaba cerrada, clavada y empapelada, lo mismo que el resto del salón, a cuya habitación se entraba por otra puerta existente en el pasillo (S. 8-11-1897). En una casa donde se jugaba a los prohibidos... el tener un dependiente el dueño encargado de la vigilancia para evitar las sorpresas (S. 4-5-1900).

(30) En el Proyecto de Ley de 1912, donde se pedía la autorización de juegos prohibidos, la redacción propuesta para el artículo 594 (hoy 575) era la siguiente: "Los que en sitios o establecimientos públicos promovieren o tomaren parte en cualquier clase de juego de azar que no fueren de puro pasatiempo y recreo, o no *estuvieren debidamente autorizados*, incurrirán en la multa de 5 a 25 pesetas".

(31) Véase, VIADA, *ob. cit.*, II, pág. 520.

cargado. Hay que tener en cuenta que ahora el juego va a ser explotado normalmente por sociedades o empresas, en las que se dan esas misiones entre el personal de las mismas; estos elementos prácticamente no aparecían en la situación anterior, donde se actuaba en *casas fuera de la ley*, con pequeño volumen de movimiento —aunque había algún caso aislado de sociedades donde se practicaban juegos ilícitos con un sistema similar de control y dirección (32).

Esas figuras, que seguirán sin aparecer en las *casas* no autorizadas donde se practiquen juegos de suerte, envite o azar, quedarán para los supuestos de casas autorizadas donde se practiquen juegos no autorizados.

La figura de directores, gerentes y encargado quedará bien definida, ya que recaerá sobre personas o personas determinadas. Por dueño habrá que entender a los propietarios o arrendadores de los locales, autorizados o no, donde se lleven a cabo los juegos. Sin embargo, se puede plantear el problema de la responsabilidad colectiva en atención a que con frecuencia serán varios socios los titulares del negocio.

La jurisprudencia ya tenía previstas tales situaciones, pues la Sentencia de 3-7-1889 disponía que “toda persona individual o colectiva que establezca o consienta el juego prohibido en un local sometido a su disposición, dirección o gerencia, debe ser reputado como dueño de casas de juego”, con lo que puede decirse que las figuras que ahora se amplían, la jurisprudencia las consideraba incluidas en la de dueños.

*Comiso* (33).—Parece que conforme queda la redacción actual del artículo 350 del Código penal, el comiso del “dinero, los efectos y los instrumentos y demás útiles destinados a juegos no autorizados”, solamente afecta a los juegos prohibidos, pero no a los autorizados, aunque se practiquen en casas no autorizadas (34). Sin embargo, ha de entenderse que el comiso afecta también a estos últimos supuestos, ya que en el artículo 349 se equiparan los juegos prohibidos a los permitidos, siempre que éstos se desarrollen en casas no autorizadas.

Nos encontramos ante una forma especial de comiso —también en el art. 602, 6.º— que resulta más grave que la genérica del artículo 48. Sin embargo, si tenemos en cuenta que los efectos criminógenos

(32) Las prohibiciones que se establecen en el artículo 4.º, 2, c) del Decreto de 11 de marzo, no tienen ningún efecto penal, solamente administrativo. Se dispone en el precepto que se prohíbe “tomar parte en los juegos, directamente o a través de personas interpuestas, a los miembros de los órganos de las entidades, a los propietarios, gerentes y administradores de los establecimientos turísticos y al personal al servicio de aquéllas y de éstos”.

(33) Véase, LANDROVE DÍAZ, ob. cit., págs. 98 y ss.; OLARTE CULLÉN, op. cit., págs. 246 y 249; PUIG PEÑA, F., *Comiso*, en “Enciclopedia Jurídica Seix”, IV, págs. 455 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., III, páginas 427 y ss.; RODRÍGUEZ DEvesa, ob. cit., pág. 970.

(34) En el número 6.º del artículo 602 del Código penal, dentro de las disposiciones comunes a las faltas, el comiso del dinero, efectos, instrumentos y útiles, solamente afecta a los juegos prohibidos.

del juego se derivan de las pérdidas de los jugadores, el comiso del dinero tendrá consecuencias más graves para el sujeto y su familia cuando mayor cantidad se le ocupe. Por esta razón, y teniendo en cuenta que se debe huir en el Código de tipificar situaciones específicas, debía derogarse el artículo 350, rigiéndose los juegos ilícitos por las normas generales del artículo 48.

Las consideraciones anteriores nos llevan a inclinarnos por el criterio restrictivo en el comiso de dinero (35), que solamente debe extenderse al que se encuentre en la mesa de juego y en las manos de los jugadores, no al que tengan guardado (36). Por otra parte, no todo el dinero que llevan consigo los jugadores está destinado al juego, aunque así sea en algunas ocasiones —aun en estos casos siempre se reserva una cantidad, aunque sea pequeña, para tomar bebidas o alimentos, pagar los gastos de regreso a casa, sobre todo cuando se hace un desplazamiento largo, etc. También hay que tener en cuenta que resulta frecuente en los juegos prohibidos, que la banca ha de depositar encima de la mesa la cantidad que está dispuesta a arriesgar, requisitos necesario para que los jugadores no apuesten más de lo que resta en la misma, pues en caso de ganar no cobrarían más que hasta donde alcance el resto; sin embargo, lo normal es que quien pone la banca —a veces es más de uno— disponga de más dinero, que tal vez no desee arriesgar (37). Tampoco ha de olvidarse que hay jugadores que destinan una cantidad fija al juego y de la que no se pasan una vez que la han perdido, pese a disponer de más dinero.

Por todo lo anterior, no debe extenderse el comiso a las cantidades que lleven consigo los jugadores (38), pues en caso de duda habrá que tener en cuenta el principio *in dubio pro reo*.

En cuanto a los *efectos, instrumentos y demás útiles* destinados al juego, solamente afectará a aquéllos que son necesarios para el desarrollo de los mismos como las cartas, dados, ruleta, fichas, etc., pero no se extenderá a otros enseres que pueda haber en el local y que no tengan relación directa con la práctica del juego como las sillas, mesas, etc. (39).

(35) Véase, LANDROVE DÍAZ, *ob. cit.*, págs. 99-100; OLARTE CULLÉN, *op. cit.*, pág. 247; QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, III, pág. 429.

(36) La R. O. de 2-8-1881 disponía, entre otras cosas, "que en los casos de aprehensión "in fraganti" de los jugadores, deben abstenerse de ocupar el dinero objeto del juego, limitándose a recoger los efectos e instrumentos del delito, que pondrán con los reos a disposición del Juzgado competente".

(37) VIADA, que se inclina por el criterio restrictivo en el comiso del dinero en el caso de los jugadores, se pronuncia en favor del extensivo para los banqueros y dueños de casas de juego, pues considera que la "especulación ilícita consiste precisamente en tener en su poder las diversas sumas que quieran los jugadores ir exponiendo sucesivamente a los azares de la partida", *ob. cit.*, II, pág. 530.

(38) Se inclinan por el criterio extensivo MARTÍNEZ BELLO, J.: *Juego*, en "Enciclopedia Jurídica Seix", XX, pág. 140; PUIG PEÑA, *op. cit.*,

(39) En los Códigos de 1848 (art. 260) y 1850 (art. 267), el comiso se extendía también a los muebles de la habitación.

La situación es igual para las faltas, pues en el número 6.º del artículo 602 se establece que caerán siempre en comiso "el dinero, efectos, instrumentos y útiles que sirvan para juegos prohibidos".

#### IV. CONSIDERACIONES CRIMINOLOGICAS

Los efectos criminógenos del juego se reconocen desde épocas remotas. En el Libro de las Costumbres de Tortosa (siglo XIII), por ejemplo, se recogía: "Porque de juego de dados y de otras clases se siguen a veces muchos males en personas y en bienes" (Lib. III, Rub. 16, 1). En la introducción al Ordenamiento de Tafurerías se dice que uno de los motivos de tal regulación obedecía a la necesidad de "evitar y castigar los engaños, trampas, riñas y aun muertes, que suelen ocasionar los juegos". Esta regulación no resolvió los problemas criminológicos, ya que en los mismos continuaron. Carlos III, en una Orden de 18-12-1764, denuncia el fraude y engaño que había en los juegos. Que los juegos venían siendo objeto de males, lo recoge el práctico Marcos Gutiérrez, a principios del siglo XIX (40). Dentro del terreno del Derecho penal son diversos autores los que sostienen la estrecha relación que se da entre los juegos y la delincuencia, para lo que cabe citar a los primeros comentaristas, Groizard, Pacheco, Viada, etc. (41).

En el primer tercio del presente siglo eran muchos los juegos que siempre se llevaban a cabo con trampa, como *las trin*, *los pastos*, *el maco*, *el boliche*, *el inglés*, *ruedas de feria*, etc. (42), que eran manejados por una serie de jugadores profesionales (43). Algunos de éstos se siguen practicando todavía, mientras que otros tienden a desaparecer.

Se calcula que el año 1922 había en España unas dos mil casas de juego, setenta de ellas en Madrid (44).

Los efectos criminógenos del juego son claros en algunos casos,

(40) MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*. Madrid, 1806, III, pág. 212.

(41) Vid. referencia notas 46-48.

(42) SERRANO GARCÍA, P.: *Delincuentes profesionales*, Madrid, 1935, págs. 91 y ss.; véase SOLANA, G.: *El juego en la sociedad española del siglo XX*, Madrid, 1973.

(43) CRESPO LARA dedica un capítulo de su obra *Los juegos ilícitos*, cit., a las "trampas y fullerías a que se prestan todos los juegos", páginas 100 y ss. y recoge los nombres con los que los tahúres designan esas suertes, y eran: *el salto de la baraja*, *el coste falso*, *la horcajadura*, *el puente*, *el cambio de barajas*, *las mezclas falsas*, *la mezcla clasificadora*, *la mezcla parcial*, *el abanico*, *la cola de milano*, *las cartas adherentes o resbaladizas*, *las cartas ásperas*, *el rosario*, *la caja de reflexión*, etc.

En el Reglamento de la Guardia Civil, II parte, art. 153, se consideran como juegos prohibidos de azar y envite: *el cané*, *visis*, *golfo*, *monte*, *el parar* y *la ruleta*. En el art. 152 se establece la vigilancia en determinados lugares públicos para evitar que "algunos aventureros, a personas incautas..., con amaños, ganen el dinero".

(44) SOLANA, *ob. cit.*, pág. 27.

pues llevan a una grave crisis económica del sujeto que repercute en toda la familia. Ante esta situación y para resolver el problema económico, con sus repercusiones sociales, puede ocurrir: a) Que el propio jugador recurra al delito para compensar las pérdidas del juego; b) Que los hijos varones terminen en el delito; c) Que las hijas se prostituyan, y d) Prostitución de la madre o la comisión de delitos, en especial hurtos en grandes almacenes, pues normalmente es el primer miembro de la familia que se inicia en una conducta desordenada. Tampoco el jugador soltero está exento de riesgos, aunque en menor proporción que el casado. Algunos jugadores terminan suicidándose, conducta poco frecuente. En ocasiones se pide dinero prestado para seguir jugando que, al recibirlo a intereses muy elevados, da lugar a un delito de usura.

No cabe la menor duda que alrededor del juego, autorizado o no, hay todo un mundo del hampa. Aun en los locales más controlados no se puede evitar la existencia de "croupiers" y jugadores profesionales que pueden hacer trampas. Es mucho el dinero que se mueve en torno al juego, donde suelen inmiscuirse diversos tipos de delincentes (45).

Para darnos una idea de la importancia que tiene el mundo del delito en el juego basta señalar que en Estados Unidos el costo del delito en el año 1974 fue de 88.600 millones de dólares. De esta cifra, las sumas obtenidas por el crimen organizado en concepto de bienes y servicios ilícitos para el juego, fueron 30.000 millones de dólares (46).

Lo que resulta claro es que la participación de capital extranjero (prevista en el artículo 4.º, 3 del Real Decreto-ley de 25-2-77) en las sociedades o empresas que se dediquen a actividades relacionadas con los juegos autorizados acelerará los efectos criminógenos por su mayor experiencia en los fraudes, pues junto al capital vendrá el asesoramiento. Esta participación, en principio, supone un riesgo en el terreno criminológico.

Surge la duda de si la autorización de algunos juegos tendrá efecto positivo o negativo desde el punto de vista criminológico. No es fácil dar una solución. Téngase en cuenta que un mayor control de las casas de juego evita muchos fraudes. Sin embargo, como a esos establecimientos autorizados irán muchas personas a jugar que no lo harían estando prohibido el juego, resulta que se incrementa el número de personas que pueden terminar en el delito, pues uno de los efectos criminógenos son las pérdidas en el juego, con independencia que sean lícitos o prohibidos. Por otra parte, en esos locales autorizados y amparados en la legalidad, se forman los grandes gangs que explotan el juego, con todas sus consecuencias criminológicas.

Que la Administración no ignora los peligros del juego se deduce de las medidas que se adoptan en el Decreto: Prohibición de entrar

(45) Véase, HENTING, *El gangster*, trad. Rodríguez Devesa, Madrid, 1965, págs. 157 y ss.

(46) A/ CONF. 56/7, págs. 3-4.

en los locales a los menores de veintiún años, a los funcionarios que manejan fondos públicos, quienes se encuentran en situación de libertad condicional o sometidos al cumplimiento de una medida de seguridad, quienes porten armas, etc. (art. 6.º, 1). Y aunque algunas de estas medidas son discutibles, lo cierto es que tienen un fin preventivo, lo mismo que el control de locales por determinados funcionarios estatales (art. 8.º). También cabe recoger la prohibición de “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 aquéllos o de éstos”.

Un peligro grave será si se llega a la instalación de máquinas automáticas de juego, a las que puedan tener acceso los menores de veintiún años, pues resulta seguro que el vicio en que caerían muchos les llevaría a buscar el dinero de forma ilícita para jugar.

Nos encontramos ante un delito de una elevada *cifra negra* (delitos no conocidos). Ya se vio cómo en los cuatro años de 1970/1973 solamente hubo 79 condenas por juegos ilícitos. Si tenemos en cuenta lo mucho que se viene jugando en España a juegos prohibidos y ese bajo índice de condenas, la cifra de delitos que no son conocidos por la justicia es muy grande. Si tuviéramos que dar una cifra más o menos al azar, podría decirse que se conoce un delito de cada 20.000 ó 25.000 de los que se cometen. Si se incluyeran las faltas del artículo 575, las cifras se elevarían siete u ocho veces más.

La autorización de algunos juegos en determinados locales no va a terminar, ni mucho menos, con la práctica de juegos en locales no autorizados, e incluso en los autorizados se jugarán algunos de los prohibidos. La prohibición tiene su aliciente, pues el mundo del hampa se mueve con más libertad frente a sus víctimas; otro aliciente es que no hay que pagar al fisco. La *cifra negra* apenas variará.

En el artículo 3.º, 7 del Decreto-ley se establece que uno de los fines que se perseguirán con los beneficios de la tasa que se pague por los juegos autorizados será para la “prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil”. Sorprende un poco que en un país como el nuestro, donde la investigación criminológica y la prevención son prácticamente desconocidas, se pueda hacer efectivo ese buen deseo del legislador (47). Cabe recordar al respecto que la Comisión Nacional de Prevención del Delito —creada por Decreto de 15 de marzo de 1973—, ha sido inoperante, y por ahora no tiene posibilidad de éxito, pues incluso la pequeña cantidad que en principio se le asignó para sus fines —unos cinco millones de pesetas— le ha sido retirada, por lo que carece de subvención alguna para cumplir su función.

---

(47) SERRANO GÓMEZ, *Prevención del delito y tratamiento del delincuente*. cit.

## V. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

La legislación histórica nos demuestra que los efectos negativos del juego siempre han existido, tanto cuando los juegos de azar han estado permitidos como cuando se prohibieron.

La criminología nos enseña que la situación prácticamente no variará con la autorización de determinados juegos de suerte, envite o azar. Los problemas familiares y sociales se mantendrán, aunque haya algunas variaciones; la ruina de algunos sujetos —con los problemas familiares que lleva consigo—; el cometer otros delitos para recuperar lo perdido en el juego o para seguir jugando, continuará en una escala similar; seguirá habiendo algún suicidio; aparecerán “gangs” relacionados con el juego autorizado, así como con los prohibidos y a veces mezclados en unos y otros; muertes por ajustes de cuentas entre los miembros de los gangs, etc.

En cuanto al bien jurídico protegido no hay unanimidad entre los autores:

a) Tradicionalmente se han venido considerando los juegos ilícitos como un delito contra las costumbres. Decía Pacheco que “no hay mal, no hay crimen, que no nazca espontánea y brevemente de su costumbre” (48); Viada escribía que “entre los elementos de corrupción que más desastrosas consecuencias producen en el seno de la sociedad, ninguno tan trascendental y de resultados tan funestos como los juegos de suerte, envite o azar” (49); para Groizard, el juego era un “gran mal social” (50), mientras que para Vicente y Caravantes impulsan el delito (51).

b) Rodríguez Devesa dice que los juegos ilícitos “están configurados en nuestra legislación como delitos contra la sociedad” (52).

c) Quintano Ripollés, tras considerar que es difícil determinar la naturaleza jurídica de los juegos ilícitos, los considera como una infracción contra el patrimonio (53). Cuello Calón estima que tienen un marcado carácter de ofensa patrimonial (54).

d) Landrove Díaz pone en duda que los juegos ilícitos atenten contra el patrimonio o las buenas costumbres (55). Muñoz Conde considera que “es difícil precisar un objeto de protección” (56).

(48) PACHECO, *Código penal concordado y comentado*, II, Madrid, 1870, pág. 384.

(49) VIADA, *Código penal reformado de 1870*, II, Madrid, 1890, páginas 519-520.

(50) GROIZARD, *El Código penal de 1870*, IV, Salamanca, 1891, página 57.

(51) VICENTE Y CARAVANTES, *Código penal reformado*. Madrid, 1851, pág. 343.

(52) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 964.

(53) QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, III, pág. 414.

(54) CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal*, Parte Especial, Madrid, 1975, pág. 389.

(55) LANDROVE DÍAZ, *ob. cit.*, pág. 37.

(56) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, Parte Especial, Sevilla, 1976, pág. 386.

No queda claro, pues, cuál pueda ser el bien jurídico protegido. No cabe duda que afectan a la moral, las buenas costumbres, el patrimonio e incluso al orden público en algunos casos. Sin embargo, el efecto no se da en todos los jugadores, ni lleva en todo caso a situaciones desastrosas o de delito. Por otra parte, también hay otros vicios que pueden tener efectos parecidos o incluso más graves, pensemos, por ejemplo, en el alcoholismo, en el uso de estupefacientes —especialmente los que producen dependencia. Estas conductas, no obstante, no son constitutivas de delito, ¿por qué ha de serlo el juego? Puede argumentarse en contra, que para el alcohólico y el toxicómano la ley establece un tratamiento. Sin embargo, para el jugador que pone en peligro la situación económica de la familia habrá que recurrir al artículo 487 del Código penal; cabría también la posibilidad de evitar la ruina mediante la declaración de prodigalidad, prohibiéndole la administración de sus bienes.

Tampoco parece lógico que el mismo juego, sea perseguido o no, según se juegue en lugar autorizado o que no lo esté; que se instalen los establecimientos teniendo en cuenta la infraestructura turística. No parece muy acertado que las posibilidades de jugar no sean iguales para todos, sin perjuicio de que la capacidad económica de algunos no les permita jugar en determinados locales. Cada cual parece que debe disponer de su dinero según crea oportuno, siempre que no infrinja la ley.

Creemos que el Derecho penal no debe tipificar los juegos ilícitos. Hay que terminar con nuestra tradición histórica que ha sido partidaria de su tipificación.

El propio Pacheco escribía, pese a ser partidario de que los juegos debían recogerse en el Código penal: “Si el juego de suerte o azar no es en sí mismo —que no lo es sin duda— una acción mala” (57). Groizard sostenía que aunque “el juego es un gran mal social. La ley debe prohibirlo, perseguir a los que a él viven consagrados y hasta castigarlos. Pero todo esto es más propio de las leyes y de las autoridades administrativas que de las leyes represivas... Ni dolo, ni daño mediato ni inmediato ofrece el análisis científico de los actos constitutivos de los juegos de suerte o azar... no tiene fácil justificación el hacer de los juegos de suerte y azar un orden de delitos” (58), “el juego es un vicio, pero no un verdadero delito” (59).

Ferrer Sama considera que “si el juego en sí no es una acción mala, no puede sostenerse lógicamente que pueda ser castigado como delito” (60).

Landrove Díaz estima que el juego no debía constituir delito. A lo sumo, se tendrá en cuenta la peligrosidad de algunos sujetos para la aplicación de una medida de seguridad (61).

(57) PACHECO, *ob. cit.*, II, pág. 384.

(58) GROIZARD, *ob. cit.*, IV, pág. 57.

(59) GROIZARD, *ob. cit.*, IV, pág. 55.

(60) FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, IV, Madrid, 1959, pág. 50.

(61) LANDROVE DÍAZ, *ob. cit.*, pág. 37.

Desde el punto de vista de *lege ferenda* estimamos que los juegos ilícitos deben desaparecer del Código penal, por lo que habría que derogar los artículos 349, 350, 575 y núm. 6.º del 602, por las razones siguientes:

- No queda claro cuál es el bien jurídico protegido.
- El mínimo ético que protege el Derecho penal debe estar por encima del límite que representen los juegos ilícitos.
- Hay otros vicios similares o de mayor gravedad que los juegos ilícitos que no se persiguen como delitos.
- Que un juego sea permitido o prohibido dependa no de la naturaleza, sino de su autorización en determinados establecimientos, es algo que escapa a todo lo que debe ser una verdadera tutela jurídico-penal, máxime teniendo en cuenta, como nos demuestra la Criminología, que los efectos generales prácticamente no varían.
- Las nefastas consecuencias del juego se mantienen, se legalice o siga su prohibición.
- La cifra negra —delito desconocido— es muy grande, por lo que es de suponer que no disminuirá apenas la práctica de juegos de suerte, envite o azar prohibidos, cuya persecución seguirá siendo realmente difícil.
- El Código penal ya sanciona el fraude en el juego (art. 529, 7.º), así como supuestos en que las pérdidas del jugador puedan llevar a un delito de abandono de familia, como consecuencia de la crisis económica (art. 487).
- En el V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1975, se pide la despenalización del juego (62).

No cabe duda que el juego debe regularse para evitar fraudes, problemas de orden público, etc. Sin embargo, la regulación ha de ser administrativa y no penal. Deben ser suficientes los Decretos que se han venido comentando en el presente trabajo (Real Decreto-ley de 25 de febrero y Real Decreto de 11 de marzo), que regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y de las apuestas, sin perjuicio de una nueva disposición que los completara.

---

(62) A/CONF. 56/3, pág. 117 y A/CONF. 56/4, pág. 58.



# El recluso penal, víctima de la sociedad humana

ISRAEL DRAPKIN

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

1.—Ya sugeríamos en un trabajo anterior (1) que observando la sociedad contemporánea, con su marea ascendente de violencia, se puede tener la impresión que jamás ha vivido el hombre rodeado de tan increíble atmósfera de brutalidad. Este espejismo se debe al hecho que estamos absorbidos por el presente, con su problemática urgente e inmediata, lo que circunscribe y limita nuestra perspectiva. La verdad es que el hombre ha vivido siempre tuteándose con la violencia, expresada en mil formas diferentes. Recordemos que el aforismo latino “Homo Hominis Lupus” (el lobo es el lobo del hombre) ha sido acuñado hace siglos, por razones obvias.

Bastarían algunas pocas observaciones esquemáticas para probar que la violencia es una característica humana fundamental, independiente de tiempo y lugar, costumbres o culturas. Desde el fratricidio de Abel por Caín hasta hoy, las tragedias causadas por el hombre —el “homo sapiens, ;pero poco...!— son infinitas. Las guerras interminables entre las tribus primitivas, las primeras ciudades-estados y los imperios de la antigüedad, con la masacre sistemática de los prisioneros; la destrucción del Imperio Romano y la invasión de Europa por los bárbaros de la época; la “noche” de la Edad Media, con sus pesadillas delirantes; las conquistas de los mongoles, con el tártaro Gengis Kan a la cabeza, que aterrorizó Eurasia, causando matanzas increíbles y arrasando todo en su camino (“donde pisaban sus plantas, no volvía a crecer el pasto”); las Cruzadas de los siglos XI a XIII y la “Santa” Inquisición, con sus atrocidades inverosímiles, basadas sobre un ferviente odio religioso; las revoluciones y las guerras de los dos últimos siglos, con sus millones de víctimas, etc. Y durante nuestro “refinado” siglo XX, recordemos la “elegancia” cruel, sádica y diabólica, con que el régimen nazi degradó y deshumanizó a millones de sus víctimas inocentes, antes de su “liberadora” aniquilación definitiva; y los horrores de los japoneses en los territorios que ocuparon, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, así como el “ex-

---

(1) ISRAEL DRAPKIN *La Cultura de la Violencia*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, 1976, págs. 469-485.

perimento" atómico de Hiroshima y Nagasaki, con que se puso término "pulcro y aséptico" a esa misma guerra, son apenas unos cuantos ejemplos tomados al azar...!

2.—Si hoy tenemos la impresión que la violencia en que vivimos es más grave que nunca, ello se debe probablemente a que la tecnología moderna nos provee, simultáneamente, con medios de destrucción desconocidos hace medio siglo (la bomba atómica, la metralleta portátil, la bazuca, la bomba plástica, etc.) y con los sistemas más evolucionados para la comunicación masiva (televisión, radiotransistor, satélites transmisores de noticias, prensa, etc.) que facilitan el conocimiento casi instantáneo de lo que ocurre en cualquier lugar de nuestro pequeño planeta.

De la miriada de acontecimientos que ocurren diariamente en la vida de los hombres y de los pueblos, el redactor de crónica determina cuáles serán proyectados, transmitidos o publicados. Este proceso de selección es el único capaz de transformar "hechos" en "noticias". Lástima que la gran mayoría de las noticias que vemos en los artefactos de televisión, que escuchamos en la radio o leemos en los periódicos, son habitualmente "malas". "Malas" en el sentido que reflejan toda forma de violencia y de destrucción, como resultado de *catástrofes naturales* (terremotos, maremotos, sequías, tifones, inundaciones, heladas, etc.), *desastres tecnológicos* (accidentes de tránsito, hundimiento de barcos, choques de trenes, caída de aviones, incendios de todo tipo, etc.) o *tragedias causadas por el hombre* (guerras, revoluciones, huelgas, disturbios, crímenes, etc.).

La ración diaria de este tipo de noticias, que absorbemos casi sin pestañear, es, en esencia, la historia del día. Si recordamos que la historia universal no es más que la concatenación de estas historias diarias, resulta que aquélla es tan sólo el registro de las locuras, las miserias, las aberraciones y las desgracias de la Humanidad.

3.—Analicemos sólo algunos aspectos de estas calamidades, especialmente el "terrorismo político", los casos de genocidio y el aumento de la criminalidad.

En la última década, más o menos, el uso de bombas y de armas de fuego automáticas; el secuestro de aviones y el rapto de personas; la matanza indiscriminada de víctimas inocentes; la exigencia de enormes sumas de dinero a manera de rescate; y tantas otras formas de brutal violencia y sadística crueldad, son acontecimientos diarios, uno de los "deportes" más populares por doquier (2).

Lo que se da en llamar "terrorismo político" —expresión que sigue sin ser definida jurídica ni sociológicamente, debido a que los "expertos" son cómplices de la "conspiración del silencio" que rige esta materia— que, con frecuencia, no es más que una serie de actos ilegales con fines de lucro personal o de grupo, ocupa un lugar destacado en las noticias diarias. A manera de ejemplo, podríamos citar

---

(2) Sólo desde 1945 han habido más de 100 guerras limitadas y locales.

los excesos de este tipo en Argentina (con cerca de 1.500 víctimas sólo en 1976), Irlanda (donde, desde que comenzó la violencia en 1969, hasta la fecha, hay casi un centenar de víctimas como promedio anual) y Uganda (un reciente informe de "Amnistía Internacional" (3), fechado en febrero de 1977, establece que el número total de asesinatos desde 1971, cuando Idi Amin estableció su gobierno absoluto, por "una serie de delitos económicos y políticos mal definidos"; fluctuaría entre 50.000 y 300.000 víctimas, amén de la infinidad de casos de tortura, mutilaciones, violaciones y otras atrocidades cometidas en contra de los reclusos en los centros de detención de la policía y del ejército); las "hazañas" de la banda Baader-Meinhof, en Alemania Occidental; y los asaltos espectaculares, como el efectuado a fines de diciembre de 1975 a la sede central de la OPEP (Organización de los Países Exportadores de Petróleo), en Viena, mientras estaban reunidos los ministros de Asuntos Petroleros de esos países, son apenas casos aislados tomados al azar. No hay continente ni país completamente libre de este tipo de "aventuras": Europa y los países del Asia; los Estados Unidos de América y Puerto Rico; Filipinas y sus problemas religiosos; el Cercano Oriente con la reciente destrucción de la mayor parte del Líbano y los frecuente incidentes árabe-israelíes; las matanzas en África, especialmente en Angola, Etiopía, Mozambique y Rodesia, son otras tantas pruebas fehacientes de nuestra afirmación. Podrá ser difícil precisar lo que debemos entender por "civilización", pero no hay dificultad alguna en reconocer la "barbarie" en cualquier parte en que se presente (4).

Existe en la actualidad una tendencia absurda y peligrosa, pero creciente, para creer que todas las diferencias político-sociales deben resolverse por "acción directa", es decir, por la fuerza y la violencia y no por la argumentación dialéctica. El discurso o el impreso de antaño se reemplazan fácilmente por la metralleta o la bomba de hogaño. Esta situación podrá agravarse más en el futuro si predominara el criterio de la Organización de las Naciones Unidas, como fuera expresado en el último Congreso sobre la Prevención del Delito y el Tránsito del Delincuente, celebrado en Ginebra, en septiembre de 1975. En esa reunión se aprobó por tácito consentimiento, pero sin una votación formal, una resolución por la cual se elimina el "terrorismo político" de la lista de delitos que necesitan un mayor control internacional. Esta flagrante contradicción de las Naciones Unidas—que no toma medida alguna para frenar el terrorismo internacional y, paralelamente, recibe a toda clase de declarados terroristas, que participan en sus deliberaciones— otorga patente oficial al terrorismo

---

(3) Organización Mundial de Derechos Humanos, con asiento en Londres, independiente de gobiernos y de grupos políticos y religiosos, que se opone a la tortura y la pena de muerte en toda forma y lugar. Aboga en favor de procesos expeditos e imparciales y la liberación de prisioneros políticos.

(4) KENNETH CLARK: *Civilisation*, British Broadcasting Corporation and John Murray, Londres, 1971 XVIII y 359 págs.

e incrementa la creencia que se puede lucrar con el crimen y la violencia (5).

4.—Tal vez la sabiduría contemporánea, con respecto al diario acontecer, acepta y tolera esta violencia —junto con la victimización que involucra— como algo absolutamente natural. Al respecto, vale la pena recordar que en un informe presentado por J. Bowyer Bell, publicado recientemente por el “American Enterprise for Public Policy Research” (6), se recomienda a los ciudadanos de los Estados Unidos no reaccionar en forma excesivamente emocional ante los ataques terroristas y considerarlos apenas como “calamidades naturales”. “No hay nada que hacer frente al fanático, suficientemente indoctrinado, que actúa en un momento de suerte”. Por espectaculares que sean las “proezas” de los terroristas, éstas son siempre más fácilmente toleradas que prevenidas (7). Parecería que, para evitarnos desequilibrios mentales, sería mejor no hacernos ninguna clase de ilusiones y aferrarnos a nuestro sentido del humor ; si es que todavía existe! La búsqueda de la felicidad y del amor, que antaño parecía tan simple, es hoy excesivamente compleja. Hasta parecería que la violencia fuera una forma muy particular de la felicidad del hombre actual. No en otra forma podemos explicarnos el hecho que millones de individuos son capaces de comer, beber o satisfacer cualquier otra clase de instintos, frente a sus televisores, observando la matanza y el sufrimiento de sus congéneres, sin reflejar horror o ansiedad que afecte a su plácida digestión o desempeño. Todo ello sucede como si se tratara de una política cinematográfica, impersonal y ajena a sus sentimientos. En otros términos, la violencia crea su propia dinámica, de acuerdo con la cual el asesinato en masa pierde su horrible significado, para transformarse —en el mejor de los casos— en un asunto de rutina estadística.

5.—Los orígenes del terrorismo político deben buscarse en el “reino del terror” establecido por Maximiliano de Robespierre, Luis de Saint Just y otros durante la Revolución Francesa. Desde mayo de 1793 hasta julio de 1794 decretaron una enorme cantidad de ejecuciones de tipo político, como medio desesperado de controlar la anarquía reinante mediante la violencia. Al final sus dirigentes fueron destruidos por los medios diabólicos creados por ellos mismos. La diferencia básica entre ese terrorismo y el actual, consiste en que el primero fue utilizando con la vana intención de sostener su propio sistema de gobierno, mientras que el segundo pretende la destrucción de gobiernos y regímenes constituidos, que tengan finalidades políticas diferentes a las suyas.

---

(5) Es posible que muchas expresiones usadas en este trabajo son exageradas, pero es preferible al uso de proposiciones confusas y verdades a medias.

(6) Organización educacional y de investigación, sin color político, sostenida por contribuciones públicas.

(7) Despacho transmitido por la UPI (United Press International) y publicado en el diario “Jerusalem Post” (Israel), el 5 de enero de 1976.

6.—El terror es el arma que usa todo aquel que sabe que será sin duda el perdedor en una confrontación directa y frontal de fuerzas. Podría definirse también como el uso de la violencia para crear pánico con finalidades políticas. El pánico, individual y colectivo, ayuda al terrorista porque paraliza la voluntad de actuar, confunde los elementos en juego y agota las energías del adversario. Falta por saber si es un método eficiente y suficiente.

El terrorismo es una estrategia que puede terminar en éxito o fracaso, dependiendo de las reacciones que produce. Tendrá éxito cuando la reacción que logra es precisamente la que espera y fracasará en caso contrario. Es cierto que no siempre se pueden prevenir los actos terroristas, pero se pueden negar sus propósitos si nos negamos a satisfacer sus exigencias. Aceptarlas equivale a estimular la persistencia en sus "hazañas". Si tenemos el valor de afrontar y aceptar las consecuencias de estos actos —por horribles que sean— tendremos mejores opciones para evitar una larga repetición de los mismo. Sea como fuere y hágase lo que se haga, el terrorismo no desaparecerá fácilmente. Dispone de todas las armas que desea y no le faltan partidarios, especialmente entre sujetos marginales y frustrados, que viven de fantasías e ilusiones. Con qué previsión escribía el poeta francés Arthur Rimbaud (1854-1891), al comienzo de la revolución industrial: "Voici le temps des assassins" (8).

7.—Como ya se ha mencionado, los "héroes" o protagonistas de estas "hazañas" son invariablemente elementos marginales de tipo anti-social, fanáticos del bajo mundo y extremistas pseudo-ideológicos, aferrados a sus diversas consignas, que se nutren de sus frustraciones personales y se debaten en su propia desesperación. Incapaces de imponer sus ideas por los medios políticos establecidos, disponen, sin embargo, de suficientes métodos y expedientes como para causar daños espectaculares y, en esta forma, chantajear a la opinión pública y a los gobiernos constituidos. Tal vez el futuro nos enseñará a terminar con las ciénagas sociales de la miseria y del pauperismo, así como con el odio entre los hombres y los pueblos, fuentes en que se gestan el resentimiento y el fanatismo de la gran mayoría de estos sujetos.

8.—Complica la gravedad de estos hechos, la circunstancia que el terrorismo político no es el resultado de las acciones exclusivas de individuos aislados, que actúan por sus propias disparatadas motivaciones. Muchas de sus "operaciones" son el resultado de estrategias concebidas y organizadas con la participación directa de gobiernos que consideran el terror como un medio adecuado para promover y alcanzar algunos de sus fines políticos, a pesar de sus obligaciones contractuales en tratados internacionales, que prohíben taxativamente el uso de tales medios. Estos mismos gobiernos mantienen buen número de terroristas asalariados, a quienes adiestran en el uso de las armas adecuadas para la mejor ejecución de sus proyectos les proporcionan

---

(8) "He aquí el tiempo de los asesinos", en traducción libre del autor.

los armamentos, las municiones y los explosivos que fueren necesarios; les proveen de pasaportes diplomáticos y de otros documentos falsificados de protección; y, después de la ejecución de sus "hazañas", les reciben como héroes, otorgándoles asilo dentro de los territorios de su jurisdicción. Estos gobiernos olvidan que, a pesar de todos los pesares, el derecho internacional es una norma importante en la vida de las sociedades más desarrolladas y mejor organizadas. Nadie puede actuar impunemente y por tiempo indefinido, creyendo que la soberanía puede ser usada en forma arbitraria y abusiva para todos sus caprichos y aventuras.

9.—Hay otros gobiernos —incluso buen número de los países de Europa Occidental, como Inglaterra, Francia, Alemania Occidental, Italia y Austria— que, por temor a amenazas y represalias, imprecisas y mal definidas, que declaran enfáticamente no respetar, liberan a los terroristas que caen en sus manos. Tan sólo desde el 23 de julio de 1968 (9) hasta la fecha, se han registrado más de 200 de estos casos. El más reciente, notorio y deplorable —que mereció una crítica casi universal entre los países de Occidente— fue la liberación de Abu Daoud por un tribunal francés (que indudablemente actuó precipitadamente por instrucciones del gobierno), a pesar que ya se habían iniciado las gestiones para su extradición. Si se tiene presente que Abu Daoud craneó y ejecutó la masacre de los once atletas israelíes en las Olimpiadas de Munich de 1972, se comprenderá la responsabilidad moral que les cabe a Francia, que liberó al delincuente, y a Argelia, que le recibió bajo palio. Estos gobiernos no se han dado cuenta todavía que ceder al terror creyendo así proteger su integridad física, es un error que no compensa, ya que mañana —como ya ha sucedido en más de una ocasión— pueden ser ellos mismos las víctimas del terror organizado. El temor que tienen estos gobiernos para usar las medidas legales que disponen en contra del terror, indica claramente que la problemática no es tanto la falta de medios, como la falta de decisión para usarlos oportuna y efectivamente.

10.—Mientras la comunidad internacional no esté dispuesta a reconocer estos hechos fundamentales y actuar en concordancia, no hay posibilidad alguna de poner coto a esta plaga moderna que sufre la Humanidad. En la actualidad, salvo algunas plausibles excepciones (10), casi no existe iniciativa alguna en la arena internacional para

---

(9) Fecha en que un avión comercial israelí, de la línea El Al, fue secuestrado en su vuelo de Roma a Lydda y forzado a aterrizar en Argelia. 21 pasajeros israelíes y 11 tripulantes fueron retenidos durante 5 semanas, mientras que los terroristas (2 palestinos y un sirio) fueron prontamente liberados por las autoridades argelinas.

(10) La más importante sería el tratado internacional firmado a fines de enero de 1977, por 17 países europeos, miembros del Consejo de Europa, para terminar, por lo menos, con el terrorismo en Europa Occidental. Este tratado, conocido como la "Convención Europea para la Supresión del Terrorismo", obliga a los firmantes a someter a juicio a terroristas sospechosos o aprobar la extradición al país en que fuera cometido el acto de terror. Los únicos países que no firman esta Conven-

tratar de frenar y eliminar al terrorismo político. Todavía no queremos o no podemos ponernos de acuerdo para actuar concertadamente en contra de esta amenaza a nuestra existencia como sociedad políticamente organizada. De continuar sin freno, el terrorismo actual es sólo juego de niños. En el futuro causará sufrimientos hoy insospechados, devastaciones increíbles y los inocentes continuarán siendo las víctimas propiciatorias. El martirio de la Humanidad no desaparecerá con los infinitos y urgentes llamados para ponerle freno, ni con el diluvio de protestas en contra de tanta violencia desencadenada. Cier-to es que en los elevados cenáculos políticos y científicos se menciona, cada vez con mayor frecuencia y urgencia, la necesidad de hacer un detenido examen y un estudio sistemático de las causas verdaderas y profundas de la violencia; para poder tomar oportunamente las medidas más adecuadas. Pero todavía estamos en la etapa oral y no en la de realización. Es siempre más fácil enunciar las consabidas consignas de "legalidad y orden" —tan vacuas como demagógicas— que cada cual interpreta a su antojo.

El problema básico consiste en saber cómo puede actuar en contra del terrorismo una sociedad civilizada y democrática, sin poner en peligro su propia libertad. La fuerza bruta, aún usada por gobiernos legítimamente establecidos, no es la respuesta adecuada, pues con frecuencia logra sólo resultados contraproducentes. Indudablemente será necesario enfocar este gravísimo problema desde un ángulo empírico y objetivo, pues el emocional y subjetivo resultará siempre estéril. Tenemos que dar con el origen de la enfermedad, sin preocuparnos demasiado por los síntomas de la misma. Junto a los aspectos legales y tecnológicos, parecen existir otros más trascendentales de carácter político, ético y filosófico. La tarea no será fácil, pues las dificultades son enormes y las interpretaciones muy diversas. Sin embargo, es imperativo comenzar a trabajar seriamente si queremos preservar nuestra cultura actual.

Con todos estos antecedentes, ¿es posible creer que la Humanidad está, tecnológicamente, al comienzo de una nueva Era de la Ilustración, similar a la del siglo XVIII? ¿No hay lugar para sospechar que enfrentamos, en cambio, la posibilidad de una nueva Edad Media, a consecuencia de esta conspiración internacional para destruir nuestra cultura? Si esto último fuera cierto, la próxima Edad Media será mucho peor que la anterior, porque los nuevos bárbaros, en lugar de piedras y espadas, dispondrán de cohetes y bombas atómicas (11).

11.—Al margen del terrorismo político, subrayemos que los casos de genocidio son mucho más frecuentes de lo que creemos habitualmente. Tan sólo en este siglo XX —cuyos milagros tecnológicos parecen enorgullecernos tanto— podrían mencionarse las masacres de armenios y de judíos, Biafra y Bangladesh, los kurdos de Irak y los

---

ción, fueron Irlanda y Malta. La Convención entrará en vigor tres meses después que tres países la hubieran ratificado.

(11) OTTO DE HABSBURGO, en su columna de la revista "To the Point International", de 28 de junio de 1975.

pueblos de Vietnam y Camboya, las matanzas de Angola y otros lugares de Africa, etc. No parecería ser necesario agregar otros casos similares para probar nuestro aserto.

12.—En cuanto a la criminalidad, sobre todo la violenta, está en aumento por doquier. Es la moderna expresión de la plaga medieval, que se propaga sin respetar fronteras, clases sociales y creencias políticas o religiosas. A pesar de las enormes cifras destinadas a la investigación científica para controlarla, seguimos sin saber cómo solucionar adecuadamente este problema. Es asombroso que los fundamentos básicos de nuestra estructura social resistan todavía el impacto de este ariete que trata de destruirlos. La pena de muerte —esa orgía de sangre que podría creerse un anacronismo— comienza a estar nuevamente de moda, como el medio apropiado para la “prevención del delito y el tratamiento del delincuente”, como pretende el eufemismo criminológico de esta época. Si es cierto que el Parlamento británico ha rechazado recientemente la reimposición de esta pena para los terroristas responsables de homicidio, el expresidente Gerard Ford, de los Estados Unidos de América, en un discurso que pronunciara en Miami, ante la Asociación Federal de Abogados, insistió en la necesidad de aplicar la pena capital a los convictos de sabotaje, asesinato, espionaje y traición. En su opinión, esta pena está ampliamente justificada para los delitos cometidos a sangre fría. Como consecuencia directa o indirecta —lo que no analizaremos, por no ser el tema específico de este trabajo —es lógico suponer que aumentará la aplicación de esta pena, en especial en casos de homicidio de funcionarios policiales, secuestros y delitos similares. En efecto, el 10 de enero de 1975 había 261 personas condenadas a muerte en Estados Unidos, pero el 31 de diciembre del mismo año, su número era ya de 479. A fines de 1975 el número de estos condenados triplicó, comparado con los existentes en el período 1972-1973. En estos dos años el número de condenados a muerte disminuyó debido a la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, del 29 de junio de 1972 —en el caso de Furman v. Georgia— que determinó que la pena de muerte, tal como se aplicaba a la fecha, equivalía a una pena “cruel e insólita”, que violaba la Octava Enmienda de la Constitución del país. Hasta fines de 1976 y durante los nueve años anteriores, no hubo en los Estados Unidos ejecución alguna (12). Sin embargo, después de un breve período de inseguridad, consecutivo al fallo en el caso Furman, se nota ya una creciente tendencia a recurrir a la pena capital en buen número de legislaciones estatales. Mientras que en 1973 sólo siete Estados invocaron la pena de muerte, a fines de 1975 había por lo menos un condenado en 30 Estados de la Unión. Colofón trágico de todo esto fue la ejecución de Gary Mark Gilmore, el 17 de enero de 1977, que causó revuelo internacional por tratarse de un condenado que deseaba e insistía en ser ejecutado. ¿Cuántos más serán ejecuta-

---

(12) Ver “Capital Punishment 1975”, National Prisoners Statistics Bulletin, Departamento de Justicia, Washington, D. C., julio de 1976, 56 páginas.

dos a partir de esa fecha? Nadie puede determinarlo, pero no es aventurado suponer que su número irá en aumento progresivo. A pesar del hecho reiteradamente comprobado, que la pena de muerte no es un factor intimidante, ella sigue aplicándose con relativa frecuencia en una serie de países como Irak, Irán, Arabia Saudita, en el Cercano Oriente; en Egipto, Nigeria, Sudán y otros países africanos; así como también en España, Rusia Soviética y algunos países de Hispanoamérica. Querer terminar violentamente con la violencia, ¿no es una prueba contundente de nuestra indiferencia frente a la atmósfera de violencia en que vivimos?

---

13.—Analicemos ahora los fundamentos de los “derechos humanos” y de la noción de “libertad”, que nos afectan tan directamente a cada uno de nosotros.

Los derechos humanos han sido tema de contención durante siglos. Lenta, pero seguramente, han ido aflorando una serie de principios, expresados primero en forma oral y estampados luego en documentos políticos fundamentales. Estas normas —independiente del origen étnico, edad o sexo, color o idioma, política o religión de los individuos— incluyen, entre otras, la paridad ante la administración de justicia, la libertad política y religiosa y la igualdad ante las oportunidades para lograr el éxito.

La Magna Carta inglesa del siglo XIII; el “Bill of Rights” (Ley de la Declaración de los Derechos del Ciudadano), impuesto por el Parlamento británico a fines del siglo XVII; la Declaración de la Independencia de 4 de julio de 1776, la Constitución Política de 17 de septiembre de 1787, junto a su “Bill of Rights” de 1789, en los Estados Unidos de América; la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, aprobada por la Asamblea Constituyente de Francia, en 1789; y, finalmente, la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre”, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, son los eslabones más importantes en los sostenidos esfuerzos del hombre por establecer sus derechos inalienables.

14.—No cabe duda que el más importante de estos derechos es el de la “libertad”. Desde el punto de vista social, ella representa la ausencia de fuerzas restrictivas indeseables en el gobierno de la vida de la comunidad. En la perspectiva individual, involucra la ausencia de restricciones externas en la capacidad de cada cual de elegir su propia conducta, dentro de los límites establecidos por la ley. Específicamente la libertad es lo contrario de toda clase de control despótico o de limitaciones artificiales, sea en forma de sujeción o subyugación, coacción o apremio, esclavitud o cualquier otra forma de privación del libre albedrío individual, no decretada por autoridad judicial competente. Tal concepto de libertad es el elemento básico para una fecunda interacción entre las funciones estatales, sociales e individuales, con

excepción de las situaciones militares en tiempo de guerra. Por lo mismo, la "libertad civil" es la ausencia de toda representación arbitraria contraria a los derechos establecidos en la Declaración Universal de las Naciones Unidas, las Constituciones, las leyes nacionales y las decisiones judiciales de cada país (13).

... Valdría la pena precisar que el concepto de libertad, como un conjunto pragmático de derechos especiales, tal como se entiende en la legislación anglo-americana, contrasta con los conceptos más generales y abstractos de las legislaciones latinas. Por otra parte y debido a la importancia adquirida por las ideas socialistas, la libertad viene siendo concebida también en términos de oportunidades económicas y de seguridad social. Tal vez por eso el concepto moderno de libertad involucra, por lo menos en teoría, tanto los derechos especiales del ciudadano, como el concepto más amplio de bienestar social.

Lo difícil en esta materia es definir los conceptos de "orden" y "libertad" y distinguir entre "libertad" y "libertinaje". Brian Crozier (14) precisa: "la verdadera libertad puede florecer solamente en un marco de orden. Suprimido el orden, los únicos que pueden gozar de la libertad son los gangsters y foragidos. Sin embargo, el orden sólo no es suficiente, pues sin una legislación operante y un poder judicial independiente, los únicos sujetos que gozarán del orden serán los tiranos y los déspotas". Tampoco es fácil distinguir entre "libertad" y "libertinaje", entre la discrepancia legítima y la subversión. Las opiniones conflictivas no son el problema. Este comienza cuando grupos organizados y con declaradas intenciones revolucionarias, abusan de las libertades establecidas para destruir las instituciones existentes. Los revolucionarios de hoy no hacen secreto alguno con respecto a sus intenciones ante los sistemas políticos imperantes, pero son vagos y difusos en lo que se refiere a los que quisieran establecer en su lugar. Las naciones libres de nuestros tiempos afrontan otras tantas guerras intestinas, cuyo declarado propósito es su propia destrucción (15).

Cualquiera que sea la forma de concebir y definir el concepto de libertad, ella debe ser consistente con los reglamentos, estatutos y demás disposiciones que determine la ley en beneficio del "bien común". Así, por ejemplo, al margen del derecho de la policía para detener a sospechosos por un lapso determinado, en lugares específicamente indicados y en condiciones taxativamente indicadas por la ley, las penas de prisión son uno de los medios más socorridos para restringir la libertad del individuo en beneficio de un "mejor bienestar de la comunidad". La extensión y demás características de estas penas están determinadas por la ley, impuestas por una sentencia judicial ra-

---

(13) Lord ACTON: *The History of Freedom and other Essays*, edición de J. N. Figgis y R. J. Lawrence, 1907; Dr. FOSKICK: *What is Liberty?*, 1939; y la Enciclopedia Británica, edición de 1973.

(14) Director del "Institute for the Study of Conflict", con sede en Londres, y autor de *A Theory of Conflict*, libro publicado en 1974.

(15) BRIAN CROZIER, en su columna "Viewpoint", publicada en la revista "To the Point International" de Amberes, el 22 de febrero de 1975.

zonada y su aplicación está sujeta a medidas predeterminadas en la respectiva reglamentación. Cualesquiera otra forma de proceder sería considerada ilegal y arbitraria, por lo menos en aquellos países con gobiernos constitucionales libremente elegidos, que se rigen por un sistema político democrático y gozan de una ordenada administración pública. Estos son los hechos documentados, la base teórica —no necesariamente la aplicación práctica— de los derechos humanos y de la libertad en la actualidad. Por cierto, que en esta materia como en tantas otras, existe una distancia enorme entre lo “ideal” y lo “real”, entre lo que “debiera ser” y lo que “es”.

---

15.—Estos son los principios teóricos que se aplican a los individuos que viven libremente en la sociedad, sin vinculaciones ni asuntos pendientes con la policía, los tribunales de justicia o la administración penitenciaria. Para apreciar el grado en que estos principios se aplican prácticamente en la vida diaria, tenemos las informaciones documentadas que nos proporciona “Freedom House” (16), una de las organizaciones más serias en estudiar la forma en que se aplica el concepto de “libertad” en los diversos países. De acuerdo con su último informe del año 1975, sólo el 19,8 por 100 de la población humana vive en libertad; 35,5 por 100 en semi-libertad; y 44,9 por 100 carece de toda libertad. Durante el mismo año, la libertad disminuyó para 743.200.000 individuos en tan sólo ocho países, entre ellos India. Entre los sistemas para disminuir drásticamente la libertad de millones de personas están la esclavitud, la prostitución y el trato que se otorga a los disidentes políticos en una cantidad de países.

16.—Rod Chapman, en su reciente informe presentado en Ginebra (17), afirma que la *esclavitud* es todavía un flagelo mucho más grave de lo que se cree generalmente. Varios cientos de miles de seres humanos son todavía esclavos en el sentido clásico de la palabra; es decir, considerados como bienes muebles o como animales domésti-

---

(16) Organización nacional norteamericana, apartidaria y sin fines de lucro, cuya finalidad principal consiste en fortalecer las sociedades libres. Preside su Consejo de Gobernadores la ex senadora MARGARET CHASE SMITH; Su presidente es el doctor HARRY GIDEONSE, que fuera presidente del Brooklyn College durante 26 años; y su director ejecutivo es LEO CHERNE, del Instituto de Investigaciones de América. Anualmente publica un informe comparativo sobre los derechos civiles y políticos y la libertad de las poblaciones de los diversos países. El nivel de los “derechos políticos” en cada país se juzga de acuerdo con la posibilidad de sus ciudadanos de producir cambios en el gobierno y sus relaciones con el mismo. Las libertades de reunión y de expresión, de ganar pleitos en contra del gobierno, son alguno de los elementos para juzgar los “derechos civiles”, la “libertad de los medios de comunicación masiva”, etc. Las “perspectivas de libertad” se basan en los problemas que afectan al país, la forma en que el gobierno y el pueblo los consideran y las tradiciones políticas de la sociedad.

(17) En el diario “Jerusalem Post” del 20 de enero de 1976.

cos. Muchos otros —centenares de millones— son semi-esclavos. Entre éstos se incluyen los que se venden a sí mismos a ricos terratenientes, para asegurar su supervivencia; aquellos que siguen la tradición hindú y agregan cierto número de esclavos, como parte integrante de la dote que aporta la novia; los niños pequeños, especialmente de sexo femenino, que son vendidos y comprados por familias acomodadas, para venderlas en matrimonio al final de la adolescencia; los niños de los trabajadores Tamil (18), en las plantaciones de té y de caucho de Sri Lanka (ex Ceilán), que son vendidos como esclavos por 40 rupias cada uno, el equivalente a unos 4 dólares norteamericanos, más o menos (19); y aquellos otros, generalmente “ilegítimos”, cuyas madres les dejan encargados “por un par de minutos” a gente ingenua o de buena voluntad de Colombo y otros lugares de Sri Lanka, para desaparecer acto seguido (20). Cada cual puede suponer, pero nadie puede determinar con seguridad, cuántos de estos niños terminan por ser incorporados a algún sistema de esclavitud (21). En el mundo árabe, que tiene una sola expresión para designar “esclavo” y “sirviente”, la terminología disimula una cantidad de situaciones que equivalen a una forma u otra de esclavitud. A comienzos de la década de 1960 existían en Arabia Saudita alrededor de 250.000 esclavos. Aún hoy se siguen comprando ahí gente de Sudán y Camerún para los mismos fines. Por otra parte, entre los peregrinos que van anualmente a La Meca y aquellos que regresan a sus respectivos países de origen, hay una diferencia de unos 15.000 sujetos (22), que se venden a sí mismos en servidumbre, para poder pagar las deudas contraídas para hacer el viaje. Cuatro siglos después de la conquista española, existen todavía en varios países de Hispanoamérica, cantidades de indígenas que trabajan en semiesclavitud en los latifundios, cuyos dueños tienen aún control casi absoluto sobre la vida de sus labriegos. Esto se debe a la práctica de pagar ciertos préstamos del “patrón” con trabajo por lapsos mal definidos y delimitados. Por otra parte, J. Thorsten Sellin, profesor emérito de la Universidad de Pensilvania, hace en su último libro (23) una notable descripción de las relaciones entre la esclavitud y los sistemas penales de Europa y de los Estados Unidos.

---

(18) Fueron “importados de la India por colonos británicos y en Sri Lanka se les considera como apátridas y no tienen derecho a voto. El salario mensual por familia equivale a unos 17 dólares americanos, el más bajo conocido.

(19) “The Sunday Times”, de Londres, del 30 de marzo de 1975.

(20) Informe de la “Associated Press”, publicado en el “Jerusalem Post” del 30 de diciembre de 1975.

(21) Recientes catástrofes naturales, como la sequía y hambruna en la región de Sahel de Africa, ha contribuido, irónicamente, a mejorar la suerte de gran número de esclavos, que tuvieron que ser liberados porque sus “dueños” ya no podían sustentarlos.

(22) Todo musulmán tiene que hacer, por lo menos una vez en su vida, el peregrinaje a La Meca, para cumplir con una de las cinco obligaciones fundamentales de sus obligaciones religiosas.

(23) *Slavery and the Penal System*, Elsevier, New York, 1976, VIII y 202 págs.

Describe las influencias indirectas de la primera sobre los segundos, lo que resulta en uno de los cuadros más lúgubres imaginables.

17.—Otra área en que la frontera entre la libertad y la coerción es imprecisa, es la de la *prostitución* y el *tráfico de mujeres*. Un informe de Interpol —el organismo internacional policial, con sede en París— demuestra que el tráfico de mujeres de un país a otro, para “trabajar” como prostitutas, fue y sigue siendo una práctica generalizada y lucrativa, agregando que casi todas ellas saben de qué se trata y dan su consentimiento. En cambio, un informe de la policía de Hong-Kong, muestra que con frecuencia bandas de jóvenes secuestran muchachas en las calles, las violan y luego las “venden” por unos 7.000 o más dólares locales (24), sea a un prostíbulo, a algún interesado particular o a algunas de las empresas clandestinas que proveen prostitutas a base de llamados telefónicos de sus “clientes”. Para recuperar su libertad, estas mujeres tendrán que reembolsar las sumas “invertidas” en su compra. (25).

18.—Por último, debemos mencionar la situación de los *disidentes políticos* o “prisioneros de conciencia” (26), que abundan actualmente en buen número de países, especialmente en la Rusia Soviética, a pesar de sus reiteradas declaraciones oficiales negando la existencia de delincuentes políticos en sus prisiones. El hecho cierto es que “Amnesty International” (27) ha publicado recientemente uno de sus informes más detallados y lapidarios sobre la materia (28). De acuerdo con el mismo habría, por lo menos, unos 10.000 ciudadanos reclusos en las prisiones, colonias penales y hospitales psiquiátricos de la URSS, por haber expresado opiniones políticas o religiosas contrarias a la línea oficial del Gobierno. Las condiciones en que viven estos reclusos violan sistemáticamente los acuerdos internacionales que rigen esta materia, aprobados y ratificados solemnemente por la URSS. Entre éstos valdría la pena recordar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Recursos en Establecimientos Penales, aprobadas por las Naciones Unidas en 1955, así como sus sucesivas modificaciones; el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, que

---

(24) El cambio es de, más o menos, 6 dólares de Hong Kong por uno americano.

(25) Existe una larga bibliografía en esta materia: JULIO L. ALSOGARAYS *La prostitución en Argentina*, Denoel et Steele, París, 1935, 251 páginas; ALBERT LONDRES: *El Camino a Buenos Aires*, Ediciones Agatoura, Buenos Aires, sin fecha, 172 págs.; son sólo un par de ejemplos.

(26) “Amnesty International les define como “hombres y mujeres privados de libertad por sus creencias, color, origen étnico o religión, siempre que no hubieran abogado por o recurrido a la violencia.

(27) Organización Mundial de Derechos Humanos, con sede en Londres, independiente de todo gobierno, partido político, ideología o credo religioso, que se opone a la tortura y a la pena capital en todos los casos y sin reserva alguna. Aboga en favor de procesos justos y rápidos y trabaja por la liberación de todos los prisioneros políticos.

(28) *Prisoners of Conscience in the USSR: Their Treatment and Conditions*, Publicaciones de “Amnesty International”, London, Noviembre de 1975, 154 págs.

Rusia ratificó en septiembre de 1973; y el Acuerdo de Helsinki sobre Seguridad Europea, firmado por la URSS el 10 de agosto de 1975, junto con otros 35 países de Europa y los Estados Unidos. Todos estos documentos internacionales incluyen una serie de normas para la salvaguardia de los derechos humanos fundamentales del ciudadano, muy similares a las garantías estipuladas en la Constitución Política de la URSS. Lo malo es que "entre el dicho y el hecho, hay mucho trecho", como bien dice un refrán popular.

Se conocen una serie de instancias en que se han infringido las normas básicas del derecho procesal soviético: casos en que se ha torturado a detenidos; detenciones arbitrarias por más de un año, en estado de verdadera incomunicación; la libertad bajo fianza para detenidos políticos es prácticamente inexistente; no se conocen casos de absolución para esta clase de procesados; las audiencias judiciales tienen lugar, por lo general, a puertas cerradas —"in camera"— sin que parientes o amigos puedan asistir a ellas; con frecuencia no se permite declarar a los testigos de la defensa; el confinamiento en instituciones psiquiátricas es habitualmente aceptado sin objeción por los tribunales, etc.

Es muy difícil precisar desde cuándo se recluye a disidentes políticos en hospitales para enfermos mentales. El primer documento que logró filtrarse a Occidente, a través de las estrictamente controladas fronteras soviéticas, data de 1964. En él, el escritor y crítico literario Valerio Tarsis narra sus experiencias personales con la psiquiatría oficial soviética. Hoy existe una abundante documentación sobre estos abusos, a pesar de los esfuerzos del Kremlin para negar estos hechos. En la actualidad se conocen, por lo menos, unos 120 casos de ciudadanos soviéticos recluidos en estas condiciones, pero este número es indudablemente una pequeña fracción de la cifra real.

Recordemos que durante el último Congreso del Partido Comunista Francés (París febrero de 1976), los representantes del comunismo francés, italiano, español, yugoslavo y rumano, especialmente los líderes Georges Marchais y Enrico Berlinguer (29), expresaron sus acerbas críticas por la forma en que se perseguía a los intelectuales soviéticos en la URSS. Ello no hace más que confirmar lo afirmado en el mencionado informe de "Amnesty International". Sin embargo, las voces que se levantan para clamar en contra de estas aberraciones son muy escasas y carecen de influencia para eliminarlas. La gran masa de la población humana ignora estos hechos y, de conocerlos, no tiene mayor interés en actuar, ya que la indiferencia del hombre por la suerte de sus congéneres es abismal.

---

19.—Analicemos ahora la forma en que se aplican los derechos humanos a las personas detenidas temporalmente en calabozos y cárce-

---

(29) Despacho de la "United Press International", publicado en el "Jerusalem Post" del 27 de febrero de 1976.

les, sometidas a proceso por tribunal competente, a quienes se ha negado la libertad bajo fianza y que están a la espera del fallo definitivo. Legalmente deberían ser considerados inocentes hasta ser declarados convictos y culpables y gozar de todos sus privilegios ciudadanos, excepto el de la libertad que fuera revocada por orden del tribunal. Sin embargo, no es un secreto que son estos lugares de detención —que deberían ser los mejores, porque nadie tiene la seguridad de no ser detenido un día por sospechas— los que reúnen condiciones más deplorables. Las características arquitectónicas e higiénicas, médicas y dietéticas, así como los programas para consumir las infinitas horas libres de los reclusos, si es que existen, no son muy diferentes de las que predominaban en 1777, cuando John Howard (1726-1790) publicara su famosa obra “The State of Prisons in England and Wales” (El Estado de las Prisiones en Inglaterra y Gales), pequeño gran libro que revolucionara la penología de la época. En términos generales, con muy escasas y honrosas excepciones, es posible afirmar que las cárceles ocupan edificios antiquísimos, no siempre construidos para esa finalidad, incapaces de satisfacer las necesidades mínimas de sanidad, luz, calefacción, ventilación, seguridad personal y prevención de incendios. Cuando algunas cárceles son destruidas por el fuego, suelen registrarse casos de detenidos cremados vivos y otros que sufren extensas quemaduras. Si a las condiciones descritas agregamos el apiñamiento humano —derivado de la reclusión de una cantidad de detenidos dos o tres veces mayor que el número de plazas originalmente previsto— no resulta difícil comprender que la higiene en estos recintos es un mito. El mal trato y la tortura de los procesados, tanto más cruel cuanto más ilegítima, se aplica “generosa” e indiscriminadamente. Por otra parte y debido a la intolerable e irritante demora con que se tramitan los procesos de los infortunados que ahí caen, no son excepcionales los casos en que algunos de ellos terminan por ser declarados inocentes, después de meses o años de injusta detención, o salen en libertad apenas dictada la sentencia condenatoria, porque la pena en ella establecida es mucho más corta que el tiempo que ya llevan de reclusión. En estos casos no hay, por lo general, compensación alguna por los sufrimientos tolerados, durante lapsos interminables, en condiciones de pesadilla dantesca. Este abismo entre la teoría y la práctica es habitualmente ignorado por el gran público, cuya indiferencia por estas materias es tradicional. Nunca el hombre se interesó por la suerte de los reclusos. Así fue en la antigüedad, sigue siendo la triste realidad actual y... ¿será así también en el futuro?

20.—Veamos, por último, la forma en que se aplican los derechos humanos a los reos condenados a algunas de las penas privativas de libertad. En estos casos, por lo menos en teoría, la sentencia debe especificar cada uno de los diversos aspectos del pretendido “tratamiento”, además de la privación de libertad. El trabajo forzado, la pérdida temporal o permanente de alguno o de varios de los derechos civiles, el período de libertad controlada después de cumplir con la

parte intramural de la sentencia, las multas u otras medidas pecuniarías en beneficio del fisco o de la víctima del delito o cualquier otra medida establecida en la ley penal, deben ser específicamente indicadas en la sentencia condenatoria para que puedan ser legalmente aplicadas al recluso. De aquí deriva que si alguna de estas medidas complementarias no es mencionada en la sentencia, ésta debe ser interpretada como una precisa y declarada intención en el sentido que la pena consistirá exclusivamente en la privación de libertad —en un establecimiento y por un lapso determinados— sin ninguna otra medida accesoria. Felizmente, no somos los únicos en sostener este criterio. El informe final de la Comisión McKay —designada para estudiar las causas del gravísimo motín de la tristemente famosa prisión de Attica, en el Estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América— es categórico en establecer que los reclusos “deben tener todos los derechos, como los demás ciudadanos, con excepción de aquellos especialmente afectados por la sentencia condenatoria” (30). Del mismo modo, en el “Informe Final de la Conferencia Anual del Presidente de la Corte Suprema Earl Warren, sobre la Defensa del Reo en los Estados Unidos” (Cambridge, Massachusetts, 9 y 10 de junio de 1972), se indica en la Recomendación número 13 que “debemos tomar medidas inmediatas para asegurar el respeto de los derechos que una sociedad democrática debe garantizar también a los reclusos, quienes, si es cierto que están condenados, no dejan de ser ciudadanos y seres humanos” (31). Bastarán algunas observaciones para comprender y aceptar que las condiciones imperantes en la prisión actual, con algunas diferencias locales —referentes más a cantidad que a calidad— son de carácter universal. Incluso en los Estados Unidos, considerado como uno de los países que cuenta con un sistema penal más progresivo, se han usado en su contra expresiones tan condenatorias como las siguientes: “casi todo el mundo concuerda en que el sistema penal norteamericano es una desgracia” (32), “es la más grave y permanente calamidad nacional” (33), amén de muchas otras que sería superfluo citar. Y si tenemos dudas que estas expresiones tengan una validez nacional o universal, recordemos la lapidaria frase acuñada por la misma Comisión McKay: “Attica es toda prisión y toda prisión es Attica” (34).

La prisión, tal como está organizada y funciona en la actualidad, ha fracasado si la comparamos con la institución que despertara tantas esperanzas, cuando fuera inicialmente concebida en el siglo XVII. Sin haber logrado ninguno de los propósitos que se tuvieron en cuen-

(30) MCKAY *Commission: Attica*. Informe Oficial de la Comisión Especial del Estado de Nueva York sobre Attica, 1972, págs. XVI-XIX.

(31) *A program for Prison Reform in the United States*, Informe Final de la Conferencia Anual del Presidente de la Corte Suprema, página 14.

(32) Semanario “Time” del 27 de septiembre de 1971, pág. 31.

(33) Ver nota anterior (31), en su prólogo, pág. 5.

(34) Ver Informe de la MCKAY *Commission*, nota anterior (30), página XIII.

ta en un comienzo, ha concentrado todos los vicios y defectos posibles. En la actualidad, la cárcel “no es, frecuentemente, más que un medio punitivo para enjaular a los desposeídos socio-económicos, sin ninguna posibilidad efectiva de rehabilitación” (35).

En la última década, más o menos, reclusos liberados de las cárceles en Rusia, Francia, Inglaterra, los Estados Unidos y América Latina, han publicado una impresionante cantidad de libros sobre la vida penal (36). Muchos de ellos se han popularizado y millones de copias se han leído por toda clase de personas. En términos generales se puede afirmar que todas las prisiones descritas en estos libros —al margen del estilo o del prestigio literario de sus respectivos autores, tienen, además de muchas otras características negativas, una serie de rasgos comunes como los siguientes: *mal trato de palabra* (gritos, insultos, groserías y otras indignidades parecidas) o *de hecho* (castigos sádicos, crueldades injustificadas y sufrimientos de todo tipo, no incluidos en el reglamento carcelario); *apiñamiento* por exceso de población penal en relación a la cantidad de celdas y otras facilidades existentes (lo que reduce al mínimo la vida privada de cada recluso y facilita el desarrollo de un volumen impresionante de conducta sexual irregular); *falta de higiene* (pulgas, piojos y toda clase de insectos y parásitos; desaseo y mugre en celdas, corredores, vestíbulos, salas de estar, etc., amén de falta de aire y de luz en las cel-

(35) Ver nota anterior (30), en su prólogo, pág. 6.

(36) En Francia: HENRY CHARRIERE: *Papillon*, Robert Laffont, París, 1969, 698 págs.; NICOLE GERARD: *Sept Ans de Penitence*, Robert Laffont, París, 1972, 468 págs. En Rusia: ALEXANDER SOLZHENITSYN: *El Primer Circulo*, Editorial Bruguera, Barcelona, España, 1969, 892 págs.; *Un Día en la Vida de Ivan Denisovich*, Plaza y Janés, Editores, Barcelona, España, 1970, 155 págs.; y *The Gulag Archipelago*, Harper and Row, Nueva York, 1974, 660 págs. En Inglaterra: TONY PARKER: *The Fringy Pan*, traducción española: La Sartén, Editorial Noguer, Barcelona, 1970, 281 págs. En Estados Unidos de América: Semanario “Time”, del 20 de septiembre de 1968, informe editorial sobre *Prisiones*; TOM BURTON and JOE HYAMS: *Accomplices to the Crime. The Arkansas Prison Scandal*, Grove Press, New York, 1969, 237 págs.; GRISWOLD, H. JACK, MISSENHEIMER, MIKE; POWERS, ART, and TROMANHAUSER, E’.: *An Eye for an Eye*, Holt, Rinehart and Winston, Nueva York, 1971, 304 págs.; MATHEW O. TOBRINER: *Due Process Behind Prisons Walls*, The Nation, del 18 de octubre de 1971; NORVAL MORRIS and GORDON M. HAWKINS: *Attica Revisited: The Prospect for Prison Reform*, in “Arizona Law Review, Universidad de Arizona, volumen 14, núm. 4, 1973, págs. 747-763; NORVAL MORRIS: *The Future of Imprisonment: Toward a Punitive Philosophy*, in “Michigan Law Review”, volumen 72, núm. 6, 1974, págs. 1161-1180; y *The Future of Imprisonment*, The University of Chicago Press, 1974, XIV y 144 págs. En Hispanoamérica: JOSÉ MARÍA ARGUEDAS: *El Sexto*, Editorial Horizonte, Lima, Perú, 1969, 206 págs.; JOSÉ LEÓN SÁNCHEZ: *La Isla de los Hombres Solos*, Antonio Lehman, San José, Costa Rica, 4.ª edición, 1971, 262 págs.; JOSÉ SEBASTIÁN ALDANA: *Retén de Catia*, 8.ª edición, Editorial Fuentes, Caracas, Venezuela, 1973, 286 págs.; HERNÁN VALDÉS: *Tejas Verdes. Diario de un Campo de Concentración en Chile*, Editorial Ariel, Barcelona, 1974, 174 págs.; JOSÉ REVUELTAS: *El Apando*, 4.ª edición. Biblioteca Era Narrativa, México, 1974, 56 págs.; GREGORIO CÁRDENAS HERNÁNDEZ: *Pabellón de Locos*, 2.ª impresión, Editorial Diana, México, 1974, 351 págs.

das); *condiciones de trabajo* (que fluctúan entre el ocio completo y la inícuca explotación de los penados, según sea la prisión de que se trate); *servicios médicos* (prácticamente inexistente en muchos establecimientos penales y grave insuficiencia en todos los demás, donde jamás existe un servicio médico o paramédico en servicio continuo de veinticuatro horas diarias y de siete días a la semana; además, lo disponible es de muy bajo nivel técnico y de un trato deplorable al recluso); *asistencia psiquiátrica* (que va desde su total ausencia hasta la extremidad opuesta, consistente en recluir disidentes políticos o rebeldes en hospitales para enfermos mentales); *alto índice de morbilidad* (sobre todo en materia de disentería, escorbuto, sarna y otras endemias típicas de recintos cerrados como las prisiones); *régimen alimenticio* (escaso, monótono y anti higiénico); *consumo de drogas* (tan frecuente o más que en la vida extramural, gracias a la venalidad y corrupción de ciertos funcionarios penales que permiten a algunos penados de su simpatía actuar como intermediarios en este lucrativo tráfico); *visitas y correspondencia* (restringidas exageradamente, en comparación con lo que establecen los reglamentos vigentes); *abusos sexuales* (incluyendo la violación de jóvenes reclusos recién ingresados, excesiva homosexualidad y masturbación, etc.); *atmósfera de violencia* (entre los mismos reclusos, lo que facilita la comisión de homicidios, lesiones graves, etc.); *tasa de suicidios* (muy superior al promedio en el ambiente extramural); etc.

Por cierto, que todas estas aberraciones son contrarias y violan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, ya mencionadas, y las normas establecidas por los Reglamentos Carcelarios de los diversos países. Pero, para qué seguir en este ejercicio tan inútil como masoquista. Baste con recordar que las prisiones no se cuentan, precisamente, entre las instituciones que sostienen y desarrollan la moral. Al contrario, la vida penal afecta el equilibrio mental y emocional de todo recluso, incluso del más estable entre ellos. "Es cosa terrible estar en prisión, sin que importe si el hombre es culpable o inocente. Nadie que no la haya sufrido puede comprender el grado en que la privación de libertad afecta al hombre. Aparentes trivialidades pueden asumir gigantescas proporciones en la vida de aquéllos que deben sufrir años de inalterable fastidio" (37). Quien no sea capaz de tolerar las tremendas dosis diarias de frustraciones, terminará en estados depresivos (expresados en suicidios o en automutilaciones horribles) o desarrollará graves tendencias agresivas contra reclusos o funcionarios (38). Se conocen no pocos casos de reclusos rusos que buscan la muerte fingiendo atentados de fuga en presencia de guardias armados. Estas tentativas de suicidio con la participación de los centinelas, se conocen como el "suicidio habitual", si bien existen otras técnicas más

---

(37) H. H. A. COOPER: *The All-Pervading Depression and Violence in Prison Life*, en el "International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology", volumen 18, núm. 3, pág. 221.

(38) En el mismo trabajo indicado en el número (37), pág. 220.

convencionales (39). Incluso la gente que no tiene un interés particular por las condiciones de vida de los reclusos, montan en cólera cuando descubren los abusos habituales a que están sometidos (40).

De esta terrible e interminable descripción, quisiéramos subrayar tres aspectos especiales, que representan otras tantas facetas de nuestra condenación ante la opinión pública: 1) La frecuencia con la que los jóvenes y los no tan jóvenes son violados por otros reclusos, apenas ingresan a la cárcel. En esta forma se destruye, cruel y definitivamente, el autorrespeto de la víctima, elemento indispensable para su posible readaptación; 2) Los casos de muerte —inhumana e innecesaria— de reclusos que sufren crisis agudas de enfermedades crónicas (edema pulmonar, diversos tipos de hemorragias internas, generalmente debidas a perforaciones de úlceras o varices del tubo digestivo), debido a la falta de atención médico-quirúrgica oportuna y adecuada; y 3) Los estados de excitación o depresión, agudos o crónicos, con sus consecuencias expresadas en hétero o autoagresión, es decir, en ataques homicidas o suicidas.

Personalmente tenemos la convicción que ni el legislador, el magistrado o los funcionarios penales tienen presente estos horrores en el cumplimiento de sus respectivas funciones y responsabilidades. La trágica realidad es, sin embargo, que ocurren con mucha mayor frecuencia de la que sospechan ellos mismos y toda la comunidad libre extramural. No cabe duda que el recluso es una de las víctimas de la sociedad y de sus sistemas legislativo, judicial, policial y administrativo, en lo que a materia penal se refiere. Nuestra permisiva "sociedad de consumo", rodeada de lujo tecnológico, egoísmo materialista y lasitud moral, sólo puede mostrar su total insensibilidad e indolencia por la suerte de aquellos de sus miembros que se pudren en la prisión. Este tipo de sociedad no se atreve a tomar medida alguna para mejorar su suerte, pues ello involucraría un cambio radical en su estilo de vida, a lo que no está dispuesta a aceptar o tolerar. Esto no es de sorprender. En la terrible atmósfera de violencia en que vivimos y la total indiferencia del hombre frente a los sufrimientos de sus propios congéneres libres, ¿a quién puede importar la suerte del penado? Aunque ello parezca una aberración, ella podría ser aún mucho peor, sin que ello altere en lo más mínimo el mar de indiferencia en que vive el hombre actual.

A pesar que la pena privativa de libertad no contribuye a disminuir la reincidencia, ni es intimidante en la prevención del delito, la prisión sigue siendo en la actualidad la herramienta más importante que tenemos a nuestra disposición para abordar el problema de la delincuencia. Hay millones de personas que siguen privadas de libertad, a pesar de la crisis gravísima por la que atraviesa la prisión. El excesivo optimismo respecto a la rehabilitación social del penado no ha prosperado. Muy por el contrario, hay cada vez mayor número de pe-

---

(39) "Amnesty International", ver nota (38), págs. 95-100.

(40) PIERRE SALINGER: *Je suis un Américain*, Stock, París, 1975.

nalistas y penitenciarios que hablan de “las condiciones criminógenas de la prisión” y de su total ineficacia en “la prevención del delito y el tratamiento del delincuente”. Parecería que la inevitable reforma penal que se avecina —pero que todavía no se vislumbra siquiera— no se logrará por la acción mancomunada de filósofos, políticos, legisladores, penitenciarios y ciudadanos de buena voluntad, sino que como consecuencia de una tremenda erupción de violencia, en forma de motines de reclusos, con funcionarios y guardias de prisiones sirviendo de rehenes y de víctimas; suicidios y asesinatos intramurales; la fuga de masas de penados; el consumo industrial de drogas; y tantos otros síntomas de la nueva patología penitenciaria. Nunca antes vimos la prisión con deficiencias tan numerosas como graves, ni su descrédito ha sido más universal.

Lo que necesitamos imperativamente en la actualidad, con mayor urgencia que nunca, es un nuevo reformador penal, un nuevo John Howard, que revise detallada y cuidadosamente toda la situación penal y sugiera los cambios indispensables. Para ello necesitará cantidades inagotables de inteligente comprensión y de sacrosanta paciencia; la doble habilidad del político y del científico; por último, deberá pertenecer a ese grupo tan raro de verdaderos pioneros, hombres de visión y sacrificio, capaces de pavimentar el nuevo camino que tendremos que seguir, a pesar de lo que sostengan los expertos y los profesionales de hoy. Es cierto que este tipo de personaje —la levadura de toda sociedad progresiva— no se prodiga en exceso y que sólo aparece en escena a enormes intervalos. Pero su aparición tampoco es imposible o milagrosa. Confiemos tan sólo en que se haga presente lo antes posible.

# La dosimetría penal en el Código español

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Doctor en Derecho. Letrado del Ministerio de Justicia.  
Profesor de Derecho Civil de la Universidad

SUMARIO.—I. Razón de ser de este trabajo.—II. Consideraciones previas: 1. Selección de conductas. A) Hecho básico. B) Circunstancias especiales adjuntas. a) Objetivas. b) Subjetivas. c) Complejas. C) Circunstancias genéricas. 2. Selección de penas. A) Individualización legal. a) En cuanto al número. b) En cuanto a la intensidad. c) En cuanto a la combinación de sanciones. B) Individualización judicial. a) En trámite de declaración. b) En trámite de ejecución.—III. Estudio de las penas incorporadas a cada figura delictiva: 1. Explicación del sistema adoptado. A) En cuanto al número de delitos tenidos en cuenta. B) En cuanto a penas complementarias. C) En cuanto al arbitrio judicial. 2. Examen general del Código. A) Libro II. Delitos y sus penas. Estudio de sus catorce títulos. B) Libro III. Faltas y sus penas. Estudio de sus cuatro títulos. 3) Cuadros generales. A) Exposición numérica. a) Delitos. b) Faltas. B) Resumen general. a) Delitos. b) Faltas. C) Proporcionalidad. a) Delitos. a') Por penas. b') Por títulos. b) Faltas. a') Por penas. b') Por títulos. D) Esquema final. a') Delitos. b') Faltas.—IV. Conclusiones. A) Enumeración. B) Consideraciones finales.

## I. RAZON DE SER DE ESTE TRABAJO

En muchas ocasiones, cuando por razón de mi actuación como Fiscal en la Administración de Justicia he debido de solicitar del Tribunal correspondiente una determinada pena, dentro de los límites establecidos en cada caso por el Código penal, o en tiempos mucho más lejanos tuve como Juez que fijarla, me asaltó la duda de si, aun dentro de la innegable y a nuestro juicio innecesaria y exagerada dureza que caracteriza a nuestro primer texto legal (1), al menos en muchos

(1) Un estudio comparativo del Derecho penal vigente en España puede examinarse en: RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español*. Parte General. Madrid, 1976, 5.<sup>a</sup> edición, págs. 81 y ss; ROSAL, Juan del: *Principios de Derecho Penal Español* (Lecciones), Tomo I. Valladolid, 1945, págs. 390 y ss.; BUENO ARÚS, Francisco: *La reforma del Código penal español*, de 1963. "Revista de Estudios Penitenciarios", núm. 162, julio-septiembre 1963.

de sus sectores, se mantenía o no ajustado al equilibrio que siempre e imprescindiblemente debe caracterizar a todo ordenamiento jurídico, especialmente al punitivo, cualquiera que sean los principios políticos que lo informen, en cuanto a la conjunción hecho delictivo y sanción penal y he de confesar, y en esta confesión me creo autorizado a incluir la muy valiosa opinión de un gran número de compañeros, magistrados, jueces y fiscales y también de muchos abogados, que el resultado de esa duda reflexiva ha sido, en general, la de aumentar la inquietud y la preocupación profesional y humana, inherentes al ejercicio de estas actividades y hacer nacer en ocasiones la perplejidad y el disgusto al comprobar que tal correlación delito-pena o no existe, a veces, o se da gravemente distorsionada, en función, al menos, de los presupuestos y coordenadas imperantes en la sociedad actual. Es decir, frente a hechos análogos o relativamente análogos, descritos como infracciones delictivas por el legislador, no se produce en infinidad de ocasiones, la misma analogía en cuanto a la pena o penas que a las mismas se asocian, a pesar de tener unos y otros delitos igual cantidad y calidad de ofensa a la solidaridad comunitaria dentro de la relatividad y de la dificultad que siempre y necesariamente acompaña a estas expresiones. Sólo el fino instinto de justicia de nuestros jueces y tribunales y la exquisita sensibilidad de cuantos intervienen en estas delicadas y complicadas tareas de enjuiciar conductas humanas son capaces de superar las evidentes y graves contradicciones legislativas (2). Y esta es, precisamente, la razón de ser de este trabajo y las ideas que en él pretendo desarrollar y que aún cuando, como ya ha quedado anticipadamente expresado, tiene un indiscutible sentido crítico porque ha nacido de la insatisfacción tantas veces sentida al aplicar las normas penales en los supuestos en los que el Derecho penal no consigue una profunda dosis de armonía, lo que hay que reconocer que no siempre es fácil, va a desarrollarse, en cambio, a través de unos cauces fundamentalmente descriptivos a fin de que en otro momento, si hay lugar para ello, con una mayor reflexión propia y ajena, pueda proyectar una elaboración más acabada de posibles soluciones al grave problema de la dosimetría penal, es decir de la medición punitiva.

La finalidad de este estudio es, pues, muy concreta y muy elemental: ofrecer unos cuadros generales de las penas, incorporadas a todos los delitos y faltas descritos en el Código, para que de su simple expo-

---

(2) Probablemente, todo nace, en gran parte al menos, de la inmensa dificultad de hacer realidad el Derecho y en especial el Derecho penal. La paz, dice BERISTAIN (*Medidas penales en Derecho contemporáneo*. Reus, 1974, pág. 19), fruto principal del quehacer jurídico, exige en grado sumo comprensión y respeto al "otro", al distinto. La verdadera paz implica el reconocimiento de la persona como algo sano, misterioso e intangible. El penalista debe armonizar la búsqueda infatigable de la paz en el cumplimiento constante de su deber sancionador. He aquí la intinomia de la misión punitiva. Quien labora en el Derecho penal, avanza a caballo sobre dos fuerzas en buena parte opuestas: La justicia y la sanción. La primera suele definirse como el arte de dar a cada uno lo suyo. La segunda como el deber de quitar al delincuente algo suyo.

sición pueda descubrirse, si es razonable cuanto acabo brevemente de exponer, el deficiente tratamiento seguido por el mismo. Pero obsérvese bien que no se trata primariamente de una crítica, sin más, al pasado (3), sino del deseo de adecuar para nuestro inmediato futuro que se hace cada día presente, vida, exigencia social y Derecho, que es en definitiva armonía, paz y equilibrio.

## II. CONSIDERACIONES PREVIAS

De cuanto queda indicado puede obtenerse ya la conclusión de que no hay apenas necesidad de apoyar el desarrollo de este trabajo con abundantes citas bibliográficas o jurisprudenciales, dado que sus bases de partida y llegada están constituidas por una simple exposición de datos extraídos del propio Código. Aun así, pretendemos arropar lo que puede considerarse núcleo y razón de ser de este estudio con algunas consideraciones previas referidas a la forma en que, según nuestra modesta opinión, debiera procederse para llevar a cabo la difícil y comprometida labor de construir un Código penal o de reformarlo, lo que debe implicar la previa presencia de unas ideas muy claras y precisas sobre cuáles sean las finalidades que se persiguen y sobre cuáles son los instrumentos técnicos que se van a utilizar, para cuyo esquemático desarrollo sí nos vamos a respaldar en varias citas de la doctrina científica a fin de que nuestra exposición obtenga un mayor grado de credibilidad y de acierto.

### 1. Selección de conductas.

Lo primero que tiene que hacer el legislador, partiendo del presupuesto inicial y básico de que representa democráticamente (4) los intereses, las inquietudes y las exigencias sociales, es, como ya expresé en otras varias ocasiones (5), meditar muy seriamente sobre cuáles hayan

---

(3) Al pasado sólo se le puede juzgar adecuadamente colocándonos de manera misteriosa, en la época histórica que tratemos de enjuiciar. Mi convicción es que nuestro Código, que nació ya con defectos graves de desequilibrio penal ha visto progresivamente aumentar el desnivel porque no ha sabido, no ha podido o no ha querido concordar los niveles de auténtico rechazo social de determinadas conductas. (Algunas ni siquiera tipificadas en el Código con las correspondientes penas).

(4) La raíz democrática del Derecho no radica en que participen muchos en la elaboración de las normas y en que se debaten parlamentariamente palabra por palabra, dice Hernández Gil. Es más profunda: Deriva de una auténtica voluntad colectiva traducida en un sistema de convivencia regido por el Estado, eco más inmediato de esa voluntad colectiva y significa también una vocación de sometimiento al Derecho que no es un mero instrumento del poder (*Formalismo, autoformalismo y codificación*. Madrid, 1970, pág. 28).

(5) RUIZ VADILLO, Enrique: *Contribución al estudio de la reforma del Código penal*. "Revista de Derecho judicial". Separata; RUIZ VADILLO, Enrique: *Ideas sobre una posible y nueva estructuración del Ordenamiento jurídico-penal*. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". Julio 1974.

de ser efectivamente aquellos bienes que deben obtener la protección penal. Los tiempos modernos, dice Fernández Rodríguez (6), demandan soluciones en el campo del Derecho que actualicen éste a las necesidades sentidas y en este sentimiento no cabe duda que ha de imperar el respeto a la buena convivencia entre los ciudadanos y especialmente al medio social en que éstos viven y se desarrollan.

A esta tarea la podríamos llamar de búsqueda y hallazgo de los niveles medios de antijuridicidad penal en una determinada sociedad y época. Es decir, se deben seleccionar (7) todos los bienes jurídicos que sean dignos de protección penal, por su especial significación y relieve, sin omitir ninguno, puesto que la ocultación de los que debieran ser incluidos (8) atenta gravemente al principio de equilibrio que debe caracterizar a los ordenamientos jurídicos, procurando inmediatamente después, que esta protección, más o menos extensa e intensa, sea directamente proporcional al valor y a las características del bien protegido. Estos niveles necesariamente tienen que venir dados por las circunstancias sociales de cada instante. Esta idea es para mí, cada día, más primaria, más fundamental y más evidente, sin que, a nuestro juicio, haya necesidad de insistir nuevamente en la carencia de unas normas jurídicas concretas, eternas y absolutas (9) que pudieran facilitar, en cada momento, las justas soluciones, como se obtienen los ticks del peso en una báscula automática. Existen, sí, unos principios generales de orientación, más o menos invariables, pero sus aplicaciones cambian y seguirán cambiando constantemente en el tiempo y en el espacio. Así, en el Derecho penal ha de afirmarse que la reacción punitiva debe ser proporcionada a la gravedad de la acción, que las

(6) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio: *Consideraciones sobre el delito y la pena*. En "Ensayos penales", pág. 104. Universidad de Santiago de Compostela, 1974.

(7) Sobre la noción de tipo penal, TORIO, Angel: *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*. ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1972, página 74. Separata.

(8) La tarea es difícil, comprometida y de muy grave responsabilidad. Por eso ha de hacerse con atenta reflexión, con muy recta intención y con el decidido propósito de ser no protagonista, sino notario de una realidad social. No se puede asignar a la pena una finalidad de ejemplaridad si el que la sufre y la sociedad entera que contempla ese sufrimiento saben que otras conductas tan graves o más que aquella que ha sido objeto de sanción, permanecen marginadas del Derecho penal porque no se tipifican como delitos (problema legislativo) o porque no se descubren y sancionan (problema de investigación).

(9) RUIZ VADILLO, Enrique: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*. 8.ª Ed. Prólogo del profesor Hernández Gil, pág. 24: Esto puede explicar, a mi juicio, que el Derecho positivo, sin dejar de tener sus raíces en el Derecho natural, sufra periódicamente importantes modificaciones y que cada pueblo tenga su propio y específico ordenamiento. El hombre, en su dimensión social, descubre cada día nuevos horizontes para su desarrollo y plenitud física, espiritual y económica y el andamiaje para sostener y dar firmeza a ese desarrollo viene constituido precisamente por las normas jurídicas que pueden ser distintas en cada momento y lugar y, sin embargo, ser todas justas, si se conforman cada una con la razón, que también evoluciona socialmente, con la naturaleza, la cultura y la historia.

normas deben buscar la justicia, la seguridad y el bien común, que éstas han de ser interpretadas buscando la plenitud de su esencial finalidad (10), que frente a situaciones iguales las soluciones también han de serlo, que no debe haber pena sin culpa, que la dignidad y libertad humana deben ser respetadas, que nadie debe ser condenado sin que el delito y la pena estuvieran anticipadamente señalados, etc., pero aun en este sentido no es infrecuente comprobar no sólo en el pasado sino incluso en el presente, y desgraciadamente seguirá sucediendo en el futuro, desviaciones más o menos acusadas de estos principios y hasta su total marginación y olvido. Todo lo demás es cambiante y contingente: Los bienes, dentro de ciertos sectores, que han de ser objeto de defensa penal, el grado de ésta, el concepto de escándalo público, la idea de imputabilidad, el concepto de vida, de honor, de propiedad, la noción de la pena, su justificación y como consecuencia sus modalidades, etc. Todo es mudable aunque la mudanza apenas sea perceptible cuando se vive muy cerca o incluso dentro de la propia sociedad que cambia, pero ciertamente es bien visible en cuanto conseguimos una cierta perspectiva aunque no sea ésta real, sino simplemente imaginada. Sin distanciarnos excesivamente ni en el espacio ni en el tiempo, dentro de nuestra nación y en nuestros días, la afirmación es perfectamente comprobable. Guste o no guste, la circunstancia de que se hayan hecho manifestaciones populares, más o menos numerosas y tumultuosas en relación con la despenalización del adulterio es bien significativa, y otro tanto puede decirse en cuanto hace referencia al aborto (11) y a otras figuras penales, lo cual no se puede atribuir exclusivamente (aunque es evidente que ha influido) al profundo cambio político producido últimamente en España, en orden a una mayor libertad de expresión, sino también y principalmente a un proceso de cambio y de evolución acaecido en nuestra sociedad (12). Los pro-

---

(10) Sobre la interpretación de la norma penal: RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal. Parte General*, págs. 154 y ss.; TORIO, Angel: *Motivo y ocasión en el robo con homicidio*. ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1970, pág. 608. Separata.

(11) V. la prensa de los primeros días del mes de enero y de febrero en relación con el aborto. En "El País" del día 22 de enero de 1977 se decía: "Dos tercios de las mujeres pueden abortar legalmente en el mundo. España: un delito penalizado con cárcel".

(12) DEL ROSAL, Juan: *Esquema de un anteproyecto de Código penal español*. Madrid, 1964, pág. 60: Se debe ponderar del mejor modo, la dimensión ética, integrativa del precepto penal. De suerte que la pena no debe proteger, con su poderoso acento intimidativo aquellos intereses o utilidades de pura creación momentánea, a no ser que la urgencia requiera la elaboración de una legislación especial. Si el Código penal, se ha dicho, es la tabla de los valores morales de un pueblo, dicho se está que las imágenes delictivas contenidas en el libro II del Código penal, deberán captar aquellos valores o bienes o situaciones que sean expresivos del patrimonio universal o Nacional de un país, con las singularidades propias de una fase histórica. En una palabra, se debe lograr que la sintaxis penal no defienda situaciones ni valores de estricto carácter formal o, como se decía en la terminología decimonónica "de pura creación política", pues aunque las leyes penales son armas

blemas que hoy ofrece la presencia de la pena de muerte en el Código, son un dato más, y por supuesto importante, en el horizonte social y político de España.

Esta misión legislativa, a la que nos estamos refiriendo, ha de hacerse con realismo y practicidad, no reñido con la utilización de la más depurada técnica, para evitar que una vez más el desfase y el distanciamiento inmenso entre el Derecho y la vida sean tan enormes que apenas haya la posibilidad de hacerlos coincidir alguna vez. Por otra parte, para que la conjunción Derecho-Comunidad sea una realidad ha de buscarse la colaboración paralela de filósofos, sociólogos, psicólogos, psiquiatras, médicos, en general; juristas de otros campos, etc., para que entre todos y de manera que sea auténticamente representativa y popular, utilizando la palabra popular en su más honda y legítima significación, fijar el máximo de tolerancia social desde el punto de vista jurídico punitivo, por encima del cual debe aparecer la sanción penal (13).

Y decimos esto porque creemos que nadie pone o debe poner en duda que el Derecho necesita de la asistencia activa de quienes van a ser sus destinatarios. De ahí que sin dejar de ser una ciencia y en gran parte un difícil arte, deba procurar su enraizamiento en la sociedad a la que sirve para lo cual es preciso que sus normas sean sencillas, que su lenguaje sea asequible a la mayor parte de los ciudadanos y que su contenido se identifique con el pensamiento, las necesidades y las exigencias de la comunidad para que éstas sean en el ordenamiento no un conjunto de preceptos fríos y distantes, sino, una regulación hecha para ella y exactamente a su medida. El Derecho no puede ni debe vivir de espaldas a la realidad; cuando esto acontece, la norma es despreciada o combatida y cualquiera de estas actitudes resulta gravísimamente perjudicial para una armónica y pacífica convivencia. Hay que conseguir que el ordenamiento jurídico sea asimilado y aceptado por los más, para que de esta forma los menos, los rebeldes a toda convivencia organizada, se vean precisados a someterse a él voluntaria u obligatoriamente.

Inmediatamente después de concluida esta primera fase debe procederse a la determinación de cuáles sean las conductas anteriormente seleccionadas que por sus características relativamente análogas permiten una agrupación homogénea y relativamente unitaria para formar con ellas, primero los títulos y después los capítulos, secciones, subsecciones, etc., decisión ciertamente importante por la incidencia que la inclusión de un delito en una u otra zona legal tiene en la fijación de las correspondientes penas y medidas de seguridad y en otros muchos aspectos jurídicos.

---

de defensa, sin embargo, la espada de la justicia penal no puede exponerse a que se melle por su uso inmoderado.

(13) Aquí no pueden darse reglas apriorísticas. El Derecho penal ofrece una silueta distinta en cada época y en cada lugar y no hay que rasgarse las vestiduras porque acontezca así. Los niveles de tolerancia penal los debe dar la sociedad. No hay criterios ni baremos inmovibles.

En relación con este tema hay que decir lo siguiente: 1.º Que cuestión previa es la de decidir qué criterio se va a utilizar para llevar a cabo este agrupamiento. 2.º Que es innegable el desacuerdo que en este sentido (en muchos de sus apartados) acompaña a nuestro Código, con la natural repercusión en varias de sus instituciones. 3.º Que si como nosotros creemos el punto de vista determinativo de la homogeneización debe serlo el de la naturaleza del bien jurídico protegido, ha de tenerse especial cuidado en no involuctar y confundir situaciones que sólo tienen entre sí muy lejano parentesco (cf. por ej. el Título V en general y dentro de él las dos secciones del Cap. II). 4.º Que si se sigue entendiendo que volver a delinquir, incidiendo dentro del mismo grupo de delitos, encierra una mayor gravedad que hacerlo en relación con otro u otros distintos, es decir si se considera, por ejemplo, que cometer un delito de lesiones, después de haber sido sancionado por otro de igual naturaleza encierra mayor gravedad que cometer un robo, no puede admitirse la solución, en muchos casos ciertamente absurda, de identificar reincidencia con la simple inclusión del nuevo delito en el mismo título, porque en muchos casos los títulos no gozan de homogeneidad alguna, como acabamos de señalar (14). 5.º El remedio creemos que puede estar en reducir el campo de la reincidencia específica no a los títulos sino a los capítulos, o si acaso establecer dos tipos de reincidencia: una de apreciación obligatoria que se produciría sólo cuando los delitos estuvieran dentro del mismo capítulo y otra de apreciación discrecional, en cuanto a los efectos especialmente agravatorios de tal reincidencia, que se daría cuando aquéllos estuvieran en el mismo título. Apreciándose por el Tribunal que la anterior condena incluida dentro del mismo título, pero no dentro del mismo capítulo no ofrecía la adecuada analogía, no actuaría como reincidencia, produciendo en cambio los efectos menos graves de la reiteración (15). 6.º Las formas culposas jamás deben conjugarse con las dolosas para formar la reincidencia. De ahí la necesidad de retocar la definición de reincidencia recogida en la circunstancia 15 del artículo 10 porque es absurdo que cuando el legislador tipifica dentro de un mismo título formas dolosas y culposas, erradicando estas últimas del ámbito del artículo 565, puedan posteriormente unas y otras, servir para dar lugar a la agravante de reincidencia a pesar de la distinta naturaleza que las caracteriza. 7.º Debe volverse legislativamente al criterio que, a partir

(14) Cf. por ej., el Título V, que se refiere a la infracción de las leyes sobre inhumaciones, violación de sepulturas y delitos de riesgo, en general.

(15) El sistema quedaría así: Reincidencia propia o específica.—Dentro del mismo capítulo. Produciría obligatoriamente los efectos que ahora establece la regla 6.ª del artículo 61.

Reincidencia impropia o genérica.—Dentro del mismo título. Produciría estos efectos sólo si el Tribunal expresamente lo determinara. En otro caso tendría las mismas consecuencias que la reiteración.

Reiteración.—Repetición de condenas en la forma actual.

Mi criterio, en orden a las circunstancias modificativas, puede verse en: "Ideas sobre una posible y nueva estructuración del Ordenamiento jurídico penal", citado.

de la sentencia de 25 de enero de 1972, estableció nuestro Tribunal Supremo en orden a la multirreincidencia, único correcto conceptual, social y jurídicamente y que a nuestro juicio, erróneamente, fue corregido por vía legislativa. 8.º En cuanto a los grupos delictivos que podrían construirse se me ocurren de manera muy provisional y muy poco reflexiva, en forma casi de improvisación, los siguientes: Orden constitucional y político, nacional e internacional (16) (traición, derecho de gentes, protección del Jefe del Estado y altas autoridades e instituciones, a las leyes fundamentales, derechos humanos, rebelión y sedición, terrorismo...); orden social (atentados, desacatos, etc., desórdenes públicos, tenencia de armas, escándalo público, salud pública, incendios, etc.) orden económico (delitos monetarios, evasión de impuestos, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, quiebras, emisión de cheques en descubierto, libertad y seguridad en el trabajo, etc.); orden administrativo (inhumaciones, seguridad del tráfico, juegos, prostitución, etc., por una parte y por otra prevaricación, desobediencia y denegación de auxilio, malversación, negociaciones prohibidas); orden personal (general: vida e integridad corporal, incluyendo la violación y los abusos deshonestos violentos (17)]; integridad moral (injurias y calumnias, difamación); integridad jurídico-civil (usurpación del estado civil, etc.); otros (libertad y seguridad); integridad patrimonial (uso, disfrute y propiedad de los bienes); menores: corrupción, estupro, raptó (18). Estos, con las adecuadas correcciones, serían los títulos; los capítulos precisarían mucho más la identidad de naturaleza. 9.º Entendemos que debe suprimirse dentro de la clasificación de los delitos por razón de su persecución: públicos, semipúblicos y privados, el último grupo. Es decir, los delitos de adulterio y de amancebamiento deben desaparecer como tales delitos y los de injuria y calumnia deben transformarse en semipúblicos, pues no entiendo ni entendía nunca porque la defensa del honor o de la honra, ha de producir tan graves, enojosas y costosas obligaciones al agraviado. Bien está que se mantenga que estos delitos sólo se perseguirán cuando el ofendido lo decida, pero no que se le imponga el gravamen de la querrela y acusación (cf. art. 467 del Código penal), y 10.ª La imprudencia debe trasladarse a la parte general como forma de culpabilidad que excepcionalmente puede tener incidencia en la parte especial cuando el legislador quiera expresamente limitar en algunas figuras penales

---

(16) SAÑEZ DE PIPAON Y MENG, Javier: *Delincuencia política internacional*. Madrid, 1973; RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal*. Parte General y Parte Especial. Esta última, en cuanto a las interesantísimas consideraciones que allí se recoge en orden a la sistemática de nuestro Código.

(17) La violación y los abusos deshonestos violentos no son, a mi juicio, delitos contra la honestidad, que no tiene, sin más, que ser objeto de protección penal, sino contra la persona en algo que por afectar a su propio cuerpo puede asimilarse a los delitos contra la vida y la integridad corporal.

(18) En este sentido, habría que hacer muchas precisiones que, en razón a la finalidad de este trabajo, omitimos.

su ámbito, reduciéndolas, en cuanto a su relieve penal, a sus manifestaciones dolosas.

#### A) *Hecho básico.*

El legislador penal, como hemis visto, debe aislar el hecho que puede considerarse núcleo y base del delito y debe hacerlo de la manera más concreta, más clara y más precisa posible para que el principio de legalidad, que consideramos fundamental e imprescindible, pueda hacerse permanente realidad sin quiebra ni fisura de ningún género. Este aislamiento no exige a veces otra cosa que la pura y elemental descripción de un acontecimiento humano, así, «el que matare, a otro» del artículo 407 (19), mientras en otros supuestos conlleva una serie de ingredientes más o menos complementarios, así el que practicare o hiciere practicar una inhumación contraviniendo lo dispuesto por las leyes o reglamentos respecto al tiempo, sitio y demás formalidades prescritas para las inhumaciones, del artículo 339 (20).

#### B) *Circunstancias especiales adjuntas.*

Claro que en muchos casos, por razones de una u otra índole, el legislador estima procedente perfilar, de manera más acabada, el proceso de individualización de las conductas humanas, elevadas al rango de delito y de muy diversas formas va reduciendo su ámbito y su extensión, en un proceso relativamente análogo al que se produce dentro de la teoría general de las obligaciones, en el Derecho civil, desde la obligación genérica pura a la específica, pasando por las llamadas genéricas limitadas. Por ejemplo, el artículo 383 que contempla la solicitud de una mujer por un funcionario público y con él todos los preceptos que hacen referencia a una cualidad especial del sujeto activo, presuponen no sólo la conjugación del verbo en que la acción consista (falsificar, detener, etc., en este caso solicitar), sino que además exigen una específica condición en quien los realiza. Los casos en que de una u otra forma el legislador reduce la esfera de aplicación de un precepto penal vienen a ser realmente infinitos y aunque nos gustaría hacer una clasificación sistemática en orden a cuáles son, en nuestro Código, los supuestos de circunstancias sobreañadidas, a cuál es su respectiva naturaleza, a cuáles son los motivos que en cada caso han podido inclinar al legislador a hacerlo y finalmente a cuál sea su funcionamiento e incidencia posterior (y el tema nos parece enormemente interesante) no son ahora momento ni ocasión de realizarla. Pensemos, por ejemplo en el artículo 120 que impone la pena de reclusión mayor a muerte al español que induzca a una potencia extranjera a declarar la guerra a España, si llegara a declararse (lo que puede ser incluso ajeno a su voluntad), o en el artículo 306 que exige:

(19) El añadido "como homicida" no conduce a nada. V. DEL ROSAL, Juan.: *La personalidad del delincuente en la técnica penal.*

(20) En este caso se trata de una norma penal en blanco que se integra con un mandato de naturaleza administrativa.

no sólo la comisión de algunas de las falsedades designadas en el artículo 302, sino además que se hagan con perjuicio de tercero o con ánimo de causarlo o el artículo 563 bis b, núm. 3.º que además de exigir que el tomador de un cheque o talón de cuenta corriente se lo entregue a otro, con cualquier fin, impone que lo haga «a sabiendas de su falta de cobertura», etc.

### C) *Circunstancias genéricas.*

Las circunstancias que se adhieren al tipo o a los tipos penales tienen unas veces un sentido de complementariedad específica, como las que hemos visto ahora mismo y otras un sentido de complementariedad genérica general (circunstancias modificativas aplicables a todos los delitos; por ejemplo la reincidencia o la reiteración núms. 15 y 14 del art. 10) o genérica especial (cuando sólo son aplicables a un grupo más o menos extenso; por ejemplo la alevosía núm. 1 del art. 10 que sin embargo en el asesinato actúa como específica, art. 406 o el arreptimiento, núm. 9 del art. 9). Como se sabe la incidencia de la pena es distinta en unos y otros casos y el tratamiento procesal también es divergente (21) y la pregunta en este sentido es la siguiente: ¿qué razones han movido al legislador a incorporar unas veces, determinadas circunstancias (subjetivas u objetivas) al tipo, formando un nuevo delito (homicidio + alevosía = asesinato; hurto + abuso de confianza o hurto + reincidencia múltiple = hurto agravado que forman delito autónomo) y dejar en otras que tales adiciones no alteren la sustantividad del delito (robo + reincidencia múltiple = robo con una circunstancia de agravación)? La verdad es que no siempre, a nuestro entender, se perciben unos criterios suficientemente unitarios, razonables y coherentes en el sistema y a veces parece que ha sido el puro azar el que ha determinado la forma legislativa de proceder. Por ejemplo, en los supuestos de hurto agravado que se contemplan en el artículo 516 o en las lesiones del anteúltimo párrafo del 420.

## 2. SELECCION DE PENAS

En este apartado se presenta inevitablemente un problema definitivamente importante y con el que tampoco nos vamos a enfrentar ya que en razón a la naturaleza del trabajo hemos de darlo por resuelto y de su solución, tal como se nos ofrece en el Código vigente, partir, aunque de la dirección que se pueda dar en el futuro dependerá en una gran parte el enfoque general y particular de todas o de casi todas las demás cuestiones. Nos referimos nada más y nada menos que a la justificación general de la pena (22), a los factores concretos que

(21) Recordemos, por ejemplo, las limitaciones del principio acusatorio en el Derecho procesal penal. RUIZ VADILLO, Enrique: *Lecciones de técnica Judicial penal*. 2.ª Ed. Prologada por el profesor RODRÍGUEZ DEVESA. Universidad de Deusto. Bilbao, 1976.

(22) La pena tanto en su aspecto cualitativo, como en el cuantitativo debe ser consecuencia de dos factores: El grado de protección concedido

han de decidirla en sus distintas manifestaciones y a su justa determinación. La pena, creemos nosotros, no tiene sobre sí una razón de justicia absoluta; pensar que el Estado, cual un diminuto Dios impone penas con la única finalidad de restablecer abstractamente el equilibrio social perturbado por el delito, nos parece un error (23).

Cuando se dice que la pena restablece el equilibrio perturbado por el delito, entendemos que (ese es al menos el sentido que doy a la expresión) lo que realmente se quiere decir, es que la sociedad queda relativamente compensada con la pena, considerando que a quien delinquirá y a quienes pudieran tener intención de hacerlo, les servirá de escarmiento y que el perjudicado encontrará una cierta satisfacción moral y siendo posible económica con la condena. De ahí a pensar en una previa armonía social que se rompe con el delito y en un sistema de pesas y contrapesas para reconstruirla media un abismo.

La pena, como casi todas las instituciones jurídicas, no responde a una única motivación, son muchas y variables las causas que la generan y la respaldan moral y jurídicamente. La pena puede justificarse en base a unas exigencias sociales cambiantes en función del tiempo. De ahí que el Derecho necesite cada vez con mayor fuerza de la colaboración de otras ciencias para llevar a cabo su cometido. Podemos preguntarnos hoy, ¿hasta qué punto ejemplarizan las penas? ¿Qué grado de intimidación general supone cada una? ¿Cuál es el grado de eficacia de las penas en orden a la reinserción comunitaria de quien la sufre? ¿Qué penas deben sobrevivir? ¿Cuáles deben ser creadas? ¿Cuáles modificadas y en qué sentido?

Siguiendo nosotros con el problema del que nos venimos ocupando, de cuál deba ser el proceso a seguir por el legislador en la creación de un Código penal o en su reforma, digamos enseguida que rechazamos en principio el dualismo pena-medida de seguridad y que nos parece

---

al bien jurídico en función de su relieve y a la culpabilidad del sujeto, complementado por el grado de perfeccionamiento, de participación, circunstancias concurrentes, etc., etc.

La pena, dice RODRÍGUEZ DÈVESA, José María (*Derecho penal. Parte General*, pág. 74) es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la Ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente, al que ha cometido un delito. Desde un punto de vista estático es simplemente la consecuencia primaria del delito. El delito es el presupuesto necesario de la pena. Dinámicamente considerada la pena tiene primordialmente los mismos fines que la Ley penal: la evitación de las conductas que la Ley prohíbe o manda ejecutar. Esta finalidad se trata evidentemente de conseguir tanto al nivel de la amenaza legal general como de la imposición y ejecución concreta sobre un determinado individuo perteneciente a la comunidad, mediante un doble efecto que se denomina prevención general cuando opera sobre la colectividad como un freno en muchas conciencias y prevención especial operando sobre el que ha cometido el delito para que no vuelva a delinquir.

(23) Imponer, dice ROEDER (citado por PUIG PEÑA en *Derecho Penal*, tomo I, 1944, pág. 579), un padecimiento a cualquiera, con plena conciencia de ello para hacerle mal, es y será siempre, por más que se quiera adornarlo y embellecerlo, un acto de perversidad, mediante el cual el Derecho humillado y escarnecido mal podrá restaurarse ciertamente, respondiendo al mal con el mal y a la injusticia con la injusticia.

peligrosísimo la generalización de estas últimas, si es que las mismas pueden imponerse, como ahora, con carácter predelictual. En España a las medidas de seguridad las ha salvado el tacto y el gran espíritu humano y jurídico de los jueces y magistrados que las han aplicado y las siguen aplicando, pero el sistema no nos parece correcto. Las penas deben considerarse como las consecuencias que en cuanto derivación del delito establece la Ley y debe abarcar las que ahora reciben esta denominación y paralelamente las llamadas medidas de seguridad (24). Todos son, en definitiva, instrumentos de corrección y de intimidación individual y social que si son legítima y legalmente utilizados pueden producir el impagable beneficio de la paz social.

Por eso nosotros entendemos que debiera existir un muy amplio catálogo de penas, tan extenso y variado como aconsejen las circunstancias y que debiera abarcar las actuales penas y medidas y otras sanciones que debieran ser incluidas en el sistema. Todo lo que adecuada, digna y eficazmente contribuya a la paz social, a la reconstrucción espiritual del delincuente (en los casos en que esto sea preciso, pues en otros muchísimos no lo es, por ejemplo en los delitos llamados políticos puros) y a la razonable intimidación psicológica colectiva debe ser incorporado a la escala de penas, haciendo desaparecer las medidas de seguridad en cuanto a su condición predelictual.

Presupuesto este catálogo al que luego nos vamos a referir con un poco más de detalle, procede determinar cuáles hayan de ser las penas que, en general, se han de adscribir a cada grupo de delitos; así habría que decidir qué tipo de penas van a corresponder a cada tipo de delincuencia, por ejemplo frente a los delitos contra las personas van a asociarse penas privativas de libertad, restrictivas de derechos y pecuniarias, etc. Para ello ha de buscarse un equilibrio (25) entre

---

(24) BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Medidas penales en Derecho contemporáneo*.

(25) RUIZ VADILLO, Enrique: *Ideas sobre una posible y nueva estructuración del Ordenamiento jurídico-pena*.

(25) La proporcionalidad del delito y-la pena es, según ANTÓN ONECA, una exigencia de ejemplaridad que constituye para él la manifestación más importante de la prevención general. Sólo será ejemplar la pena proporcionada a la gravedad del delito (cit. por CEREZO: *Curso de Derecho penal español*. Parte general, Introducción. Editorial Tecnos, página 23).

La pena, dice CEREZO MIR (*Curso...* págs. 24 y ss.) es una especie del género sanción jurídica, la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico que encuentra su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro. La pena ha de ser justa, adecuada a la gravedad del delito, pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social. La aplicación de la pena implica una afirmación del ordenamiento jurídico y en este sentido es retribución. La pena, al tener su fundamento en la gravedad del delito cometido, es decir, en la medida de lo ilícito y de la culpabilidad, permite la expiación de la culpabilidad. La proporcionalidad del delito y de la pena es una exigencia, pero sirve sin duda a la prevención general, que consiste principalmente en la ejemplaridad y sólo en segundo término (cuando se trata de infracción de carácter político o económico irrelevantes desde el punto de vista ético social o cuya relevancia sea escasa)

la excesiva individualización legislativa y la injustificada, cuando es desmesurada, discrecionalidad judicial y sobre todo, haciéndolo compatible con el más profundo y absoluto respeto a la dignidad humana del condenado, que jamás debe perderse de vista. Ha de buscarse eficacia por encima de todo (corrección verdadera desde el punto de vista individual e intimidación o amenaza psicológica desde el social). No se olvide que las penas excesivamente duras no consiguen otra cosa a la larga que desmoralización y revanchismo y que si la pena degrada y humilla innecesariamente a quien la sufre en su imposición o en su cumplimiento jamás volverá a insertarse en la comunidad de la que salió.

El esquema general de penas pudiera ser tal vez este (26) u otro parecido a éste si nuestras ideas son acertadas:

- Privativas de libertad (reclusión, prisión y arresto).
- Restrictivas de libertad (confinamiento y destierro).
- Privativas de derechos (inhabilitación).
- Restrictivas de derechos (privación de los permisos de conducir vehículos de motor o de navegación marítima y aérea; privación temporal o definitiva de tener establecimientos abiertos al público (por ejemplo para que el que estafó prevaliéndose de su negocio), o industrias (por ejemplo a quien con la ayuda contaminó dolosa y gravemente el ambiente y aquí el dolo debe hacerse coincidir con la conciencia de que se está contaminando), etc.

en la intimidación. La proporcionalidad del delito y de la pena sirven también en muchos casos a la prevención especial. Una pena justa, adecuada a la gravedad del delito es más favorable a la corrección o enmienda del delincuente que una pena desproporcionada o injusta.

La concreción legal y posteriormente particularizada de la sanción al delincuente, dice DEL ROSAL (*Tratado de Derecho penal español. Parte General*, vol. II. Ed. Darro. Madrid, 1972, pág. 401), supone en primer lugar una ponderación de los bienes protegidos en los diversos entes penales como un destaque del reproche social de los comportamientos y sus circunstancias, habida cuenta de las ideologías histórico-social imperantes.

Aquí se entrecruza la política de una serie de factores históricos que condiciona la política de cada provincia penal. Y en consecuencia la pena habría de ser justa, si bien la consideración de justicia en uno y otro momento diverge, en razón que la conminación legal se fija abstractamente, en tanto que la condena se tiene que concretar, en base a unas circunstancias que a veces no han pesado en la redacción legal de la penalidad. Así se justifica el cuadro y la graduación de las penas y el arbitrio de los Tribunales. Lo que interesa destacar aquí es que la pena habrá de ser justa, que equivale, claro está, a que el legislador y los Tribunales estimen la pena en virtud de determinados objetos de referencia. El sentido retributivo de la pena impone su conexión inmediata con el hecho realizado y por consiguiente con la culpabilidad del autor, reproche especificado por lo general en el hecho. La pena, termina diciendo DEL ROSAL, es justa si se adecúa al acto perpetrado.

(26) El Código penal argentino establece las siguientes penas: reclusión, prisión, multa e inhabilitación (art. 5). La pena de reclusión perpetua o temporal se cumplirá con el trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto (art. 6.º). La pena de prisión perpetua o temporal se cumplirá con trabajo obligatorio en establecimiento distintos de los destinados a los reclusos.

— Pecuniarias (días-multa).

— Otras: Presentación y/o vigilancia de la autoridad y sus agentes; arrestos fin de semana, arresto domiciliario, prohibición de acudir a ciertos establecimientos o espectáculos, publicación de la sentencia, reprensión, prestación de trabajo en centros de utilidad social, caución, etc.

Hecha provisionalmente la agrupación de delitos y la atribución de penas, antes de hacerla definitiva, debe el legislador para comprobar el acierto o desacierto en la elección, colocar las penas en sentido horizontal de manera tal que a continuación de cada una figuren todas las infracciones que la llevan incorporada, que es precisamente lo que nosotros vamos a hacer en este trabajo. Si tales delitos, aceptando por supuesto la relatividad dentro de la cual se mueve siempre e inevitablemente, como ya dijimos, el Derecho todo y también, por tanto, el Derecho penal, ofrecen, en líneas generales, el mismo grado o relieve de antijuridicidad, es decir, igual intensidad de rechazo social, de ofensa a los sentimientos de una comunidad en la medida en que son poseídos por el término medio de la misma, puede decirse que el legislador acertó, lo que probablemente tendrá como importantísima consecuencia complementaria, desde el punto de vista práctico, un mayor grado de efectividad, por la favorable aceptación y disposición que en sus aplicadores (tribunales, jueces, fiscales y abogados) y en sus destinatarios (la sociedad entera) encontrará el sistema punitivo así construido y elaborado. Esta labor es la que me permitiría pedir al amable lector que la haga (sino fuera excesiva, que lo es): Elegir primero una pena cualquiera, reclusión menor o presidio mayor por ejemplo, e ir examinando después, capítulo por capítulo, los delitos que los llevan asociada, reflexionando después, sobre, si a su juicio, la merecen o no y si todos los supuestos encierran la misma o análoga gravedad. Yo lo he hecho con todas y pienso que trabajo me ha sido enormemente provechoso.

Así pues, en orden a la creación y configuración de penas es imprescindible, como ya hemos indicado, una cierta dosis de imaginación. Hay que crear nuevas penas, hay que suprimir algunas de las existentes y hay que dar un cierto giro a muchas de las que hayan de sobrevivir. Nuevas perspectivas, dice Bueno Arus (27) parecen estar surgiendo de cara al futuro, perspectivas que, hoy por hoy, no pasan del plano de lo meramente negativo (crítica de lo existente). El ser humano no tiene, al parecer, todavía la suficiente imaginación, dice este mismo autor, como para construir un sustitutivo adecuado de la pena de privación de libertad de los delincuentes, si es que acaso no resulta que la crisis es incluso mucho más radical y profunda y se refiere a la misma institución de la pena, en general. El reto pues, decimos nosotros, está lanzado por la sociedad y los juristas debemos aceptarlo para obtener un mayor perfeccionamiento del orden jurídico (28). Ya veremos luego

---

(27) BUENO ARÚS, Francisco: *Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios*. ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1969. Separata.

(28) En cuanto a publicación de la sentencia v. art. 24 del Código penal de Méjico para el distrito y territorios federales, ap. 14. Lo mismo

que no son modalidades de penas las que realmente faltan en nuestro Código, sino, a mi juicio, acierto a la hora de distribuir las y fijarlas dentro de los supuestos concretos tipificados en el Código.

#### A) *Individualización legal.*

Dentro de lo que se llama individualización legal de la pena, es decir dentro del proceso de determinación legislativa de la sanción punitiva, hemos de pensar en el problema de la elección de pena o penas y en su precisa determinación cualitativa cuando éstas son varias, dentro del sistema elegido: penas conjuntivas (cuando tienen que imponerse todas), alternativas (si se tiene que imponer una de entre varias) y facultativas (cuando se impone una obligatoriamente y otra, sólo si el Tribunal lo considera procedente). También hay que pensar en el mayor o menor juego que en cuanto al arbitrio cualitativo y cuantitativo va a concederse al juzgador (posibilidad de recorrer la pena en toda su extensión, subir o bajar en grado, o incluso en dos grados, etc.) e incluso en la conveniencia de llegar a una condena relativamente indeterminada. Finalmente hay que reflexionar sobre la oportunidad de establecer conjuntamente penas y medidas, haciendo prácticamente desaparecer estas últimas, problema al que ya nos hemos referido (29). Todo ello proyectado al mejor cumplimiento de los fines esenciales de la pena (30) que es tanto como decir al establecimiento de una paz más estable y duradera.

#### B) *Individualización judicial.*

Esta individualización debe abarcar a las que usualmente se conocen con los nombres de judicial y penitenciaria. En efecto, la decisión de un juez o tribunal penal (también la de un juez o tribunal civil,

en el Brasil (arts. 28 y 77 del Código penal). V. también Código ruso. En cuanto a sometimiento a vigilancia, v. Códigos de Honduras, Méjico, Perú y Venezuela.

(29) BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Medidas penales en Derecho contemporáneo*. 1974; CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español*. Parte general, I. Introducción, pág. 27; LANDECHO, Carlos M.ª: *Peligrosidad social y peligrosidad criminal*, en "Peligrosidad social y medidas de seguridad. La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto 1970. Universidad de Valencia; RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español*. Parte general, 1976; RODRÍGUEZ MOURULLO: *Medidas de seguridad y Estado de Derecho*. en "Peligrosidad social y medidas de seguridad..."; RUIZ VADILLO, Enrique: *Ideas sobre una posible y nueva estructuración del Ordenamiento jurídico-penal*. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio 1974; RUIZ VADILLO, Enrique: *Lecciones de Técnica Judicial Penal*. Prólogo del profesor RODRÍGUEZ DEVESA. 2.ª ed., Universidad de Deusto.

(30) ANTÓN ONECA: *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, pág. 95: "El esfuerzo por conseguir la corrección o enmienda del delincuente es, por otra parte, en nuestra época, una exigencia de la ejemplaridad de la pena y por tanto de la prevención general"; CORREIA EDUARDO: *Sentido e alcance do Projecto de Reforma do Código penal português (1936-1966)*, en "Ensayos Penales". Universidad de Santiago de Compostela. Especialmente págs. 125 y ss.

laboral o contencioso-administrativo, pero en estos últimos casos las circunstancias son muy distintas) se articula en dos momentos perfectamente diferenciables y cronológicamente sucesivos, pero que responden a una sustancial unidad: 1.º Pronunciamiento de la sentencia, y 2.º Ejecución de la misma. Las dos fases deben tener la misma naturaleza judicial y por tanto la efectividad de todas las resoluciones ha de hacerse bajo la dirección del juez o tribunal que la dictó (o eventualmente de un juez especial de ejecución de penas), con la activa y permanente presencia e intervención del Ministerio Fiscal, puesto que es atribución exclusiva y excluyente de los Jueces y Tribunales juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.

A su vez, y reiterando una idea que hemos repetido ininidad de veces, la resolución judicial que imponga una pena y lo haga haciendo uso del arbitrio concedido por la Ley, entendemos que debiera tener la inexcusable obligación de razonarlo a fin de que pueda ser sometido al control del correspondiente recurso. La libertad concedida al juzgador no es ni debe ser ilimitada, sino una libertad para juzgar, condicionada a las circunstancias concurrentes que deben ser suficientemente valoradas y expresadas en la sentencia (31). En este sentido el sistema general de los recursos y especialmente la naturaleza del llamado recurso de casación debieran ser objeto de una profunda transformación, a la que también en reiteradas ocasiones nos hemos referido. Nuestra confianza en la judicatura es ilimitada pero es preciso que la seguridad jurídica esté permanentemente presente en nuestro ordenamiento.

### III. ESTUDIO DE LAS PENAS ADSCRITAS A CADA FIGURA DELICTIVA

Aquí y en este momento empieza realmente el trabajo y aquí termina. Todo lo que antecede ha sido o ha pretendido ser una muy elemental exposición de ideas para que mejor pueda comprenderse la finalidad perseguida. Lo que subsigue no es otra cosa que un pequeño cuadro de conclusiones. Entre uno y otro apartado hemos situado esta especie de intermedio; en él que pretendemos simplemente explicar, de manera gráfica, como hemos preparado y realizado este estudio que muy gustosamente sometemos a la crítica del lector.

---

(31) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal*. Parte General, págs. 796 y ss. Aunque las decisiones últimas que por fuerza han de ser permitidas al libre arbitrio judicial no sean susceptibles de recurso de casación por infracción de Ley, pues es la Ley precisamente la que cede el paso al arbitrio personal del juez, no quiere por ello decirse que el Juez pueda proceder arbitrariamente: la arbitrariedad no es arbitrio por que el Código insiste constantemente, aunque con variada terminología, que se parafrasea en diversos pasajes, en que el arbitrio ha de usarse teniendo en cuenta las condiciones del delito y del delincuente.

1) *Explicación del sistema adoptado.*A) *En cuanto al número de delitos tenidos en cuenta.*

Ante todo hay que señalar un fenómeno harto conocido, pero que por la incidencia que tiene en este trabajo hay que destacar de manera especial, esto es, que cada artículo no contiene siempre un delito, sino que puede contener dos, tres, cuatro o más infracciones y que, por el contrario, en otras ocasiones, un delito está ubicado en dos o más preceptos. Ejemplo de lo primero sería el artículo 121 que a nuestro juicio subsume dentro de él una serie de delitos independientes aunque estén indudablemente unidos por un cierto denominador común: ejemplo de lo segundo lo serían los delitos de injurias que necesitan para completarse de los artículos 459 ó 460, en relación con el 457 y 458 o el de hurto común penado en el artículo 515 y previsto en el 514 o el mismo de hurto especial en alguna de sus modalidades agravadas que necesita del concurso de los artículos 514, 515 y 516 para ultimar su conformación jurídico-penal. Esto sucede con frecuencia en nuestro Código y en todos los Códigos del mundo, aunque a la hora de hacer un estudio, como el que nosotros hemos llevado a cabo, plantee problemas de difícil o imposible solución, como vamos enseguida a ver.

Como ya hemos advertido, todo o casi todo en el Derecho y en otras muchas ciencias, tiene una cierta nota de relatividad y de convencionalismo y por eso lo tiene también la determinación de que se debe entender por figura delictiva autónoma, lo que son realmente los tipos penales complementarios, los tipos complejos, etc. Por ello más interesante que intentar hacer aquí un estudio de tan discutidos y discutibles problemas, creemos que resulta exponer simplemente de qué manera hemos procedido para que mejor puedan entenderse las proyecciones numéricas y estadísticas de nuestro trabajo: Nuestra idea ha sido la de aislar cada una de las infracciones contenidas en el Código, entendiéndo por infracción penal aquella que por virtud de su propia naturaleza o de las circunstancias que lo acompañan pueda considerarse, de alguna manera, con un cierto carácter autónomo o independiente; así del artículo 120 hemos extraído dos delitos, uno castigado con pena de reclusión mayor a muerte y otro con reclusión mayor; en el 121 hemos contemplado tres infracciones delictivas: en el 505, tres en razón a las distintas cuantías económicas que allí se determinan, etc. Pero en cualquier caso somos conscientes de que en todas estas agrupaciones, divisiones y segregaciones hay una cierta dosis de arbitrariedad porque resulta muy difícil, al menos para mí lo ha sido, hallar o conseguir un sistema indiscutible, coherente y unitario que nos permitiera saber dónde hay un solo delito y dónde hay varios. De ahí que lo más importante sea, a nuestro juicio, no la adopción de un sistema absoluto y cerrado que siempre tendría algo de caprichoso, sino la descripción pormenorizada de nuestro estudio para que el mejor y

más autorizado juicio del lector pueda posteriormente, si tiene la paciencia de leer este trabajo, emitir una opinión en orden a nuestra dosimetría penal, basada en unos datos objetivos y libres de toda apreciación personal y subjetiva, puesto que él mismo podrá, si lo desea, corregir los datos que ofrecemos en los distintos cuadros y resúmenes.

B) *En cuanto a penas complementarias.*

Cuando a una figura penal se le agregan unas determinadas sanciones complementarias en razón por ejemplo de la persona que realiza el delito (autoridad, maestro, etc.) no la hemos independizado y por tanto tales casos no figuran como nuevos delitos, por entender que se trata de unas simples agravaciones por razón de la especial condición del sujeto activo del delito, aunque, en general, en el mismo cuadro se hacen las correspondientes advertencias. Así, por ejemplo, en los artículos 140, 250, 316, 351, 394, 546 bis d. Tampoco se ha hecho en el supuesto del artículo 141 que contempla la posibilidad de imposición de la pena de pérdida de la nacionalidad española, cuando el responsable de alguno de los delitos sancionados en ese artículo, sea un extranjero, naturalizado en España y no se ha hecho por las razones apuntadas y además porque en este caso, a mayor abundamiento, nos encontramos con un supuesto de arbitrio judicial, al decir la ley que «podrá ser condenado», no que tendrá. El mismo sistema de no independizar las posibles figuras que en ellos se recogen, se ha seguido en los artículos 165, 267, 290, 330, 331, 344, 403 y 417. En cambio cuando hemos creído ver un especial relieve en la agravación, sí hemos autonomizado la infracción, así en el 127, en 492 bis, etc.

Tampoco se han individualizado los supuestos del artículo 203 (que realmente tiene la significación de una remisión, innecesaria, a los artículos 529 y concordantes) ni en los de los artículos 212 y 213, 424 y 427, etc., así como en el caso del número 2 del artículo 218. La misma orientación se ha seguido en los artículos 221, 336, pf. 2.º, 388, 399, 401, 499 bis, 525, 526, 527, etc. En el mismo sentido se ha procedido en el artículo 134, pf. anteúltimo que presencia un simple supuesto de asimilación.

Tampoco se han considerado figuras autónomas los casos en los que el legislador se ha limitado a describir una serie de medios a través de los cuales se puede llevar a cabo el delito, como sucede con el artículo 302, en el que lo definitivamente importante es la alteración de la verdad, hasta el punto de que es muy frecuente en la práctica, cuando hay que calificar un hecho como delito de falsedad documental que hayan de citarse como aplicables dos, tres o más números del citado artículo 302 (32).

---

(32) No se han independizado las figuras que se recogen en los artículos 124, 125, 128, 129 pf. 2.º, 136 pf. 3.º, 137, 137 bis, últ. pf., 139 últ. pf., 170, 181, 212, 226, 271, 274, 276, 279, 287, 298, 304, 307, 314, 315, 317, 322 en cuanto a agravación; 330, 331, 333, 372, 388, 399, 401, 420, 424,

Sí se han independizado, en cambio, las figuras delictivas cuando la remisión se ha hecho por una pura razón de economía legislativa, por ejemplo, el artículo 516 bis. También cuando hemos creído ver en un determinado precepto, como en el caso del artículo 529, una subsunción de supuestos independizables, incluso cuando como en este caso, se hace un llamamiento a la analogía.

Pero, repetimos una vez más que después de concluido el trabajo e incluso durante su redacción nos hemos dado perfecta cuenta de lo discutible de nuestras soluciones y de la poca consistencia, en ocasiones, de los argumentos utilizados. ¿Por que, por ejemplo, en el artículo 401, p.º 2.º no hemos individualizado la figura que allí se perfila, al asimilar a los peritos, árbitros y contadores, al funcionario público, y en cambio sí lo hemos hecho en los artículos 410 y 414 en los que se determina que la misma pena que a la mujer que mate o produzca su aborto respectivamente para ocultar su deshonra, se aplicará a los padres que con el mismo fin llevaren a cabo igual acción? Temo que puedan resultar decisiones relativamente arbitrarias que no respondan a ningún sistema, aunque confío en que sea así porque el descubrimiento de tal sistema resulta muy difícil o incluso imposible de conseguir. De todas formas mi propósito más que conseguir una exposición numérica acabada se centra más modestamente en llamar simplemente la atención del problema.

### C) *En cuanto al arbitrio judicial.*

Todos los supuestos de arbitrio judicial han sido adecuadamente señalados en sus respectivas notas con las que finaliza el estudio de cada uno de los títulos del Libro II y algunos del Libro III, pero desde luego tampoco los hemos independizado; es decir, que si un juez o tribunal están autorizados, en función de las circunstancias concurrentes, a subir o a bajar la pena señalada al delito, en uno o dos grados, con arreglo a su prudente arbitrio, sólo hemos tenido en cuenta, a efectos de este trabajo, la pena que viene determinada en el Código para los casos normales, es decir para cuando el Tribunal no hace uso de dicha facultad discrecional. Entendemos nosotros que son supuestos de arbitrio aquellos en los que la Ley permite («podrá», se dice o suele decir en el texto legal) al tribunal elevar o disminuir la pena, considerando en cambio que no lo son, aquellos en los que el Código indica, por ejemplo, que si los hechos revistieren, a juicio del Tribunal gravedad manifiesta, impondrá tal pena, porque en estos casos el legislador le ordena el juzgador que sea notario de una realidad: que haya escándalo grave o consecuencias trascendentes no lo determina el juez con arreglo a su personal criterio sino que lo afirma, recogiendo de las pruebas practicadas con el mismo sentido y alcance con que declara en el resultando de hechos probados que una deter-

---

427, 445, 452 bis b (ver), 488, 503, 516 bis (en cuanto al reenvío), 522, 525, 527, 529, 535, 538, 541, 553, 554 y 555.

minada persona mató a otra o que se sustrajeron cien mil o descientas mil pesetas (33).

2. *Examen general del Código* (34).

---

(33) V. arts. 148 bis, pfs. 1 y 2; 174, núm. 1, últ. pf. y núm. 2, pf. 2 (éstos antes de la Reforma de 19 julio 1976); 223 últ. pf. 253 pfs. 1 y 2, 256, 235, 256, 260 núm. 3 fin, 264, 318, 340 bis a 2.º fin, 344, 344 bis últ. pf., 348 bis, 394, 452 bis d fin, 452 bis g, 487, 495, 511, 515 anteúlt. pf., 530-2.º pf., 546 bis d, 563 bis a, 565 pfs. 3, 4 y 5, 584 núm. 12... ya citados en el texto.

(34) Cuando un artículo lleva un número índice quiere decir que en él hemos considerado tantos delitos cuantas unidades contenga dicho número índice. Cuando en la multa no se expresa otra cosa, dentro de los delitos, las cantidades expresan millares; así, indicar multa de 10 a 100 quiere decir multa de 10.000 a 100.000 ptas. La enumeración sigue un criterio, en general, de principalidad, pero cuando se acompañan otras penas no siempre se sigue el punto de vista de gravedad. En todo caso, el orden de exposición es accesorio y circunstancial como lo son los pequeños errores de apreciación o materiales existentes.

## A) Libro II. Delitos y sus penas. Examen de sus catorce títulos.

## TITULO I

*Delitos contra la seguridad exterior del Estado*

Reclusión mayor a muerte.	120, 121 (4), 122 (6), 136,	
	137 bis, 139 (5) ... ..	= 18
Reclusión mayor ... ..	120, 137 bis, 138, 139 (5).	= 8
Reclusión menor ... ..	122, 127 (2), 130, 134, 136,	
	137 bis (2) ... ..	= 8
Presidio mayor ... ..	138 ... ..	= 1
Prisión mayor ... ..	123, 127 (2), 129, 133, 134.	= 6
e inhabilitación especial	131 ... ..	= 1
e inhabilitación absoluta		
multa 10 a 250 ... ..	132 ... ..	= 1
Prisión menor ... ..	123, 126, 127, 134, 137 ...	= 5
Arresto mayor ... ..	135 ... ..	= 1
	TOTAL ... ..	49

(1) La referencia a los extranjeros del art. 124, como ya lo hemos explicado, no la hemos tenido en cuenta, es decir, no hemos formado con el precepto nuevos delitos. Tampoco lo hemos hecho con la extensión que supone el 125, ni con la remisión que hace el 126, ni en el caso del 128. Tampoco la referencia del párrafo 2.º del art. 137.

(2) Tampoco hemos independizado a efectos de este trabajo el párrafo 2.º del art. 129, ni en el mismo párrafo 2.º del 132, ni los dos últimos párrafos del art. 134. Sí, en cambio, la situación que se contempla en el último párrafo del 137 bis.

(3) No se ha tenido en cuenta la pena de inhabilitación del art. 140, ni la especial referencia del 141 al extranjero nacionalizado, por las razones indicadas en el texto.

(4) El art. 137 bis fue introducido por la ley de 15 nov. 1971, inspirándose en el texto del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio aprobado por la Asamblea General de las N. U. en 13 septiembre 1948 y al que se adhirió España el 13 septiembre 1968.

(5) No se han tenido en cuenta la reducción de pena del núm. 6 del art. 122, ni los supuestos que se contemplan en los párrafos 2.º y 3.º del 137.

## TITULO II

*Delitos contra la seguridad interior del Estado*

Reclusión mayor a muerte.	142 (3), 144 (3), 163, 215 (2), 219, 233, 234, 260, 261 ... ..	14
Reclusión mayor ... ..	163, 215, 219 (2), 233, 234, 260, 261 ... ..	8
Reclusión menor ... ..	143, 145 (2), 163, 164 (2), 215 (2), 219, 257, 260, 261, 264 ... ..	13
Prisión mayor ... ..	143, 146 (2), 147 (2), 160 (2), 161 (2), 163, 184, 215, 217 (3), 219, 223, 255 (3), 257 ... ..	21
y multa de 10 a 100 ...	332 (3) ... ..	3
y multa de 50 a 75 ...	208, 240 ... ..	2
y multa de 50 a 2 mi- llones ... ..	238 ... ..	1
Prisión menor ... ..	147, 155, 162, 165 bis a, 171, 174, 179, 184, 206, 207, 209, 219, 221, 223, 236 (2), 241, 246, 249, 254, 257, 262, 263, 268 ...	24
e inhabilitación espe- cial ... ..	252 ... ..	1
y multa de 10 a 100 ...	177 ... ..	1
y multa de 10 a 50 ...	164 bis b, 167, 205 (2), 208, 210, 232 (3), 240 ... ..	8
y multa de 10 a 200 ...	164 bis a (2), 165 bis b ...	3
y multa de 25 a 1 mi- llón ... ..	238 ... ..	1
y multa de 10 a 50 e in- habilitación especial...	205 (2) ... ..	2
idem, idem en su grado máximo ... ..	208 ... ..	1
inhabilitación especial y multa de 25 a 250 ... ..	174 ... ..	1
En su grado máximo ...	206, 249 (2) ... ..	3
En su grado mínimo ...	241 ... ..	1
Arresto mayor ... ..	165, 169, 174, 179, 207, 209, 210, 211, 241, 245, 247, 248 ... ..	12
y multa de 10 a 20 ...	164 bis b, 167, 240 ... ..	3
en su grado máximo ...	240 ... ..	1
y multa de 10 a 50 ...	237, 239, 246, 247 ... ..	4
y multa de 10 a 100 ...	165 bis b, 244 ... ..	2
y multa de 10 a 200 ...	238 ... ..	1

y multa de 10 a 500 ...	251 ... ..	= 1
o multa de 10 a 100 ...	174, 244 ... ..	= 2
e inhabilitación especial		
y multa de 10 a 100.	175 ... ..	= 1
En su grado mínimo ...	241 ... ..	= 1
Extrañamiento ... ..	149, 152 ... ..	= 2
Confinamiento ... ..	150, 153, 154 (2), 157 (4) ...	= 8
y multa de 10 a 100 ...	190 ... ..	= 1
Destierro ... ..	151, 153, 156, 158 (4) ... ..	= 7
y multa de 10 a 50 ...	189 ... ..	= 1
Inhabilitación absoluta ...	178, 183, 184, 193, 228, 230.	= 6
y multa tanto al triplo.	180 ... ..	= 1
y multa de 10 a 50 ...	186 (2), 192, 195 ... ..	= 8
y multa de 10 a 100 ...	186 (6), 201, 202, 204 ... ..	= 9
y multa de 10 a 1 mi-		
llón ... ..	200 ... ..	= 1
Inhabilitación especial ...	159, 182, 183, 194, 199, 229.	= 6
y multa de 10 a 50 ...	191 ... ..	= 1
y multa de 10 a 500 ...	198 ... ..	= 1
Suspensión ... ..	178, 182, 184, 186, 187 (7),	
	188 (6), 228 ... ..	= 18
y multa de 10 a 100 ...	202 ... ..	= 1
Idem. En su grado má-		
ximo ... ..	202 ... ..	= 1
y multa del tanto al		
triplo ... ..	180 ... ..	= 1
y multa de 10 a 20 ...	184, 191 (3) ... ..	= 4
y multa de 10 a 50 ...	192, 196, 197 ... ..	= 3
Multa de 10 a 100 ... ..	175, 266 ... ..	= 2
Multa de 10 a 50 ... ..	192 ... ..	= 1
TOTAL ... ..		219

(1) No se han proyectado en el cuadro los supuestos a los que se refiere el art. 148. En cambio, la parificación punitiva de la frustración y de la tentativa del 142 se han considerado como tres figuras.

(2) Ni el arbitrio concedido por el art. 148 bis, según ya anticipadamente se explicó.

(3) Ni la agravación de los arts. 154, párrafo 2.º y 164 bis c. Sí, la agravación del párrafo 2.º del art. 165 bis b, porque el supuesto, como ya se explicó, no es, a nuestro juicio, arbitrio.

(4) Tampoco el supuesto que contempla el art. 170. De hacerlo habría que incrementar una pena de prisión mayor y multa de 50 a 75 mil y otra de prisión menor y multa de 20 a 30.

(5) Ni por las razones indicadas el arbitrio del pf. 2.º del art. 171, que en este caso sí lo es.

(6) De igual manera se excluye la agravación del art. 176. De haberlo hecho el resultado sería:

174: Prisión mayor, inhabilitación absoluta y multa de 250 a 375.

Prisión mayor.

Prisión menor.

Multa de 100 a 150.

175: Prisión menor, inhabilitación absoluta y multa de 100 a 150.  
Multa de 100 a 150.

También se ha omitido la extensión del art. 181 y la del 185.

(7) Tampoco queda incluida la remisión del último pf. del art. 191, ni la de los arts. 203 y final del 204.

(8) Tampoco la agravación del art. 208.

(9) Ni la especial inhabilitación del 212, ni la especial facultad del 213, ni la remisión del núm. 2 del art. 217.

(10) En la rebelión y sedición que se contienen en los arts. 214 y 218 se ha considerado un solo delito para cada caso, no tantos como modalidades se ofrecen.

(11) No se ha valorado con autonomía la situación del pf. 2.º del art. 221, ni la facultad discrecional del último pf. del 223 ni la del 224. Tampoco la situación que contempla el art. 226.

(12) Sí en cambio la extensión del 234.

(13) Ni la extensión del pf. 2.º del art. 233, ni la facultad discrecional del 235. No se ha tenido en cuenta la posibilidad de imponer la pena en el grado máximo que establece el últ. pf. del art. 240.

(14) Tampoco la agravación del 250, que impone la pena de inhabilitación absoluta.

(15) Siguiendo la norma general igualmente se ha excluido la facultad discrecional del 251 al final y la de los arts. 252, pf. 2.º, 253 y 256.

(16) En el mismo sentido se ha omitido la facultad que se concede en los arts. 261 y 264.

(17) La especial referencia del art. 267 ha sido también excluida del cuadro.

(18) Se ha tenido en cuenta la Ley de 19 de julio de 1976, pero no el Real Decreto Ley de 1 de abril 1977, por haber sido promulgado con posterioridad a la redacción de este trabajo.

### TITULO III

#### *De las falsedades*

Reclusión menor y multa del duplo al décuplo ...	283 (4) ... ..	= 4
Presidio mayor y multa de 10 a 500 ... ..	291 (2) ... ..	= 2
Presidio mayor y multa de 10 a 100 ... ..	302 (2) ... ..	= 2
Presidio mayor y multa del duplo al décuplo ...	285, 287 (4) ... ..	= 5
Presidio mayor ... ..	269, 272 ... ..	= 2
Presidio menor y multa de 10 a 200 ... ..	279 b ... ..	= 1
Presidio menor y multa de 10 a 100 ... ..	285 (2), 296, 303 ... ..	= 4
Presidio menor y multa de 10 a 50 ... ..	275, 276, 277 (2), 278, 292, 293 ... ..	= 7
Presidio menor y multa de 5 a 10 ... ..	304 (2) ... ..	= 2
Presidio menor e inhabilitación especial ... ..	308 ... ..	= 1

Presidio menor ... ..	270, 273, 274, 280, 299 (2), 305 (2), 306 ... ..	= 9
y multa del duplo al dé- cuplo ... ..	287 ... ..	= 1
Prisión menor y multa de 20 a 100 ... ..	321 ... ..	= 1
Prisión menor ... ..	320 (2), 321, 324 ... ..	= 4
Arresto mayor y multa del duplo al cuádruplo ...	297, 298 ... ..	= 2
Arresto mayor y multa de 10 a 50 ... ..	281, 282, 300, 301, 322 ...	= 5
Arresto mayor y multa de 10 a 20 ... ..	309 (2), 311, 322 ... ..	= 4
Arresto mayor y multa de 5 a 10 ... ..	277, 279 (2), 304 ... ..	= 4
Arresto mayor ... ..	270, 271, 273, 274, 307, 313 (2) ... ..	= 7
y multa del duplo al dé- cuplo ... ..	286 ... ..	= 1
Arresto mayor o multa de 10 a 50 ... ..	279 b, 320 ... ..	= 2
Multa de 10 a 100 ... ..	271, 274, 287, 310 (2) ... ..	= 5
Multa de 10 a 100 y otra de 2.500 a 5.000 ... ..	279 ... ..	= 1
Multa del duplo al cuá- druplo ... ..	294 ... ..	= 1
Suspensión y multa de 10 a 50 ... ..	312 ... ..	= 1
Multa del quintuplo al dé- cuplo ... ..	301 ... ..	= 1
Multa del tanto al quintu- plo ... ..	319 ... ..	= 1
Multa de 10 a 50 ... ..	323, 324 ... ..	= 2
TOTAL ... ..		82

(1) Sólo recogemos el supuesto de que el Tribunal aplique la pena inferior en un grado, pero puede rebajar también dos (art. 287). El supuesto entendemos que sólo es de arbitrio cuando se baja dos grados. De ahí la inclusión de un caso y la exclusión de otro.

(2) El art. 314 extiende los tipos penales descritos en este Título a quienes fabriquen, introduzcan o faciliten los objetos a los que se refiere. Entendiendo que es una ampliación de los tipos, no creación de otros, no se han agregado a las Estadísticas sus supuestos. Por análoga razón no se ha incluido el 317. Tampoco se han incluido los casos que contempla el 315, pues realmente son supuestos de tentativa presumida legalmente, con presunción "iuris tantum". Ni la agravación del art. 316 que supone la imposición de la pena en el grado máximo y además la de inhabilitación absoluta.

(3) El art. 318 concede una facultad a los Tribunales de imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

## TITULO IV

*De los delitos contra la administración de justicia*

Presidio mayor, multa 20 a 200 y tanto al triplo.	331 ... ..	= 1
Presidio menor y multa de 20 a 200 y tanto al triplo ... ..	331 (2) ... ..	= 2
Presidio menor y multa 10 a 100 ... ..	326 ... ..	= 1
Presidio menor, mínimo y multa de 10 a 100 ...	326 ... ..	= 1
Presidio menor y multa 10 a 50 ... ..	325 ... ..	= 1
Presidio menor y multa 20 a 40 y tanto al triplo ...	331 ... ..	= 1
Presidio menor y multa tanto al triplo ... ..	331 ... ..	= 1
Prisión menor ... ..	335, 336 ... ..	= 2
Prisión menor, mínimo ...	336 ... ..	= 1
Arresto mayor y multa 10 a 100 ... ..	326, 329 ... ..	= 2
Arresto mayor y multa 10 a 50 ... ..	325, 338 ... ..	= 2
Arresto mayor y multa 10 a 20 ... ..	326 ... ..	= 1
Arresto mayor, mínimo y multa 10 a 20 ... ..	326 ... ..	= 1
Arresto mayor y multa tanto al triplo ... ..	331 ... ..	= 1
Arresto mayor ... ..	328, 334 (2), 336 ... ..	= 4
Arresto mayor, mínimo ...	336 ... ..	= 1
Arresto mayor o multa 10 a 20 o ambas penas ...	338 bis ... ..	= 1
Multa de 10 a 100 ... ..	332 ... ..	= 1
Multa 10 a 50 ... ..	327 ... ..	= 1
Multa equivalente al valor de la cosa ... ..	337 ... ..	= 1
TOTAL ... ..		27

(1) El 326 no resulta, a mi juicio, fácilmente inteligible.

(2) No se ha tenido en cuenta la agravación que contempla el artículo 330 que impone a las partes que declaran falsamente en juicio la pena en su grado máximo y además la de inhabilitación especial. Si, en cambio, se han computado los supuestos del art. 331.

(3) Tampoco el art. 333, puesto que asimila prestación de testimonio falso a presentación de testigo falso.

## TITULO V

*De las infracciones de las Leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general*

Reclusión menor y multa.	348 ... ..	= 1
Prisión mayor y multa 10 a 500 ... ..	344 ... ..	= 1
Prisión menor y multa 10 a 50 ... ..	341, 343, 346, 347 (2) ... ..	= 5
Prisión menor, multa 10 a dos millones y suspensión ... ..	344 (4) ... ..	= 4
Prisión menor ... ..	348 b ... ..	= 1
Arresto mayor y multa 10 a 50 ... ..	339, 340, 342, 342 b ... ..	= 4
Arresto mayor o multa 10 a 100 ... ..	340 bis b (2) ... ..	= 2
Multa 10 a 100 y privación permiso definitiva.	340 b a (2) ... ..	= 2
Multa 10 a 100 y privación permiso de conducir por tres meses y un día a cinco años ... ..	340 bis a (2) ... ..	= 2
Multa de 10 a 100 ... ..	340 bis c ... ..	= 1
Multa de 10 a 100 ... ..	345 ... ..	= 1
TOTAL ... ..		24

(1) Las penas de los arts. 342 y 343 se impondrán en su grado máximo a los farmacéuticos y a sus dependientes. La agravación no tiene reflejo en el cuadro. Tampoco el supuesto del pf. del art. 344 que impone la inhabilitación especial.

(2) El art. 340 bis a) permite la aplicación de las penas sin sujetarse a las reglas del art. 61.

(3) Los pfs. 3.º y 4.º del art. 344 conceden un importante arbitrio a los Tribunales de Justicia. También se establecen facultades discrecionales amplias en el art. 344 bis y otro tanto sucede en el art. 348 bis.

## TITULO VI

*De los juegos ilícitos*

Prisión menor y multa de 10 a 100 ... ..	349 ... ..	= 1
Arresto mayor y multa de 10 a 50 ... ..	349, 350 ... ..	= 2
Arresto mayor y multa de 10 a 20 ... ..	350 ... ..	= 1
TOTAL ... ..		4

(1) El dinero, los efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego caerán en comiso, cualquiera que sea el lugar en que se hallen (artículo 350).

(2) La reforma que acaba de realizarse de los arts. que se contienen en este título para nada afecta a la formación del cuadro que antecede.

(3) El comiso al que se refiere el art. 350 y al que hemos hecho nosotros también referencia, no se ha tenido en cuenta, como se ve, al recoger las penas que el Código incorpora a estos delitos. El art. 27, dentro de la escala general de penas, incluye la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito, entre las penas accesorias.

## TITULO VII

*De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*

Reclusión menor e inhabilitación absoluta ... ..	394, 396 ... ..	= 2
Presidio mayor e inhabilitación absoluta ... ..	394, 396 ... ..	= 2
Presidio menor, multa de tanto al triplo e inhabilitación especial ... ..	385, 386 ... ..	= 2
Idem y multa tanto al triplo ... ..	391 ... ..	= 1
Presidio menor e inhabilitación absoluta ... ..	394, 396 ... ..	= 2
Presidio menor e inhabilitación especial ... ..	400 ... ..	= 1
Prisión mayor, multa 10 a 50 e inhabilitación especial ... ..	364 ... ..	= 1
Prisión menor, multa 10 a 100 e inhabilitación absoluta ... ..	351 ... ..	= 1
Prisión menor, inhabilitación especial y multa 10 a 50 ... ..	365 ... ..	= 1

Prisión menor, e inhabilitación especial ... ..	353, 362, 367, 370, 384 (2).	= 6
Prisión menor e inhabilitación absoluta ... ..	351 ... ..	= 1
Prisión menor, multa de 10 a 20 e inhabilitación especial ... ..	364 ... ..	= 1
Prisión menor ... ..	376 ... ..	= 1
Arresto mayor y multa tanto al triplo e inhabilitación especial ... ..	387 ... ..	= 1
Idem y multa tanto al triplo ... ..	391 ... ..	= 1
Idem, multa tanto al duplo e inhabilitación especial.	386 ... ..	= 1
Idem y multa tanto al duplo ... ..	391 ... ..	= 1
Idem e inhabilitación absoluta ... ..	394, 396 ... ..	= 2
Arresto mayor, inhabilitación especial y multa 10 a 50 ... ..	366 ... ..	= 1
Arresto mayor e inhabilitación especial ... ..	352, 354, 362 ... ..	= 3
Arresto mayor, suspensión y multa de 10 a 50 ...	368 ... ..	= 1
Arresto mayor y suspensión ... ..	353 ... ..	= 1
Arresto mayor ... ..	363, 376 ... ..	= 2
Inhabilitación absoluta ...	381 ... ..	= 1
Inhabilitación especial y multa de 10 a 50 ... ..	361, 369, 372 (2), 374, 376, 377 ... ..	= 7
Inhabilitación especial ...	355, 358 (2), 359, 381, 383, 396 ... ..	= 7
Idem y multa 5 al 50 por 100 ... ..	397 ... ..	= 1
Idem y multa tanto al triplo ... ..	401 ... ..	= 1
Idem y multa duplo al cuádruplo ... ..	402 ... ..	= 1
Suspensión y multa 10 a 50 ... ..	360, 371 (2), 373 (2), 380, 382, 390, 404 ... ..	= 9
Suspensión y multa 10 a 20 ... ..	367 ... ..	= 1
Suspensión y multa 5 al 25 por 100 ... ..	398 (2) ... ..	= 2

Suspensión ... ..	356, 357 (2), 376, 378 (2), 396, 397 ... ..	= 8
Multa 10 a 100 ... ..	379 ... ..	= 1
Multa 10 a 50 ... ..	372 ... ..	= 1
Multa de la mitad al tanto	395 ... ..	= 1
Multa del duplo al cuá- druplo ... ..	402 ... ..	= 1
Multa equivalente al valor de la dádiva ... ..	392 ... ..	= 1
Represión pública ... ..	395 ... ..	= 1
TOTAL ... ..		80

(1) Las penas señaladas en los arts. 364, 365 y 366 son aplicables a los eclesiásticos y a los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles por comisión del Gobierno o de funcionarios a quienes hubiesen sido confiados aquellos por razón de su cargo. Esta extensión no ha sido tenida en cuenta en orden a la proyección numérica de las correspondientes penas.

(2) La extensión del art. 372 a peritos y testigos tampoco se tiene en cuenta a efectos del cuadro de penas, ni la agravación que contiene el 375. En el art. 384 pudo muy bien haberse entendido que contenía una sola situación penal.

(3) Tampoco la proyección que el art. 388 hace en cuanto a jurados, árbitros, arbitradores, peritos, etc., etc., se ha valorado a efectos del correspondiente cuadro.

(4) Obsérvese que con arreglo al art. 391, los que con dádivas, presentes, etc., corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos o aceptaren sus solicitudes, serán castigados con las mismas penas, menos las de inhabilitación. Por tanto, en este caso se han tenido en cuenta las dos vertientes y una y otra han tenido su reflejo en el esquema estadístico, como puede comprobarse.

(5) El reenvío del pf. 2.º del art. 396 también se ha tenido en cuenta en el gráfico.

(6) En cambio, no se han valorado la extensión que realiza el artículo 399, ni la del pf. 2.º del art. 401, ni la agravación que contempla el 403.

## TITULO VIII

### *Delitos contra las personas*

Reclusión mayor a muerte.	405, 406 ... ..	= 2
Reclusión menor ... ..	407, 409, 411, 418, 419, 420 (2) ... ..	= 7
Prisión mayor en su grado máximo y multa 25 a 500 ... ..	415 ... ..	= 1
Idem y multa 10 a 100 ... ..	415 ... ..	= 1
Prisión mayor y multa 10 a 50 ... ..	420 (2) ... ..	= 2
Prisión mayor ... ..	408, 411 (2), 420 (3), 426 ...	= 7

Prisión menor en su grado máximo y multa 25 a 500 ... .. .	415 ... .. .	= 1
Idem y multa 10 a 100 ... .. .	415, 420 ... .. .	= 2
Prisión menor ... .. .	408, 410 (2), 411, 412, 413, 414, 419, 420 (3), 423, 424, 425 (2) ... .. .	= 15
Arresto mayor y multa 10 a 200 ... .. .	416 (5) ... .. .	= 5
Arresto mayor y multa 10 a 100 ... .. .	415 ... .. .	= 1
Arresto mayor y multa 10 a 50 ... .. .	420, 422 ... .. .	= 2
Arresto mayor ... .. .	414 (2), 426 ... .. .	= 3
Arresto mayor y multa de 5 a 10 ... .. .	424 ... .. .	= 1
Arresto mayor o destierro y multa 10 a 50 ... .. .	422 ... .. .	= 1
TOTAL ... .. .		52

(1) El asesinato del artículo 406 se computa como un solo delito, dado que lo que describe la Ley son medios que cualifican al homicidio. Pero pudieron también valorarse cada uno de éstos como una especie delictiva. Lo mismo sucede con el parricidio del 405, en el que sólo se ha tenido en cuenta un hecho a pesar de que el sujeto pasivo aparece expresado en varias posibilidades.

(2) No se ha tenido en cuenta la inhabilitación que establece el artículo 417.

(3) En el último pf. del art. 420 por cada situación de agravación se han computado dos penas, una por la referencia al art. 405 y otra por la del 406.

(4) No se han computado los supuestos del art. 421 por ser una especie de ampliación, en cuanto a los hechos, del artículo 420.

(5) Sí, las del supuesto del artículo 424.

(6) No, en cambio, los supuestos del art. 427.

## TITULO IX

### *De los delitos contra la honestidad*

Reclusión mayor ... .. .	442 ... .. .	= 1
Reclusión menor ... .. .	429 (3) ... .. .	= 3
Prisión mayor ... .. .	440 (2) ... .. .	= 2
Prisión menor ... .. .	430, 434, 435, 449, 452 ... .. .	= 5
Prisión menor, máximo multa 10 a 50 inhabilitación absoluta o especial ... .. .	452 bis b (3) ... .. .	= 3

Prisión menor, medio y máximo, multa 10 a 50 e inhabilitación absoluta o especial ... ..	452 bis b (4) ... ..	= 4
Prisión menor, multa 20 a 200 e inhabilitación absoluta o especial ... ..	452 bis d (2) ... ..	= 2
Idem mínimo ... ..	452 bis d ... ..	= 1
Arresto mayor, máximo, multa de 10 a 50 e inhabilitación especial ... ..	431 ... ..	= 1
Arresto mayor, multa 10 a 50 e inhabilitación especial ... ..	431 ... ..	= 1
Arresto mayor máximo y multa de 10 a 100 ... ..	441 (2) ... ..	= 2
Arresto mayor ... ..	436 (3), 437, 541, 452 bis e (2)	= 7
Arresto mayor, máximo ... ..	436 ... ..	= 1
Multa de 10 a 100 ... ..	432, 436 (5) ... ..	= 6
TOTAL ... ..		39

(1) En el art. 429 se han contado tres delitos porque aunque los tres supuestos se reducen a la cohabitación sin o contra la voluntad de la mujer violada, hay una contemplación múltiple del acto penal.

(2) En el art. 436 último pf. se han computado 5 delitos, uno por cada uno de los supuestos que contempla: 434, 435 y 436 (3).

(3) No se han tenido en cuenta, a los efectos de este trabajo, la elevación de pena a los ascendientes, tutores, etc., que señala el art. 445, en la agravación de su último pf. Tampoco la interdicción que contempla el art. 446.

(4) Tampoco las medidas que establece el art. 452 bis c. Ni el cierre temporal o definitivo al que se refiere el 452 bis d, núm. 2, último pf, ni por supuesto el arbitrio que se concede al Juez Instructor en el núm. 3. Tampoco, finalmente, la agravación del art. 452 bis g., ni la facultad discrecional que en el mismo se atribuye al Tribunal sentenciador.

## TITULO X

*De los delitos contra el honor*

Prisión menor y multa 10 a 100 ... ..	454 ... ..	= 1
Arresto mayor y multa 10 a 50 ... ..	455 ... ..	= 1
Arresto mayor o destierro y en todo caso multa 10 a 100 ... ..	459 ... ..	= 1
Destierro y multa 10 a 100	459 ... ..	= 1
Multa 10 a 200 ... ..	460 ... ..	= 1
TOTAL ... ..		5

(1) Como se sabe, estos delitos pertenecen al grupo de los llamados privados.

(2) Todos los casos de injurias graves que se contemplan en el artículo 458 sólo se han tenido en cuenta como una figura.

(3) A nuestro juicio, como ya hemos dicho, éstos delitos debieran transformarse en semipúblicos. No encontramos razón para imponer al agraviado la pesada carga de la querrela y de la prosecución del proceso penal. Una cosa es que sólo pueda perseguirse por denuncia del ofendido y que este pueda perdonar, con plenitud de efectos en cuanto a la acción y en cuanto a la pena y otra que tenga que ser querellante y que a su exclusivo cargo corra el peso del proceso. Esta situación me ha parecido siempre no de respeto al agraviado, sino de infraestimación del patrimonio espiritual del honor que estos preceptos defienden.

(4) Como ya se ha indicado, no se ha tenido en cuenta el R. D. L. de 1 de abril 1977.

## TITULO XI

*De los delitos contra el estado civil de las personas*

Presidio menor y multa 10 a 100 ... ..	468 (2), 470 ... ..	= 3
Idem e inhabilitación es- pecial ... ..	469 (2) ... ..	= 2
Prisión menor ... ..	471, 472 ... ..	= 2
Suspensión y multa 10 a 50 ... ..	478 ... ..	= 1
Multa 10 a 20 ... ..	478 ... ..	= 1
TOTAL ... ..		9

(1) Tal vez no debiera figurar como autónoma la pena del art. 469, porque es una simple agravación por razón de la cualidad especial del sujeto activo.

## TITULO XII

*De los delitos contra la libertad y seguridad*

Reclusión mayor ... ..	483 ... ..	= 1
Reclusión menor ... ..	485 ... ..	= 1
Presidio mayor ... ..	484 ... ..	= 1
Prisión mayor y multa 10 a 200 ... ..	481 (4) ... ..	= 4
Prisión mayor ... ..	480 (2) ... ..	= 2
Prisión menor y multa 10 a 100 ... ..	492 bis ... ..	= 1
Prisión menor y multa 10 a 50 ... ..	488, 490 ... ..	= 2
Prisión menor y multa 10 a 20 ... ..	480 ... ..	= 1
Prisión menor, máximo ...	493 ... ..	= 1
Prisión menor ... ..	489 bis, 493, 496 ... ..	= 3
Arresto mayor y multa 10 a 200 ... ..	497, 499 bis (3) ... ..	= 4
Arresto mayor, máximo y multa 10 a 100 ... ..	487 (2), 496 ... ..	= 3
Arresto mayor y multa 10 a 100 ... ..	486, 492 bis, 496, 499 ... ..	= 4
Arresto mayor y multa 10 a 50 ... ..	487 (2), 488, 490, 493, 497, 498 ... ..	= 7
Arresto mayor, y multa 10 a 20 ... ..	482 ... ..	= 1
Arresto mayor, máximo ...	493 ... ..	= 1
Arresto mayor ... ..	488 (2), 489, 493, 499 ... ..	= 5
Arresto mayor o multa 10 a 20 ... ..	489 bis (2) ... ..	= 2
Multa 10 a 100 ... ..	489 ... ..	= 1
TOTAL ... ..		45

(1) En el caso del artículo 481 se computan 4 delitos porque son como circunstancias cualificativas independientes.

(2) En el art. 487 se computan dos supuestos, tanto en su forma simple como en la agravada. Pero no se ha tenido en cuenta la facultad discrecional que se contempla en el anteúltimo pf.

No se han independizado las formas agravadas del art. 488 en su último pf.

Tampoco se han tenido en cuenta las penas que discrecionalmente puede imponer el Tribunal, con arreglo al art. 495.

(5) La remisión que el art. 499 bis n.º 3 hace al art. 519 tiene su reflejo en el cuadro del Título XIII; en él hemos hecho una agregación para cada uno de sus supuestos: que sea comerciante y que no lo sea, aunque *prácticamente* el reenvío del artículo 499 bis citado sólo se refiere al caso de que el alzado sea comerciante, pues es difícil concebir un sujeto activo del delito contemplado en el art. 499 bis que no tenga la condición de comerciante con arreglo a los arts. 1 y 116 del Código de comercio.

TITULO XIII

*De los delitos contra la propiedad*

Reclusión mayor a muerte.	501 ... ..	= 1
Reclusión mayor ... ..	501 (4), 547 (4) ... ..	= 8
Reclusión menor ... ..	501, 506, 516, 530 (9), 548.	= 13
Presidio mayor y multa 25 a 300 ... ..	546 bis a ... ..	= 1
Presidio mayor, máximo ...	506 (4) ... ..	= 4
Presidio mayor ... ..	501 (2), 505, 506, 515, 516 (3), 520, 528, 529 (8), 530 (9), 549 (2) ... ..	= 29
Presidio menor, máximo y multa 10 a 500 ... ..	541 (2) ... ..	= 2
Presidio menor y multa 10 a 500 ... ..	540, 542, 543, 544 ... ..	= 4
Presidio menor y multa 10 a 200 ... ..	546 bis a ... ..	= 1
Presidio menor, máximo ...	506 (4) ... ..	= 4
Presidio menor ... ..	501, 505, 506, 515, 516 (6), 519 (2), 521, 524 (6), 528, 529 (8), 530 (18), 550 (2), 551 (2), 552, 556, 558 (7).	= 59
Prisión menor ... ..	534 (2) ... ..	= 2
Arresto mayor y multa 20 a 100 ... ..	561 ... ..	= 1
Arresto mayor y multa 10 a 100 ... ..	537, 560 ... ..	= 2
Arresto mayor, máximo ...	506 (4) ... ..	= 4
Arresto mayor y privación del permiso de conducir o prohibición de obte- nerlo ... ..	516 bis ... ..	= 1
Arresto mayor ... ..	505, 507, 509 (2), 515 (2), 519 (2), 523 (5), 528 (2), 529 (16), 552, 559 (7) ...	= 39
Arresto mayor y multa 10 a 200 ... ..	534 (2) ... ..	= 2
Arresto mayor y multa tanto al triplo ... ..	531 (2), 532 (2), 536 (3), 562 ... ..	= 8
Arresto mayor y multa tan- to al duplo ... ..	533 ... ..	= 1
Arresto mayor o multa 10 a 100 ... ..	516 bis ... ..	= 1
Arresto mayor o multa 10 a 50 o ambas penas ...	546 bis c ... ..	= 1

Multa 10 a 200 ... ..	545 ... ..	= 1
Multa de 10 a 100 ... ..	537 ... ..	= 1
Multa 50 al 100 por 100.	517, 518 ... ..	= 2
Multa del duplo al quín-		
tuplo ... ..	546 ... ..	= 1
Multa tanto al duplo ... ..	533 ... ..	= 1
Multa tanto al triplo ...	563 ... ..	= 1
Multa 10 al 50 por 100.	539 ... ..	= 1
Arresto mayor o multa 10		
a 100 ... ..	563 bis b (3) ... ..	= 3
TOTAL ... ..		199

(1) Se han considerado 4 delitos en el art. 501 en cuanto a reclusión mayor.

(2) Dos en cuanto a la pena de presidio mayor de este mismo artículo. Todo ello en función de los tipos que en base a la redacción legal pueden construirse.

(3) No se han tenido en cuenta las agravaciones del último pf. del artículo 501. Tampoco la agravación del art. 502. Ni la del art. 503, dada su amplitud. Si, en cambio, la imposición de la pena inmediatamente superior cuando concurren dos circunstancias (art. 506).

(4) No se computan, por supuesto, las posibilidades de elevar las penas en un grado que tiene el Tribunal con arreglo al art. 511.

(5) En el artículo 516 se ha considerado por cada número un supuesto. En principio parece un error hablar de presidio o prisión, pues esta última pena no corresponde a este capítulo, salvo que se refiera al supuesto de condena de una mujer. Por tanto, de presidio menor se han contado 6 ( $515-3 \times 3 + 515-4 \times 3$ ), de presidio mayor 3 ( $515 \text{ n.}^\circ 2 \times 3$ ) y de reclusión menor ( $515-1 \times 1$  por último pf. 516), sin hacer ninguna referencia a las prisiones. No se han individualizado los supuestos del artículo 514, por la sustancial unidad que entre ellos existe: un apoderamiento sin violencia, intimidación ni fuerza de cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro. En todo caso la diferencia prisión-presidio debiera desaparecer.

(10) En el 530 se ha procedido como en el 516, pero sumando al 528 los 8 supuestos del 529.

(11) No se tiene en cuenta el reenvío del 535. Para hacerlo bastaría agrupar un número por cada uno de los supuestos. Por tanto tampoco se ha considerado la agravación que establece el segundo y último pf.

(12) Tampoco la asimilación del art. 538.

(13) No se ha tenido tampoco en cuenta la facultad discrecional del artículo 546 bis d) ni, por supuesto, las del artículo 546 bis e). Hay que advertir que, con arreglo al artículo bis a) pf. 2.º, en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda a la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con una pena de otra naturaleza se impondrá la de arresto mayor.

(14) El art. 553 queda subsumido en los daños y no se computa. De hacerse habría que ir sumando un supuesto a cada uno de los tipos contemplados en el capítulo.

(15) Tampoco los supuestos del art. 554. Ni los del pf. 1.º del artículo 560. Como en los demás casos, se ha excluido la facultad discrecional del art. 563 bis a).

(16) El art. 563 se declara no aplicable cuando se trata de daños causados por el ganado y los demás que deban calificarse como falta y, siguiendo el criterio general, no se ha tenido en cuenta.

## TITULO XIV

*De la imprudencia punible*

Prisión menor y privación permiso definitivo ... ..	565 ... ..	= 1
Prisión menor y privación permiso de tres meses y un día a diez años ...	565 ... ..	= 1
Prisión menor ... ..	565 ... ..	= 1
Arresto mayor y retirada permiso definitivo... ..	565 ... ..	= 1
Arresto mayor y retirada tres meses y un día a diez años ... ..	565 ... ..	= 1
Arresto mayor ... ..	565 ... ..	= 1
TOTAL ... ..		6

(1) No se han tenido en cuenta las amplias facultades discrecionales que a los Tribunales concede el art. 565, siguiendo la orientación del trabajo, explicada al comienzo del mismo.

B) Libro III. De las faltas y sus penas. Estudio de sus cuatro títulos.

## TITULO I

*De las faltas de imprenta y contra el orden público*

Arresto uno a quince días y multa 250 a 5.000 ...	569 (2) ... ..	= 2
Arresto uno a diez días y multa superior a 500 e inferior a 10.000 ... ..	567 (3) ... ..	= 3
Arresto uno a cinco días y multa 250 a 5.000 ... ..	568 ... ..	= 1
Arresto y multa 500 a 5.000 ... ..	572 ... ..	= 1
Multa 250 a 2.500 y re- presión privada ... ..	570 (7) ... ..	= 7
Multa superior a 500 e in- ferior a 10.000 ... ..	566 (6) ... ..	= 6
Multa 250 a 2.500 ... ..	571 ... ..	= 1
Multa 500. a 5.000 ... ..	572 (2) ... ..	= 2
TOTAL ... ..		23

## TITULO II

*De las faltas contra los intereses generales y régimen de poblaciones*

Arresto menor y multa 500 a 5.000 ... ..	579 (2) ... ..	= 2
Arresto cinco a quince días y multa 250 a 5.000 ...	574 (2), 576 (3) ... ..	= 5
Arresto uno a diez días o multa 500 a 5.000 ...	573 (4) ... ..	= 4
Arresto uno a cinco días o multa 250 a 5.000 ...	578 (2) ... ..	= 2
Multa 500 a 10.000 ... ..	575, 581 (4) ... ..	= 5
Multa 25 a 2.500 y represión privada ... ..	577 (8), 580 (4) ... ..	= 12
TOTAL ... ..		30

## TITULO III

*De las faltas contra las personas*

Arresto menor ... ..	582 ... ..	= 1
Arresto cinco a quince días y represión privada ...	583 (7) ... ..	= 7
Arresto menor o multa 500 a 5.000 o represión pri- vada ... ..	584 (17) ... ..	= 17
Arresto uno a cinco días menor o multa 250 a 2.500 ... ..	585 (5) ... ..	= 5
Multa superior a 500 e in- ferior a 10.000 y re- presión privada ... ..	585 (3) ... ..	= 3
Lo mismo y privación del permiso de conducción de uno a tres meses ...	586 ... ..	= 1
TOTAL ... ..		34

## TITULO IV

*De las faltas contra la propiedad*

Arresto menor ... ..	587 (4), 598 ... ..	= 5
Arresto menor y multa 250 a 2.500 ... ..	596 ... ..	= 1
Arresto de uno a quince días ... ..	588 (3) ... ..	= 3
Arresto y multa variable...	593 ... ..	= 1
Arresto y multa del tanto y un tercio más ... ..	593 ... ..	= 1
Multa de 1.000 a 10.000.	589 (2) ... ..	= 2
Multa de 500 a 5.000 ...	589 (2) ... ..	= 2
Multa de 250 a 2.500 ...	590, 594, 596 ... ..	= 3
Multa superior a 500 a in- ferior a 10.000 ... ..	591 (3), 600 ... ..	= 4
Multa variable ... ..	592 ... ..	= 1
Multa del tanto y un tercio más ... ..	592 ... ..	= 1
Multa del tanto al duplo.	598, 599 ... ..	= 2
Multa del medio al tanto.	598 ... ..	= 1
Arresto menor o multa su- perior a 500 e inferior a 10.000 ... ..	595 ... ..	= 1
Arresto de dos a diez o multa superior a 500 e in- ferior a 10.000 ... ..	597 ... ..	= 1
TOTAL ... ..		29

(1) No se ha tenido en cuenta la facultad discrecional que concede el art. 584-n.º 12-pf. 2.º.

(1) En el artículo 587 se han computado 4 infracciones, una por cada número, sin haberse tenido en cuenta que al reenviar el n.º 1 de este art. 587 al 514 podrían haberse integrado en él los tres casos que contempla este último precepto.

(2) Tampoco se ha tenido en cuenta el comiso al que se refiere el artículo 602 del Código.

### 3. CUADROS GENERALES

#### A) EXPOSICIÓN NUMÉRICA

##### a) Delitos

Penas	TÍTULOS														Total
	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	XIII	XIV	
Reclusión mayor a muerte ...	18	14	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	1	—	35
Reclusión mayor ... .. . . .	8	8	—	—	—	—	—	—	1	—	—	1	8	—	26
Reclusión menor ... .. . . .	8	13	—	—	—	—	—	7	3	—	—	1	13	—	45
Reclusión menor e inhabilitación absoluta ... .. . . .	—	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	2
Reclusión menor y multa duplo al décuplo ... .. . . .	—	—	4	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	4
Reclusión menor y multa ...	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Presidio mayor ... .. . . .	1	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	1	29	—	33
Presidio mayor en su grado máximo ... .. . . .	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	4	—	4
Presidio mayor en su grado máximo y multa 250 a 500	—	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	1
Presidio mayor y multa 10 a 500 ... .. . . .	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2	—	2
Presidio mayor e inhabilitación absoluta ... .. . . .	—	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	2
Presidio mayor y multa tanto al triplo y 20 a 200 ... .. . . .	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2
Presidio mayor y multa duplo al décuplo ... .. . . .	—	—	5	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	5
Presidio mayor y multa 10 a 500 ... .. . . .	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2
Presidio mayor y multa 10 a 100 ... .. . . .	—	—	2	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	3

Presidio menor en su grado máximo ... ..	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	4	—	4
Presidio menor en su grado máximo y multa 10 a 500.	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2	—	2
Presidio e inhabilitación absoluta ... ..	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	2
Presidio menor e inhabilitación especial y multa tanto al triple ... ..	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	2
Presidio menor e inhabilitación especial ... ..	—	—	1	—	—	1	—	—	—	2	—	—	—	—	4
Presidio menor e inhabilitación especial en su grado mínimo y multa 10 a 100.	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Presidio menor y multa tanto al triple ... ..	—	—	—	1	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	2
Presidio menor y multa de 20 a 40 y tanto al triple ...	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Presidio menor y multa 20 a 200 ... ..	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2
Presidio menor y multa de 10 a 200 ... ..	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—	2
Presidio menor y multa de 25 a 500 ... ..	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—	1
Presidio menor y multa de 10 a 500 ... ..	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	4	—	4
Presidio menor y multa de 10 a 100 ... ..	—	—	4	1	—	—	—	—	—	3	—	—	—	—	8
Presidio menor y multa de 10 a 50 ... ..	—	—	7	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	8
Presidio menor y multa de 5 a 10 ... ..	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2
Prisión mayor ... ..	6	21	—	—	—	—	—	7	2	—	—	2	—	—	38







Arresto mayor e inhabilitación especial y multa tanto al duplo y multa 10 a 50 ...	—	—	—	—	—	1	—	1	—	—	—	—	—	2
Arresto mayor en grado máximo e inhabilitación especial y multa 10 a 50 ...	—	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	1
Arresto mayor en grado máximo y multa 10 a 100 ...	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	3	—	—	3
Arresto mayor e inhabilitación especial ...	—	—	—	—	—	3	—	—	—	—	—	—	—	3
Arresto mayor y suspensión y multa 10 a 50 ...	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	1
Arresto mayor y suspensión.	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	1
Arresto mayor y retirada permiso definitivo ...	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	1
Arresto mayor y retirada permiso temporal ...	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	1	2
Arresto mayor y multa tanto al triplo ...	—	—	—	1	—	1	—	—	—	—	—	8	—	10
Arresto mayor y multa duplo al décuplo ...	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Arresto mayor y multa duplo al cuádruplo ...	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2
Arresto mayor y multa tanto al duplo ...	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	1	—	2
Arresto mayor y multa 10 a 500 ...	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Arresto mayor y multa 10 a 200 ...	—	1	—	—	—	—	5	—	—	—	4	2	—	12
Arresto mayor y multa 20 a 100 ...	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—	1
Arresto mayor y multa 10 a 100 ...	—	2	—	2	—	2	—	1	—	—	4	—	—	11



ta 10 a 100 ... ..	—	9	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	9
Inhabilitación absoluta y multa 10 a 50 ... ..	—	8	—	—	—	—	7	—	—	—	—	—	—	15
Inhabilitación especial ... ..	—	6	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	6
Inhabilitación especial y multa tanto al triplo ... ..	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	1
Inhabilitación especial y multa duplo al cuádruplo ... ..	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	1
Inhabilitación especial y multa 10 al 500 ... ..	—	1	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	2
Inhabilitación especial y multa 10 a 50 ... ..	—	1	—	—	—	—	7	—	—	—	—	—	—	8
Suspensión ... ..	—	18	—	—	—	—	8	—	—	—	—	—	—	26
Suspensión en grado máximo y multa 10 a 100 ... ..	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Suspensión y multa 5 por 100 al 25 por 100 ... ..	—	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	2
Suspensión y multa tanto al triplo ... ..	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Suspensión y multa 10 a 100. ... ..	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Suspensión y multa 10 a 50. ... ..	—	3	1	—	—	—	9	—	—	—	—	—	—	13
Suspensión y multa 10 a 20. ... ..	—	4	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	5
Multa 10 a 100 ... ..	—	2	5	1	1	—	1	—	6	—	—	1	1	18
Multa 10 a 100 y privación definitiva permiso ... ..	—	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	2
Multa 10 a 100 y privación temporal permiso ... ..	—	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	2
Multa 10 a 100 más otra 2.500 a 5.000 ... ..	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Multa 10 a 100 más otra 5 a 10 ... ..	—	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	1
Multa del 10 por 100 al 50 por 100 ... ..	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—	1
Multa del 50 por 100 al 100 por 100 ... ..	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2	—	2

Penas	TITULOS														Total
	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	XIII	XIV	
Multa quíntuplo al décuplo.	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Multa duplo al quíntuplo ...	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—	1
Multa duplo al cuádruplo ...	—	—	1	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	2
Multa tanto al quíntuplo ...	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Multa tanto al triplo ...	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—	1
Multa tanto al duplo ...	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—	1
Multa mitad al tanto ...	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	1
Multa equivalente valor dá- diva ...	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	1
Multa equivalente valor cosa.	—	—	—	1	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	2
Multa de 10 a 200 ...	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—	1
Multa de 10 a 50 ...	—	1	2	1	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	5
Multa de 10 a 40 ...	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Multa de 10 a 20 ...	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	1
Reprensión pública ...	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	1
<b>TOTALES ...</b>	49	219	82	27	24	4	80	52	39	5	9	45	199	5	840
<i>Títulos ...</i>	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	

b) Faltas:

Arresto menor ... ..	6
Arresto menor de 1 a 15 días ... ..	3
Arresto menor de 1 a 10 y multa de 500 a 10.000 ... ..	3
Arresto menor y multa de 250 a 5.000 ... ..	1
Arresto menor y multa de 250 a 5.000 ... ..	2
Arresto menor de 5 a 15 y multa de 250 a 5.000 ... ..	5
Arresto y multa de 250 a 2.500 ... ..	1
Arresto y multa de 500 a 5.000 ... ..	3
Arresto y multa variable ... ..	1
Arresto y multa del tanto y un tercio más ... ..	1
Arresto de 1 a 10 días o multa de 500 a 5.000 ... ..	4
Arresto de 1 a 5 días o multa de 250 a 5.000 ... ..	2
Arresto de 1 a 5 días o multa de 250 a 2.500 ... ..	5
Arresto de 2 a 10 días o multa de 500 a 10.000 ... ..	1
Arresto o multa de 500 a 10.000 ... ..	1
Arresto o multa 500 a 5.000 o reprensión privada ... ..	17
Arresto de 5 a 15 días y reprensión privada ... ..	7
Multa de 250 a 2.500 ... ..	4
Multa de 500 a 5.000 ... ..	4
Multa de 500 a 10.000 ... ..	5
Multa de más de 500 y menos de 10.000 ... ..	10
Multa de 1.000 a 10.000 ... ..	2
Multa del tanto al duplo (sin exceder de 10.000) ... ..	2
Multa del tanto y un medio más ... ..	1
Multa del medio al tanto ... ..	1
Multa variable ... ..	1
Multa variable de más de 500 menos de 10.000 y reprensión privada ... ..	3
Multa variable de 250 a 2.500 y reprensión privada ... ..	19
Multa variable de más de 500, menos de 10.000, reprensión privada y privación del permiso de 1 mes a 3 meses ... ..	1
<i>Total</i> ... ..	<hr/> 116

## B) RESUMEN GENERAL

### a) Delitos

Penas	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	XIII	XIV	Total
Reclusión mayor a muerte ...	18	14	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	1	—	35
Reclusión mayor ... .. .	8	8	—	—	—	—	—	—	1	—	—	1	8	—	26
Reclusión menor ... .. .	8	13	—	—	—	—	—	7	3	—	—	1	13	—	45
Reclusión menor e inhabilitación ... .. .	—	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	2
Reclusión menor y multa ...	—	—	4	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	5
Presidio mayor ... .. .	1	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	1	33	—	37
Presidio mayor e inhabilitación ... .. .	—	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	2
Presidio mayor y multa ... .. .	—	—	9	2	—	—	—	2	—	—	—	—	2	—	15
Presidio menor ... .. .	—	—	9	—	—	—	—	—	—	—	—	—	63	—	72
Presidio menor e inhabilitación ... .. .	—	—	1	—	—	—	3	—	—	—	2	—	—	—	6
Presidio menor y multa ... .. .	—	—	15	7	—	—	1	—	—	—	3	—	8	—	34
Presidio menor e inhabilitación y multa ... .. .	—	—	—	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	2
Prisión mayor ... .. .	6	21	—	—	—	—	—	7	2	—	—	2	—	—	38
Prisión mayor e inhabilitación	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Prisión mayor y multa ... .. .	—	6	—	—	1	—	—	2	—	—	—	4	—	—	13
Prisión mayor e inhabilitación y multa ... .. .	1	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	2
Prisión menor ... .. .	5	28	4	3	1	—	1	16	5	—	2	4	2	1	72
Prisión menor e inhabilitación	—	1	—	—	—	—	7	—	—	—	—	—	—	2	10
Prisión menor y multa ... .. .	—	14	1	—	5	1	—	2	—	1	—	4	—	—	28
Prisión menor e inhabilitación y multa ... .. .	—	4	—	—	4	—	3	—	10	—	—	—	—	—	21
Arresto mayor ... .. .	1	12	7	4	—	—	2	3	8	—	—	6	43	1	87
Arresto mayor e/o inhabilitación ... .. .	—	—	—	—	—	—	6	1	—	1	—	—	1	2	11

Arresto mayor y/o multa ...	—	15	18	8	6	5	2	9	4	1	1	21	17	105	
Arresto mayor e inhabilitación y multa ...	—	2	—	—	—	—	4	—	—	—	—	—	—	6	
Extrañamiento ...	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	2	
Confinamiento ...	—	8	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	8	
Confinamiento y multa ...	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	
Destierro ...	—	7	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	7	
Destierro y multa ...	—	1	—	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	2	
Inhabilitación absoluta ...	—	6	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	7	
Inhabilitación absoluta y multa ...	—	19	—	—	—	—	7	—	—	—	—	—	—	26	
Inhabilitación especial ...	—	6	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	6	
Inhabilitación especial y multa ...	—	2	—	—	—	—	10	—	—	—	—	—	—	12	
Suspensión ...	—	18	—	—	—	—	8	—	—	—	—	—	—	26	
Suspensión y multa ...	—	18	1	—	—	—	12	—	—	—	—	—	—	23	
Multa ...	—	3	11	3	4	—	5	1	6	1	1	1	8	44	
Multa e inhabilitación ...	—	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	—	—	2	
Represión pública ...	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	1	
<i>Total</i> ...	49	219	82	27	24	4	80	52	39	5	9	45	199	6	840

La expresión inhabilitación se toma en un sentido muy genérico, no técnico, es decir cuando a la pena que aceptamos como principal acompaña otra que no es multa.

## b). Faltas

Títulos	I	II	III	IV	Total
Arresto menor ... ..	—	—	1	8	9
Arresto y reprensión ... ..	—	—	7	—	7
Arresto y/o multa ... ..	7	13	22	6	48
Multa ... ..	9	5	—	15	29
Multa e inhabilitación ... ..	7	12	4	—	23
<i>Total</i> ... ..	23	30	34	29	116

c) *Proporcionalidad.*

## a) Delitos.

a') Por penas: tantos por ciento de las penas incorporadas al Libro II).

Reclusión mayor a muerte ... ..	4,166
Reclusión mayor ... ..	3,095
Reclusión menor ... ..	5,357
Reclusión menor e inhabilitación ... ..	0,238
Reclusión menor y multa ... ..	0,595
Presidio mayor ... ..	4,404
Presidio mayor e inhabilitación ... ..	0,238
Presidio mayor y multa ... ..	1,785
Presidio menor ... ..	8,571
Presidio menor e inhabilitación ... ..	0,714
Presidio y multa ... ..	4,047
Presidio menor e inhabilitación y multa ... ..	0,238
Prisión mayor ... ..	4,523
Prisión mayor e inhabilitación ... ..	0,119
Prisión mayor y multa ... ..	1,547
Prisión mayor e inhabilitación y multa ... ..	0,238
Prisión menor ... ..	8,571
Prisión menor e inhabilitación ... ..	1,190
Prisión menor y multa ... ..	3,333
Prisión menor e inhabilitación y multa ... ..	2,500
Arresto mayor ... ..	10,357
Arresto mayor e inhabilitación ... ..	1,309
Arresto mayor y o multa ... ..	12,261
Arresto mayor e inhabilitación y multa ... ..	0,714
Extrañamiento ... ..	0,238
Confinamiento ... ..	0,952
Confinamiento y multa ... ..	0,119
Destierro ... ..	0,833

Destierro y multa ... ..	0,238
Inhabilitación absoluta y multa ... ..	3,095
Inhabilitación especial ... ..	0,711
Inhabilitación especial y multa ... ..	1,428
Suspensión ... ..	3,095
Suspensión y multa ... ..	2,738
Multa ... ..	5,238
Multa e inhabilitación ... ..	0,238
Reprensión pública ... ..	0,119
<i>Total</i> ... ..	<u>99,988</u>

b'). Por títulos (tantos por ciento de figuras delictivas que contienen).

I.	5,833
II.	26,075
III.	9,761
IV.	3,214
V.	2,857
VI.	0,476
VII.	9,523
VIII.	6,190
IX.	4,642
X.	0,595
XI.	1,071
XII.	5,357
XIII.	23,690
XIV.	0,714
<i>Total</i>	<u>99,993</u>

b) Faltas.  
a') Por penas.

Arresto menor ... ..	7,758
Arresto menor y reprensión ... ..	6,034
Arresto menor y/o multa u otra ... ..	41,379
Multa ... ..	25,000
Multa y reprensión ... ..	19,827
<i>Total</i> ... ..	<u>99,998</u>

b') Por títulos (tanto por ciento de infracciones que contienen).

I.	19,827
II.	25,862

III. 29,310  
 IV. 25,000

*Total* 99,999

D) *Esquema final.*

Número de veces que aparecen en el Código penal las penas correspondientes a todos los delitos y faltas y porcentajes respectivos:

a') Delitos.

P e n a s	Núm. de veces que aparece en el Código	Tanto por ciento
Reclusión mayor a muerte ... ..	35	3,7
Reclusión mayor ... ..	26	2,7
Reclusión menor ... ..	52	5,4
Presidio y prisión mayor ... ..	108	11,3
Presidio y prisión menor ... ..	245	25,6
Arresto mayor ... ..	207	21,6
Extrañamiento, confinamiento y destierro ...	20	2,1
Inhabilitación y suspensión ... ..	100	10,5
Multa ... ..	46	4,8
Repreñión pública ... ..	1	0,1
<i>Totales</i> ... ..	840	87,8
b') Faltas.		
Arresto menor ... ..	64	6,7
Multa ... ..	52	5,4
<i>Totales</i> ... ..	116	12,1
En resumen:		
Delitos ... ..	840	87,8
Faltas ... ..	116	12,1
<i>Total</i> ... ..	956	99,9

#### IV. CONCLUSIONES

##### A) *Enumeración.*

1. Encontramos una deficiente atribución de penas a las distintas infracciones penales debido tal vez a una construcción penal poco reflexiva y en los últimos tiempos a un desfase profundo entre las exigencias sociales y la respuesta jurídica.
2. Creemos que estas deficiencias podrían ser destacadas especialmente en un doble sentido: A) En cuanto que, en general, el techo penal es muy alto y las sanciones a veces desorbitadas, y B) En la evidente desproporción entre intensidad del quebrantamiento y la sanción.
3. Los delitos contra la propiedad están sancionados con penas verdaderamente altas y en muchas ocasiones de manera totalmente desproporcionadas. En los robos con fuerza en las cosas y en los hurtos agravados estas desviaciones cobran un especialísimo relieve.
4. Falta pues una armonía que conjugue estos tres factores: intensidad del quebrantamiento, culpabilidad y otras circunstancias.
5. La Ley no puede abdicar de la función individualizadora de la pena, que es tarea legislativa, pero tampoco debe restar a los Tribunales y Jueces el debido arbitrio para que éstos puedan adecuar la pena con la penalidad del autor.
6. Este arbitrio debe sujetarse a unas normas generales de orientación que el propio legislador ha de facilitar y debe cuando se utiliza, razonarse para que pueda estar sometido al inexcusable control del recurso, cuando éste se produzca.
7. Sólo se conseguirá un equilibrio, que es tanto como decir una situación justa, cuando a análogas infracciones existan análogas sanciones y cuando éstas guarden relación con el relieve de antisocialidad de la infracción. Para conseguirlo, el legislador debe traer al Código penal todas aquellas conductas que sobrepasen el nivel de tolerancia social y una vez incorporadas debe someterlas a un tratamiento homogéneo en función de la propia homogeneidad en cuanto a su naturaleza.
8. La Ley y por tanto el juez deben contar con un catálogo amplio de penas que permitan a una y a otro realizar su respectiva función individualizadora. Las medidas de seguridad sólo deben imponerse por los tribunales y a consecuencia de la existencia de un delito.
9. Es función judicial no sólo y por supuesto dictar la sentencia penal, sino también dirigir su cumplimiento. La expresión vigilar no nos convence porque da una sensación de pasividad. Dirigir es equivalente a tomar activamente la iniciativa. La presencia del Ministerio Fiscal es también inexcusable.
10. De la realidad de todas estas conclusiones tal vez dependa el futuro de nuestra nación, pues la presencia de unas leyes penales equilibradas puede contribuir decisivamente a una paz

basada realmente en la justicia que es la mayor aspiración de nuestra Comunidad.

### B) *Consideraciones finales.*

En resumen, creemos que nuestro Código está necesitando de una reforma profunda y urgente. Es un ordenamiento que ya no nos sirve y suce esto no tanto en función de sus defectos técnicos, que los tiene, como por razón de los presupuestos en los que se basa. Ni es correcta la jerarquía valorativa de los bienes que defiende, ni es justo en cuanto a la selección de los elegidos, ni está equilibrado en las penas que asocia a muchas de las figuras delictivas que contempla. Esta ha sido la finalidad que hemos perseguido al redactar este trabajo que viene a ser como la segunda parte, aunque con absoluta y total autonomía del que no hace todavía tres años escribí en relación con una posible y nueva estructuración del Ordenamiento jurídico penal al que ya he hecho varias veces referencia.

Si nos detenemos en la contemplación del Código observamos que en materia de penas y medidas que incorpora a las conductas delictivas son bastantes las modalidades que utiliza, aunque en muchas ocasiones en que, a nuestro juicio, sería procedente establecer alguna de ellas para determinadas figuras delictivas, las olvida. El catálogo general de posibilidades punitivas es ciertamente amplio pero, repetimos, el legislador creemos que se equivocó muchas veces al ubicar las penas en el Código por la obsesión de defender prioritariamente unos valores que aún sin dejar de serlos no ofrecen el relieve que nuestro ordenamiento les da, así por ej. la propiedad. Sin propósito de ser exhaustivos conviene citar además de las penas que podemos considerar normales, la pérdida de la nacionalidad española (art. 141), la inhabilitación especial para el ejercicio de la enseñanza (art. 212), el comiso de la imprenta, discrecional unas veces, obligatoria, otras (art. 213), disolución de asociaciones (art. 265), inhabilitación especial para el ejercicio de la industria y el comercio en el que traficare el delincuente (art. 267), el comiso (art. 350), la suspensión especial que contempla el art. 373; la multa, también especial que se incorpora al art. 375; el decomiso del 393; la reprensión pública del 395, la inhabilitación especial referida a la prestación de servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos, públicos y privados (art. 417), el reconocimiento forzoso de la prole (art. 444), la inhabilitación especial del 445, la suspensión de la patria potestad (art. 446), las medidas que prevé el 452 bis c. (Sobre ese punto v. art. 6.º, núm. 3 de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social redactada conforme a la Ley de 28 de noviembre de 1974 y las circulares interesantísimas de la Fiscalía del Tribunal Supremo), el cierre temporal o definitivo de un local o establecimiento y la retirada de licencia que, en su caso, se hubiere concedido (art. 452 bis d), la posibilidad de privar a los culpables, de la patria potestad, tutela, autoridad marital y del derecho de pertenecer al Consejo de Familia (art. 452 bis d), la posible publicación

de la sentencia en los periódicos oficiales (art. 456) o en los periódicos en que se hubieren propagado las injurias o calumnias (art. 465), la condena a dotar a la ofendida (arts. 444 y 479), aunque se trate de un supuesto especial de responsabilidad civil derivada del delito; la privación de la patria potestad, tutela o autoridad marital (art. 487), la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria; y el cierre temporal o definitivo del establecimiento (art. 456 bis d), etc. De su simple exposición se deduce lo importante que hubiera sido una racional distribución y aplicación de estas penas y medidas dentro del Código, facilitando así a los tribunales la tarea de hacer concreta la abstracta voluntad legislativa. Pero, desgraciadamente creemos que no se ha actuado de esta manera.

En materia de arbitrio judicial pueden citarse los artículos 141, 148 bis, en una doble vertiente, 213, 232, 224, 226, 235, 251, 252, pf. 2.º, 253, 256, 260, 264, 266, 318, 340 bis a. 344, también en una doble proyección, 344 bis, 348 bis, 394 (el tribunal puede imponer la pena que estime procedente dentro de las señaladas en los números anteriores, si a su juicio hubo sustracción sin estar comprobada la cuantía de la misma), 422, 452 bis d. final (referida al Juez Instructor), 452 bis g, 487, 496, 511, 516, 530, 546 bis d, 546 bis e, 563 bis a, 565, 584, núm. 12. Sobre este aspecto del arbitrio judicial deberíamos hacer iguales o análogas reflexiones a las que anteriormente hicimos en cuanto a la distribución de las penas y las medidas de seguridad. Hay supuestos en los que el rigor excesivo de la ley no puede ser atenuado por un arbitrio judicial que debiera inexcusablemente existir y no existe.

No se trata, pues, repetimos, realmente, de falta de imaginación, al menos de falta de imaginación en general, sino, a nuestra modestísima opinión, de un gravísimo error de enfoque, de una normativa desfasada. Si todas esas medidas, si ese arbitrio, si esas posibilidades legales se hubieran dirigido de manera más equilibrada a aquellas zonas verdaderamente necesitadas de estos instrumentos, otro panorama creemos nosotros que se contemplaría hoy, jurídica y socialmente. La tarea y misión de los tribunales penales es siempre difícilísima, pero lo sería menos si las leyes respondieran siempre a los postulados de la Justicia. Pensemos por ejemplo, que la posibilidad de publicar la sentencia queda limitada a los delitos de injuria y calumnia y que la facultad de cerrar una industria, comercio o establecimiento se reduce a unos escasos, limitados y no siempre graves supuestos y que las inhabilitaciones para el ejercicio de determinadas actividades industriales y comerciales no parece que piense tanto en un auténtico bien público como en la salvaguarda de intereses más concretos y pasajeros.

A veces se imputa a los Tribunales y al propio Ministerio Fiscal una falta de dureza, un irse casi siempre al mínimo del mínimo en la aplicación de las penas, utilizando defectuosamente el arbitrio judicial, el buscar injustificadamente atenuantes o eximentes incompletas y pregunto yo: ¿se han dado cuenta quienes esto dicen, que los fiscales, jueces y magistrados ni son ni pueden ser ni deben ser jamás robots y que en todos ellos anida un espíritu justiciero mucho más fuerte que:

la literalidad de la Ley? ¿Se puede forzar a un Tribunal a que imponga por ejemplo una pena de reclusión menor por un simple hurto, aunque su autor sea multirreincidente? ¿Y se puede hacer esto cuando conductas mucho más graves vivaquean fuera de nuestro Código? Sólo unas leyes justas, en el sentido de contemplar todas, absolutamente todas, las conductas que por su gravedad sean merecedoras de sanción penal y de hacerlo con ponderación, con equilibrio y con posibilidad real de adecuar judicialmente hecho-delincuente y sanción, harán posible que nuestros magistrados, jueces y fiscales, con la inestimable colaboración de la abogacía asuman con plenitud de satisfacción y de eficacia, la tarea trascendental de administrar la justicia penal (35). Esto es realmente, como ya he explicado, lo que he querido demostrar con estas líneas, que lo haya conseguido o no y más definitivamente importante, que sea o no acertado su planteamiento, será el más autorizado criterio del lector quien lo decida.

---

(35) Por ello, estimo que, en general, deben desaparecer una serie de leyes de tipo administrativo sustitutivas en cierta manera del Código penal que tiene que ser suficiente para ordenar la vida comunitaria, teniendo en cuenta, además, la inmensa garantía que supone en tales casos la obligada presencia de un Juez o Tribunal.

RUIZ VADILLO, Enrique: *Algunas anotaciones sobre la información periodística en los Derechos penal y civil de España y sus límites*. "Revista General de Derecho". Valencia, núms. 387 y sigs. diciembre 1976 y enero-febrero, marzo, abril y mayo 1977.

# Razón de ser y existir del Derecho penitenciario \*

EDUARDO PEREZ FERRER

Profesor de Derecho penal de la Universidad Complutense  
Secretario de la Escuela de Estudios Penitenciarios

“El Derecho natural se centra, sobre todo, en la existencia de los Derechos humanos”. LEGAZ LACAMBRA. Ciclo de conferencias sobre Derecho y Libertad. Marzo, 1976.

## 1. JUSTIFICACION

Siempre ha girado la problemática punitiva en torno al mismo centro de gravitación: El derecho a castigar o, dicho de otro modo, los fundamentos de la Justicia penal.

Desde las épocas más alejadas de nuestro presente, cuando todavía la palabra civilización carecía de sentido, si es que lo ha tenido alguna vez, hasta el momento, existió el transgresor y existió la sanción. El problema lo es tanto en cuanto que se busca la razón de la transgresión, por qué se la considera como tal y la meta a que se pretende llegar con la sanción en la medida en que se imponga, proporcional al daño o no.

Ello significa que los fundamentos de la Justicia penal no son el resultado o precipitado actual de una evolución o involución, sino que se han planteado en cada época y en cada lugar con una individualidad y función propias y relativamente independientes a las de otros momentos históricos. No queremos decir con ello que los meandros del flujo temporal, en su discurrir por los distintos accidentes geográficos y momentos vitales del suceder humano, no tengan una comunicación que sirve, en cierto modo, de solución de continuidad. Pero ni el Duero de Soria es el que deja su riqueza en el Atlántico, ni el derecho de propiedad que protegía el Fuero Real es el mismo que el de nuestro Código civil como la cárcel de las Partidas no tiene parecido alguno con la prisión de nuestro tiempo.

A nadie puede ocurrírsele que el principio de legalidad hubiera existido en los “delicta privata” del Derecho romano, ni aun el precedente de la “Charta Magna” de Juan sin Tierra, tenga el más li-

---

(\*) Este trabajo se publicará también en el Libro Homenaje a Legaz Lacambra.

gero parecido con los principios que informan y proclaman las constituciones políticas modernas.

Queremos con ello preparar al lector sobre la soberanía temporal y local que, a nuestro modo de ver, adquieren las instituciones y realizaciones humanas especialmente y, por lo que a nosotros se refiere, las jurídicas.

No se pretende enmarcar en el "hic et nunc" los valores permanentes de la persona humana, cuya dimensión supera el lugar y el tiempo desde la Creación, cualquiera que fuese su forma, hasta los límites cronológicos del funcionamiento de nuestro planeta, si acuñar con el troquel del breve hoy, nuestro acercamiento para reconocer esos derechos y hacerlos efectivos (1). A ello deben responder dos palabras cuyos conceptos han sido, son y serán, controvertidos en su misma esencia: el ser y el existir del Derecho penitenciario.

El objeto de este breve trabajo no es abordar los conceptos de la Justicia penal y su justificación en la perspectiva puramente iusnaturalista, pues escapan a la misma materia y a la atención de quien esto escribe.

Nos limitaremos aquí y queremos limitarnos escuetamente a la Justicia penal, pero con especial detenimiento a su ejecución, es decir, a encontrar la razón o razones de la esencia y existencia del Derecho penitenciario, término que tanto se ha discutido y cuya polémica continuará de buen seguro (2).

---

(1) "Se trata de un dinamismo vital, dramático siempre como hemos dicho y, en ocasiones, trágico pero creador de formas nuevas del que quedan imborrables huellas en el curso de la historia humana". Cuadernos para el Diálogo. Editorial, núm. XVII, Extra, pág. 4.

(2) No le demos vueltas; la palabra no gusta a muchos autores. Ya hago hincapié sobre ello en mi trabajo sobre las Fuentes del Derecho Penitenciario a punto de aparecer en el próximo número de la "Revista de Estudios Penitenciarios". Algún autor hasta llega a preguntarse —C. GARCÍA VALDÉS: *Sistema Penitenciario Español*. CDD, núm. XXVIII, Extra, pág. 53: "¿Cómo puede, en fin, pretenderse que se consiga una evolución seria en el Derecho penitenciario, cuando su misma denominación y sustancia significan penitencia y, por tanto, castigo y penitenciaría, lugar donde éste se cumple?"

¡Siempre apegados a los nominalismos! Da pena que el contenido de los términos se deje a un lado para valorarlos por el sonido y la discutible etimología que entra por nuestros oídos.

1.º La palabra penitenciario puede traer, y de hecho trae, resonancias de penitencia religiosa o canónica y, por tanto castigo, sí; pero esos significados alcanzan más al adjetivo penitencial y ambas acepciones llegaron al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, uniendo éste al término penitenciario significados tan expresivos y concretos como los de "tratamiento y corrección de presos".

2.º Salvo las modificaciones de última hora, al reestructurar el Ministerio de Justicia y sus distintos centros directivos, los establecimientos se llamaban prisiones, los funcionarios pertenecían a un Cuerpo, Cuerpo de Prisiones, su normativa orgánica estaba recogida por el Reglamento que aún vive con el nombre de Reglamento de los Servicios de Prisiones aunque se reservara el adjetivo penitenciario para su uso literario y científico: régimen penitenciario, función penitenciaria, instituciones penitenciarias. etc.

## 2. LA ESENCIA DEL DERECHO PENITENCIARIO. APUNTE DOCTRINAL

Hablar del Derecho penitenciario, que por cierto, pocos autores hablan, valga lo expuesto en la nota anterior (3), en los tiempos que aparecen los primeros vestigios de vida comunitaria, resulta tan inútil como pretencioso. Desde que la Humanidad existe sólo sabemos de delitos, sólo conocemos castigos, en su mayoría arbitrarios y crueles, como reacción del poder divinizado, del dictador victorioso, del jefe indiscutible e indiscutido, del monarca caprichoso y tantas veces alienado. Estas dos categorías de la Justicia penal que aún dudamos hayan sido superadas a lo largo de tantos siglos de historia de la Humanidad, configuran la materia de nuestro trabajo, que no pretende ser exhaustivo, como se ha dicho, sino reducirse a lo que implica su propio título. Con el paso de los tiempos, los supuestos criminológicos han adoptado posturas que en los últimos lustros se han catapultado con verdadera y laudable osadía en el terreno literario y científico (4).

Como punto de partida básico, el catálogo de las penas empieza a llegar a simplificaciones dignas de considerar (5), bien por vía de la desaparición, bien por el camino de una reducción cualitativa de la

3.º Alguna palabra propuesta para sustituir a la de Derecho Penitenciario ha sido la de Derecho de Ejecución Penal o Derecho Penal Ejecutivo —Quintano advierte la ambigüedad del término porque puede llevar al confusiónismo con lo procesal, donde la ejecución forma parte del proceso—, que abarca a la ejecución de todas las penas, no sólo a las privativas de libertad, que son para el Derecho penitenciario su único objeto.

4.º Finalmente, la cuestión tiene parecido, como en tantos cambios de nomenclatura, con el dislate de sustituir la digna palabra de Maestro por la de Profesor de Enseñanza General Básica; demuestra todo ello una falta de imaginación tal como demuestra que escasea para construir lo sustancial, la esencia de las cosas y doctrinas, y nos sobra para modelar lo accidental, para decorar, en frecuentes ocasiones con no muy buen gusto y por vía del error, revestimientos que pueden llegar hasta el ridículo.

(3) Lamentamos sinceramente que el primer texto de Ciencia Penitenciaria, de buena factura, por supuesto, y de no poca utilidad para los estudiosos, publicado con el título de *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, por el que fue funcionario de Instituciones Penitenciarias, donde ingresó como jefe de administración entre licenciados en Derecho, y hoy profesor del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, GARRIDO GUZMÁN, ni se plantea siquiera la existencia del Derecho Penitenciario, sin cuya normativa, poco o nada podrían lograr los principios de la Ciencia.

(4) Aunque en esta materia, como dice SALILLAS, por boca de Quintano, “nos quede todo por hacer y nada por escribir”. R. SALILLAS: *La vida penal en España*. RLYJ, Mad. 1888, pág. 41.

(5) Para ANTÓN ONECA la simplificación es “consecuencia de dar a la pena carcelaria por fin único la educación...”. Citado por BUENO ARÚS: *Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios*. Separata del libro homenaje al profesor JIMÉNEZ DE ASÚA, pág. 387.

misma sustancia, manteniendo el mismo o los mismos nombres del pasado (6).

Gran parte de las legislaciones han dado el paso adelante de unificación de sus penas por el camino de la reducción o estableciendo dos clases, bien en base a la gravedad de la infracción o la intensidad de su cumplimiento o ejecución (7).

A ello caminan los postuladores de una poda racional en las listas de las sanciones penales. Pero este afán simplificador que abonaría el terreno para una plena eficacia de instituciones tales como la suspensión condicional de la pena, la sustitución de las penas cortas de prisión, libertad condicional, etc., denota a simple vista un hecho innegable: que unificación se hace básica y casi exclusivamente sobre las penas de privación de libertad y basta para demostrarlo abrir cualquier página de un Código penal para ver que las sanciones atribuidas a los tipos delictivos son, en su inmensa mayoría, las privativas de libertad, con la única diferencia del "quantus" de su duración (8), con lo que se favorece, dentro de los límites que presupone el principio de legalidad, la individualización de la pena y el prudente arbitrio judicial tan vindicado en nuestra época, pero de tan delicada articulación y puesta en práctica (9).

(6) El artículo 27 del Código penal establece la escala general de penas:

*Penas graves* (prescindiendo la pena de muerte): Reclusión mayor y reclusión menor; presidio y prisión mayores; presidio y prisión menores; arresto mayor, extrañamientos, confinamiento y destierro; represión pública (única pena infamante que subsiste en nuestro Código); inhabilitación absoluta; inhabilitación especial para cargos públicos, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio; suspensión, para cargos públicos, derecho de sufragio activo y pasivo.

*Penas leves*: Arresto menor; represión privada.

*Penas comunes a las dos clases anteriores*: Multa; caución.

*Penas accesorias*: Interdicción civil; privación de conducir vehículos a motor; pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito.

Vid. BUENO ARÚS: *Ob. cit.*, págs. 389 y ss.

"Que se simplifique la diversidad nominal de las penas de privación de libertad, hasta llegar a la única con variedad de tratamientos penitenciarios". QUINTANO: *Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas*. En REEP, núm. 125, pág. 775.

(7) Frente a los diversos criterios de simplificación o no de las penas de privación de libertad, las diversas legislaciones se van despojando poco a poco de hojarasca histórica inútil. Ya Holanda lo hizo en 1881, Noruega en 1902 y Dinamarca en 1930, Inglaterra, Proyecto penal sueco, por citar algunos países, cuya fuente utilizada ha sido GARRIDO GUZMÁN en su *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, ya citado, págs. 18 y 19.

(8) Pone de manifiesto GARRIDO GUZMÁN, *ob. cit.*, pág. 17 que los primeros congresos internacionales en materia penitenciaria habidos (Londres, 1872; Estocolmo, 1878 y Praga, 1930) propiciaron el sistema de pena única, ya que se decía que entre las penas de privación de libertad no debe existir más diferencia que la de su duración. El punto 8 de las conclusiones del de Londres de 1872 no parece abogar por la unificación —N. del A.

(9) Recalcando los defectos del sistema de la determinación de la pena en nuestra legislación puesto que en él "radica el defecto fundamental del sistema, que resulta opuesto al moderno principio de la in-

No queremos con ello descartar, por su singular naturaleza, la virtualidad de otras sanciones penales, como las restrictivas de libertad, privativas y restrictivas de derechos, pecuniarias y cautelares, pero su función, por vía de la sustitución de las penas cortas de prisión (10), o de simple advertencia (11) o de privación de derechos, lógica y necesaria a todas luces (12).

Pero salvo estas contadas excepciones —no se olvide que en gran número de supuestos se aplican como penas accesorias, la pena se proyecta en una mayor o menor duración de permanencia en un establecimiento penitenciario.

De cuanto se ha dicho, y sin desprestigiar las lanzas que rompió la tríada italiana Novelli (13), Siracusa y Falchi, en los años treinta, con el ardor de verdaderos adelantados en la autonomía del Derecho penitenciario, frente a otras materias penales del Derecho llamado represivo, lo cierto es que su esencia, contenido y finalidad, están ahí y estarán mientras que las penas de privación de libertad existan. Que la doctrina lo califique de apéndice del Derecho represivo o simple capítulo del Derecho penal (14) o simplemente lo considere como parte de la penología del Derecho penal, del Derecho administrativo (15), o bien no dote de necesidad a su "ratio essendi", "entia non sunt multiplicanda sine necessitate" (16), no prueba en modo alguno que el Derecho penitenciario carezca de esencia y contenido propios. Con razón Jiménez de Asúa, en una triple dimensión, contempla los tres momentos del Derecho punitivo: "Podemos, pues, decir que el Derecho represivo en sentido amplio está formado: a) Por el Derecho penal material. b) Por el Derecho procesal penal y c) Por el Derecho ejecutivo penal o Derecho penitenciario (17).

dividualización de la pena y atentatorio incluso a la dignidad del Poder judicial". Y sigue diciendo: "Conformes estaríamos con que el código fijase las bases determinantes de aumento o disminución de la penalidad básica (grado de desarrollo, forma de participación y circunstancias concurrentes); pero dejando luego al Juzgador libre arbitrio para apreciar las medidas de tales modificaciones de la pena, sin que se viese forzado a aplicar aquélla que constituya el resultado de pesar hasta el gramo, valga la frase, aquellas modalidades de la ejecución y aquellas circunstancias que hayan concurrido". FERRER SAMA, *Comentarios*. II, Murcia, 1947, págs. 232 y 233.

(10) Arresto menor que se podrá cumplir en el propio domicilio, artículo 85, C. p.

(11) Reprensión pública, art. 89.

(12) Art. 417 para facultativos y sanitarios culpables del delito de aborto.

(13) Para NOVELLI el Derecho penitenciario sería "el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución".

(14) BERNALDO DE QUIRÓS: *Lecciones de Derecho penitenciario*. México, 1953, pág. 11.

(15) CUELLO: *La Moderna penología*, I. Barc., 1958, pág. 11.

(16) MAGGIORE, con argumento escolástico aunque sin fundamentar la necesidad o no de dicha división y, por tanto, la entidad propia del Derecho penitenciario.

(17) *Tratado*, I, pág. 66.

Quintano, finalmente, concluye: “a) Que el Derecho penitenciario, por ser tal Derecho, está condicionado por normas de juridicidad. b) Que sirviendo a los fines del Derecho penitenciario, coexisten con sus medios propios de trabajo; diversas ciencias y artes penitenciarias auxiliares” (18).

El mismo autor, sin hacer una apología plena de la autonomía del Derecho penitenciario, lo conexiona de modo inseparable al Poder judicial, descartando de manera concluyente el posible divorcio entre ambas funciones. Lo estima como secesionismo nefasto por diversas razones de pura doctrina y aun de inmediato pragmatismo. En primer lugar, la ilusión de la pura autonomía no es otra cosa que eso, una pura ilusión. Creer que va a tolerarse la soberanía plena de un director en su prisión como la de un operador en su quirófano, máxima aspiración de la mentalidad penitenciaria positivista, es desconocer una vez más las características complejísimas de lo penal y las realidades del mundo actual en el que el intervencionismo y la burocracia alcanzan los entresijos más arcanos de lo público y aun de lo privado. Y a la hora inevitable de depender de algo o de alguien, me atrevo a demandar a los señores congresistas si no es preferible que sea un poder tan efectivamente independiente como el judicial que no de los arriesgados y burocráticos tentáculos de la Administración (19). Y termina recomendando al Congreso (20).

- “Que se reestructure jurídicamente lo penitenciario en Códigos o Reglamentos de amplia contextura, permitiendo las reformas necesarias y la mayor iniciativa posible a los establecimientos”.
- “Que se desvincule lo penitenciario, en cuanto al régimen de ejecución de penas, de lo puramente administrativo, coordinándose con lo judicial”.
- “Que se propugne la intervención judicial en la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, especialmente en su acortamiento y prolongación de modo preferente mediante un organismo jurisdiccional “ad hoc”.

### 3. LA EXISTENCIA DEL DERECHO PENITENCIARIO

3.1. Hemos intentado demostrar en qué entidad ontológica, cualquiera que sea el área en que se le sitúe, el Derecho penitenciario es, pues que, de otro modo, con ese nombre o con distinta denominación,

---

(18) *Ob. cit.*, pág. 763.

(19) *Ibidem*, pág. 765.

RICARDO ZAPATERO precisa algo más: “Los incidentes de ejecución son, pues, pura actividad jurisdiccional; por el contrario, la ejecución material de las penas es actividad administrativa. *Comentarios sobre el Derecho penitenciario*. En REP, núm. 204-207, pág. 215.

(20) *Ob. cit.*, pág. 767. El trabajo se presentó al Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino. Madrid-Salamanca, 1952.

habría que inventarlo mientras en las leyes penales exista la pena de privación de libertad.

Pero ha de buscarse la razón de su existencia, las evidencias que demuestran que su normativa está viva, escrita y vigente, más o menos perfectible, siempre criticable, sometida a la interpretación y a la exégesis de quien conoce sus preceptos, quede bien claro, de quien conoce sus preceptos y está obligado a cumplirlos en la esfera de su función.

Abundan autores en nuestro país que, al socaire de construir de nueva planta todo nuestro sistema penal, vuelven sus lanzas contra el Derecho penitenciario, última instancia del Derecho punitivo y hasta se atreven, partiendo de que nuestras instituciones de cumplimiento están mal dotadas, con celdas inhóspitas, celdas de castigo (21) poco o nada humanas, edificios vetustos, instalaciones deficientes, funcionarios no retribuidos suficientemente, se atreven a afirmar, decía: "La cuestión, volviendo a España, no es destinar muchos millones de pesetas en el III Plan de Desarrollo para la construcción de prisiones por la geografía hispana, sino el que tales establecimientos cumplan una función correctora (?) y no de mera seguridad y custodia, que es la que en la actualidad realmente cumplen (22). Olvida, sin duda, García Valdés que cualquier reforma necesita de una infraestructura imposible de andamiar sin bienes materiales que significan pura

---

(21) GARCÍA VALDÉS, creemos que sin mala intención, escribe que la permanencia en "celdas" puede durar de cinco a ciento ochenta días. Incierto a todas luces. El art. 113, C), 1.ª, del RSP, prevé como sanción máxima por falta muy grave la reclusión en celda de castigo —como cualquier otra celda—, de veintiuno a cuarenta días. *Ob. cit.*, pág. 61.

(22) *Ibidem*, pág. 62.

Por éstas y otras muchas razones la doctrina se ha planteado y hasta ha llegado a lanzar como consigna *la crisis de la prisión*, frase que utiliza como título en una de sus obras nuestro RUIZ FUNES; crisis "en cuanto a su propia esencia. Se dice de ella que es nociva para el Estado (gastos), para el delincuente (corrupción), para su familia (inasistencia) y para la víctima (imposibilidad de ser indemnizada) y que debe ser sustituida por otro tipo de sanción como lo fueron, en su día, las penas corporales, las galeras, etc. El profesor DEL VECCHIO, ha reiterado esta idea en múltiples publicaciones". Citado por BUENO ARÚS en *Panorama de los modernos sistemas penitenciarios*. *Ob. cit.*, pág. 411.

Pero lo absolutamente cierto es que se confluye en una amarga diatriba contra la pena privativa de libertad y no se aportan ideas para su perfeccionamiento y mejor alcance de sus metas y fines aunque en los últimos años —especialmente para las penas cortas de prisión y medidas de seguridad—, se hayan ensayado sustituciones que pueden experimentarse con la suficiente prudencia con las penas largas. Lo cierto es que, de esa deletérea actitud, la mayor parte procedente de quienes poco o nada conocen de la problemática de esas ciudades del dolor, el hombre no ha logrado encontrar ideas, quizá por lo difícil del hallazgo de soluciones eficaces al problema, de superar los tremendos obstáculos del terreno, prefiriendo estereotipar las prisiones al modo que lo hace con el lazareto. O como concluye BUENO ARÚS, en parejo sentido, "si es que acaso no resulta que la crisis es mucho más radical y profunda y se refiere a la misma institución de la pena". *Ibidem*, pág. 414.

y simplemente dinero y olvida lo más importante, el párrf. 1 del RSP, que desearíamos hubiera citado y comentaremos después:

“Las instituciones penitenciarias que se regulan en el presente Reglamento tienen por objeto no sólo la retención y custodia de detenidos, presos y penados en orden a la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, sino también y primordialmente a realizar sobre ellos una labor reformadora con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria.”

No es mi pretensión, ni cabe en el sentido del trabajo que realizo como penitenciarista, anclarme en una polémica con alguno de los publicista del tema; pero cuando los errores son tan de bulto, es necesario salir al paso de los mismos en beneficio de la verdad y de una correcta formación de la “opinión” de aquellos aficionados y estudiosos de las ciencias jurídicas que pueden verse conducidos al error en materia tan importante como desconocida.

### 3.2. *Principios informadores del Derecho penitenciario español (23)*

Queremos, a diferencia de otros autores, describir y explicar las basas y pilares en los que se apoya nuestro Derecho penitenciario, deslindándolas de cuanto pueda contribuir con cierto peso específico al cumplimiento de la función penitenciaria y a las finalidades de la pena de privación de libertad con matices o inferencias negativas.

#### 3.2.1. *Ley o Reglamento*

La relegación doctrinal que, hasta casi el vestíbulo del presente, ha sufrido el Derecho penitenciario (24) determinó que sus disposiciones no alcanzaran el rango de Ley. Los códigos penales remitían a las normas del Ejecutivo, Reglamentos, Ordenes, el desarrollo de las Instituciones Penitenciarias. Desde la Ordenanza General de los Presidios del Reino de 14 de abril de 1834 al Reglamento actual de 2 de febrero de 1956, sólo pueden señalarse algunas disposiciones con

---

(23) La medida de este trabajo me desaconseja una exposición sistemática de nuestras instituciones. Para ello existe el estudio sintético, pero claro y completo, de BUENO ARÚS: *El sistema penitenciario español*, Madrid, 1967, y alguna otra obra de no muy derecha crítica de GARCÍA VALDÉS: *El régimen penitenciario de España*. Mad., 1975, así como la exposición del mismo régimen en el *Compendio de Ciencia Penitenciaria* de GARRIDO GUZMÁN. Valencia, 1976.

(24) “No creemos que todavía pueda asumir la preceptiva penitenciaria el prestigioso título de Derecho (?), pero lo cierto es que los juristas van desinteresándose cada vez más de las cuestiones relativas a la ejecución de la pena, aunque a los jueces les importe ahora más que antes”. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Trat.*, I. pág. 68.

rango de Ley pero reguladoras de pequeñas parcelas cuya pertenencia clara al Derecho penitenciario no es del todo indiscutible. La Ley de 26 de julio de 1849, la de Bases de 21 de octubre de 1869, la de ejercicio y gracia de indulto de 18 de junio de 1970, la de libertad condicional de 23 de julio de 1914, la incorporación del instituto de la Redención de Penas por el Trabajo, integrada en el Código penal de 1944 —aunque fue creada por Decreto de 28 de mayo de 1937 y modificada por la revisión del Código penal de 1963, así como la novísima reestructuración de los Cuerpos penitenciarios por medio de la Ley de 22 de diciembre de 1970. Todas las demás disposiciones han nacido en los cauces de la potestad reglamentaria, desde el Reglamento de 1913 que introdujo el sistema progresivo, hasta el actual (25).

Es decir, las fuentes legales se hallan atomizadas entre el Código penal, la LECr. y el CJM, entre otras. Y es el Reglamento de 1956 —verdadero código en su estructura, extensión y contenido—, la fuente de ejecución de las sanciones penales en régimen institucional por exigencia del art. 48 del mismo en relación con el 84 del Código penal (26).

Sin entrar en el planteamiento de la necesidad o conveniencia de un código penitenciario, la realidad lo demanda, la doctrina la apoya y el legislador parece decidirse paulatinamente a ello, se nos antoja propicio utilizar la técnica legislativa de Ley y Reglamento como en otras áreas del Derecho ocurre (27), del mismo modo que en otros países (28), en cuyas leyes se fijan las paredes maestras de la función penitenciaria que, en cada caso y en orden a su complejidad desarrollarán disposiciones de rango inferior. Solución ésta que daría simplicidad, claridad y sistema al Derecho penitenciario positivo de nuestra patria, hoy tan falto de unidad científica y técnica (29).

---

(25) Realmente la introducción en nuestro país del sistema progresivo se hizo por un R. D. de 3 de junio de 1901.

(26) "Las penas de reclusión, presidio y prisión, se cumplirán, conforme determina el art. 84 del Código penal, según el sistema progresivo que comprenderá los siguientes grados: 1.º De reeducación del interno. 2.º De readaptación social, con tratamiento en un clima de confianza. 3.º De prelibertad. 4.º De libertad condicional.

(27) Ningún ejemplo más reciente que la LPyRS de 4 de agosto de 1970 y su Reglamento de 30 de abril de 1971.

(28) Argentina, de 24 de enero de 1958; Venezuela, de 17 de julio de 1961; proyecto alemán; belga, etc.

(29) Parece que dentro de la nueva composición de la Comisión General de Codificación, llamada en esta etapa de renovación legislativa en todas las materias básicas de nuestro Ordenamiento jurídico, ha recibido urgencias que la realidad demanda en el sentido de no remendar o parchear instituciones que necesitan de la reforma, sino para planear una nueva arquitectura desde la cimentación que ofrecen nuestras tradiciones histórico-culturales. A los trabajos de esta Comisión ha sido llamado, creemos que por primera vez en su historia, un experto penitenciario para bucear en la técnica que dé mejores frutos: Ley penitenciaria y Reglamento que la desarrolle o Reglamento constitutivo de un todo orgánico con la independencia adecuada. Creemos que aún la duda no ha sido definitivamente despejada. —N. del A.

### 3.2.2. Finalidad de las instituciones penitenciarias

Nacieron para servir de marco a la ejecución de las penas privativas de libertad, luego la razón de su existencia teleológica no es otra, ni puede ser otra que la finalidad de dicha pena tiene asignada, por otra parte coincidente con el abanico de finalidades que las diversas doctrinas han atribuido a la sanción penal salvo alguna excepción (30). Pero en cualquier caso, al consistir la pena en la privación o restricción de derechos o intereses jurídicamente protegidos, bien dimanen del Derecho natural en su mayoría o del Ordenamiento Jurídico positivo, la problemática se adentra en la profunda interioridad del hombre con caracteres de trágica vivencia.

No importa, como afirma Beristain (31), o quizá importe más de lo que la rutina histórica, derivada de la "vindicta" popular, justificara en las apariencias, sádica en su infraconsciencia, que la pena se imponga en nombre de la Ley y, ¡cuántas veces!, en nombre de Dios. Lo que lastima y, sin duda, atormenta es la privación de algo que, en cierto modo, recorta e hiere la integridad de la naturaleza humana.

La frialdad del imperativo kantiano de la ecuación delito = pena —fiat iustitia ut pereat mundum—, por mero imperativo categórico, o la grociana "malum passionis quod infligitur ob malum actionis" (31 bis), se contraponen al sentido evangélico del pecado y debe ser tenido muy en cuenta: "amad a vuestros enemigos, haced bien a quien os odia" (32). Ello no supone una renuncia a la pena, a la sanción, pero exige el respeto con que el juez ha de imponerla, la prudencia en el medirla, la sabiduría en acertarla y la alta misión y dignidad con que las instituciones penitenciarias han de ejecutarla, en franca superación de la frase lapidaria de Montesquieu, palabras precisamente por lapidarias enmohecidas: "los jueces de la nación no son... más que la boca que pronuncia las palabras de la Ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor" (33).

De todo ello ha de deducirse que aquellas penas que por su naturaleza o por la forma de ejecución van en contra o violan los inalienables derechos de la persona humana han de ser proscritas, salvo las que, en cierta medida, dejan un resquicio, una vaga esperanza de

---

(30) La eliminación que determina la pena de muerte. El sufrimiento físico inherente a las penas corporales o propiamente afflictivas. La inadmisibile castración o esterilización, tanto sea por vía de pena o de medida de seguridad —propia de los regímenes totalitarios nacidos al filo de la depresión económica de la década 1930-40.

(31) A. BERISTAIN: *Fines de la pena*. RGLJ, nov. 1961, Mad., 1962, página 3.

(31 bis) En el mismo sentido: "Porque todo pecado es un acto de desorden y todo pecador obra contra un orden concreto, de ahí que el transgresor sea constreñido por la pena a volver al orden del cual se apartó". A. DE CASTRO: *La fuerza de la Ley penal*. Trad. L. Sánchez Gallego, I, Murcia, 1931, pág. 82.

(32) MATEO, V, 43 y ss.

(33) De *L'esprit des lois*. Lib. XI, Cap. VI.

servir para algo y, especialmente, de recuperar al delincuente a través de la prevención especial, puesto que, en definitiva, será dar una respuesta adecuada a la sociedad herida y maltratada por la infracción. La indiscutible autoridad de López Rey no puede ser tomada como dogma en ciertas conclusiones que no apuntan soluciones concretas, salvo aquellas que son críticas del sistema vigente (34). “¿Podemos hablar sin avergonzarnos demasiado de la reinserción social del delincuente?” Estas y otras preguntas fundamentales pueden hacerse y, si bien pueden darse algunas respuestas, temo mucho que las dadas no sean convincentes. Debido a ello, en el VIII Congreso Internacional de Defensa Social, manifesté que la reinserción social no es la fi-

---

(34) Los sistemas actuales, como hemos indicado, descuidan casi totalmente ese esencial criterio, —la pena justa (?)— y consideran por el contrario, la prisión como el medio típico para realizar la justicia penal con fines de expiación y enmienda. En realidad, es desgraciadamente sabido que tales medios nunca o casi nunca inducen a los reos a enmendarse o a redimirse espiritualmente. Son frequentísimos los casos de personas que, apenas liberadas de la prisión, cometen nuevos delitos, quizá premeditados o aprendidos de los compañeros de condena. La reeducación moral de los delincuentes debería conseguirse con medios y en ambientes totalmente distintos de las prisiones. G. DEL VECCHIO. Trad. Bueno Arús: *El problema del fundamento de la Justicia Penal y sus posibles soluciones*. En REP, núm. 162, pág. 14. El autor cita en la página siguiente de esta obra palabras no suyas: “El Estado gasta sumas enormes en cultivar y luchar intensivamente contra la peligrosidad y criminalidad de los delincuentes más temibles que antes cuando son devueltos a la sociedad una vez ejecutada la justicia penal. El ocio y la promiscuidad en prisiones cerradas y estrechas embrutece más a los reos”. Perdónese me la apostilla pero da la impresión de que hablamos todavía el lenguaje del siglo XIX, que citamos a Dostoyewski, Zamacois y, por qué no, “Papi-lón”... y tantos.

No digamos el género novelesco, tan estrafalario como morboso, o los filmes que se ocupan en acumular secuencias de las mayores degradaciones humanas que no son privativas de las prisiones precisamente. Pero es más grave todavía que los órganos de comunicación social que tantas advertencias han recibido de máximas autoridades morales y políticas, que a sí mismos se consideran serios, veraces, honestos y responsables, no sólo traten con ligereza frecuente el tema de las instituciones penitenciarias, con errores graves que deforman la opinión pública, sino que con presumible no muy buena fe, atribuyen a jerarquías y funcionarios, transmiten textos y publican huecograbados que son falsos. Recientemente uno de estos órganos, con los atributos dichos y de los que presume, no obstante dadas máximas facilidades por la autoridad penitenciaria, tras casi tres exhaustivos días de búsqueda de información, puso acibar en el acontecer normal y trato de los reclusos, atribuyó al responsable de la Escuela de Estudios Penitenciarios palabras que no pronunció y debió trasladarse a una celda de la desaparecida Bastilla para publicar una fotografía como celda de la Central Penitenciaria de Observación. La línea de esta revista, tenemos entendido, se halla o pretende hallarse en la línea de las directrices de la jerarquía religiosa y líneas maestras conciliares sobre los medios de comunicación social. Los obstáculos existen, la responsabilidad de que los sumen o los multipliquen, exceden a nuestro enjuiciamiento. —Nota del A.—. Pero vamos de sorpresa en sorpresa. El reportaje del último número de la revista POSIBLE es sencillamente objeto de querella criminal. —La opinión es del autor.

nalidad del sistema penal, sino de una Justicia social-penal, sigue diciendo López Rey, y que, en tanto el tipo actual de vida se mantenga, *será preciso reconocer al delincuente el derecho a no ser readaptado o reinsertado dentro de un sistema socio-económico y político que, para comenzar, no puede ofrecer un sistema de Justicia penal adecuado*".

De modo similar, aunque avanzando desde la praxis, se pronuncian otros autores. "Anatema sit" parece la conclusión a que debemos llegar respecto de la pena de prisión o privativa de libertad. "Delenda carcer, delenda poena libertatis privatio".

No, no puede compartir el mencionado criterio quien esto escribe, por las razones que siguen y que trataré con la intención del mayor o menor acierto a las que se han planteado:

*Primera:* López Rey, sin andarse por las ramas, afirma no creer en la reinserción social del delincuente mientras subsista la infraestructura socio-económico-política en la que nos hallamos anclados. Admitiendo sus palabras como hipótesis, en tanto en cuanto no lleguemos al cambio de la coyuntura comunitaria y de los nuevos principios de la Justicia penal. En el ínterin, ¿nos debemos cruzar de brazos ante la delincuencia, dejar indefensa a la sociedad porque el delincuente no quiere readaptarse y su meta es aumentar el balance de sus víctimas. Claro que debemos hablar sin avergonzarnos de la reinserción social. Pero hablar seriamente de ello con el Estado, con la comunidad social y con los que codo a codo luchan contra la criminalidad. Cuando llegue la "civitas nova" el "status" habrá cambiado y con él los métodos a emplear.

*Segunda:* También en las palabras de Del Vecchio, hallamos la amargura del fruto maligno o enfermo tan difícil de recuperar. Las prisiones son la universidad del crimen. Negar rotundamente estas frases rayaría en la ingenuidad. "Hay situaciones desesperadas que tienen su origen en la convivencia de dos seres humanos, pero, por otra parte, se comprende también, que el ansia reprimida de un preso por la libertad puede alcanzar tal intensidad que represente un estado de auténtica desesperación. Supuestas una de estas tensiones intolerables, fracasan los mecanismos intimidantes que tiene a su disposición el Estado (35). Pero, ¿cómo pueden sustituirse esas universidades del crimen?, ¿cerrándolas y sustituyéndolas por un amplio programa de prevención y educación desde el comienzo de la vida individual y social del hombre? Mi opinión no se opone al intento sino que a él me

(35) "Vosotros, los que hacéis las leyes y juzgáis a los hombres, respondedme y decid: Antes de que éstos cayeran en el delito, ¿qué habéis hecho por ellos?, ¿habéis educado su niñez y aconsejado su juventud?, ¿habéis aliviado su miseria?, ¿les habéis educado en el trabajo?, ¿les habéis enseñado los deberes de su estado?, ¿les habéis explicado las leyes? Vosotros, los que os llamáis luces del mundo, ¿habéis iluminado a los que caminaban entre las tinieblas de la ignorancia? Y si no habéis hecho esto, que es vuestro deber, ¿no tenéis culpa de sus delitos? Entonces, ¿quién os da el Derecho de castigarlos? Y vosotros que los castigáis según vuestra ley y vuestra justicia, seréis juzgados según otra ley y según otra justicia". GIUSEPPE MAZZINI: *Doveri dell'uomo*. Pert. I. Citado por G. DEL VECCHIO, *Ibidem*, pág. 17.

adhiero, pero debe ser el Estado y la conciencia social quienes de ello se responsabilicen (36). Mientras tanto...

*Tercera:* No comparto el interrogante afirmativo de García Valdés de que nada puede aportar un Plan de Desarrollo, a la ejecución de las penas de prisión. Han cambiado mucho las cosas en la función penitenciaria. Ideológicamente y con limitados medios se ha empezado a olvidar la prisión oscura y sucia, la marginación en edificios sórdidos, gigantes y ofensivos a la misma vista está siendo superada y sustituida por alegres compartimientos y edificaciones para el funcionamiento del régimen abierto, adecuaciones funcionales para el sistema intermedio, independientemente de los llamados permisos de salida, limitadas reformas en los denominados centros cerrados, mejoras en la preparación, especialización y remuneración de los funcionarios. Pensemos en la necesidad de concienciar del problema porque, en definitiva, es tan suyo como nuestro o, si se me apura un poco, importa más a la sociedad que a la Administración penitenciaria.

Quizá si esto se consiguiera no fuese necesario buscar utopías. No quiero terminar este aspecto teleológico de las instituciones penitenciarias sin aludir a las que transitivamente les atribuye el Reglamento en su art. 1.º:

- “No sólo la retención y custodia...”
- sino también y primordialmente a realizar sobre ellos una labor reformadora...”

Es decir, aparecen en la normativa del RSP, tanto el principio de seguridad, de herencia romana —retención y custodia— como el principio de tratamiento de creación moderna.

Retención y custodia en los límites de las normas de régimen que afectan a cada establecimiento penitenciario conforme a la especialidad del mismo y que, quiérase o no, comporta aflicción, sufrimiento, aunque no sólo sea sino por la pérdida temporal de la libertad. “Cárcer est privatio libertatis”, sin más añadidos ni privaciones (37), como de la interpretación contextual del RSP se deduce claramente.

El principio de tratamiento, aunque el texto reglamentario adopta el término de reforma, se sitúa en una frase que, lejos de ser inútil por su aparente ambigüedad, es lo suficientemente comprensiva como para admitir en su ámbito las nuevas concreciones a que llega la investigación penitenciaria: “Una labor reformadora con arreglo a los principios y orientaciones de la Ciencia penitenciaria” (38). Un ejemplo de cuanto decimos ha sido o ha constituido la posibilidad legal

(36) H. von HENTIG: *La Pena*, II. Trad. Rodríguez Devesa. Madrid, 1967, pág. 265.

(37) Cerdán y Tallada: *Visita de la Cárcel y de los presos*, III, 3. La Ley penal se encarga de reforzar coactivamente este principio: “Incurrirá en la pena de suspensión: 5.º El funcionario de prisiones que impusiere a los presos o sentenciados privaciones indebidas o usare con ellos de un rigor innecesario”.

(38) Art. 1.º R.S.P.

de poder introducir los nuevos medios de tratamiento del Decreto de 25 de enero de 1968 con la tantas veces olvidada función a que están llamadas las Juntas de Régimen y Administración, órgano colegiado del gobierno de cada establecimiento (39).

Quienes de modo escéptico, agrio y muchas veces demoleedor, califican nuestros establecimientos al modo de los entonces llamados Depósitos o Presidios de nuestra Ordenanza de 1834, deberían constatar la cantidad, seriedad, profesionalidad y técnica que los componentes de los nuevos equipos de observación y de tratamiento examinan caso por caso, comprueban diagnósticos y formulan pronósticos de conducta en todos los casos y en todos y cada uno de los internos estudiados. Cuán mancos empiezan a mostrarse instructores, tribunales y, el acento es cada vez más agudo, la jurisdicción de peligrosidad y rehabilitación social. La labor de los equipos, unida a la especializada de la Central Penitenciaria de Observación, está aún por ver y es pronto para valorar resultados. La labor ahí está y sigue y seguirá sin desmayo. Para ciertos teóricos seguimos anclados en la ejecución de las penas del Código de 1822.

#### 4. EL "STATUS" JURIDICO DEL INTERNO

De las grandes acusaciones que se han formulado a los sistemas penitenciarios, y especialmente al nuestro, quizá la más importante haya sido la de vulnerar en no pocos casos los derechos que, como persona humana (40), son inherentes a la misma, cualquiera que sea su raza, religión, ideas políticas o situación en la comunidad social (41).

La entidad de estas acusaciones *tendrían relevancia si vinieran determinadas por la normativa o por los principios del sistema*, pero su valoración práctica carece de la importancia que se le quiere dar, puesto que las irregularidades que puedan producirse lo son a nivel singular, "ad personam" y ello es la constante de cualquier actividad humana encauzada formalmente por derechos y deberes. Sobrarían los reglamentos disciplinarios y las leyes penales en otro caso. Pero no

(39) Serán funciones de la Junta de Régimen y Administración: a) Establecer las normas adecuadas para el tratamiento de los reclusos de conformidad con sus antecedentes, educación, temperamento y carácter, procurando en lo posible el mayor grado de individualización". ¿Cuántas posibilidades y puertas abiertas deja la dicción de este precepto? N. del A.

(40) Pío XII, en su alocución a un congreso de juristas católicos, destacaba cómo el verdadero jurista debe ver siempre en un delincuente "aquel fundo humano del cual la culpa y el delito no llegan nunca a destruir el sello en ellos impreso por la mano del Creador". *Cuatro discursos del Papa Pío XII*. Publicación de la Universidad de Valladolid, página 27.

(41) Es principio básico de las RRRMMNNUU, Ginebra, 1955, 1) Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No debe haber diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquiera otra opinión de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera. 2) Por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo a que pertenece el recluso. 6, 1) y 2).

sobran, sino que se consideran necesarios para sancionar las infracciones del sistema, puesto que la igualdad del ciudadano y del funcionario, que también lo es ante el Derecho, no es sino una consecuencia del principio de legalidad y de la obligación de cumplir y hacer cumplir las leyes que en ejercicio de las mismas las autoridades detentan (42).

#### 4.1. *Formulación de su sistema jurídico*

Todavía en el Congreso Penitenciario de París se escucho esta frase: "Le détenu est soumis d'une manière absolue aux pouvoirs publics" en boca del congresista Mentachaninov; palabras que definen una época, un estilo y una carencia de solidaridad social con el marginado a causa de la Justicia.

El interno sigue siendo el mismo sujeto de Derecho que era antes de su privación de libertad. Y nuestra código penitenciario así se pronuncia: "La misión penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad humana de los reclusos, así como los derechos e intereses no afectados por la condena".

Esta formulación, que no deja de estar afectada por cierta timidez en su redacción y en su alcance e incluso en su formulación terminológica, no significa sino la admisión de la llamada relación jurídico-penitenciaria que nace entre dos sujetos, el Estado y el interno, que tiene un contenido de derechos y obligaciones recíprocos para ambos, que es susceptible de ser modificada por causas diversas y tiene unas posibilidades de extinción, declaradas "ex lege" por la naturaleza jurídico-pública de su normativa. Los derechos humanos del interno no sólo no son ignorados sino plenamente afirmados a lo largo de los preceptos reglamentarios. Siendo el propósito de quien escribe estas líneas tratar a fondo y como tema monográfico la relación jurídico-penitenciaria, no me extiendo más sino para describirla en matices que no pueden quedarse fuera del tratamiento del tema.

Y es que la relación jurídico-penitenciaria tiene el monopolio nuclear del llamado Derecho penitenciario y, por otra parte, una doble-manifestación que intentaremos esbozar:

##### 4.1.1. *La llamada relación jurídica impropia.*

Por algún autor, perteneciente a las áreas de cultivo del Derecho procesal, se anuda la Administración pública al interno con los caracteres distintos, aunque, en cierto modo equivalentes, de detenido y preso, siendo el "status" de ambas categorías sustancialmente diferentes entre sí y respecto del penado o condenado al que ya no se le presupone la inocencia, sino que se le admite "iuris et de iure" la culpabilidad.

---

(42) "El director del establecimiento, por su carácter de tal, ostenta la representación del Poder Público dentro de la prisión y es el obligado, en primer término, a cumplir y a hacer cumplir las leyes, reglamentos y demás disposiciones referentes al servicio". Art. 375 RSP.

Conserva el detenido o preso todos los derechos que le corresponden como persona humana, salvo la privación de libertad de la que la Autoridad gubernativa o judicial le ha privado.

Los artículos 10 al 15 (43) del RSP, ambos inclusive, son la traducción o reproducción casi literal de los contenidos en los 520 y ss. de la LECr. y afectan a la separación (44), libertad de movimientos dentro del establecimiento penitenciario, higiene, trabajo, comunicaciones (45), garantía constitucional respecto al tiempo de la detención, la defensa letrada, etc. La relación puede ser modificada por la transformación de la situación jurídica en penado o condenado—términos ambivalentes—, o por la extinción al decretarse su libertad provisional o por el correspondiente auto de sobreseimiento.

#### 4.1.2. *La relación jurídico-penitenciaria propia*

Nace del título que la legitima, la sentencia firme. El contenido de la relación jurídico-penitenciaria propia tiene un entramado de derechos y obligaciones recíprocos para los sujetos que en ella intervienen pero sobre los que es obligado distinguir entre los derechos que se derivan de la propia personalidad jurídica del interno y los que nacen legítimamente de la relación jurídico-penitenciaria.

##### 4.1.2.1. *Por esquematizarlos:*

- Derecho a la vida, salvo la condena a pena de muerte.
- Derecho a la patria potestad, autoridad marital, tutoría, participar como miembro del Consejo de familia, a excepción del interdicto civil en las penas de reclusión mayor y pena de muerte conmutada.
- Derecho a la disposición y administración de los bienes en régimen de gananciales y los suyos propios en la medida en que

---

(43) Este reformado por el Decreto de 16 de septiembre de 1967.

(44) La reforma se concreta en los siguientes grupos básicos: "1) Los que presenten anomalías o deficiencias físicas o mentales que les impidan seguir el régimen normal del establecimiento. 2) Los que sean susceptibles de producir una influencia nociva sobre sus compañeros de internamiento. 3) Los no incluidos en los grupos anteriores. Entre ellos se hará una separación de los jóvenes respecto de los adultos".

(45) Aunque aparentemente el tema no tiene importancia trascendental, está situado en uno de los terrenos más conflictivos de nuestra normativa penitenciaria, puesto que no sólo es discutible la naturaleza jurídica de las comunicaciones con familiares, amigos, socios, compañeros de empresa o de trabajo, sino lo que es más importante, las comunicaciones con los letrados defensores de los procesados y detenidos, la interpretación y prueba de lo que ha de entenderse por "abogado defensor", la ética de los mismos en el ejercicio de su legítimo derecho y las transgresiones que, afortunadamente no con frecuencia, traspasan los límites de la honorabilidad profesional y alcanzan órbitas tangenciales, cuando no secantes, del Código penal. —N. del A.

Sobre comunicaciones, BUENO ARÚS tiene publicado, aunque no exhaustivo, como él mismo señala, *El derecho de comunicación de los detenidos y presos*. En RDP, 1963, núm. 2.

se hayan producido las capitulaciones matrimoniales. La interdicción civil no limita la libre disposición de los bienes "mortis causa".

- Derecho al disfrute de los derechos políticos y administrativos, así como los profesionales, salvo cuando se produce la pena de inhabilitación absoluta, especial o suspensión, bien con carácter principal o accesorio. La hipótesis de que pueda producirse el ejercicio de estos derechos nos parece de todo punto impracticable.

### 3.1.2.2. *Qué hacemos con sólo carácter enunciativo:*

- Respeto absoluto a la personalidad (46) humana del interno.
- Ubicación en el establecimiento adecuado a su calidad personal.
- Aplicación del régimen que le corresponda de acuerdo con su situación o momento ejecutivo.
- Alimentación, asistencia sanitaria y escolar.
- Trabajo remunerado y derechos sociales.
- Comunicaciones con el exterior.
- Aspirar a los beneficios o derechos previamente reglados.
- Recurrir las resoluciones que no estimen ajustadas a Derecho de acuerdo con su situación personal y por los medios legales establecidos.
- Asistencia post-penitenciaria.

La relación jurídico-penitenciaria se extingue por las mismas causas de extinción de la responsabilidad criminal (47).

(46) De manera positiva exigido por el párrf. 2 del art. 1 RSP; derecho al trato respetuoso de funcionarios y compañeros de reclusión, artículos 374, 5.<sup>a</sup>, 379, 4.<sup>a</sup> y con proyección negativa, art. 112, 6.<sup>a</sup> —malos tratos a compañeros de palabra o de obra; art. 115: "Se prohíbe toda clase de malos tratos", cuya vulneración puede dar lugar a falta disciplinaria muy grave del art. 404, 8.<sup>a</sup>: "Los malos tratos de obra a los reclusos", con sus implicaciones penales posibles.

El tema de la dignidad humana, decía el profesor LEGAZ LACAMBRA en la revista de J. y L, que no es nuevo pero sí el modo actual de plantearlo que consiste en una equiparación del "respeto a la dignidad" con el "respeto a la libertad formal" del hombre. Y aunque la libertad es un dato esencial de la dignidad de la persona humana es cierto que la dignidad no consiste sólo en la libertad de hacer cosas dignas. Todo hombre tiene derecho a que la sociedad le extienda "un cheque en blanco" que le reconozca la dignidad que tiene como persona, pero él ha de llenarlo con hechos dignos que la acrediten. Ahora bien, hoy se propende a desconocer o borrar las diferencias entre lo digno y lo indigno y, en definitiva, entre lo bueno y lo malo. Es verdad que muchas veces sólo se trata de un desplazamiento en el contenido de algunos conceptos o valores morales en virtud del cambio social, pero en general la tendencia va en la línea de una amplia exigencia de "permisividad" y de una decadencia del sentido de la norma".

(47) Art. 112 C. p.: 1.<sup>o</sup> Por muerte del reo. 2.<sup>o</sup> Por cumplimiento de la condena. 3.<sup>o</sup> Por amnistía. 4.<sup>o</sup> Por indulto. 5.<sup>o</sup> Por perdón del ofendido en los delitos perseguibles a instancia suya.

## 5. CONCLUSIONES

4.1. El delito y el delincuente, no obstante su inmemorial existencia, han presentado en cada época y lugar, caracteres distintos en cuanto a su estimación, castigo y eventual tratamiento.

4.2. Con la palabra tratamiento, posterior al llamado penitenciarismo que parió la praxis y elevó la doctrina a la categoría de ciencia, se inicia una nueva era en la Justicia penal y su ejecución.

4.3. El penitenciarismo da lugar a la creación de una nueva perspectiva del Derecho punitivo, el llamado Derecho penitenciario —discutible y discutido en su denominación—, por la unificación y reducción de las penas en favor de la pena de privación de libertad.

4.4. La existencia de esta disciplina es incontrovertible por cuanto, los textos legales que tratan del delito y de la pena trasfieren su ejecución a leyes o disposiciones de rango inferior, que debidamente sistematizadas constituyen el conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de privación de libertad y que deben ser cumplidas y hacerse cumplir.

4.5. La finalidad de las instituciones penitenciarias coinciden con las de la pena de privación de libertad. El principio de seguridad y retención deja por encima de él, por más importante, el principio de tratamiento, difícil por sí mismo, pero alentador en un futuro en que la sociedad se conciente de su deber con los marginados —cuántas veces por causa de la sociedad misma— y aporte medios, hombres e ilusiones que no respondan a esa voz ofensiva, peyorativa y, por supuesto superada, de carcelero (48).

4.6. La función penitenciaria en cuanto tiene como destinatario al hombre delincuente, deviene como consecuencia de la situación en que se encuentran el Estado y el interno organizada por un especial vínculo jurídico, situación a la que llamamos relación jurídico-penitenciaria y que constituye el marco en el que se dan cita una serie de derechos recíprocos entre los dos sujetos citados, pertenecientes al Derecho público, nacidos de la normativa penitenciaria y que tanto el recluso como la Administración pública han de respetar.

---

(48) Mucho ha tenido y tiene que decir la Escuela de Estudios Penitenciarios, formadora de funcionarios con todas las limitaciones propias de lo humano. Si por fortuna hemos recibido parabienes, satisfacciones y consecuencias relevantes en la función que desarrolla a nivel nacional e internacional, por el alumnado del país y foráneo, si nuestra revista adquiere un interés creciente por sus valores intrínsecos y colaboradores de la misma, si los alumnos de otras instituciones docentes como los institutos de Criminología, acuden con asiduidad a las conferencias que regularmente imparten profesores, investigadores y científicos de nuestras universidades y de las de allende de nuestras fronteras, no sabemos cómo explicar que un penitenciarista, hoy alejado de su situación administrativa por razones que desconocemos, se permite afirmar, descartamos que sea por despecho, "que la Escuela de Estudios Penitenciarios... necesita una revitalización para salir de la mediocridad en que se encuentra". GARRIDO GUZMÁN *Ob. cit.*, pág. 260.

Llegamos al final.

El método que se ha empleado en este estudio, condicionado por la brevedad, ha sido puramente expositivo con deducciones lógico formales y, en alguna ocasión que hemos estimado necesaria, polémico en cierto modo, que afectan a su materia y que pueden ser controvertibles y discutidas en la medida de su formulación de exégesis subjetiva. La Justicia penal, el castigo, la sanción, la medida impuesta coactivamente al ser humano, abre un abismo insondable de interrogantes éticos, morales y jurídicos, máxime cuando quien la aplica y ejecuta es otro ser humano a quien afecta el terrible determinismo y servidumbre de la falibilidad.



## Comisión redactora del Código penal tipo para Latinoamérica

PONENCIA PRESENTADA POR LA COMISION CHILENA,  
I SECCION, SOBRE "FRAUDES RELATIVOS A LA GES-  
TION DE NEGOCIOS Y OPERACIONES FINANCIERAS"  
(Julio, 1976)

### A) FUNDAMENTACION

1. Se nos encomendó la tarea de preparar un anteproyecto de tipificación de infracciones de carácter pecuniario, más bien propias del gran desarrollo del mundo financiero y de los negocios modernos que de las clásicas figuras de fraude por engaño o por abuso de confianza.

En efecto, las figuras tradicionales del fraude aparecen concebidas básicamente como infracciones derivadas de negociaciones que se realizan entre dos partes, cada una de ellas en condiciones semejantes de igualdad jurídica, de capacidad comercial y de situación económica. Aparecen así las entregas fraudulentas, los engaños en la concertación o cumplimiento de negocios, y las múltiples formas del abuso de confianza, generalmente en la administración de un negocio ajeno.

No puede negarse, sin embargo, que las formas modernas de organización comercial y el enorme desarrollo de los medios de propaganda y publicidad, hacen posibles hoy día muchas formas de perjuicio del patrimonio ajeno que exceden largamente los límites de la clásica estafa bilateral, y que a veces presentan incluso características diferentes de aquélla. Por ejemplo, es corriente que una empresa realice una campaña de promoción de ventas para colocar acciones de una industria supuestamente en formación o para colocar lotes en plantaciones forestales o frutales, urbanizaciones o condominios, etc. Generalmente, quienes realizan tales inversiones son un número elevado de personas modestas, de escasos recursos, que mensualmente destinan sus pequeños ahorros a lo que creen una inversión segura para el porvenir. Si la empresa ha sido imaginaria, o los organizadores se alzan con el producto de las colocaciones, dentro de las disposiciones tradicionales sobre estafa sólo cabe mencionar tal conducta como "aparentar empresa o negociación imaginaria". Pero para ello es preciso identificar a las víctimas, y que éstas acrediten el perjuicio que individualmente hayan sufrido, pues la penalidad de los estafadores

dependerá de la cuantía del perjuicio experimentado por las víctimas. No obstante, salta a la vista que éstas, consideradas individualmente, por lo general no tienen ni tiempo, ni medios económicos suficientes para emprender una acción judicial contra los estafadores, y aun cuando decidan hacerlo, no estarán en condiciones de igualdad en cuanto a los profesionales que puedan atenderlos, a la disponibilidad de recursos para gastos y, en general, para hacer frente a un juicio largo y costoso. Por otra parte, es igualmente difícil reunirlos y organizarlos para hacerlos litigar "por una sola cuerda".

Existen, además, ciertas figuras relativas al patrimonio de personas determinadas, que son a nuestro juicio merecedoras de sanción penal, y que no se encuentran tampoco adecuadamente cubiertas por las formas tradicionales del fraude.

Finalmente, nos ha parecido necesario ocuparnos de los delitos que se cometen en la gestión de negocios sociales, incorporados ya a la mayor parte de los códigos modernos, pero ausentes de los códigos latinoamericanos de corte clásico, y que sin duda el proyecto tipo debe contemplar.

2. De acuerdo con lo expuesto, hemos dividido el proyecto en tres párrafos que agrupan las diversas figuras, más un cuarto que contempla una disposición común, todo ello bajo el epígrafe general de "Delitos Relativos a la Gestión de Negocios y Operaciones Financieras".

El primero de estos párrafos se titula "Fraudes en Operaciones Ofrecidas al Público". Como este título lo indica, se trata de sancionar aquí aquellas operaciones en que se solicita dinero de un número indeterminadamente grande de personas, en circunstancias que ponen de manifiesto el propósito de causarles perjuicio aprovechándose de su credulidad o ignorancia, y a veces provocándolas, mediante el abuso de las formas modernas de propaganda o publicidad.

Dos son las diferencias esenciales que separan las figuras de este proyecto de las tradicionales de la estafa. En primer término, no es necesario que las presuntas víctimas estén individualmente identificadas, y ni siquiera que se conozca su número con precisión. Y además, tampoco es necesario cuantificar pecuniariamente el fraude, pues la penalidad no depende del monto de éste.

El proyecto comprende cuatro artículos dentro de este párrafo. El artículo 1.º contiene el caso tal vez más corriente, y que punitivamente debiera ser más grave. Se trata de la conducta que consiste en solicitar públicamente capitales o créditos para una negociación o empresa imaginaria o manifiestamente desproporcionada con las posibilidades comerciales de la misma. Para el caso de que derivare de allí perjuicio para una o más personas en particular, se concede un margen facultativo de agravación de la pena, dejando al criterio del juez su determinación precisa, dentro de dicho marco, según "la magnitud del perjuicio y el número de personas defraudadas".

El artículo 2 pretende sancionar una de las formas más corrientes de negocios abusivos en el mundo actual: la que consiste en abusar de

la ignorancia, la credulidad, la enfermedad e incluso la vanidad del público, ofreciéndole productos alimenticios o farmacéuticos que no son tales, o atribuyéndoles supuestas propiedades casi milagrosas o infalibles. Se sanciona esta conducta cuando las informaciones proporcionadas fueren "falsas o manifiestamente exageradas", sobre la naturaleza o propiedades de tales productos. Esta figura difiere de los delitos contra la salud pública en que no se trata aquí de proteger la salud sino el interés pecuniario del público. Por tal razón, no se exige que los productos sean nocivos o estén deteriorados, sino que basta con la información falsa que engaña al público y le hace gastar su dinero en vano, para el solo provecho de los organizadores. No obstante, si de hecho los productos son nocivos, la conducta pasa a ser sancionada, según expresamente lo dispone el proyecto, conforme a las disposiciones sobre delitos contra la salud pública, o cualesquiera otras que contemplaren la conducta imponiéndole una pena superior a la de este artículo.

El artículo 3 contempla una forma también bastante frecuente de promoción o propaganda de negocios por los medios de difusión y las técnicas de publicidad. Se trata de los concursos o competencias que se ofrecen al público y que tienen como aliciente premios o recompensas, a veces muy considerables. No se trata aquí de sancionar los juegos de azar en sí mismos, cuya organización clandestina debe ser reprimida en otras disposiciones del Código Tipo, sino el hecho de faltar a las condiciones de equidad o imparcialidad que expresa o tácitamente se ofrecen al público, o que han sido impuestas con este fin por la autoridad, en aquellos países en que la organización de dichas competencias o concursos requiere el permiso previo de aquélla.

En el artículo 4 se sanciona una conducta semejante a la del artículo 1.º, de la cual difiere en que se trata de una firma o empresa no imaginaria, ni organizada con el fin de defraudar, pero que se encuentra en mal estado de negocios. La infracción consiste en ocultar maliciosamente este mal estado e inducir a terceros a invertir capitales en la firma u otorgarles créditos. El sujeto activo está restringido al representante o administrador de la sociedad en mal estado. Además, en este caso será preciso determinar quién ha sido la persona inducida, y el perjuicio real o eventual sufrido por ella. La figura exige dolo directo.

3. Los casos del segundo párrafo han sido agrupados con el epígrafe de "Abusos Fraudulentos y Deslealtad en los Negocios". Comprende tres figuras.

El artículo 5 sanciona al que estando obligado por un título legal o contractual a velar por intereses ajenos, los perjudicare intencionalmente. Sin duda presenta esta figura algún parecido con la tradicional de "Administración fraudulenta", pero aquí no es necesario que haya existido apropiación, ni lucro personal por parte del hechor. Nos parece que revisten mayor gravedad los casos en que la obligación de velar por intereses ajenos deriva de la ley, de las relaciones de familia o del testamento, y menor si proviene de un título contractual. La fi-

gura tiene una forma de menor penalidad cuando ha sido gravemente culposa, y una circunstancia agravante si el perjuicio se ha causado en provecho personal del agente.

El artículo 6, con una penalidad que debería ser más leve que la del caso anterior, sanciona a quien abusa de la inexperiencia o ignorancia de otro y lo induce a efectuar inversiones o especulaciones aventuradas, o abiertamente desproporcionadas con su fortuna, con el fin de perjudicarlo. También se contempla como circunstancia agravante el hecho de que tales inversiones o especulaciones fueren en beneficio del agente.

El artículo 7 contempla una forma muy frecuente de atentado contra el patrimonio ajeno, y que no encuentra adecuada sanción, ni en las formas clásicas de la estafa, ni tampoco en la figura de "competencia desleal", que algunas legislaciones modernas contemplan. En efecto, en nuestro proyecto no es necesario que los "rumores o informaciones falsos o tendenciosos" sean difundidos por un competidor comercial o con una finalidad de esta índole. Es suficiente con la conciencia del carácter falso o tendencioso del rumor difundido, y de su aptitud para causar grave perjuicio pecuniario o descrédito a una persona natural o jurídica. Debe tratarse, naturalmente, de un descrédito en el campo de los negocios o manejo de dinero.

4. El tercer y último párrafo del proyecto agrupa diversas figuras de fraude en la gestión de negocios sociales. El artículo 8 sanciona al representante o administrador de una sociedad que presenta balances o memorias falsos, sea a la autoridad, sea a la asamblea de socios (unque con distinta penalidad). Actualmente, en las legislaciones que no contemplan en forma expresa esta conducta, ella resulta de difícil encuadramiento en las figuras de falsedad documental, ya que la falsedad en este caso es de carácter ideológico, y por tanto en principio su penalidad está limitada al funcionario público que la comete, abusando de su oficio, en documentos también públicos. Estimamos que la penalidad de esta figura debe en todo caso ser inferior a las de los artículos 1.º, 4 y 9.

Es frecuente que en estos hechos participen, más o menos voluntaria o libremente, terceras personas que no revisten el carácter de administradores o representantes de la sociedad, como contadores, tenedores de libros, etc. Señalamos en forma expresa que su responsabilidad se rige por lo dispuesto en el artículo 36 del Código Tipo.

El artículo 9 sanciona a los representantes o administradores sociales que hicieren distribuir indebidamente dividendos o utilidades sin balance, o en desacuerdo con éste, o conforme a un balance falso. Esta figura intenta proteger el interés de los acreedores de la sociedad, y a la vez el de los propios socios que no estén enterados de lo improcedente del reparto y del consiguiente perjuicio para la buena marcha de los negocios sociales. Naturalmente, si la distribución de utilidades se hace conforme a un balance falso, esta figura desplazará a la anterior (por consunción), cuando la presentación del balance falso se haya hecho a la asamblea de socios.

Por fin, el artículo 10 sanciona diversas conductas que tienen en común la circunstancia de aprovecharse abusivamente de su calidad. un representante o administrador de una sociedad, para utilidad propia, de un familiar o amigo o, en general, de un tercero, con perjuicio para la sociedad, por daño emergente o lucro cesante. Por su especialidad, esta figura desplazará, en su caso, a la del artículo 5, que sanciona en general al que causa perjuicio en los intereses ajenos por los cuales está obligado a velar.

5. En el último párrafo se contiene una disposición común a los artículos 4, 8, 9 y 10. El artículo 12 establece una inhabilidad, en caso de que el sujeto activo haya tenido la calidad de representante o administrador de una sociedad, consistente en la prohibición de desempeñar un cargo análogo por un determinado período de tiempo, y una sanción para el evento de infringirse la prohibición.

## B) TEXTO DEL PROYECTO

### I. *Fraudes en operaciones ofrecidas al público*

Art. 1.—El que solicitare públicamente capitales o créditos aparentando empresa o negociación imaginaria o manifiestamente desproporcionada con relación a las posibilidades comerciales de la misma, será sancionado con...

Si de tal sollicitación hubiere resultado perjuicio efectivo para una o más personas, la pena podrá ser aumentada de... a..., según la magnitud del perjuicio y el número de personas defraudadas.

Art. 2.—El que a sabiendas ofreciere en venta al público como productos alimenticios o farmacéuticos a especies que no tuvieren tales calidades, o proporcionando informaciones falsas o manifiestamente exageradas acerca de sus propiedades nutritivas, salutíferas o terapéuticas, será sancionado con...

Esta pena se impondrá siempre que la conducta no resultare sancionada más severamente en otra disposición legal.

Art. 3.—El que organizare operaciones ofrecidas al público en forma de concursos o competencias con premios o recompensas, y faltare a las condiciones de equidad o imparcialidad expresa o tácitamente señaladas al público, será sancionado con...

Si para realizar tales operaciones la ley exigiere permiso de la autoridad, incurrirá en la pena de... el que las organizare sin autorización competente, o faltare a las condiciones impuestas en el permiso para asegurar la corrección de aquéllas.

Art. 4.—El director, administrador, socio, apoderado, organizador, liquidador, representante o encargado a cualquier título de una sociedad que, a sabiendas del mal estado de los negocios sociales y ocultándolo maliciosamente, indujere a terceros a invertir capitales en la

firma o a otorgarles créditos, en condiciones que puedan ocasionarles grave perjuicio, será sancionado con...

## II. *Abusos fraudulentos y deslealtad en los negocios*

Art. 5.—El que, estando obligado por la ley, por relaciones de familia o por testamento, a velar por intereses ajenos, los perjudicare intencionalmente, será sancionado con...

La pena será de... si la obligación proviniera de un título contractual.

Si dicho perjuicio se hubiere causado en provecho del autor, la pena se elevará a...

Se impondrá la pena de... si el perjuicio hubiere sido ocasionado por grave imprudencia o negligencia del autor.

Art. 6.—El que, abusando de la inexperiencia o ignorancia de otro lo indujere a efectuar inversiones o especulaciones aventuradas o abiertamente desproporcionadas con la fortuna de este último, con el propósito de perjudicarlo, será sancionado con...

Si tales inversiones o especulaciones fueren en beneficio del inductor, la pena será de...

Art. 7.—El que a sabiendas difundiere rumores o informaciones falsas o tendenciosas que pudieren causar grave perjuicio pecuniario o descrédito a una persona natural o jurídica, será sancionado con...

## III. *Fraudes en la gestión de negocios sociales*

Art. 8.—El director, administrador, socio, apoderado, organizador o liquidador de una sociedad, que presentare a la autoridad un balance o memoria sustancialmente falso, será penado con...

Si tales balances o memorias se presentaren a la asamblea u otro órgano social sin presentarlos a la autoridad, la pena será de...

La responsabilidad de los terceros que participaren en estos hechos se regirán por lo dispuesto en el art. 36.

Art. 9.—Los directores, administradores, socios, liquidadores u organizadores de una sociedad que hicieren distribuir dividendos o utilidades sin balance, o en desacuerdo con éste, o conforme a un balance falso, serán penados con...

Art. 10.—Los directores, administradores o socios de una sociedad serán penados con... si:

a) Se interesaren por sí o por interpósita persona en negocios sociales en los cuales deban intervenir por razón de su cargo;

b) Gestionaren o acordaren una operación en favor de un tercero, a sabiendas que de ella puede derivar grave perjuicio a la sociedad, sea en forma de pérdida o de privación de una legítima utilidad;

c) Tomaren en préstamo dinero o bienes de la sociedad para sí o para terceros, o los usaren para fines distintos de los sociales, salvo en los casos en que la ley expresamente lo permita.

IV. *Disposición común*

Art. 11.—En los casos de los artículos 4, 8, 9 y 10, quienes hubieren sido condenados en virtud de sus disposiciones no podrán ser designados para desempeñar tales cargos en ninguna sociedad por el lapso de... Si de hecho fueren designados o los desempeñaren, sufrirán la pena de...

PONENCIA PRESENTADA POR LA COMISION CHILENA,  
I SECCION, SOBRE “DEFRAUDACIONES”

## EXPOSICION DE MOTIVOS

Corresponde ahora tipificar las conductas que constituyen atentados contra el patrimonio cometidos mediante fraude:

Hemos optado por el epígrafe “Defraudaciones”, para caracterizar este grupo de delitos, por estimar que es el más apropiado y exacto científicamente, por revestir a la vez la amplitud y la precisión necesarias, como enseguida veremos. Además, las figuras delictivas contenidas en los párrafos de nuestros Códigos penales que se refieren a esta clase de delitos, abundan en el empleo de la expresión defraudar y su variadas formas verbales.

La defraudación, como ha explicado con claridad SOLER, consiste en “toda lesión patrimonial producida con fraude”, añadiendo que “no es un tipo delictivo en el sentido de Beling, sino solamente la denominación genérica de una serie de tipos”.

La idea de *defraudación* comprende los requisitos, que son, un perjuicio pecuniario o lesión patrimonial para la víctima, y el fraude empleado por el sujeto activo.

Como se advierte, el contenido concreto del concepto “defraudar” viene a quedar establecido sólo cuando se precisan los perfiles del *fraude*: un medio de obrar que, lo mismo que la violencia y la clandestinidad, la ley ha estimado especialmente reprobable, al punto de sancional penalmente el atentado patrimonial que se comete con su empleo.

El fraude, a diferencia de la violencia, es un medio de obrar “inmaterial”, que puede ser definido como el proceder engañoso o abusivo de confianza de que se vale una persona para obtener un resultado antijurídico, el cual, tratándose de una defraudación patrimonial, debe consistir en un daño pecuniario. De otro modo, el fraude es, como elemento integrante de la defraudación patrimonial, el *engaño* o el *abuso de confianza* que se emplea en la producción de una lesión patrimonial.

Los delitos denominados “defraudaciones”, comprenden una variada gama de figuras, que se agrupan, según el medio fraudulento

empleado (engaño o abuso de confianza), en torno a dos tipos legales fundamentales (pero no exclusivos): la estafa y la apropiación indebida.

#### DEFRAUDACIONES MEDIANTE ENGAÑO

Nos ocuparemos, en primer lugar, de las defraudaciones cometidas con engaño, que son la *estafa* y la *entrega fraudulenta*, comenzando por la estafa.

##### A) *La estafa*

El anteproyecto innova fundamentalmente en lo que ha sido hasta ahora la tradición de las legislaciones latinoamericanas (basadas en la española), que han sancionado en sus respectivos textos positivos, un casuismo exagerado, del todo inútil y que ha dado lugar a dificultades de interpretación y hasta vacíos, pues resulta imposible enumerar taxativamente todos los casos de estafas posibles. Este casuismo, como todos los de su especie, presenta una esencial e insalvable contradicción: persigue, desde luego, abarcar todas las hipótesis merecedoras de castigo, sin percatarse que al mencionar sólo un número determinado de casos, por impresionante que sea el catálogo, se están excluyendo los demás, que siempre existen como posibles, por previsor e imaginativo que sea el legislador.

El referido casuismo se expresa en la mayoría de los Códigos citados de dos maneras diferentes: por un lado, se contempla una disposición de carácter más o menos general (en la que se intenta, en cierta manera, una definición del delito) que alude a ciertos medios engañosos específicos empleados en la producción de la lesión patrimonial, para terminar expresando que la sanción también se aplica a los que se valen, en la causación del perjuicio, de cualquier otro engaño *semejante* a los enumerados, de donde se sigue que los distintos a ellos no quedan comprendidos en este tipo legal. Por otro lado, se describen, en variados y numerosos preceptos, conductas que se encuadran en la disposición más o menos general (y definitiva) citada, por lo que aquéllos vienen a resultar superfluos.

Para terminar con esta situación es preciso hacer un enfoque totalmente distinto, como el que se efectúa en este anteproyecto, donde se contemplan sólo dos disposiciones: una que contiene una definición general y sintética de estafa, en la cual se encuadran todas las formas posibles de comisión de este delito, incluidas, por cierto, las que actualmente aparecen descritas en disposiciones separadas en los Códigos Latinoamericanos (1); y otra, con una pena menor, que prevé una forma privilegiada de estafa, en que no se requiere del ardid.

(1) Los llamados por la doctrina española y latinoamericana "fraudes por engaño impropios", no se incluyen, por cierto, dentro de la definición de estafa propuesta en el anteproyecto, precisamente por no ser verdaderos fraudes por engaño, y atacar, en definitiva, otros bienes ju-

La definición de estafa del anteproyecto contiene los cuatro elementos que la doctrina moderna exige unánimemente para configurar este delito: el engaño utilizado por el agente (al que se alude con las expresiones "falsas apariencias", queriendo significar la necesidad del ardid, esto es, alguna exterioridad que refuerce las puras expresiones verbales mentirosas); el error de la víctima de la conducta engañosa (error que puede ser originado, mantenido (2) o reforzado con dicha conducta, como la acepta la doctrina mejor fundada); la disposición patrimonial que efectúa la víctima del engaño, que puede adoptar múltiples y variadas manifestaciones (activas y omisivas), no siendo del caso entrar a precisarlas en una definición legal; y el perjuicio pecuniario que debe derivarse, ya para el patrimonio de un tercero, del cual en el hecho tenía poder de disposición el engañado. Se destaca en la definición la relación causal que debe existir entre estos elementos.

El anteproyecto incluye, como figura privilegiada, otra forma de estafa, que se diferencia de la anterior en cuanto se sancionan aquí las "simples mentiras" que no constituyen ardid, sino que representan más bien un abuso de la credulidad o ignorancia ajenas, muy frecuente en la realidad de nuestro medio, lo que aconseja, por lo mismo, su represión penal, si bien con menor severidad que la empleada para castigar la estafa tradicional, atendida también la circunstancia de que generalmente se trata de ocasionar perjuicios de pequeño monto.

Algunos Códigos contemplan en tipos especiales algunas otras formas de fraude por engaño, tales como el estelionato, el abuso de aparatos automáticos, el proporcionarse, mediante procedimientos astutos, servicios en forma gratuita, la estafa de seguro y otros. A continuación se expresa el criterio que ha tenido la Comisión para estos casos.

En lo que respecta al estelionato, la Comisión estima que para

---

ridicos, o constituir formas distintas de tentar en contra del patrimonio de las aquí contempladas. No significaría ningún progreso para nuestra disciplina incluir preceptos especiales destinados a prever esos casos de fraudes por engaño impropios, lo que deben ser, de plano, excluidos definitivamente del párrafo correspondiente a los fraudes mediante engaño.

(2) Pudiera pensarse, a primera vista, que la expresión "mantenga", usada en el anteproyecto, es inconveniente, por cuanto vendrían a quedar incluidos dentro de la estafa los casos en que el sujeto simplemente se aprovecha de un error en el que se encuentra otra persona, no sacándola del mismo. No es ese, sin embargo, el alcance correcto del referido vocablo (*mantenga*), pues la doctrina mejor fundada entiende que ese simple aprovechamiento no basta, sino que se exige, de todas maneras, que el sujeto activo realice acciones positivas tendientes a mantener en el error a una persona que ya se hallaba en él. Ese es el sentido que la doctrina alemana, por ejemplo, atribuye a la voz "mantener", que hemos preferido mencionar expresamente en la definición, para evitar posibles interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales en el sentido que las acciones de mantención en el error que hemos señalado, no constituyen el hecho de *originar* el error, por lo cual deben quedar fuera de los límites típicos de la estafa, lo cual es inaceptable. Análogas razones nos han inducido a mencionar en forma expresa la hipótesis de *reforzamiento* del error en el que se encuentra la víctima de la conducta engañosa.

ser punible deben concurrir los requisitos del delito de estafa, por lo que no se justifica una descripción separada: será punible en la medida en que pueda encuadrarse en esta última previsión legal.

En lo que se refiere al abuso de aparatos automáticos, en los que no hay una persona engañada, y a otros casos en los que la acción consiste en aprovecharse astutamente de las circunstancias para obtener un servicio en forma gratuita (por ejemplo, entrar sin boleto a espectáculos públicos o viajar en tren o bus sin pagar el pasaje), como ocurre con la llamada "gorronería", la Comisión estima que tales hechos deberían sancionarse sólo a título contravencional, motivo por el cual no se propone la redacción de las correspondientes figuras, puesto que el Código Tipo no se ocupa de esta clase de infracciones. Debe tenerse presente, eso sí, que en los casos en que el aparato automático proporciona cosas, y existe la correspondiente apropiación, hay hurto, lo mismo que en las demás situaciones en que el servicio obtenido consiste en alguna cosa de la cual el hechor se ha apropiado, como ocurre en la "gorronería" si el servicio suministrado consiste en bebidas o comidas.

Finalmente, se ha examinado la situación de la estafa de seguro, concluyéndose que si no se exige ánimo de lucro, esta figura no se diferencia fundamentalmente de la estafa, razón por la cual también se ha estimado innecesario describirla en forma apartada.

## B) *La entrega fraudulenta*

Esta figura delictiva, que aparece encabezando el párrafo pertinente de algunos de nuestros Códigos (lo mismo ocurre en el Código penal español, del cual fue tomada), la comete el que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio.

En la segunda forma de fraude por engaño contemplada en nuestros Códigos.

Aunque alguna vez se ha puesto en duda la necesidad del engaño para configurar este tipo, actualmente, tanto la doctrina española cuanto la latinoamericana, es unánime en exigirlo, por lo que no son necesarias mayores consideraciones a este respecto.

Lo que sí requiere una explicación es la autonomía de la estafa que en el anteproyecto se da a esta figura defraudatoria, puesto que prácticamente la unanimidad de la doctrina la asimila, conceptualmente, a la de estafa, no encontrando diferencias esenciales entre ellas. Sólo unos pocos autores, muy al pasar, hacen presente que la figura de entrega fraudulenta tiene existencia autónoma y que contempla casos que no son asimilables a una estafa propia, pero no señalan con precisión aquellas hipótesis de entrega fraudulenta que se apartan de los postulados de la estafa.

La figura de entrega fraudulenta es una forma de defraudación patrimonial cometida con engaño, que comprende casos de verdaderas

estafas y casos no encuadrables en este último tipo legal, por lo que se justifica una tipificación separada.

En síntesis, los casos de entrega fraudulenta que no constituyen estafa son aquellos en los que falta la relación de causalidad entre la conducta engañosa y el perjuicio, requisito que la doctrina unánimemente reclama para la existencia de la estafa. Falta esa relación causal, en general, en dos grandes tipos de casos: a) cuando siendo el título obligatorio un contrato bilateral, es la víctima (el acreedor de la obligación de entregar que pesa sobre el sujeto activo la que cumple primero su prestación, ya que siendo en tales casos el engaño (que debe referirse o recaer sobre la *entrega* de las cosas, puesto que este delito es un *incumplimiento* de obligación civil realizado con engaño); posterior a la prestación del sujeto pasivo (disposición patrimonial que produce el perjuicio), no puede afirmarse que haya sido su causa; b) cuando el título obligatorio es de tal índole (por ejemplo, no es un contrato bilateral) que el único obligado es el sujeto activo (deudor de la obligación de entregar), pues no existiendo disposición patrimonial alguna efectuada por la víctima (el acreedor de la obligación), falta un elemento de la estafa: el acto de disposición patrimonial realizado por el engañado, que a la postre causa el perjuicio. En este último grupo de casos el título obligatorio puede ser un cuasicontrato (por ejemplo, aceptación de herencia o legado), un delito de cuasidelito civil o la propia ley (por ejemplo, las restituciones mutuas a que da origen la declaración de nulidad de los contratos); en todos ellos hay un sólo obligado (el sujeto activo) y falta el acto de disposición patrimonial de la víctima del engaño que causa el perjuicio, característico y esencial en toda estafa.

En lo que dice relación con la agravación de estas figuras, la Comisión estima preferible circunscribirse a sólo dos situaciones bien claras en las que aparece manifestada la mayor reprochabilidad del agente, como ocurre en los casos en que, para cometer el delito, se vale de su calidad de funcionario público, o cuando el agente, atendido su oficio o tráfico, se encuentra en una posición privilegiada o ventajosa respecto de la víctima, de manera que le resulta más fácil llevar a cabo su propósito delictivo, por la dificultad o imposibilidad de esta última de percatarse del engaño de que está siendo objeto. En ambas situaciones se produce una evidente desigualdad de posiciones entre sujeto activo y sujeto pasivo, en favor del primero, que abusa de la situación en que se encuentra, lo que aconseja, desde un punto de vista político criminal, una mayor sanción que en aquellos casos en que dicha desproporción no se da o no es tan notoria.

## FIGURAS DE FRAUDE MEDIANTE ENGAÑO

### 1. Estafa

Art. 1.—El que mediante falsas apariencias origine, mantenga o refuerce un error en otra persona, que la determine a realizar un acto.

de disposición patrimonial que cause un perjuicio en su propio patrimonio o en el de un tercero, será sancionado...

Art. 2.—El que mediante simples mentiras abusare de la credulidad o ignorancia de otro, determinándolo a realizar un acto de disposición patrimonial que cause un perjuicio en su propio patrimonio o en el de un tercero, será sancionado...

## *2. Entrega fraudulenta*

Art. 3.—El que perjudicare a otro engañándolo acerca de la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será sancionado...

## *3. Circunstancias agravantes*

Art. 4.—Prevalerse el agente, para cometer el delito, de su carácter de funcionario público.

Art. 5.—Cometer la defraudación aprovechándose el agente de la situación privilegiada o ventajosa en que se encuentra respecto del sujeto pasivo, por la naturaleza de su oficio o tráfico.

## El sesquicentenario del primer Código penal salvadoreño

1. El 13 de abril de 1826, esto es, hace justamente 150 años, fue promulgado nuestro primer ordenamiento penal (1). Traer al recuerdo suceso de tanta importancia en la vida jurídica del país, se torna necesario, por cuanto constituye el primer esfuerzo de los legisladores criollos para conformar el Derecho patrio.

En efecto, la aplicación del Derecho en la época Colonial presentaba enormes dificultades. Coexistían las reglas legales propias y las antiguas leyes españolas, a grado tal que la Recopilación de Indias de 1680, determinaba el orden de prelación que debía darse a las leyes en todas las colonias del Nuevo Mundo.

De esa manera, en Chile (2) como en los demás países americanos, en defecto de un Derecho indiano, tenía aplicación el Derecho castellano con el siguiente orden de prelación señalado en las Leyes de Toro: a) la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567; b) las Leyes de Toro; c) las pragmáticas; d) el Ordenamiento de Montalvo; e) el Ordenamiento de Alcalá, y f) las Siete Partidas, ordenamiento que, no obstante su amplio contenido punitivo, estaba relegado al último lugar.

2. Después de nuestro advenimiento a la vida independiente, dispúsose en la primera Constitución del Estado, que el Cuerpo Legislativo formara "el Código Civil y el Criminal".

Eran, por cierto, tiempos difíciles para ello. Carecíamos de bibliotecas. Y nuestros pocos juristas provenían de la Facultad de Cánones y Jurisprudencia de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Destacaban, entre otros, José Simeón Cañas, José Matías Delgado e Isidro Menéndez. Este último fue, más adelante, el padre de la legislación salvadoreña, llegando a elaborar, con muy singular inteligencia, la Recopilación de Leyes y el Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas (1857).

En ese entonces, se acababa de aprobar en España el Código penal de 1822 (promulgado el 9 de julio), cuyo proyecto preparó una Co-

---

(1) La aprobación legislativa de este Código, mencionada por el presbítero y doctor ISIDRO MENÉNDEZ, es de 13 de abril de 1826, pero la sanción del Jefe de Estado es de 18 de julio del mismo año.

(2) EDUARDO NOVOA MONREAL, *Derecho Penal Chileno*. Parte General. Tomo I. Santiago de Chile.

misión presidida por don José María Calatrava. Este Código, según frase del catedrático español José Antón Oneca (3), tenía como fuentes el Fuero Juzgo y Las Partidas, el Código penal sancionado en Francia por Napoleón Bonaparte, la ideología de la Ilustración y la filosofía de Bentham en particular.

Ejemplares de ese Código penal español circularon limitadamente en América. Y vino a El Salvador un ejemplar, en circunstancias muy oportunas: lo trajo don Mateo Ibarra, cuando tuvo ocasión de visitar España, entregándolo al Gobierno salvadoreño de aquella época.

Puede afirmarse que ese ejemplar sirvió de base para la redacción de nuestro primer Código penal. Lo corrobora la nota del presbítero y doctor, Isidro Menéndez, en su *Recopilación de Leyes*, puesta al pie del artículo 93 del citado Código, cuya inclusión permitió divulgar el ordenamiento, en tiempos también difíciles para la publicación de las leyes.

Dice la nota: "El Código de las Cortes Españolas de 9 de julio de 1822 se dio bajo la base de jurados y de aquí viene que use a cada rato las voces de hecho y de derecho, que inadvertidamente se dejaron correr en el Entado (sic) al adoptarse dicho Código y que por lo mismo se suprime".

El Código penal salvadoreño de 13 de abril de 1826, aparece en la *Recopilación de Leyes del Padre Menéndez*, como Ley I del Título 16 del Tomo Primero y el documento que sirve para elaborar nuestras notas, es la reproducción de tan valiosa obra —cuyos primeros ejemplares son tan escasos—, hecha en 1955, con motivo de cumplirse el centenario de la publicación de la *Recopilación de Leyes*.

3. El Código penal salvadoreño de 1826 tiene, como el español de 1822, una técnica muy imperfecta. Consta de un título preliminar, que corresponde a la hoy llamada Parte General; y dos partes dedicadas a los delitos en particular: la primera, sobre delitos contra la sociedad, ya la segunda, sobre los delitos contra los particulares.

El título preliminar se inicia con un capítulo que versa sobre "De los delitos y culpas", dando en el artículo 1 una definición del delito: "Es delito todo acto cometido u omitido voluntariamente y a sabiendas, con mala intención, con violación de la ley" y en el inciso segundo del mismo artículo 1, se configura la presunción del dolo al determinar "Todo acto voluntario contra la ley se entenderá ser cometido a sabiendas y con mala intención, mientras que su autor no pruebe o no resulte claramente lo contrario".

En el artículo 2 se da una definición del delito culposo que, más adelante, al elaborarse los nuevos Códigos españoles desapareció: "Es culpa todo acto que con violación de la ley, aunque sin mala intención, se comete y omite por alguna cosa que el autor puede y debe evitar, o con conocimiento de exponerse (sic) a violar la ley".

El catálogo de las penas (art. 31) era amplio, dividiéndolas en corporales, no corporales y pecuniarias.

---

(3) JOSÉ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1949.

Entre las corporales aparecen muerte, trabajos perpetuos, deportación, destierro o extrañamiento perpetuo del territorio del Estado, presidio, reclusión, obras públicas, reclusión en una casa de trabajo, vergüenza pública, ver ejecutar una sentencia de muerte y vergüenza, prisión en una fortaleza, confinamiento a distrito determinado y destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinado.

Como penas no corporales están: declaración de infamia, inhabilitación para ejercer empleo o cargo público, privación de los mismos, suspensión de los mismos, arresto, vigilancia especial, fianza de buena conducta, retractación, satisfacción, apercibimiento judicial, represión judicial, oír públicamente la sentencia y corrección.

Estas largas y muy raras catalogaciones de penas, se mantienen en las legislaciones penales de ciertos países latinoamericanos, como verdaderos resabios y arcaísmos, no obstante haberse pugnado doctrinariamente, por la unificación de penas privativas de libertad, y la eliminación de penas proscriptivas e infamantes.

La pena de la muerte tenía un extraño ritual. Conforme al artículo 41 "el reo condenado a muerte sufrirá en todos los casos la de garrote, sin tortura alguna, ni otra mortificación previa de la persona, sino en los términos prescritos en este capítulo". Debía aplicarse (artículo 42): "Siempre en público, entre once y doce de la mañana" y el reo (art. 43) "conducido desde la cárcel al suplicio, con la túnica negra y tapados los ojos, atadas las manos y en una mula llevada del diestro por el ejecutor de la justicia: el condenado a muerte por homicidio premeditado o seguro, llevará las manos atadas a la espalda y una soga al cuello. El asesino llevará la túnica blanca, manchada de sangre, con la soga al cuello".

Por otra parte, determinábase (art. 44): que el reo "llevará en el pecho y en la espalda un carnet que con letras grandes anuncie su delito de traidor, homicida, asesino, etc. Le acompañarán siempre dos sacerdotes, el Escribano, Ministro de Justicia, enlutados y escolta correspondiente".

Tan extraño ritual mortícola permaneció, con algunas variantes, en los siguientes Códigos penales de España, fuente inobjetable de los nuestros de 1859 (promulgado por el Capitán General Gerardo Barrios), 1881 y 1904, hasta llegar a la Reforma Penal de 1974.

4. Volver los ojos, pues, al nacimiento de nuestro primer Código penal, conservado hoy como una obra de pasados tiempos, es, asimismo, rendir un homenaje a todos aquellos juristas salvadoreños que conformaron, con no pocos esfuerzos y dificultades, el llamado Derecho patrio, fundamento de nuestra independencia jurídica.

Ciento cincuenta años después, nuestro primer ordenamiento penal amerita el necesario estudio, para entrar en contacto con superadas etapas que marcan el inicio del Derecho penal salvadoreño.

JOSÉ ENRIQUE SILVA

*Secretario del Instituto Centroamericano  
de Ciencias Penales*



## SECCION LEGISLATIVA

*INSTRUMENTO de Ratificación de España del Protocolo de modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972. ("Boletín Oficial del Estado" de 15 de febrero.)*

*JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA*

*Por cuanto* el día 25 de marzo de 1972, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Ginebra la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de modificación de la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes,

*Vistos y examinados* los 51 artículos y listas anejas que integran dicha Convención,

*Oída* la Comisión de Asuntos Exteriores de las Cortes Españolas, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 14 de su Ley Constitutiva,

*Vengo en aprobar y ratificar* cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, *mando* expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exterior.

Dado en Madrid a 15 de diciembre de 1976.

### PROTOCOLO DE MODIFICACION DE LA CONVENCION UNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES

#### PREAMBULO

Las Partes en el presente Protocolo,

Considerando las disposiciones de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, hecha en Nueva York el 30 de marzo de 1961 (que en lo sucesivo se denominará la Convención Unica),

Deseosas de modificar la Convención Unica,

Han convenido en lo siguiente:

## ARTICULO 1

*Modificación de los párrafos 4, 6 y 7 del artículo 2 de la Convención Unica*

Los párrafos 4, 6 y 7 del artículo 2 de la Convención Unica quedarán modificados en la siguiente forma:

“4. Los preparados de la Lista III estarán sujetos a las mismas medidas de fiscalización que los que contengan estupefacientes de la Lista II, excepto que no será necesario aplicar, en su caso, las disposiciones del artículo 31, párrafo 1 b) y 3 a 15, ni en lo que respecta a su adquisición y su distribución al por menor, las del artículo 34, apartado b), y que, a los fines de las previsiones (artículo 19) y estadísticas (artículo 20), sólo se exigirá la información relativa a las cantidades de estupefacientes que se empleen en la fabricación de dichos preparados.

6. Además de las medidas de fiscalización aplicables a todos los estupefacientes de la Lista I, el opio estará sometido a las disposiciones del apartado f) del párrafo 1 del artículo 19, y de los artículos 21 bis, 23 y 24; la hoja de coca, a las de los artículos 26 y 27, y la cannabis, a las del artículo 28.

7. La adormidera, el arbusto de coca, la planta de cannabis, la paja de las adormideras y las hojas de la “cannabis” estarán sujetos a las medidas de fiscalización prescritas en el apartado e) del párrafo 1 del artículo 19, en el apartado g) del párrafo 1 del artículo 20, y en los artículos 19, 20, 21 bis y 22 a 24; 22, 26 y 27; 22 y 28; 25; y 28, respectivamente.”

## ARTICULO 2

*Modificación del título del artículo 9 de la Convención Unica y de su párrafo 1, e inserción de los nuevos párrafos 4 y 5*

El título del artículo de la Convención Unica quedará modificado en la siguiente forma:

*“Composición y funciones de la Junta”*

El párrafo 1 del artículo 9 de la Convención Unica quedará modificado en la siguiente forma:

“1. La Junta se compondrá de 13 miembros, que el Consejo designará en la siguiente forma:

a) Tres miembros que posean experiencia médica, farmacológica o farmacéutica, elegidos de una lista de cinco personas, por lo menos, propuestas por la Organización Mundial de la Salud.

b) Diez miembros elegidos de una lista de personas propuestas por los Estados miembros de las Naciones Unidas y por las Partes que no sean miembros de las Naciones Unidas.”

A continuación del párrafo 3 del artículo 9 de la Convención Unica se insertarán los nuevos párrafos siguientes.

“4. La Junta, en cooperación con los Gobiernos y con sujeción a las disposiciones de la presente Convención, tratará de limitar el cultivo, la producción, la fabricación y el uso de estupefacientes a la cantidad adecuada necesaria para fines médicos y científicos, de asegurar su disponibilidad para tales fines y de impedir el cultivo, la producción, la fabricación, el tráfico y el uso ilícitos de estupefacientes.

5. Todas las medidas adoptadas por la Junta en virtud de la presente Convención serán las más adecuadas al propósito de fomentar la cooperación de los Gobiernos con la Junta y de establecer un mecanismo para mantener un diálogo constante entre los Gobiernos y la Junta que promueva y facilite una acción nacional efectiva para alcanzar los objetivos de la presente Convención.”

### ARTICULO 3

#### *Modificación de los párrafos 1 y 4 del artículo 10 de la Convención Unica*

Los párrafos 1 y 4 del artículo 10 de la Convención Unica quedarán modificados en la siguiente forma:

“1. Los miembros de la Junta ejercerán sus funciones durante cinco años y podrán ser reelectos.

4. El Consejo, a recomendación de la Junta, podrá destituir a un miembro de la Junta que no reúna ya las condiciones necesarias para formar parte de ella conforme al párrafo 2 del artículo 9. Dicha recomendación deberá contar con el voto afirmativo de nueve miembros de la Junta.”

### ARTICULO 4

#### *Modificación del párrafo 3 del artículo 11 de la Convención Unica*

El párrafo 3 del artículo 11 de la Convención Unica quedará modificado en la siguiente forma:

“3. En las sesiones de la Junta el “quorum” será de ocho miembros.”

### ARTICULO 5

#### *Modificación del párrafo 5 del artículo 12 de la Convención Unica*

El párrafo 5 del artículo 12 de la Convención Unica quedará modificado en la siguiente forma:

“5. La Junta, con miras a limitar el uso y la distribución de estupefacientes a la cantidad adecuada necesaria para fines médicos y científicos y a asegurar su disponibilidad para tales fines, confirmará lo más rápidamente posible las

previsiones, incluso las suplementarias, o podrá modificarlas con el consentimiento del Gobierno interesado. En caso de desacuerdo entre el Gobierno y la Junta, esta última tendrá derecho a establecer, comunicar y publicar sus propias previsiones, incluso las suplementarias.”

## ARTICULO 6

### *Modificación de los párrafos 1 y 2 del artículo 14 de la Convención Unica.*

Los párrafos 1 y 2 del artículo 14 de la Convención Unica quedarán modificados en la siguiente forma:

“1. a) Si, basándose en el examen de la información presentada por los Gobiernos a la Junta, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención, o de información transmitida por órganos u Organismos especializados de las Naciones Unidas o, siempre que sean aprobadas por la Comisión previa recomendación de la Junta, por otras Organizaciones intergubernamentales u Organizaciones no Gubernamentales internacionales que posean competencia directa en el asunto de que se trata y estén reconocidas como Entidades consultivas por el Consejo Económico y Social con arreglo al artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas o que gocen de condición análoga por acuerdo especial del Consejo, la Junta tiene razones objetivas para creer que las finalidades de la presente Convención corren un grave peligro porque una Parte, un país o un territorio no ha cumplido las disposiciones de la presente Convención, tendrá derecho a proponer al Gobierno interesado la celebración de consultas o a solicitarle explicaciones. Si, aun cuando no hayan dejado de cumplirse las disposiciones de la Convención, una Parte, un país o un territorio se ha convertido en un centro importante de cultivo, producción, fabricación, tráfico o uso ilícitos de estupefacientes, o hay pruebas de que existe un riesgo grave de que llegue a serlo, la Junta tendrá derecho a proponer al Gobierno interesado la celebración de Consultas. Sin perjuicio del derecho de la Junta a señalar a la atención de las Partes, del Consejo y de la Comisión las cuestiones mencionadas en el apartado d), la solicitud de información y las explicaciones de un Gobierno a la propuesta de consultas y las consultas celebradas con un Gobierno en virtud del presente apartado se considerarán asuntos confidenciales.

b) Después de actuar en virtud del apartado a), la Junta, si ha comprobado que es necesario proceder así, podrá pedir al Gobierno interesado que adopte las medidas correctivas que las circunstancias aconsejen para la ejecución de las disposiciones de la presente Convención.

c) La Junta, si lo considera necesario para evaluar una cuestión mencionada en el apartado a) supra, podrá proponer al Gobierno interesado la realización de un estudio al respecto en su territorio, por los medios que el Gobierno estime apropiados. El Gobierno interesado, si decide realizar ese estudio, podrá pedir a la Junta que ponga a su disposición los medios técnicos periciales y los servicios de una o más personas con la capacidad necesaria para prestar ayuda a los funcionarios del Gobierno en el estudio propuesto. La per-

sona o personas que para ello proponga la Junta se someterán a la aprobación del Gobierno interesado. Las modalidades de ese estudio y el plazo dentro del cual debe efectuarse se determinarán mediante consulta entre el Gobierno y la Junta. El Gobierno comunicará a la Junta los resultados del estudio e indicará las medidas correctoras que considere necesario adoptar.

d) Si la Junta considera que el Gobierno interesado ha dejado de dar las explicaciones satisfactorias que se le han solicitado conforme al apartado a), o de adoptar las medidas correctivas que se le han pedido conforme al apartado b) o que existe una situación grave que requiere la adopción de medidas de cooperación en el plano internacional con miras a su solución, podrá señalar el asunto a la atención de las Partes, del Consejo y de la Comisión. La Junta deberá proceder así cuando los objetivos de la presente Convención corran grave peligro y no haya sido posible resolver satisfactoriamente el asunto de otro modo. La Junta deberá proceder del mismo modo si comprueba que existe una situación grave que requiere la adopción de medidas de cooperación internacional con miras a su solución y que el hecho de señalar esta situación a la atención de las Partes, del Consejo y de la Comisión es el método más apropiado para facilitar esta cooperación; después de examinar los informes de la Junta y, en su caso, de la Comisión sobre el asunto, el Consejo podrá señalar éste a la atención de la Asamblea General.

2. La Junta, cuando señale un asunto a la atención de las Partes, del Consejo y de la Comisión en virtud del apartado d) del inciso 1, podrá, si ha comprobado que es necesario proceder así, recomendar a las Partes que cesen de importar drogas del país interesado, de exportarlas a él, o de hacer ambas cosas durante un período determinado o hasta que la Junta quede satisfecha con la situación existente en ese territorio o país. El Estado interesado podrá plantear la cuestión ante el Consejo.”

## ARTICULO 7 °

### *Nuevo artículo 14 bis*

A continuación del artículo 14 de la Convención Unica se insertará el nuevo artículo siguiente:

## ARTICULO 14 BIS

### *Asistencia técnica y financiera*

En los casos en que lo estime pertinente, paralelamente a las medidas enunciadas en los párrafos 1 y 2 del artículo 14, o en sustitución de ellas, la Junta, de acuerdo con el Gobierno interesado, podrá recomendar a los órganos competentes de las Naciones Unidas y a sus Organismos especializados, que se preste asistencia técnica o financiera, o ambas a ese Gobierno con miras

a darle apoyo en sus esfuerzos por cumplir las obligaciones que ha contraído en virtud de la presente Convención, entre ellas las estipuladas o mencionadas en los artículos 2, 35, 38 y 38 bis.”

## ARTICULO 8

### *Modificación del artículo 16 de la Convención Unica*

El artículo 16 de la Convención Unica quedará modificado en la siguiente forma:

“Los servicios de Secretaría de la Comisión y de la Junta serán suministrados por el Secretario general. No obstante, el Secretario de la Junta será nombrado por el Secretario general en consulta con la Junta.”

## ARTICULO 9

### *Modificación de los párrafos 1, 2 y 5 del artículo 19 de la Convención Unica*

Los párrafos 1, 2 y 5 del artículo 19 de la Convención Unica quedarán modificados en la siguiente forma:

“1. Las Partes facilitarán anualmente a la Junta, respecto de cada uno de sus territorios, del modo y en la forma que ella establezca y en formularios proporcionados por ella, sus previsiones sobre las cuestiones siguientes:

a) La cantidad de estupefacientes que será consumida con fines médicos y científicos.

b) La cantidad de estupefacientes que será utilizada para fabricar otros estupefacientes, preparados de la Lista III y sustancias a las que no se aplica esta Convención.

c) Las existencias de estupefacientes al 31 de diciembre del año a que se refieren las previsiones.

d) Las cantidades de estupefacientes necesarias para agregar a las existencias especiales.

e) La superficie de terreno (en hectárea) que se destinará al cultivo de la adormidera y su ubicación geográfica.

f) La cantidad aproximada de opio que se producirá.

g) El número de establecimientos industriales que fabricarán estupefacientes sintéticos, y

h) Las cantidades de estupefacientes sintéticos que fabricará cada uno de los establecimientos mencionados en el apartado anterior.

2. a) Hechas las deducciones a que se refiere el párrafo 3 del artículo 21, el total de las previsiones para cada territorio y cada estupefaciente, excepto el opio y los estupefacientes sintéticos, será la suma de las cantidades indicadas en los apartados a), b) y d) del párrafo 1 de este artículo, más la cantidad necesaria para que las existencias disponibles al 31 de diciembre del año an-

terior alcancen la cantidad prevista, según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1.

b) Hechas las deducciones a que se refiere el párrafo 3 del artículo 21, por lo que respecta a las importaciones, y el párrafo 2 del artículo 21 bis, el total de las previsiones de opio para cada territorio será la suma de las cantidades indicadas en los apartados a), b) y d) del párrafo 1 de este artículo, más la cantidad necesaria para que las existencias disponibles al 31 de diciembre del año anterior alcancen la cantidad prevista, según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, o la cantidad indicada en el apartado f) del párrafo 1 de este artículo si esta última es mayor.

c) Hechas las deducciones a que se refiere el párrafo 3 del artículo 21, el total de las previsiones de cada estupefaciente sintético para cada territorio será la suma de las cantidades indicadas en los apartados a), b) y d) del párrafo 1 de este artículo, más la cantidad necesaria para que las existencias disponibles al 31 de diciembre del año anterior alcancen la cantidad prevista, según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, o la suma de las cantidades indicadas en el apartado h) del párrafo 1 de este artículo si esta última es mayor.

d) Las previsiones proporcionadas en virtud de lo dispuesto en los apartados precedentes de este párrafo se modificarán según corresponda para tener en cuenta toda cantidad decomisada que luego se haya entregado para usos lícitos, así como toda cantidad retirada de las existencias especiales para las necesidades de la población civil.

5. Hechas las deducciones mencionadas en el párrafo 3 del artículo 21, y tomando en consideración, en la medida de lo posible, las disposiciones del artículo 21 bis, no deberán excederse las previsiones.”

## ARTICULO 10

### *Modificación del artículo 20 de la Convención Unica*

El artículo 20 de la Convención Unica quedará modificado en la siguiente forma:

“1. Las Partes suministrarán a la Junta, respecto de cada uno de sus territorios, del modo y en la forma en que ella establezca y en formularios proporcionados por ella, datos estadísticos sobre las cuestiones siguientes:

- a) Producción y fabricación de estupefacientes.
- b) Uso de estupefacientes para la fabricación de otros estupefacientes, de los preparados de la Lista III y de sustancias a las que no se aplica esta Convención, así como de la paja de adormidera para la fabricación de estupefacientes.
- c) Consumo de estupefacientes.
- d) Importaciones y exportaciones de estupefacientes y de paja de adormidera.
- e) Decomiso de estupefacientes y destino que se les da.

f) Existencias de estupefacientes al 31 de diciembre del año a que se refieren las estadísticas, y

g) Superficie determinable de cultivo de la adormidera.

2. a) Los datos estadísticos relativos a las cuestiones mencionadas en el párrafo 1, salvo el apartado d), se establecerán anualmente y se presentarán a la Junta, a más tardar, el 30 de junio del año siguiente al año que se refieren.

b) Los datos estadísticos relativos a las cuestiones mencionadas en el apartado d) del inciso 1 se establecerán trimestralmente y se presentarán a la Junta dentro del mes siguiente al trimestre a que se refieren.

3. Las Partes no estarán obligadas a presentar datos estadísticos relativos a las existencias especiales, pero presentarán separadamente datos relativos a los estupefacientes importados u obtenidos en el país o territorio con fines especiales, así como sobre las cantidades de estupefacientes retiradas de las existencias especiales para atisfacer las necesidades de la población civil.”

## ARTICULO 11

### *Nuevo artículo 21 bis*

A continuación del artículo 21 de la Convención Unica se insertará el nuevo artículo siguiente:

## ARTICULO 21 BIS

### *Limitación de la producción del opio*

“1. La producción de opio de cualquier país o territorio se organizará y fiscalizará de tal modo que se asegure que en la medida de lo posible, la cantidad producida en un año cualquiera no exceda de las previsiones de la cantidad de opio que se ha de producir, establecidas de conformidad con el apartado f) del párrafo 1 del artículo 19.

2. Si la Junta, basándose en la información que posea en virtud de las disposiciones de la presente Convención, concluye que una Parte que ha presentado unas previsiones de conformidad con el apartado f) del párrafo 1 del artículo 19 no ha limitado el opio producido dentro de sus fronteras a los fines lícitos conforme a las previsiones pertinentes y que una cantidad importante del opio producido, lícita o ilícitamente, dentro de las fronteras de dicha Parte, ha sido desviada al tráfico ilícito, podrá, después de estudiar las explicaciones de la Parte de que se trate, que le deberán ser presentadas en el plazo de un mes a partir de la notificación de tal conclusión, decidir que se deduzca la totalidad o una parte de dicha cantidad de la que se ha de producir y del total de las previsiones definidas en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 19 para el año inmediato en el que dicha deducción pueda realizarse técnicamente, teniendo en cuenta la estación del año y las obligaciones contrac-

tuales respecto de la exportación del opio. Esta decisión entrará en vigor noventa días después de haber sido notificada a la Parte de que se trate.

3. Después de notificar a la Parte interesada la decisión adoptada conforme al párrafo 2 *supra* respecto de una deducción, la Junta consultará con esa Parte a fin de resolver satisfactoriamente la situación.

4. Si la situación no se resuelve en forma satisfactoria, la Junta, en su caso, podrá actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 14.

5. Al adoptar su decisión respecto a una deducción, de conformidad con el párrafo 2 *supra*, la Junta tendrá en cuenta no sólo todas las circunstancias del caso, incluidas las que originen el problema del tráfico ilícito a que se hace referencia en dicho párrafo, sino también cualesquiera nuevas medidas pertinentes de fiscalización que pueden haber sido adoptadas por la Parte.”

## ARTICULO 12

### *Modificación del artículo 22 de la Convención Unica*

El artículo 22 de la Convención Unica quedará modificado en la siguiente forma:

“1. Cuando las condiciones existentes en el país o en un territorio de una Parte sean tales que, a su juicio, la prohibición del cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de la “cannabis” resulte la medida más adecuada para proteger la salud pública y evitar que los estupefacientes sean objeto de tráfico ilícito, la Parte interesada prohibirá dicho cultivo.

2. Una Parte que prohíba el cultivo de la adormidera o de la planta de la “cannabis” tomará las medidas apropiadas para secuestrar cualquier planta ilícitamente cultivada y destruirla, excepto pequeñas cantidades requeridas por la Parte para propósitos científicos o de investigación.”

## ARTICULO 13

### *Modificación del artículo 35 de la Convención Unica*

El artículo 35 de la Convención Unica quedará modificado en la siguiente forma:

“Teniendo debidamente en cuenta sus regímenes constitucional, legal y administrativo, las Partes:

a) Asegurarán en el plano nacional una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito; para ello podrán designar un servicio apropiado que se encargue de dicho coordinación.

b) Se ayudarán mutuamente en la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes.

c) Cooperarán estrechamente entre sí y con las Organizaciones internacionales competentes de que sean miembros para mantener una lucha coordinada contra el tráfico ilícito.

d) Velarán porque la cooperación internacional de los servicios apropiados se efectúe en forma expedita.

e) Cuidarán que, cuando se transmitan de un país a otro los autos para una acción judicial, la transmisión se efectúe en forma expedita a los órganos designados por las Partes; este requisito no prejuzga el derecho de una Parte a exigir que se le envíen las piezas de autos por vía diplomática.

f) Proporcionarán, si lo consideran apropiado, a la Junta y a la Comisión por conducto del Secretario general, además de la información prevista en el artículo 8, la información realizada a las actividades ilícitas de estupefacientes dentro de sus fronteras, incluida la referencia al cultivo, producción, fabricación, tráfico y uso ilícito de estupefacientes.

g) En la medida de lo posible, proporcionarán la información a que se hace referencia en el apartado anterior en la manera y en la fecha que la Junta lo solicite; si se lo pide una Parte, la Junta podrá ofrecerle su asesoramiento en su tarea de proporcionar la información y de tratar de reducir las actividades ilícitas de estupefacientes dentro de las fronteras de la Parte.”

#### ARTICULO 14

##### *Modificación de los párrafos 1 y 2 del artículo 38 de la Convención Unica*

Los párrafos 1 y 2 del artículo 38 de la Convención Unica serán modificados en la siguiente forma:

1. a) A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho por cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que, en opinión de la parte, puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se considere como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.

b) No obstante, lo dispuesto en el apartado anterior, cuando las personas que hagan uso indebido de estupefacientes hayan cometido esos delitos, las Partes podrán en vez de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente, o además de declararlas culpables o de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 38.

2. A reserva de lo dispuesto por su Constitución, del régimen jurídico y de la legislación nacional de cada Parte:

a) i) Cada uno de los delitos enumerados en el inciso 1, si se comete en diferentes países, se considerará como un delito distinto.

ii) La participación deliberada o la confabulación para cometer cualquiera de esos delitos, así como la tentativa de cometerlos, los actos preparatorios

y operaciones financieras relativos a los delitos de que trata este artículo, se considerarán como delito, tal como se dispone en el inciso 1.

iii) Las condenas pronunciadas en el extranjero por esos delitos serán computadas para determinar la reincidencia, y

iv) Los referidos delitos graves cometidos en el extranjero, tanto por nacionales como por extranjeros, serán juzgados por la Parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la Parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente, si no procede la extradición, de conformidad con la Ley, de la Parte a la cual se la solicita, y si dicho delincuente no ha sido ya procesado y sentenciado.

b) i) Cada uno de los delitos enumerados en el párrafo 1 y en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre las Partes. Las Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

ii) Si una Parte, que subordine la extradición a la existencia de un tratado, recibe de otra Parte, con la que no tiene tratado, una solicitud de extradición, podrá discrecionalmente considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a los delitos enumerados en el párrafo 1 y en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el derecho de la Parte requerida.

iii) Las Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos enumerados en el párrafo 1 y en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo como casos de extradición entre ellas, sujetos a las condiciones exigidas por el derecho de la Parte requerida.

iv) La extradición será concedida con arreglo a la legislación de la Parte a la que se haya pedido y, no obstante lo dispuesto en los incisos i), ii) y iii) del apartado b) de este párrafo, esa Parte tendrán derecho a negarse a conceder la extradición si sus autoridades competentes consideran que el delito no es suficientemente grave."

## ARTICULO 15

*Modificación del artículo 38 de la Convención Unica y del título del mismo*

El artículo 38 de la Convención Unica y el título del mismo quedarán modificados en la siguiente forma:

*"Medidas contra el uso indebido de estupefacientes*

1. Las Partes prestarán atención especial a la prevención del uso indebido de estupefacientes y a la pronta identificación, tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social de las personas afectadas, adop-

tarán todas las medidas posibles al efecto y coordinarán sus esfuerzos en ese sentido.

2. Las Partes fomentarán, en la medida de lo posible, la formación de personal para el tratamiento, postratamiento, rehabilitación y readaptación social de quienes hagan uso indebido de estupefacientes.

3. Las Partes procurarán prestar asistencia a las personas cuyo trabajo así lo exija para que lleguen a conocer los problemas del uso indebido de estupefacientes y de su prevención y fomentarán asimismo ese conocimiento entre el público en general, si existe el peligro de que se difunda el uso indebido de estupefacientes.”

## ARTICULO 16

### *Nuevo artículo 38 bis*

A continuación del artículo 38 de la Convención Unica se insertará el nuevo artículo siguiente:

### “ARTICULO 38 BIS

#### *Acuerdos conducentes a la creación de Centros regionales*

Si una Parte lo considera deseable teniendo debidamente en cuenta su régimen constitucional, legal y administrativo, y con el asesoramiento técnico de la Junta o de los Organismos especializados si así lo desea, promoverá, como parte de su lucha contra el tráfico ilícito, la celebración, en consulta con otras Partes interesadas de la misma región, de acuerdos conducentes a la creación de Centros regionales de investigación científica y educación para combatir los problemas que originan el uso y el tráfico ilícitos de estupefacientes.”

## ARTICULO 17

### *Idiomas del Protocolo y procedimiento para su firma, ratificación y adhesión*

1. El presente Protocolo, cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, quedará abierto hasta el 31 de diciembre de 1972, a la firma de todas las Partes en la Convención Unica y todos sus signatarios.

2. El presente Protocolo está sujeto a la ratificación de los Estados que lo hayan firmado y que hayan ratificado o se hayan adherido a la Convención Unica. Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Secretario general.

3. El presente Protocolo estará abierto, después del 31 de diciembre de 1972, a la adhesión de cualquier Parte en la Convención Unica que no lo

haya firmado. Los instrumentos de adhesión serán depositados ante el Secretario general.

## ARTICULO 18

### *Entrada en vigor*

1. El presente Protocolo, junto con las modificaciones que contiene, entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación o adhesión, de conformidad con el artículo 17, por las Partes en la Convención Unica.

2. Con respecto a cualquier otro Estado que deposite un instrumento de ratificación o adhesión después de la fecha de depósito de dicho cuadragésimo instrumento, el presente Protocolo entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha de depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.

## ARTICULO 19

### *Efecto de la entrada en vigor*

Todo Estado que llegue a ser Parte en la Convención Unica después de la entrada en vigor del presente Protocolo, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 18, será considerado, de no haber manifestado ese Estado una intención diferente:

- a) Parte en la Convención Unica en su forma enmendada, y
- b) Parte en la Convención Unica no enmendada con respecto a toda Parte en esa Convención que no esté obligada por el presente Protocolo.

## ARTICULO 20

### *Disposiciones transitorias*

1. A partir de la fecha en que entre en vigor el presente Protocolo, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 18, las funciones de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes serán desempeñadas por la Junta constituida con arreglo a la Convención Unica no modificada.

2. El Consejo Económico y Social fijará la fecha en que entrará en funciones la Junta constituida con arreglo a las modificaciones contenidas en el presente Protocolo. A partir de esa fecha, la Junta así constituida ejercerá, respecto de las Partes en la Convención Unica no modificada y de las partes

en los instrumentos enumerados en el artículo 44 de la misma que no sean Partes en el presente Protocolo, las funciones de la Junta constituida con arreglo a la Convención Unica no modificada.

3. El período de seis de los miembros electos en la primera elección que se celebre después de ampliar la composición de la Junta de 11 a 13 miembros expirará a los tres años, y el de los otros siete miembros expirará a los cinco años.

4. Los miembros de la Junta cuyos períodos hayan de expirar al cumplirse el mencionado período inicial de tres años serán designados mediante sorteo que efectuará el Secretario general de las Naciones Unidas inmediatamente después de terminada la primera elección.

## ARTICULO 21

### *Reservas*

1. Al firmar el Protocolo, ratificarlo o adherirse a él, todo Estado podrá formular reservas a cualquier enmienda en él contenida, a excepción de las enmiendas a los párrafos 6 y 7 del artículo 2 (artículo 1 del presente Protocolo), a los párrafos 1, 4 y 5 del artículo 9 (artículo 2 del presente Protocolo), a los párrafos 1 y 4 del artículo 10 (artículo 3 del presente Protocolo), al artículo 11 (artículo 4 del presente Protocolo), al artículo 14 bis (artículo 7 del presente Protocolo), al artículo 16 (artículo 8 del presente protocolo), al artículo 22 (artículo 12 del presente Protocolo), al artículo 35 (artículo 13 del presente protocolo), al apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 (artículo 14 del presente Protocolo), al artículo 38 (artículo 15 del presente Protocolo) y al artículo 38 bis (artículo 16 del presente Protocolo).

2. El Estado que haya formulado reservas podrá en todo momento, mediante notificación por escrito, retirar todas o parte de sus reservas.

## ARTICULO 22

El Secretario general transmitirá copias auténticas certificadas del presente Protocolo a todas las Partes en la Convención Unica y todos sus signatarios. Al entrar el Protocolo en vigor de conformidad con el párrafo 1 del artículo 18, el Secretario general preparará un texto de la Convención Unica modificada por el presente Protocolo y transmitirá copias auténticas certificadas del mismo a todos los Estados Partes o que tengan derecho a hacerse Partes en la Convención modificada.

Hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972 en un solo ejemplar, que se depositará en los archivos de las Naciones Unidas.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, han firmado el presente Protocolo en nombre de sus Gobiernos respectivos.

España depositó el Instrumento de Ratificación el 4 de enero de 1977.

El presente Protocolo entra en vigor para España el 3 de febrero de 1977, de conformidad con lo establecido en su artículo 18, párrafo 2.

## Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal en la Universidad a Distancia

### **Artículo 8.º, 8.º. Caso fortuito (en delitos culposos).**

Se recurre contra la falta de aplicación del artículo 8.º del número 8.º del Código penal, argumentando la imposibilidad de evitar la colisión con el cuerpo de la víctima, tratando de demostrar se trata de un caso fortuito, circunstancia que con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala carece de fundamento en delitos culposos, por resultar totalmente incompatible con la culpa (S. de 27 abril 1977).

### **Artículo 8.º, 4.º. Legítima defensa.**

Se pide la estimación de la circunstancia eximente de responsabilidad de legítima defensa, del artículo 8.º, número 4.º, del Código penal, que no fue aplicada indebidamente por la Sala de instancia, alegando que tras de lanzar la víctima varios golpes de martillo, sólo entonces sacó la navaja y con ella agredió a Rafael. Mas es lo cierto que hubo una primera discusión verbal violenta; que, en efecto, la víctima exhibía un martillo en una de sus manos, que el procesado salió del coche, provisto de una navaja con hoja de 15 centímetros de longitud y entonces "se enfrentaron ambos en lucha mutuamente aceptada". En tal situación, ha declarado reiteradamente esta Sala que no hay legítima defensa, ni completa ni incompleta, ya que los contendientes son atacantes y agresores recíprocos y no puede defenderse, justificadamente, quién agrede previamente a su supuesto agresor. (S. 18 marzo 1977).

### **Artículo 9.º, 2.ª. Embriaguez.**

Como de manera constante viene repitiendo esta Sala, para que la embriaguez pueda generar la causa de exención de la responsabilidad criminal del número 1.º del artículo 8.º del Código penal, es menester, que además de fortuita, sea total o completa, de modo que prive en absoluto de conciencia a quien la padece, o sea, que por su grado de intensidad produzca una alteración de las facultades mentales constitutivas de un trastorno mental transitorio, de ahí pues, que relatándose en el resultado de hechos probados de la sentencia recurrida que los procesados habían estado bebiendo en distintos bares, "en profusa cantidad hasta quedar sensible y visiblemente ofuscadas

sus facultades intelectivas y volitivas, aunque sin estar totalmente eliminadas o inhibidas...”, claro resulta que la sentencia recurrida que calificó la embriaguez así descrita en el correspondiente resultando, como constitutiva de la atenuante 2.<sup>a</sup> del artículo 9.<sup>o</sup>, como muy cualificada, procedió con absoluto acierto, procediendo, en consecuencia, desestimar el único motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.<sup>o</sup> del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante el que se denuncia la aplicación indebida del número 1.<sup>o</sup> del artículo 8.<sup>o</sup> del Código penal, con fundamento en el inexacto argumento, de que en el relato fáctico de la sentencia recurrida se describe una situación de embriaguez plena integradora de la referida eximente (S. 13 abril 1977).

**Artículo 9.<sup>o</sup>, 4.<sup>a</sup>. Preterintencionalidad (en lesiones).**

Como las distintas figuras del delito de lesiones previstas y penadas en nuestro Código penal no tienen la estructura objetiva inherente a los puros delitos de resultado, no se puede excluir la posibilidad de que pueda apreciarse la atenuante de preterintencionalidad incluso en aquella modalidad, como es la constituida por las lesiones temporales, en las que, el hecho de que la tipificación y determinación de la penalidad venga legalmente establecida en atención al tiempo de duración, hace especialmente difícil el que se pueda establecer la procedente ecuación entre los aspectos subjetivo y objetivo del delito, a fin de determinar si ha habido o no correlación entre intención y resultado, más para que, en este supuesto, la atenuante pueda ser apreciada, es preciso que concorra el requisito de la absoluta inidoneidad del medio para producir el resultado lesivo que en realidad se produjo, circunstancia que no concurre en el presente caso, ya que los actos de acometimiento y los golpes que se describen en el resultando de hechos probados, son medios normalmente suficientes para producir las lesiones que sufrió la perjudicada (S. 20 abril 1977).

**Artículo 9.<sup>o</sup>, 5.<sup>a</sup>. Provocación inmediata.**

El artículo 9.<sup>o</sup>, en su número 5.<sup>o</sup>, consagra como atenuante la provocación inmediata por parte del ofendido que ha de preceder y ha de ser adecuada. La doctrina de esta Sala ha configurado tal atenuante en el sentido que la provocación sea inmediata e ilegítima, que produzca en el ofendido un rápido estado de excitación que le determina a obrar contra derecho. Supone, pues, una agresión espiritual grave, que solivianta el apetito irascible del agredido, impulsándole a obrar indicativamente, realizando un acto de autoridad propia prohibida. En el orden objetivo hay una provocación, en subjetivo una excitación. La provocación ha de ser intencional, grave y adecuada. La provocación no existe, si media discusión o insultos mutuos, si degenera en riña o agresión mutua (S. 18 marzo 1977).

**Artículo 9.<sup>o</sup>, 8.<sup>a</sup>. Arrebato y obcecación (diferencia con trastorno mental transitorio).**

La diferencia entre la circunstancia atenuante de arrebato y obcecación, establecida en el número 8.<sup>o</sup> del artículo 9.<sup>o</sup> del Código penal, y la eximente

de trastorno mental transitorio contemplado en el número 1.º del artículo 8.º del mismo cuerpo legal citado, se halla, no en la temporalidad de la perturbación anímica padecida por el delincuente, que es común a ambas y las distingue de la enajenación mental que tiene un substrato permanente, sino en la intensidad mayor de la segunda de dichas situaciones y en lo que pudiéramos llamar el patologismo de la misma, que se manifiesta en una notable desproporción entre el estímulo y la respuesta que excede de lo psicológico y revela la mayor parte de las veces un anómalo funcionamiento cerebral afectando y disminuyendo la imputabilidad y, consecuentemente, la culpabilidad y la punibilidad al resultar anuladas, por la reacción emotiva exagerada, las facultades intelectuales y volitivas del sujeto actuante, por lo que para llegar a la comprobación y apreciación de dicha eximente sería necesario que en la sentencia de instancia existieran datos en tal sentido, lo que no ocurre en el presente caso, pues en el relato fáctico de la misma solamente se consigna que la procesada obró con natural indignación... enfurecimiento... y gran nerviosismo, estados psicológicos que no exceden el ámbito de vigencia del arrebato y obcecación circunstancia que ya le fue reconocida como atenuante, sin que por otra parte la motivación exógena de una sospechada, que no probada, infidelidad de su marido con la víctima resulte suficiente para desencadenar naturalmente, como exige el citado precepto, la reacción psicológica de una agresión que ponga en peligro la vida y lesione irremediablemente la integridad corporal de la víctima (S. 29 marzo 1977).

#### **Artículo 9.º, 9.ª. Arrepentimiento espontáneo.**

Según constante y repetida jurisprudencia de esta Sala, el fenómeno psíquico y personal del arrepentimiento o pesar por el mal delictivo realizado, como índice penal y criminológico de una menor peligrosidad del sujeto activo, para ser apreciado necesita o precisa tener la cualidad de espontáneo, es decir, haber brotado interiormente del fondo de la personalidad del agente como expresión natural y voluntaria de su sentir revocado y ya disconforme de lo realizado, sin coacciones ni presiones, ni incluso consejos o admoniciones de otras personas, es decir, de una manera autónoma, o sea, encontrados los sentimientos de arrepentimiento en su propio yo espiritual, pues sólo así puede demostrarse la existencia en el individuo de motivaciones sociales internalizadas que, aunque hayan sucumbido momentáneamente ante sus impulsos antisociales, muestran su persistencia en el mismo y disminuyen su peligrosidad, sirviendo la aplicación de la atenuación punitiva para reforzar como un premio o un estímulo condicionante, más tales motivaciones sociales que debían de haberle detenido en la comisión del delito, por lo que en el caso presente no resulta procedente su aplicación, ya que el recurrente, después de realizar un hecho tan bárbaro como es la muerte de un hombre golpeándolo con una barra de hierro en la cara y cabeza, se apoderó del dinero que llevaba la víctima, yéndose a beber en varios establecimientos públicos y luego a buscar a su esposa para pernoctar y yacer con ella, lo que revela que no dio al hecho gran importancia moral y que el llamado arrepentimiento no surgió hasta la mañana siguiente cuando su mujer le aconsejó que fuese a la Comisaría de policía a dar cuenta del hecho, acompañándole

a dichas oficinas, con lo que tal obrar no puede en manera alguna ser calificado de espontáneo, sin que, por tanto, deba serle apreciada la citada atenuante (S. 11 marzo 1977).

#### Artículo 9.º, núm. 10. Atenuante por analogía.

El recurso aduce la *atenuación analógica* contenida en el apartado 10 del artículo 9.º en relación con el número 1.º del artículo 9.º y 1.ª del artículo 8.º del Código penal, para así propugnar la rebaja penológica prevista en el artículo 66 del mismo Código; alegación que, ya de inicio, es menester rechazar en cuanto a su segunda parte, esto es, la que trata de vincular a las atenuantes por analogía los privilegiados efectos del artículo 66 del Código penal, pues es obvio que este precepto, como lo indica su propio tenor, sólo se refiere a las eximentes incompletas, pero no a las atenuantes genéricas del artículo 9.º (Sentencias de 18 de abril de 1951 y 19 de enero de 1960), tanto más que la reforma penal de 1932 suprimió en la atenuación por analogía el requisito de que la alegada fuera “de igual entidad”, bastando que fuera “análoga a las anteriores” o de “análoga significación que las anteriores”, según proclama el texto vigente, lo que confirma el verdadero rango cuantitativo y cualitativo de esta circunstancia que no por guardar alguna semejanza con la descrita en la eximente incompleta del número 1.º del artículo 9.º puede ser igualada a ésta en sus efectos, de suerte que, en lugar de aplicarse a ella el artículo 66, sólo atrae el régimen común previsto para las atenuantes en el artículo 61 del Código punitivo.

Por lo dicho, el verdadero alcance penológico del motivo en examen, es visto que el mismo pierde ya toda su efectividad, pues aun cuando se admitiese que los rasgos caracterológicos del procesado y circunstancias ambientales en que se movía pudieran dar base a la atenuante analógica que se pretende, es lo cierto que la aplicación de la pena en la instancia en sus grados y límites mínimos harían inoperante aquella atenuación a través de lo dispuesto en la regla 1.ª del artículo 61 del Código penal; graduación de la pena que demuestra que el Tribunal *a quo* tuvo en cuenta *de facto* aquellas peculiaridades subjetivas y de situación que envolvían al reo al afirmar: “su carácter abúlico, el desarreglo de su vida e inclinación a la bebida, la prolongada ausencia de Jefes a los que consultar, la lejanía de éstos y la descompensación de la personalidad a que, en suma, le habían conducido las circunstancias ambientales”; factores los descritos que hizo bien en computar la Audiencia para moderar la pena en los términos antedichos, pero que no podían aspirar a mayores privilegios punitivos, ya por la vía de la exención incompleta, ya por la vía de la atenuación muy calificada a que alude la regla 5.ª del artículo 61; razones todas que conducen a desestimar este motivo inicial del recurso; sin perjuicio de que esta Sala, atendida la totalidad de las penas impuestas al procesado, haga uso de la facultad que le confiere el artículo 2.º del Código penal por entender excesiva la suma de dichas penas (S. 4 marzo 1977).

Para la apreciación de la circunstancia atenuante 10.ª del artículo 9.º del Código penal, invocada en el único motivo del recurso, es imprescindible,

según doctrina reiterada de esta Sala, que por el recurrente se determine con toda precisión a cuál de las expresadas anteriormente se hace referencia y establecer de modo concluyente la semejanza entre ambas (Sentencias de 15 de noviembre de 1929, 3 de junio de 1952 y 9 de diciembre de 1954, entre otras), por lo que no teniendo la alegada —escasa cuantía de los efectos robados— similitud con ninguna de las comprendidas en dicho precepto, como ha venido estimando este Tribunal desde la remota sentencia de 14 de noviembre de 1873, resulta procedente la desestimación del recurso, ya que la analogía no puede ser confundida con la creación de nuevas atenuantes extralegales, tarea reservada exclusivamente al legislador y no al intérprete (S. 4 marzo 1977).

#### **Artículo 10, núm. 15. Reincidencia.**

Cometido el delito de robo ahora enjuiciado con anterioridad a la vigencia de la modificación introducida en el apartado 2.º del número 15 del artículo 10 del Código penal, referente a la doble reincidencia, por virtud de la Ley de 28 de noviembre de 1974, merece prosperar el único motivo del recurso, por corriente infracción de Ley, en el que se denuncia indebida aplicación de dicha superagravante, toda vez que habiendo sido cometidos los dos anteriores delitos de robo en 18 de enero y 22 de febrero de 1971, respectivamente, mal podría ser firme la primera condena cuando se perpetró la segunda infracción, requisito exigido por la reciente jurisprudencia aplicativa de la normativa anterior a la mentada reforma de 1974 (S. 7 marzo 1977).

La reforma penal de 1944 refirió el tiempo de la reincidencia, como el de la reiteración, no al momento de “ser juzgado el culpable”, sino al de “delinquir el culpable”, con lo cual se ponía en base firme el fundamento de ambas agravantes al mostrar la ineficacia de las condenas anteriores en la nueva recaída delictual, a la par que se evitaba la injusta consecuencia de que al ser juzgado un reo por hechos posteriores a las condenas proferidas antes de tal enjuiciamiento, por retrasos en el procedimiento a él no imputables, se hiciera acreedor a la agravante o que, por el contrario, se beneficiara de la celeridad en la tramitación de la causa, impidiendo que por tal razón advinieran a la misma las condenas aún no dictadas; es decir, que es al tiempo de cometer el nuevo delito cuando el delincuente debe saber que fue condenado antes por otro u otros para que no obstante, arrostre las consecuencias de una exacerbación de la pena y se ponga de manifiesto el fracaso de la admonición que toda condena anterior entraña, con el plus de culpabilidad que ello implica y que debe estar en la base de toda circunstancia de agravación (S. 22 marzo 1977).

#### **Artículo 10, núm. 15. Reincidencia (prescripción de la pena).**

Para que opere la prescripción de la pena, es menester que hayan concurrido las circunstancias fácticas de su inejecución o el quebrantamiento de condena y transcurrido los períodos de tiempo al efecto establecidos en la Ley, circunstancias que ni remotamente aparecen de los autos, por lo que,

el que hayan concurrido las circunstancias fácticas integrantes de la invocada prescripción, constituye una afirmación totalmente gratuita de recurrente, pero además, se da la circunstancia de que la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción de la pena no da lugar a la cancelación de los antecedentes penales, ni, en consecuencia, tiene la menor relevancia en orden a la procedencia de estimar o no la mentada agravante de reincidencia (S. 28 marzo 1977).

#### **Artículo 10, núm. 15. Reincidencia (y reiteración).**

El procesado, al cometer el delito por el que fue condenado en la presente causa, se hallaba ejecutoriamente condenado por un delito de hurto, es claro que procedió con acierto la Sala de instancia al apreciar la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia 15 del artículo 10 del Código penal, sin que para estimarlo así sea óbice el hecho invocado por el recurrente en apoyo de su tesis de que no se expresa la cuantía del delito de hurto que pudo quedar en falta como consecuencia de la modificación de las cuantías efectuadas con posterioridad a la fecha en la que fue cometido el mentado delito de hurto, dado que, según lo dispuesto en la Disposición Transitoria de la Ley de 28 de noviembre de 1974, las sentencias ya ejecutadas no rectificarán a efectos de antecedentes penales, por razón de variación de las cuantías que para la calificación de ciertos delitos se establece en la presente ley.

Igualmente, es de apreciar la que ha concurrido, la circunstancia agravante de reiteración, en cuanto que, al cometer el hecho, el procesado se hallaba ejecutoriamente condenado por otros dos delitos además del de hurto anteriormente referido, pero en todo caso, ello es irrelevante a efectos de graduación o determinación de la pena procedente, habida cuenta de que siendo la pena imponible la de presidio mayor por efecto de la obligada aplicación de lo dispuesto en el artículo 516 del Código penal en relación con el número, segundo del 515, y haber impuesto el Tribunal la indicada pena en el grado mínimo, la sentencia habría de ser mantenida por aplicación de la doctrina de la pena justificada, aun cuando se estimase la tesis del recurrente en orden a la falta de concurrencia de las mentadas circunstancias de agravación (S. 28 febrero 1977).

#### **Artículo 14, 1.º. Coautoría.**

Responden en concepto de autores de un delito cuantas personas concurren en su comisión en acción conjunta, sin que sea preciso exista previo acuerdo, ya que éste puede resultar de la acción conjuntamente realizada que une voluntades, y eso, precisamente, ocurrió en el caso enjuiciado, puesto que como se dice en la sentencia recurrida al hablar de la actuación de los procesados no sólo pluraliza, sino que expresamente declara en los hechos probados que entre los cuatro procesados golpearon al guardia, derribándole al suelo, tratando de desarmarlo y causándole lesiones de las que curó en dieciocho días, por lo que la participación del recurrente fue bien activa y solidaria con la de los otros tres procesados que se han aquietado con la sentencia; todos tuvieron el mismo pensamiento y atacaron y golpearon al

Policía municipal, causándole las citadas lesiones, con lo que queda descrito suficientemente la participación singular de cada uno de los procesados, entre los que se estableció por esa actuación conjunta, unitaria y simultánea en la ejecución del delito, que unió sus voluntades, un vínculo de solidaridad que los hace responsables en el mismo grado, cualquiera que fuere los actos que cada uno realizara dentro del ataque unitario y conjunto, ya que todos coadyuvaron de modo eficaz y directo al final perseguido de atentar contra el agente de la autoridad, por lo que procede desestimar el único motivo del recurso en el que se denunciaba la indebida aplicación del número 1.º del artículo 14 del Código penal (S. 11 abril 1977).

**Artículo 25, p. segundo. Extinción responsabilidad civil.**

Aunque la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, se extingue, al igual que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Código civil, y por tanto por renuncia expresa de la parte perjudicada, es lo cierto que en el caso que nos ocupa tal renuncia no fue ratificada posteriormente a la presencia judicial como sería necesario para su validez al haber sido aportado el escrito en el que se contienen no por ella, sino por la defensa de la procesada e impugnando por aquélla, que dice lo firmó por creer que se trataba de un proyecto de transacción, como le dijo el marido de la procesada, quien después manifestó que su mujer no quería el arreglo y que el documento no podía devolvérselo porque había desaparecido, todo lo que aparece efectivamente confirmado por éste en su declaración, por lo que al ser discutida la validez y eficacia de dicho escrito, el Tribunal "a quo", en su misión tuitiva de la perjudicada, obró correctamente, desconociendo la eficacia de tal renuncia, que ha resultado desvirtuada por otras pruebas. (S. 29 marzo 1977).

**Artículo 60. Comunicabilidad de circunstancias.**

El artículo 60 del Código penal, que en sus dos párrafos refiere a la incommunicabilidad, o comunicabilidad, de las circunstancias agravantes o atenuantes, y que en el concreto supuesto del "disfraz" obliga a matizar su objetividad o subjetividad, pues cuando el disfraz sea un modo de ejecución material del delito sobre el que incidan la circunstancia, ésta será comunicable a todos los coautores concertados plenamente en la forma de realizarlo, incluso en el uso del disfraz como medio facilitante de la ejecución, pasable a guisa de ejemplo en que con conocimiento de todos uno de ellos se disfraza de guardia, repartidor de telégrafo, o sacerdote, como ocurrió en el caso previsto en la Sentencia de este Tribunal de 5 marzo de 1936, en que el aspecto sacerdotal que simulaba facilitó la perpetración de la transgresión punible consumada por lo que todos los intervinientes que acordaron que así se hicieran con unidad de propósito, medio y fin, por lo que se les comunica esta circunstancia agravatoria y sus efectos en la punición; pero no es éste el caso de autos, en que sólo aparece que uno de los encartados llevaba cubierta la cara para evitar que su identidad fuera conocida, pero los otros dos no encubrían su rostro ni aparecían disfrazados en forma alguna, y sin

que el disfraz de uno de ellos facilitara por sí solo la realización del hecho, sino que de advertirse lo hubiera obstaculizado; siendo una precaución de tipo personal que sólo uno de ellos tomó con tendencia exclusiva y excluyente de que su identidad no fuera conocida, por lo que, en tal caso, tratándose de agravante personal y en beneficio sólo del disfrazado, no es dable comunicarla a los restantes que actuaron a faz descubierta. En resumen, en cada caso debe matizarse si el disfraz fue circunstancia objetiva y facilitante de la ejecución del hecho, en cuyo supuesto es comunicable a todos los encartados, o se trató de actuación personalísima de uno de ellos con el fin propuesto de no ser reconocido, en cuyo caso la agravación no debe comunicarse a los coautores (C. 13 de abril 1977).

#### **Artículo 68. Concurso de leyes.**

Nuestro Código penal, al formular la definición del delito de robo en su artículo 500, asimila dos formas comisivas, como son, respectivamente, el empleo de violencia o intimidación en las personas y la de empleo de fuerza en las cosas, pero a partir de ese concepto unitario de la infracción, como consecuencia obligada de las notorias diferencias existentes entre ambas modalidades de la delincuencia patrimonial, regula por separado las tipologías correspondientes a una y otra especie delictiva, adoptando diverso criterio en consonancia con los diferentes intereses que entrar en juego en uno y otro supuesto, así, en el artículo 501 destinado a la tipificación y punición del robo con violencia o intimidación en las personas, toma en cuenta los resultados lesivos que para la vida, la integridad física, honestidad o libertad del sujeto pasivo que en él se describen, prescindiendo del aspecto crematístico del hecho, mientras que en el artículo 505 se determinan las penas correspondientes a los robos con fuerza en las cosas atendiendo a módulos económicamente cuantitativos, mas puede ocurrir, como aconteció en el caso de autos, que el apoderamiento de las cosas muebles ajenas se lleve a cabo mediante el empleo simultáneo de las dos formas comisivas mentadas, en cuyo caso, se plantea el problema de determinar la normativa legal aplicable, o sea, si ha de aplicarse la establecida para el robo con violencia o intimidación en las personas o la correspondiente al robo con fuerza en las cosas y, al efecto, aunque hay quien piensa, que en tal supuesto, por absorción, debe aplicarse como prevalente la primera; es lo cierto, que el problema se halla resuelto en nuestro derecho positivo por un precepto expreso, como es el contenido en el artículo 68 del propio Código, según el cual, debe aplicarse el precepto que aplique al delito mayor sanción, que en el presente caso es el relativo al robo con fuerza en las cosas, ya que mientras que el número 3.º del artículo 505 establece la pena de presidio mayor, el número 5.º del artículo 501 estatuye la de presidio menor.

La aplicabilidad del artículo 68 al caso de autos no puede ponerse en duda, en cuanto que en este precepto se regula un supuesto o modalidad del llamado concurso de leyes, cual es el de que un mismo hecho sea susceptible, indistintamente, en dos preceptos diferentes que, independientemente considerados, sean suficientes para la total valoración jurídico-penal de la conducta del procesado, que es el supuesto de autos, ya que se trata

de un solo hecho de apoderamiento de cosa ajena subsumible en dos preceptos distintos, por haber concurrido en su realización las formas de ejecución respectivamente previstas en una y otra norma, como fueron la intimidación y la fuerza en las cosas (S. 1 marzo 1977).

#### Artículo 69. Delito continuado.

Como viene reiterando la doctrina de esta Sala en sus últimas resoluciones, la figura del *delito continuado* se ha emancipado por igual de dos expedientes o artificios puramente pragmáticos: aquél que está en los orígenes pietistas de la institución y que trataba de eludir en el Derecho histórico la pena capital por el *trifurato* o tercer hurto imputado al reo y aquél otro, más moderno, de índole meramente procesal, que a fin y efecto de subsanar la falta de prueba de cada una de las sustracciones aisladas (o en su caso defraudadas) sumaba el total de las mismas para sobre el mismo asentar el delito único; recursos ambos que hoy día han sido superados al colocar el *dilectum continuatum*, dentro del estricto derecho sustantivo, en lo que es propio del mismo, esto es, la *unidad de culpabilidad* del agente como elemento subjetivo fundamental que apoyado y coordinado con otros elementos objetivos, como son la *unidad de tipo penal-violado*, la *unidad de ocasión* aprovechada cada vez, si por acaso no se planteó desde un principio aquel repetido despliegue de acciones delictivas, como por último, un cierto *contexto espacial temporal*, a fin de que no pueda decirse que la distancia en el espacio y en el tiempo, de aquella pluralidad de acciones rompió la resolución o, al menos, la ideación unitaria propuesta por el culpable.

La anterior y conocida doctrina fue perfectamente aplicable por la sentencia recurrida, pues si en su *factum* se nos dice que el procesado se apoderó en diversas ocasiones de joyas propiedad de su patrono, por un valor total de 109.200 pesetas, y luego se afirma en el *iudicium* que la sustracción se llevó a cabo con "homogeneidad de ánimo, medio y circunstancias empleadas para llevar a cabo la unitaria decisión de apoderarse de bienes pertenecientes a una misma persona", es obvio que se han dado los fundamentos fácticos y jurídicos para fundar correctamente el instituto de la continuación delictiva y calificar, por ende, la actuación del procesado como integrante de un solo delito de hurto; sin que contra esta tesis pueda esgrimirse por el recurrente la posibilidad de individualizar cada una de las sustracciones, por ser tal argumento contrario al tenor de los hechos probados en los que se afirma no haberse concretado las fechas precisas, ni la naturaleza y valor de lo sustraído en cada ocasión, falta de individualización que se vuelve a reiterar en el "primer considerando" de la sentencia impugnada; como tampoco puede aducirse la finalidad favorecedora del reo que se asigna a la teoría del delito continuado para defender la existencia de un concurso real de delitos, pues aparte de que no hay base fáctica, como se ha reiterado, para dicho concurso, el fundamento unificador ya se ha dicho en doctrina que hoy día se pone por esta Sala en el campo de la culpabilidad, propio del Derecho penal sustantivo, al que le son ajenos argumentos empíricos o pragmáticos ya superados; y concurriendo, por lo expuesto, la unidad de dolo en el culpable; la violación del mismo tipo penal de hurto, tanto en su figura básica del

artículo 514, número 1.º, como en su figura cualificada del artículo 516, número 2.º, puesto que todas las sustracciones se verificaron aprovechando el procesado su condición de empleado en la joyería, no menos que la identidad de sujeto pasivo, aunque ésta no es esencial; la unidad de lugar dada por haberse cometido cada una de las sustracciones en la misma sede comercial, como la acotación de los límites temporales de aquéllas, agosto a noviembre de 1974, es visto, que se dan los requisitos exigidos para aglutinar todas las acciones perpetradas en un solo delito de hurto, que por su cuantía total atrae la pena establecida por el artículo 515, número 2.º del Código penal, después de la última reforma de cuantías de 28 de noviembre de 1974 (S. 4 marzo 1977).

#### **Artículo 107. Responsabilidad civil.**

En el caso de autos no ha concurrido el indicado presupuesto de cuya existencia depende la aplicabilidad del precepto, ya que la condena no ha sido dictada contra pluralidad de partícipes, sino contra uno solo, por lo que la sentencia recurrida al imponer al condenado único la obligación de pagar la totalidad de la indemnización en la que fueron estimados los daños, lejos de infringir lo dispuesto en el cuestionado precepto de derecho sustantivo, no ha hecho más que cumplir lo dispuesto en el mismo en relación con todos los demás reguladores de la responsabilidad civil derivada de la criminal, pues en aquellos casos, como el presente, en que aun habiendo pluralidad de partícipes en la realización del hecho, la sentencia tan sólo puede dictarse contra uno solo de ellos, bien porque los demás no hubiesen sido habidos, bien porque contra ellos se hubiese extinguido la responsabilidad criminal, etc., la procedencia de condenar al penado por el "todo" es manifiesta, en aplicación del principio de solidaridad establecido en el artículo 107 del propio Código que encuentra su fundamento, en que las consecuencias dañosas, o el "daño", producido por el delito, es uno solo, de forma que, frente al perjudicado, cada partícipe debe responder por la "totalidad" o "íntegramente", sin perjuicio del derecho de repetición que entre los obligados por el vínculo de solidaridad sea procedente conforme a las normas del Derecho civil, reguladores del derecho de repetición ejercitable fuera del proceso penal, tanto en el supuesto de que por haber recaído condena contra varios en la sentencia se hubiese hecho señalamiento de cuota, como si no la hubiese habido porque la sentencia hubiese recaído contra uno solo (S. 12 abril 1977).

#### **Artículo 303. Falsedad (en documento mercantil).**

Deben ser estimados como documentos mercantiles a efectos penales todos aquéllos que expresen una operación de comercio o sirvan para demostrar derechos de naturaleza mercantil, sentencia de 20 de diciembre de 1960, añadiendo la sentencia de 18 de octubre de 1968, que deben comprenderse como documentos mercantiles, no sólo los expresamente regulados en el Código de comercio, sino también los que se deriven de operaciones mercantiles o hayan de surtir efecto en las mismas, expresándose en análogos.

términos muchísimas sentencias más y constituyendo el albarán un recibo de un género que se entrega firmando el portador como resguardo e indudable justificante de una operación mercantil realizada y si en los albaranes se dice haber recibido antes de conformidad la mercancía, a nombre de distintos clientes, poniendo supuestas firmas, cuyos clientes al serles reclamados su importe, negaron haber recibido la citada mercancía y la autenticidad de sus firmas, resulta de todo ello una falsedad cometida por el procesado en su empleo de vendedor partidario, con facultad para percibir el precio de la venta de "Establecimientos Moro, S. A." y apropiarse de su importe, por lo que indudablemente se ha cometido falsedad en documento mercantil, acertadamente tipificado por la Audiencia en el artículo 303 en relación con el número 9.º del 302, ambos del Código penal, por el indudable carácter mercantil de los albaranes que sirven para garantizar una operación de dicha naturaleza, no siendo posible encuadrar los hechos en el artículo 306 del Código penal, como postula el motivo amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por referirse este artículo específicamente a documentos privados o particulares y los albaranes se salen de dicha esfera para entrar en la mercantil. (S. 21 marzo 1977).

#### **Artículo 321. Usurpación de funciones.**

El artículo 321 del Código penal, considera como delito ejercer actos propios de una profesión, sin poseer el correspondiente título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacional. La doctrina de esta Sala ha puesto de relieve que la razón esencial del precepto es de doble carácter: De un lado, proteger a la sociedad, evitando el peligro que supone el ejercicio por personas audaces pero incompetentes, tareas delicadas y trascendentes que exigen conocimientos y capacidades especiales, y la consiguiente exigencia de responsabilidad a las actuaciones clandestinas en tales materias; de otro, se pretende tutelar y proteger a quienes han obtenido un título oficial para el ejercicio de determinadas, trascendentes y responsables funciones contra competidores ignorantes o inhábiles, de donde viene a denominarse delito como intrusismo. Que tal delito es una infracción formal o de mera actividad, que se consume aunque no se produzca resultado lesivo alguno, sino que siendo una falsedad, lo que se castiga no es la impericia en sí, sino la falsa atribución de títulos oficiales y la práctica de actos propios de una profesión que los requieran por prescindirse consciente y deliberadamente de las garantías oficialmente establecidas —títulos— para el ejercicio de los actos que tales títulos capacitan (Sentencias de 18 de octubre de 1969, 1 y 7 de diciembre de 1970 y 28 de mayo de 1975). Respecto de los títulos del Código se deduce que han de ser oficiales o reconocidos, por disposición legal, reglamenaria o Convenio internacional. Y por fin respecto de las profesiones —actos propios de una profesión —acentúa la doctrina de esta Sala que han de ser importantes, esenciales y de relevante interés comunitario, describiéndose a guisa de ejemplo, entre otras, las que afectan a la salud, a la cultura, a la pública incolumidad, a la administración de justicia, a la sanidad, a la enseñanza, a la ingeniería, a la postulación forense, farmacología, mediación en la contratación inmobiliaria y otras ramas donde destaquen

la trascendencia de la función y la exigencia de títulos (Sentencias de 2 de marzo de 1974, 20 de diciembre de 1974, 27 de enero de 1975 y 29 de enero de 1976), lo que supone una norma en blanco, con reenvío a las disposiciones oficiales, administrativas o convenciones internacionales que regulen la profesión (S. 26 marzo 1977).

#### **Artículo 344. Salud pública (estupefacientes).**

En el piso que ocupaban los procesados se celebraran reuniones, *invitando a fumar griffa, fueran o no adictos a la droga, a los asistentes*, es visto, que en estas reuniones se promovía el uso de drogas y se facilitaban por vía de invitación, conductas que se encuadran en el artículo 344, base de la condena impugnada, que tanto tipifica y penaliza la venta como la donación de drogas tóxicas y estupefacientes; y como esta actividad facilitante se atribuye conjuntamente a los cuatro propagadores por vía gratuita, es indudable que estos recurrentes cometieron el delito por el que aparecen condenados, siendo ponderable que la Sala de Instancia ha graduado con acierto la dosimetría punitiva, sancionando más gravemente al acusado adquirente, introductor y vendedor; y con mucho menor rigor penalizador a éstos y otros encartados que se limitaron a regalarla en las reuniones que al efecto celebraban; llegando con perfecta ortodoxia sustantivo penal a absolver libremente a los que si bien inicialmente acusados, se demostró que fueron meros asistentes a las reuniones donde fumaron, pero sin que por su parte la propagaran, ni a título gratuito ni lucrativo (S. 11 marzo 1977).

El artículo 344 del Código penal, tras la reforma de 15 de noviembre de 1971 y una vez descartada jurisprudencialmente la punibilidad de los actos de autoconsumo de drogas tóxicas o estupefacientes, dista mucho de ser un precepto confuso, como sostiene el presente recurso y, antes bien, y desgraciadamente para la procesada, marca perfectamente todas las fases o etapas del ciclo producción-consumo a las que atribuye igual rango, castigando, con el mismo protagonismo, las conductas de elaboración, cultivo, fabricación, tenencia, transporte, venta, donación y tráfico en general, a las que atribuye idéntico valor y trascendencia, extendiendo, después, la prescripción y castigo a los actos de proselitismo o de difusión y propagación del consumo de drogas no comprendidos en las conductas anteriores, y consistentes en la inducción, promoción, estímulo o fomento —“promuevan”—, o en distribuirla o proporcionarla a los consumidores —“faciliten”—, o, finalmente, en crear circunstancias de lugar u otras análogas propicias a dicho consumo —“favorezcan”—; sin que el realizar una u otra conducta de las descritas en dicho precepto, tenga, en su caso, otra relevancia que la de que, reputándose autores a los sujetos activos, pueda el Tribunal sentenciador, en beneficio o perjuicio del reo, usar de la facultad que le concede el párrafo 3.º del mencionado artículo 344, imponiendo la pena superior o inferior en grado a la fijada en el párrafo 1.º del mismo (S. 26 marzo 1977).

La *mens legislatoris* expresada en el preámbulo de la Ley de 15 de noviembre de 1971 reformando, entre otros aspectos penales, la represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes para poner en concordancia nuestro Derecho interno con el internacional, consecuencia de la adhesión de

España, en 3 de septiembre de 1966, al Convenio único de 30 de marzo de 1961, parte de una distinción fundamental —aparte el mayor *rigor poenalis* en orden a atajar el problema social que entraña “aquel tráfico” y “que día a día se agrava”— cual es la de reservar para el Código penal “la prevención y castigo de las conductas de elaboración, tenencia o tráfico de drogas y todo género de *favorecimiento* o difusión de su uso”, dejando para “la ley especial que configura los estados de peligrosidad”, “las medidas de seguridad convenientes para procurar la curación del drogadicto, sin perjuicio de otros objetivos afines”; propósito del legislador que tuvo adecuada traducción a la hora de plasmar la *mens legis* en el vigente artículo 344 del Código penal, que es la que, en definitiva, debe prevalecer en el momento de ensayar la hermenéutica judicial, pues, en efecto, dicho tipo penal no sólo recoge en su núcleo central los actos de “tráfico en general”, sino todos aquellos que le anteceden o de algún modo le son colaterales o concomitantes, como los de “cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta” e incluso “donación”, como todos aquellos que “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso”; es decir, que es esta idea de favorecimiento o difusión de la droga para procurar su consumo, la que preside la regulación legal punitiva; idea central que ha permitido a la doctrina de esta Sala establecer la correcta interpretación del acto de “tenencia” que se muestra en la descripción típica, sin más aditamentos, pero que por resultar en sí mismo equívoco, ha de ponerse en relación con la “imagen rectora del tipo” a que antes se ha hecho referencia, lo que lleva a un desdoblamiento teleológico del acto y subsiguiente distinción entre la “tenencia para traficar” incurso en la sanción punitiva del precepto y la “tenencia para el consumo” que debe llevar al sujeto a la jurisdicción de peligrosidad y aplicación consiguiente de las medidas de seguridad para él previstas; siendo ya tema distinto el de la penalidad a imponer cuando el tráfico potencialmente implicado en la tenencia o finalmente actualizado sea de escasa cuantía o de menor relevancia —atendida sobre toda la especie de droga o estupefaciente sobre las que verse el tráfico, pues ya es sabido que cuantías o dosis mínimas pueden alcanzar altísima cotización en el mercado clandestino a tenor de la índole del producto—, cuestión penológica que está prevista en el párrafo 3.º del artículo 344, según sean las circunstancias del *hecho* y del *culpable* las que permiten imponer la pena inferior o superior en grado (S. 1 abril 1977).

#### **Artículo 360. Prevaricación.**

Se impugna por indebida la aplicación del artículo 360 del Código penal, que sanciona por el delito de prevaricación, a los Abogados y Procuradores que por abuso malicioso de su oficio o negligencia, perjudicaren a su cliente; prescindiendo en absoluto del delito de cheque en descubierto, también cometido por el procesado, si bien ha sido sobreseído por la Sala de instancia en aplicación del indulto de 1975, sobre el que descansa la tesis recurrente, haciendo recaer sobre el talón bancario toda la responsabilidad, cuando es lo cierto, según se desprende del detallado hecho probado, aflorar la responsabilidad punible del recurrente en concepto de autor de un delito de prevaricación, al recibir de su cliente ciertas cantidades, con destino a diferentes fines procesales y que por negligencia inexcusable, no las dio el destino pre-

venido, irrogándole el consiguiente perjuicio; el procesado en el mes de marzo de 1973, se encargó de la dirección en unos autos de menor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de esta capital, y para consignar en el Juzgado, en fecha 7 del expresado mes, le entregó la suma de 114.560 pesetas, para descontar de la cantidad que se le reclamaba en los autos, que no llegó a consignar, por lo que en 24 de noviembre de dicho año se estimó la demanda, condenando al Letrado al pago de la cantidad inicial reclamada, 343.103,47 pesetas, más intereses y costas, por lo que en 27 de junio de 1974 volvió a entregar el letrado al procesado 230 000 pesetas, que junto con la cantidad anterior cubrían el íntegro de la cantidad reclamada, para que las entregara a la parte actora o las consignara en el Juzgado, lo que tampoco cumplió el procesado, por lo que previos los trámites pertinentes, en 29 de octubre de 1974 le fue embargado al Letrado un inmueble también de la propiedad de su esposa y otros bienes, y tras otras incidencias minuciosamente relatada en la narración fáctica, entre ellas la retención de una cuenta corriente del Letrado, en 23 de diciembre de dicho año 1974, fue cuando entregó el procesado el talón bancario que resultó impagado, cuando ya había culminado a lo largo del proceso civil su negligencia inexcusable con el consiguiente perjuicio económico y moral para su cliente, lo que constituye el delito de prevaricación, como tiene declarado esta Sala en caso análogo en sententia de 27 de marzo de 1950; procediendo por todo lo expuesto, la desestimación del motivo; aunque quizá debió calificarse de aprobación indebida, razón que por el principio en "pena justificada" obligaría también a desestimar el recurso (S. 11 abril 1977).

#### **Artículo 411. Aborto.**

La procesada, María, se encontraba embarazada de dos meses y apesadumbrada por circunstancias personales y familiares, accedió a que le realizaran una operación abortiva, para lo que con la colaboración y ayuda de un familiar y de una amiga, también procesados, se puso en relación con la coprocesada-recurrente, Martina, que se dedicaba a causar abortos, a la que visitó en este domicilio y la que en una habitación del mismo "le introdujo en los órganos genitales un tubo de plástico..., mas como pasadas las primeras horas después de la operación no se había producido el aborto, dicha gestante acudió a un médico, que le recetó un medicamento antiabortivo por apreciar había motivo de que se consumara el aborto, pero la referida María, antes de decidirse a tomar o rechazar tal medicación, expulsó el feto", de cuya transcripción se desprende, sin duda alguna, la participación personal, directa y voluntaria de la recurrente en la práctica de la manipulación anticonceptiva empleada, con resultado positivo, por cuanto sin solución de continuidad tras varias horas de haber introducido el tubo o cánula en los órganos indicados se produjo el fin ilícito perseguido, con la consiguiente interrupción antinatural y perversa del proceso gestatorio normal, concurriendo los dos elementos básicos que integran el tipo delictivo imputado, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación defensiva esgrimida en el recurso basada, de una parte, en la inidoneidad del procedimiento utilizado, y de otra parte, que al no emplear los medios específicamente adecuados, la actuación de la recurrente fue de simple cooperadora, con participación secundaria,

que no podía imputarse como realizado por la misma por autoría directa, sino que la actividad desplegada por su torpeza e insuficiencia debía calificarse de complicidad, porque el aborto pudo ser evitado al intervenir posteriormente un facultativo, que rompió el nexo causal.

En cuanto a la real y directa participación de la recurrente, basta la lectura de la premisa narrativa que para deducir inequívocamente que fue la única persona que intervino en la maniobra abortiva ejecutada, que podría ser más o menos técnica, propia o desusada, pero que resultó bastante y suficiente para lograr al cabo de varias horas el fin delictivo propuesto y consumado, sin haberse interrumpido en momento alguno el proceso causal iniciado con la introducción del tubo o cánula empleado y hasta la expulsión del feto. Aunque la gestante vio con posterioridad a un médico, que al observar el proceso abortivo en marcha recetó una medicación tendente a interferirlo o impedirlo, como aquélla no llegó a utilizarla, ninguna influencia tuvo, ni en favor, ni en contra, de lo que en principio la actuación dinámica de la recurrente había puesto en movimiento con propósito de conseguir la expulsión violenta del feto, proceso materialmente desencadenado, por la misma, que logró su plena realización finalista, con lo que tal actuación no pudo ser en el caso concreto enjuiciado más eficiente, principal y relevante, para reputarla autora del aborto en el que participó como agente único y directo, razones que consecuentemente conducen a rechazar por improcedente el motivo único del recurso interpuesto por corriente infracción legal, reputando infringido por aplicación indebida el artículo 14, número 1.º, en relación con el 411, número 2.º, y por falta de aplicación del artículo 16 (S. 1 abril 1977)

#### **Artículo 420, 3.º. Lesiones.**

Entre las causas de justificación que conforme al ordenamiento jurídico-penal positivo eximen total o parcialmente de responsabilidad, la legítima defensa ocupa lugar preferente, que en una concepción amplia es la necesaria para impedir o repeler una agresión injusta contra bienes propios o ajenos, cuyo fundamento o remoto y último no es otro que el instinto de conservación sentido por todos los hombres dentro de sí, lo que explica la universalidad del reconocimiento de tal eximente, que nuestro Código penal configura a través de los números 4, 5 y 6 del artículo 8.º, según se contraiga a defensa personal, de parientes próximos o de extraños, teniendo en dichas tres modalidades como requisito esencial e indispensable que en primer lugar concorra una agresión ilegítima, directa, actual e inminente exteriorizada por acometimiento físico o ejercicio de cualquier otro acto que cree una situación de indudable riesgo y peligro, que es lo que justifica o autoriza la reacción defensiva, necesaria y adecuada; de ahí que tal causa de justificación, ya se invoque como plena o semiplena, tiene que partir para su viabilidad legal de la constatación de una agresión ilícita, puesto que sólo ante esta inicial situación es permitido acudir a la violencia para evitar o rechazar la acometida injusta iniciada o manifestada, circunstancia eximente que como propia y completa amparada en el número 4.º del artículo 8.º citado, es postulada en el único motivo del recurso por corriente infracción legal

interpuesto por la representación del procesado, alegando que en el curso de la pelea trabada con el que resultó lesionado, aquél recibió golpes representativos del atentado ilegítimo, que repelió con sus propios medios de defensa personal, sin que previamente lo hubiera provocado, con lo que aparecían acreditadas las condiciones o requisitos que requería dicha eximente y legitimaban su actuación, alegación enteramente inviable por su carencia de consistencia fáctica y legal, toda vez que primordialmente y de una parte, se construye con deliberado olvido y manifiesta discordancia con la versión fáctica aceptada y sentada como probada en la Sentencia impugnada, vinculante e intangible en este trámite por el cauce procesal que ampara el recurso, en la que sustancialmente se afirma, que en la tarde del 2 de febrero de 1974, en ocasión de coincidir en un acto social que se celebraba en un restaurante guipuzcoano el procesado y el lesionado, que se hallaban distanciados por cuestiones de negocios, aquél fue al encuentro de éste, invitándole a salir fuera del local y, una vez conseguido, "le agredió, trabándose los dos en una pela", en el curso de la cual el recurrente propinó golpes a la víctima que le produjeron las lesiones aseveradas, de cuya transcripción se desprende inequívocamente que el inicial agresor fue aquél, e incluso, que si pudo existir alguna incitación que implicara o contuviera matiz provocativo, también fue factor atribuible al procesado, causante del encuentro personal y de la salida del local donde ambos estaban a la calle, en la situación de tirantez anímica que les embargaba, que de forma lógica y vehementemente predisponía a la subsiguiente reyerta suscitada, y subsidiariamente de otra parte, que aun admitiendo que el hecho probado acreditara tan solamente el resultado de una riña mutuamente aceptada, tampoco sería posible legalmente apreciar la eximente invocada, ni como plena, ni aún como imperfecta, puesto que tanto la doctrina científica como la copiosa y uniforme doctrina jurisprudencial excluyen la llamada "legítima defensa recíproca", ya que en este supuesto no pudiendo determinar de quién partió la agresión, cada uno de los contendientes es agresor recíproco del otro, con lo que obviamente falta la condición primera de la circunstancia debatida, que constituye el requisito indispensable para su existencia y estimación en el ámbito de la jurisdicción penal, razones que consecuentemente conllevan a rechazar el recurso contemplado por carencia de justificación (S. 14 marzo 1977).

Las lesiones fueron producidas el día 1 de enero de 1975 y la lesionada fue dada de alta el día 18 de abril del mismo año, "quedándole como defecto lesión incompleta de la mano izquierda no recuperable", de suerte que claro queda que las lesiones duraron más de noventa días, siendo el denunciado defecto en la descripción de la secuela intrascendente, en cuanto que, en el artículo 420, número 3.º del Código penal se equiparan las lesiones indelebles a que en él se alude a las temporales, que también se mencionan, como se equipara, a su vez, la enfermedad con la incapacidad para el trabajo, por lo que constando con toda claridad que las lesiones duraron más de noventa días, basta para que sea procedente el encuadramiento de las mismas en el mentado precepto (S. 20 abril 1977).

**Artículo 430. Abusos deshonestos.**

El procesado hizo objeto a la niña que se menciona, de nueve años de edad, de tocamientos en los pechos y otras partes del cuerpo, besándola reiteradamente en la boca, conducta que realizó para satisfacer sus apetitos lascivos, no puede haber duda de que se dan como probados en tal descripción, los requisitos típicos necesarios para configurar los hechos como un delito de abusos deshonestos, contemplado en el artículo 430 del Código penal no sólo en su vertiente objetiva de realización de actos contrarios al pudor o impúdicos, sino también en la subjetiva de la existencia en el autor de un ánimo libidinoso expresado en el lugar mentado con la frase que queda reseñada, que se reafirma en el primer considerando de dicha resolución, al reputarse tal proceder como manifestación inequívoca del propósito lúbrico o sexual, ilícitamente perseguido, por lo que procede la desestimación del motivo primero del recurso, interpuesto por fondo en el que se niega dicha finalidad sexual en el recurrente, pues aunque efectivamente y como allí se alega tal afirmación representa o constituye un juicio de valor referido a la existencia del dolo específico exigido en la figura legal y, en definitiva, a la culpabilidad del agente, en el presente caso, éste debe ser deducido, necesariamente, de la materialidad objetiva de la conducta observada, puesto que no resulta acostumbrado en nuestro país, ni socialmente correcto, tocar los pechos a una niña, ni besarla en la boca como manifestación de puro afecto, sino que tales actos que ya atentan al pudor de la menor, son considerados como graves por la conciencia social que exige su castigo como delictivos, y no como mera falta (S. 31 marzo 1977).

**Artículo 431. Escándalo público.**

Los actos de homosexualidad ejecutados en lugar céntrico por el que transita gente, máxime en las horas en que fueron sorprendidos por la Policía en el interior de un automóvil, hallándose abrazados, después de haberse masturbado mutuamente, lo que lleva consigo el elemento publicidad por el lugar y hora en que se realizaban esos actos que pudieron ser vistos —igual que le fueron por la policía— fácilmente por las personas que allí transitaban, revelan un absoluto desprecio al pudor y a las buenas costumbres, bien jurídico protegido por el artículo 431 del Código penal, tanto en épocas anteriores como en la actual, porque aunque sea cierto que la sociedad —como dice el recurrente— ha evolucionado tan vertiginosamente, hechos de esa naturaleza siguen produciendo la repulsa de la comunidad (S. 23 febrero 1977).

**Artículo 431. Escándalo público (diferencia con la falta del art. 567, 3.º).**

Como viene reiterando la doctrina de esta Sala, el criterio diferencial entre el delito de escándalo público del artículo 431 del Código penal, con la falta homónima del artículo 567, 3.º del mismo Código descansa, a no dudarlo, en la *gravedad* de la ofensa, puesto que, el propio legislador se encarga de consignar que la ofensa al bien jurídico protegido sea grave en el delito y leve en la falta, con todo el relativismo que comporta la graduación cuanti-

tativa del ataque a bien tan ideal como es el *pudor* o *las buenas costumbres*, mentado en el artículo 431, o la *moral, las buenas costumbres o la decencia pública*, aludido en el artículo 567, 3.º, no obstante lo cual existen actos que por sí mismos lleven tal carga ofensiva para el decoro o decencia públicos, una vez que se realizan traspasando el ámbito estrictamente privado, que no puede por menos que reconocerse su alcance y gravedad en orden a vulnerar dichos bienes comunitarios, por lo que puede decirse sin temor a errar que tales actos, por su potencia infractora a la par que difusora, ingresan en la categoría delictual y no meramente contravencional, tal como sucede, y así lo confirma una larga trayectoria jurisprudencial, con las conductas de exhibicionismo sexual, de masturbación, de pederastia u otra forma de desviacionismo erótico realizadas en público, como, en general, todos los actos de impudicia públicamente cometidos, quedando reservados para la falta aquellos hechos que, conforme a los *standars* ético-jurídico de la comunidad, quedan muy rebajados en su intrínseca naturaleza y muy limitados en cuanto a su trascendencia colectiva (S. 4 marzo 1977).

#### **Artículo 436, p. primero. Estupro.**

La aplicación del artículo 436 del Código penal, en su párrafo 1.º, que sanciona el estupro común o de seducción, pues, aparte de concurrir el elemento de la *honestidad* de la mujer, implícito en el tipo penal aplicado, y que el recurrente no impugna, una vez que se califica a la ofendida como mujer de "buena conducta" extensiva, por tanto, a la moral sexual de la misma, según conocida doctrina de esta Sala; concurre igualmente el otro requisito del *engaño* contra el que enfila sus dardos el recurrente, aduciendo consideraciones más de tipo sociológico y de "lege ferenda" que argumentos congruentes con el contexto de la narrativa fáctica en los que, como ya se ha visto por el anterior motivo, se reitera hasta tres veces la oferta o promesa de matrimonio hecha por el acusado a su novia como palanca eficaz para lograr el acceso carnal con la misma en todas las ocasiones que va relatando el *factus*; promesas que en Derecho histórico y comparado, no mèncs que en el nuestro vigente, en su interpretación más usual, son las que mejor caracterizan el "engaño" propio de este delito, pues según tales "standards" jurisprudenciales, las mismas constituyen el mejor estímulo para vencer la resistencia de la mujer honesta protegida por el precepto contra tan ancestral acechanza; tanto más si, como se desprende igualmente de la narración, hubo como precedente un largo noviazgo llevado de manera pública, por sus protagonistas ante amistades, parientes y vecinos, que sólo podían presagiar el normal desenlace de tales relaciones prenupciales, como igualmente se refleja el clima de confianza creado al respecto entre los novios el dato de entregar el recurrente a su prometida las llaves de su vivienda, la relación epistolar mantenida por aquél cuando se ausentaba de su residencia en la capital cesaraugustana, como, en fin, el hecho de acompañar la menor al procesado en alguno de sus desplazamientos; indicios todos ellos de que las promesas de matrimonio reiteradas por el recurrente se hicieron con la suficiente seriedad y eficacia como para ser creídas por

la ofendida, las que sólo se rompieron cuando el procesado se ausentó a su patria de origen, contrayendo luego nupcias con persona distinta; razones las expuestas que mientras se mantenga en sus actuales términos el tipo penal aplicado, es preciso respetar, aun sin desconocer esta Sala el cambio o mudanza operado en las costumbres de nuestra actual sociedad, particularmente en esta materia de moral sexual, que podrá influir en un futuro legislativo, pero no sirve para eludir el *ius positum* en su coercitiva vigencia (S. 21 marzo 1977).

Según viene sosteniendo de manera reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala, el engaño propio del estupro común o de seducción, si bien se vincula por regla general a la *promesa de matrimonio expresamente declarada* por el sujeto activo de este delito, no es menos cierto que tal promesa puede ser igualmente tácita, en cuanto derivada de *facta concludentia* que den a conocer elocuentemente su existencia, siendo el más normal y frecuente de tales hechos la existencia de noviazgo o de relaciones amorosas entre ofensor y ofendida, adornadas de las cualidades de lícitas, públicas, serias y de tal entidad que presagien una fundada culminación de matrimonio; es decir, que reuniéndose los demás requisitos de la modalidad de estupro en examen, a saber: la *edad* de la mujer protegida por el precepto, que debe ser mayor de 16 y menor de 23 años, no menos que la *honestidad* de la misma (siquiera este requisito se halle sólo implícitamente contenido en el tipo penal, como también tiene declarado esta Sala), la culminante exigencia del *engaño* puede ser apreciada en la forma disyuntiva ya examinada, aparte otras acepciones del engaño de distinta índole que aun siendo de mucha menos frecuencia en la *praxia*, lo hagan equivalente (Sentencias de 16 de febrero de 1964, 17 de febrero de 1965, 17 de noviembre de 1965, 16 de mayo de 1966, 9 de febrero de 1968, 9 de octubre de 1969, 19 de octubre de 1970, 15 de febrero de 1971, 20 de abril de 1972 y otras muchas); doctrina que conviene perfectamente al caso de autos, pues, aparte de que se menciona la previa promesa de matrimonio hecha por el procesado a su novia como medio de conseguir el yacimiento con la misma, extremo fáctico que ya se ha dicho ha quedado intacto, no obstante la impugnación antes examinada, es lo cierto que diciendo también el *factum* que el recurrente, desde finales del año 1972 o comienzos de 1973, mantuvo *relaciones públicas y formadas de noviazgo* con su prometida, de suerte que transcurrido más de un año en esa situación, concretamente en el mes de febrero de 1974, consiguió el acceso carnal con su prometida que quedó, como consecuencia, embarazada, hecho este último que hizo repudiar al procesado a la así conseguida, negándose a contraer matrimonio con la misma; tal relato de hechos, aun eliminada, repetimos, la consignación de la promesa expresa de matrimonio hecha por el procesado, da base más que suficiente para entender que existió una verdadera promesa tácita de nupcias, con base en aquellas relaciones de noviazgo “públicas y formales”, a tenor de la doctrina jurisprudencial antes resumida (S. 31 marzo 1977).

**Artículo 444, 1.º Dote a la ofendida.**

Como la mujer concibió después de haber cumplido los 16 años en virtud de coito consentido, la consecuencia es que procede casar la sentencia en lo referente al pronunciamiento correspondiente al reconocimiento de la prole y la imposición de la obligación de prestar alimentos; en cuanto a lo primero, porque le condena al reconocimiento de la prole, impuesta en el número 2.º del artículo 444 del Código penal, viene condicionada a que no lo impida la Ley civil, y en el caso de autos lo impide, ya que según el artículo 119 del Código civil, sólo podrán ser reconocidos los hijos naturales, reputándose como tales los nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse sin dispensa o con ella, por lo que, como el procesado se hallaba casado al tiempo de la concepción de la hija, no tenía la condición de natural, luego no podía ser reconocida ni por vía voluntaria ni en virtud de resolución judicial; y, por lo que respecta a los alimentos, porque todas las reparaciones o indemnizaciones civiles especiales a que se refiere el artículo 444 del Código penal en sus diversos números, han de tener por causa el delito y el embarazo de la mujer víctima del delito que aquí se juzga y por el que el procesado fue condenado, tuvo por causa un coito atípico, totalmente distinto y posterior en el tiempo al violento que dio lugar al mentado delito, por lo que no procede hacer pronunciamiento alguno en la presente causa en orden a reparaciones civiles, excepto en lo que respecta a la dote, sin perjuicio del derecho de la víctima a solicitar alimentos con base en lo dispuesto en el artículo 143 en relación con el 140 del Código civil, por el cauce adecuado, ya que la obligación de prestarlos y la correspondiente acción para exigirlos, no nace del delito, sino de la relación paterno filial en conexión con la sentencia recaída en una causa como la presente de la que se infiera la paternidad [S. 18 marzo 1977].

**Artículo 452. Amancebamiento.**

Es preciso tener en cuenta que tal figura delictiva requiere para su aplicación que se den en los hechos los siguientes elementos: a) Una relación carnal continuada de un hombre casado con una mujer distinta de aquélla con la que se halla legalmente unido, mediante un matrimonio válido. b) Que tal relación carnal trascienda al público y sea conocida en su ilegitimidad en el medio social que rodea a la pareja o, por lo menos, por un número relevante de personas, lo que en este caso aparece reconocido por las frases antecitadas de modo "manifiesto" y "público" atribuido a la convivencia carnal. c) Un elemento interno y psíquico consistente en el conocimiento por parte del varón de que se halla válidamente casado con una mujer distinta de aquélla con quien convive y mantiene relaciones carnales ilegítimamente; y en la manceba que en tales casos asume el papel de coautora, la consciencia de la existencia y permanencia de un matrimonio legítimo por el cual su amante se halla ligado con otra mujer, de tal suerte que si la imputada creyera fundadamente y de buena fe que el hombre con quien convive es

soltero o que su matrimonio era nulo o se hallaba legalmente disuelto, padecería un error sobre la ilicitud de su conducta por desconocimiento o equivocación sobre el hecho o derecho extrapenal que convertiría su acción en inculpable y, por tanto, en impune, si el delito cometido no fuera realizable en su forma culposa; pero para que tal excepción de falta de culpabilidad o voluntariedad pueda producir estos efectos exculpatorios, sería necesario no sólo que constasen en la sentencia atacada datos de hecho de los que pudiera deducirse inequívocamente el error de la mujer, que en el presente caso no han sido recogidos como probados; sino también que la relación amorosa enjuiciada hubiera sido iniciada con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia Eclesiástica de separación que lleva fecha de 25 de mayo de 1969, considerada como productora del error sobre la persistencia del vínculo, que la recurrente dice sufrido, y no en 1967, o sea, dos años antes de producirse dicha resolución, data en que, según la relación fáctica de la sentencia, los recurrentes comenzaron la convivencia delictiva enjuiciada, por lo que en dicha fecha la existencia del error, invocado ahora por la mujer, carecería de fundamento y caería por su base (S. 18 marzo 1977).

#### **Artículo 452 bis a). Prostitución.**

El procesado, en un local de su propiedad, tenía empleadas varias camareras que simultaneaban su trabajo en el bar allí establecido con el comercio de su cuerpo de modo habitual en trato con sus clientes, para consumir los cuales, a través de una escalera comunicaba el bar con el piso superior, preparado por el procesado con varias habitaciones para los indicados fines, en el que tenía lugar las relaciones sexuales mediante el pago de 750 pesetas que abonaban a la procesada que estaba al frente del piso y llevaba el control de las sumas recibidas entregando a cada camarera 500 pesetas por cada trato carnal y el resto al procesado, con lo que quedan suficientemente descritas todas las circunstancias fácticas integrantes del delito previsto y penado en el artículo 452 bis a) del Código penal (S. 11 marzo 1977).

#### **Artículo 452 bis b). Corrupción de menores (diferencia con escándalo público).**

La diferencia esencial del delito previsto en el artículo 452 bis b), número 1.º y el sancionado en el artículo 431, ambos del Código penal, consiste fundamentalmente en que el primero es un delito de tendencia en el que se castiga al que promueve, favorece o facilita la prostitución o corrupción de persona menor de 23 años; por consiguiente, cualquiera que sea su sexo, y en el segundo, a los que ofenden al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia; indudablemente el procesado, al llevar a su domicilio en diversas ocasiones durante los años 1974 y 1975 a dos jóvenes menores de 20 años, sin que hubieran tenido anteriormente experiencias homosexuales; iniciándolos y haciéndolos objeto de éstos, ofendió a las buenas costumbres, aunque no de forma general establecida en el artículo 431, sino en la específica prevista en el artículo 452 bis b), número 1.º, que protege el bien jurídico moral público sexual, perjudicando indudable-

mente a los jóvenes, iniciándoles o corrompiéndoles en un vicio, al denotar los actos realizados gravedad tendente a desvirtuar el instinto sexual de los jóvenes quizá para toda su vida; por lo que no puede por menos de estimarse acertada la calificación otorgada a los hechos por la Sala de instancia (S. 4 abril 1977).

**Artículo 452 bis d). Prostitución.**

El artículo 452 bis *d*) del Código penal, al penar como delito el relativo a la prostitución, caracterizado como favorecimiento con ánimo de lucro la prostitución ajena y donde destaca como elemento esencial, lo que esta Sala viene denominando con el nombre de tercería locativa, destaca como elementos esenciales del delito: 1.º) En cuanto al sujeto activo del delito que se trata dueño, gerente, administrador o encargado del local, y servidores del mismo—número 1.º o arrendador o arrendatario también de local donde se ejerza la prostitución o la corrupción ajenas— o los que participen en su financiación. 2.º) En cuanto a los locales, abarca a todos, se hallen o no abiertos al público, donde hallan un destino con alguna nota de reiteración, habitualidad o dedicación a prostitución y corrupción, bien se trate de alquiler de habitaciones, bien de viviendas, aunque el sujeto activo las ocupe en todo, en parte o no viva incluso en el piso. 3.º) En cuanto al acto, destino o finalidad de tales habitaciones locales, pisos o viviendas es ejercer la prostitución, la corrupción, explotar cualquiera de estas formas de actos inmorales o participar en su financiación; no siendo, pues, precisas más determinaciones de abarcar el comercio carnal de mujeres, las prácticas homosexuales o cualesquiera otras formas de corrupción o depravación sexual de las personas. (S. 31 marzo 1977).

**Artículo 458. Injurias graves.**

Los apelativos dirigidos, telefónicamente, a la querellante por la procesada, "cornuda, guarra, zorra, hija de puta y golfa", además de integrar lenguaje incivil, soez e inadecuado propio de personas groseras y poco urbanas, constituyen insultos del más grueso calibre que pueden dedicarse a una mujer, sin que sea necesario entretenerse en escudriñarlos y traducirlos a términos menos duros para comprender que la intención de quien los profirió era, independientemente de su estado de ánimo y de su indignación, zaherir y vejar gravemente a la ofendida, atribuyéndole, siquiera fuera imprecativamente, la condición de hija ilegítima, vida licenciosa y abyecta, suciedad suma y vicios vergonzosos, todo lo cual deshonra, desacredita y menosprecia a la destinataria de dichos dicerios y le agravia y afrenta en la medida exigida por la Ley, sin que, por lo demás, se constate el menor indicio que permita detectar ese *animus defendendi*, con el cual se intenta borrar el indispensable y acreditado *animus aniurandi*, y sin que el propósito vindicativo que dice la procesada, en su recurso, le animaba, sea idóneo para eliminar su indudable intención injuriosa, aunque, de existir y haberlo alegado, pudiera haber atenuado su conducta a tenor de la circunstancia 6.ª del artículo 9.º del Código penal (S. 1 abril 1977).

Como es notorio en teoría y *praxis*, el soporte antijurídico y culpable del delito de injurias es el ánimo desonorante (*animus injuriandi*) que impele al sujeto activo de la infracción, como lo está indicando en la definición del artículo 457 del Código penal el giro finalístico que emplea el legislador para denotar dicho elemento subjetivo, visto que la expresión proferida o acción ejecutada, integrantes de la injuria verbal o real, han de ser *en* deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, lo que hace de las injurias uno de los más típicos *delitos de tendencia*, también llamados por los modernos dogmáticos como de “intención determinante de sentido”, en los que la acción viene a ser *expresión* de un proceso anímico del autor; siendo ya metódica tradicional en la indagación de esa postura psíquica del agente el acudir en primer término al *elemento ontológico u objetivo* en que la injuria plasme, pues como viene diciendo la doctrina de esta Sala, en pensamiento clásico que remonta a la glosa de los prácticos, determinadas expresiones que lleven ya consigo tal carga ofensiva que hacen presumir por sí mismas el ánimo infamante; como, en segundo lugar, es preciso recurrir al *elemento circunstancial*, subsidiario del anterior, aunque no pocas veces decisivo para medir la gravedad de la imputación, factor también expresamente afirmado en los números tercero y cuarto del artículo 458 del mismo texto punitivo, en los que se mienta no sólo la *naturaleza de las injurias*, atinente al inicial elemento objetivo, sino también las circunstancias en que aquéllas fueron vertidas, tanto en general, a efectos de la valoración social de la afrenta, como, en particular, esto es, las que rodean a ofensor y ofendido atendidos su estado, dignidad y demás circunstancias; es decir, que la gravedad de la injuria está en relación directa tanto con las palabras, conceptos, locuciones e incluso oraciones gramaticales empleados (las llamadas *injurias ilativas*, de textura intelectual más compleja y, por ende, más trascendente, frente a las meramente *imprecativas*, ligadas a vocablos aislados, salidos directamente del subconsciente con carga emocional y súbita que los aproxima a la acción de corto-circuito), como se relaciona igualmente dicha gravedad con la ocasión, lugar, tiempo, presencia de otras personas, categoría social y profesional de ésta y cuantas otras que sirvan para facilitar lo que en doctrina se llama: *transmisión a tercero*, hasta el punto de que la exacerbación de esa difusión del ultraje al honor ajeno llega a constituir una especie delictual propia y más grave, la *difamación*, que ausente en nuestro ordenamiento punitivo actual —puesto que sólo tuvo vida efímera en el Código de 1928— como tal espécimen deshonrante —reconocida, en cambio, por legislaciones foráneas más modernas—, viene suplantando por la agravante de *publicidad*, siquiera al exigir el Código español (artículo 463) que la misma vaya unida a la propagación por escrito u otro medio de análoga fuerza difusoria, deja un vacío típico que sólo la hermenéutica judicial puede llenar acudiendo al mentado criterio de *gravedad* (S. 10 marzo 1977).

#### Artículo 484. Sustracción de menores.

La madre del niño sustraído era soltera y no había prestado todavía su consentimiento a que aquél fuera separado de su lado y de su custodia y cuidados y entregado a otra persona, y que a ella, es decir, a la citada madre,

correspondía exclusivamente la potestad paterna y el poder de decisión, dentro de los límites citados por la Ley, acerca del destino y futuro de su hijo, sino también que la acusada concedió a la citada madre un a modo de *espa-cium deliberandi* de quince días, contados a partir del parto, para que se decidiera a conservar a su hijo o a cederlo a otra persona que pudiera atenderlo debidamente, plazo que redujo más tarde a siete días, y que fue anulado por decisión unilateral de la acusada un día antes del alumbramiento, cuando, de *motu proprio*, es decir, por exclusiva iniciativa, avisó al futuro adoptante para que estuviera dispuesto a recibir al *nasciturus* una vez se hubiera producido el parto, y cuando sucedió éste, aprovechando que el alumbramiento tuvo lugar bajo anestesia total, tomó al niño y lo entregó, efectivamente al otro procesado, induciéndole, con flagrante contradicción de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Registro civil vigente, a que inscribiera el susodicho nacimiento en el Registro civil de Zaragoza, como si dicho niño fuera hijo de padres desconocidos y se ignorara incluso la filiación materna; todo lo cual revela que, la imputada, independientemente de los móviles concretos que inspiraran su conducta, los que no pueden revisarse en esta vía casacional gracias a no haber sido recurrida la sentencia de instancia por la acusación pública, conocía perfectamente los hechos que integran el *abstractum* del delito de sustracción de menores inculminado y hasta la significación antijurídica de los mismos y, a pesar de ello, libre y voluntariamente, quiso y deseó obrar de ese modo contrario a Derecho, tomando al recién nacido, sin conocimiento ni consentimiento de la madre, arrebatándolo de su lado y sustrayéndolo a sus cuidados y custodia, entregándolo seguidamente a un tercero; culminando la evidencia, demostración y exteriorización de su maliciosa conducta, con la reseñada promoción de una mendaz inscripción que borraría la verdadera filiación del menor, hiciera desaparecer sus huellas y dificultara, cuando no imposibilitara, la determinación de su paradero, el cual negó pertinazmente a la madre, obstando, en principio, a la búsqueda y la recuperación de su vástago, la cual sólo logró mucho tiempo después, una vez lo hubo reconocido y legitimado, contrayendo subsiguiente matrimonio con el progenitor del tantas veces mencionado niño (S. 14 abril 1977).

#### **Artículo 487. Abandono de familia.**

Se alega como origen del abandono del domicilio conyugal por el procesado los disgustos y discusiones que sostenía con su esposa, omitiendo el final de la narración fáctica, precisamente la parte en que se encuentra la entraña del delito de abandono de familia, que la causa de dichos disgustos era debida a las relaciones que el citado procesado mantenía con otra mujer, dejando sin prestar la asistencia inherente a la patria potestad de sus cinco hijos desde mediados del año 1975, y como lo que se castiga en el artículo 487 del Código penal, es lo referente a la omisión de los deberes de asistencia, de solidaridad conyugal y paternofilial que comprende desde el apartamiento de la vida en común con su esposa hasta la desatención de los deberes relativos a la patria potestad, alimento, educación, dando instrucción a sus hijos menores tan necesitados en esa edad de la dirección paterna, al aban-

donar el recurrente voluntaria y maliciosamente su domicilio por causa de una mujer, lo que hacía lógico los disgustos con su esposa, rompiendo la armonía matrimonial, con la correspondiente relación de causalidad entre la conducta del procesado dejando de cumplir sus deberes, en razón de las relaciones mantenidas con otra mujer, incurrió con ello en las prevenciones del artículo 487 (S. 18 abril 1977).

**Artículo 489 bis, p. tercero. Omisión de socorro.**

En el artículo 489 bis del Código penal se contiene una regla general o tipo previsto en el párrafo 1.º del mismo y un tipo especial agravado del párrafo 3.º. En relación con este párrafo, ha declarado reiteradamente la Sala que el delito se integra de una serie de *requisitos fundamentales*, de los que conviene subrayar: a) que el *agente ocasione una víctima* en accidente; b) que la víctima se *encuentre desamparada*, en peligro actual, manifiesto y grave; c) que se omita por el sujeto activo el *cumplimiento del deber* no ya sólo ético, sino jurídico de *prestar socorro* y ayuda a la víctima; d) que *pueda hacerlo sin riesgo* propio, ni de tercero, y sin encontrarse imposibilitado para ello por cualquier causa justificada; e) *dolo o conciencia de la situación de desamparo*, de la gravedad del abandono y voluntad de no prestarle la ayuda más elemental y humanitaria, para paliar o remediar su situación de desamparo.

En relación con el propio delito viene declarando esta Sala, que se trata de un delito formal, de mera actividad y riesgo, que es de comisión por omisión (sentencia de 30 de mayo de 1970) en la posibilidad de auxiliar a la víctima y voluntad de no hacerlo (Sentencia de 2 de noviembre de 1972), conducta caracterizada por el deliberado propósito de sustraerse a la acción de la justicia, rehuyendo la responsabilidad en que se hubiera incurrido (Sentencia de 18 de junio de 1974), y sin que la esperada existencia de terceros eximan al obligado de tal deber de socorro (Sentencia de 14 de diciembre de 1973), terminándose por afirmar en tal doctrina, de forma reiterada y sin variación alguna, que la víctima se encuentra desamparada, mientras reciba ayuda sanitaria, aunque existan otras personas dispuestas a ayudarle en el caso en que se produzca el hecho en núcleo urbano, pues la obligación, según el Código, recae de manera personal, primaria y principalísima sobre el que ocasionó el accidente (S. 4 marzo 1977).

**Artículo 501, 5.º. Robo.**

Cuando la procesada bajaba por la escalera de la casa, portando la ropa y demás efectos sustraídos se encontró con la perjudicada, dueña de la vivienda en la escalera del inmueble, e intentó recuperarlas, siendo atacada por aquélla, con una navaja o instrumento similar para proteger su huída, causándole lesiones de las que tardó en curar ocho días; el delito, si bien era legalmente consumado en virtud de lo dispuesto en el artículo 512 del antes citado Código para estos supuestos, no se hallaba concluso, faltando en aquel momento a la recurrente la libre disposición de la cosa y el ejercer violencia contra la propietaria, se encuentra el hecho correctamente tipificado por la Audiencia en el número 5.º del artículo 501, y a mayor abundamiento, de

aceptarse la tesis propugnada por la Defensa de inculparse el hecho en el artículo 504, números 2.º y 4.º por la fractura de puerta y uso de llave falsa, se ilegalaría a la misma penalidad de la establecida, por la preceptiva aplicación del número 2.º del artículo 505 del repetido Código penal (S. 18 marzo 1972).

**Artículo 508. Robo (casa habitada).**

En la misma descripción invocada consta que los procesados “apalancaron con un palo dos barrotes de la reja de la ventana y *penetraron en las habitaciones que constituyen el domicilio del encargado de la venta... que allí habita con su familia*, apoderándose de 25.000 pesetas que había en el cajón de una cómoda”, de lo cual resulta indudable que el hecho fue realizado en casa habitada, aunque el morador se hallase accidentalmente ausente, pues la protección penal alcanza a todos aquellos locales o aposentos, con mayores o menores condiciones de habitabilidad, en los que habitualmente reside alguna persona, puesto que en tales casos subsiste siempre la *ratio legis* que parece haber movido al legislador al crear en el número segundo del artículo 506 del Código penal, en concordancia con los 500 y 508 del mismo Cuerpo legal, un subtipo de robo agravado, delimitado por dicha característica de la utilización como morada del lugar en que se comete el robo y que radica no sólo en el quebrantamiento por parte de su autor de la inviolabilidad del domicilio ajeno, sino en la mayor peligrosidad que representa no sólo para el morador, sino incluso para el ladrón un posible enfrentamiento personal de ambos en tales condiciones, por lo que en el presente caso el hecho aparece correctamente subsumido en el citado precepto (S. 21 marzo 1977).

**Artículo 510. Llaves falsas.**

En lo que respecta a llaves falsas, en los artículos 509 y 510 del dicho cuerpo legal, se refiere, mediante una fórmula amplia y de carácter analógico, a cualesquiera instrumentos aptos o idóneos para la apertura de cerraduras, de mecanismos o de dispositivos de seguridad o cierre establecidos por los titulares de bienes que se desea custodiar y proteger frente a afanes lucrativos de terceros.

En el caso de autos, el pestillo —“pasador con el que se asegura una puerta corriéndolo a modo de cerrojo”, según el Diccionario— de la puerta de entrada de la vivienda donde se perpetró el hecho, tal y como se lee en la narración histórica de la sentencia de instancia, fue descorrido por uno de los agentes introduciendo por la abertura existente entre la dicha puerta y el marco de la misma una “tarjeta plastificada”, consiguiendo así franquear la puerta del piso; coligiéndose de dicho relato que la puerta estaba cerrada con el mencionado pestillo y que, de ese modo ingenioso y valiéndose de un instrumento simple pero idóneo para allanar óbices clausurantes, sin necesidad de producir daños, se logró la apertura de la precitada puerta, la que dejó, de ese modo, de constituir obstáculo y de preservar lo que se hallaba en el interior del hogar de autos; habiendo así procedido con absoluta corrección el Tribunal “a quo” al equiparar ese sencillo, y hasta desusado, instrumento, con los específicamente nominados en los artículos 504, nú-

mero 4.º, 509 y 510 del Código Penal, para lo cual no tuvo que valerse de repudiada hermenéutica extensiva, sino aprovechar la fórmula amplia y analógica establecida, a tales fines, por el legislador (S. 11 abril 1977).

#### **Artículos 520 y 522. Quiebra fraudulenta.**

En el recurso se reputa infringido por aplicación indebida el artículo 520 del Código penal en relación con el 890 del Código de Comercio, por cuanto no bastaba la declaración de quiebra fraudulenta establecida por la jurisdicción civil para condenar como autor de la misma al recurrente, al que se le incardinaba en el artículo 520 citado, que era una norma penal sustantiva en blanco, sin hacerse referencia alguna al precepto o preceptos del Código de Comercio en los que los actos atribuidos a aquél pudieran estar incurso a fin de integrar la conducta para su calificación penal, siendo evidente que el haber puesto ciertos bienes a nombre de sus acreedores fue una dación en pago legitimada, sobre cuya alegación cabe distinguir, matizar y objetar: 1.º, que como esta Sala tiene reiteradamente declarado, la quiebra fraudulenta en el ámbito criminal, se encuentra tipificada entre los delitos contra la propiedad, ofreciendo la característica de no poder ser perseguida de oficio o a instancia de parte, mientras en la órbita civil no se haya hecho su calificación y declarado existir motivaciones justificadas para proceder penalmente, siendo un requisito esencial de procedibilidad que no merma ni coarta la plena soberanía de la jurisdicción criminal para resolver, dentro de su privativa competencia, todos los puntos relacionados con el supuesto enjuiciado, y todas estas cuestiones aparecen correctas y debidamente observadas en el procedimiento seguido; 2.º que los hechos probados de la Sentencia recurrida —intangibles y vinculantes en este trámite por el cauce procesal que ampara el recurso— acreditan sustancialmente que, poseyendo el recurrente en 30 de mayo de 1969 un activo superior a los 20 millones de pesetas, desaparecieron sus bienes en perjuicio de sus acreedores, citándose concretamente entre las operaciones defraudatorias realizadas las compraventas simuladas entre dicho recurrente y los otros dos coprocesados, que actuando de común acuerdo y en connivencia constituyeron sendos negocios fiduciarios encubiertos en los que estos últimos aseguraron el importe total de sus créditos, mientras aquél se beneficiaba “de la diferencia entre el valor real de las cosas vendidas y el importe de los créditos, todo ello en perjuicio de los demás acreedores legítimos del quebrado”, conducta calificada conjuntamente para los tres procesados de quiebra fraudulenta en el primero de los Considerandos, constitutiva de autoría para el recurrente y de complicidad para los coprocesados auxiliares, conforme a los artículos 520 y 522 del Código Penal en relación con el 893 del Código de Comercio, respectivamente, lo que hacía virtualmente innecesario la mención específica del 890 con respecto al recurrente, toda vez que al establecerse en aquél que serán considerados como cómplices de la calificada quiebra a los que “deliberadamente auxiliaren al quebrado para ocultar o sustraer alguna parte de sus bienes o créditos” (núm. 4.º), así como “a los acreedores legítimos que en perjuicio y fraude de la masa, hicieren con el quebrado convenios particulares” (número 8.º), es obvio que han de comprenderse los actos del quebrado finalísti-

camente encaminados a "simular enajenaciones de cualquier clase que éstas fueren" (artículo 890, núm. 10), o la de "haber anticipado pagos en perjuicio de sus acreedores" (artículo 890, núm. 13), que es precisamente la actuación concreta que se afirma desarrollada por el recurrente en el *factum* probatorio y que sirve de soporte a la calificación jurídica sentada por el Tribunal de instancia para decretar su autoría en el fallo respectivo, y 3.º, que si bien es cierto que la ubicación de los delitos concursales y, por tanto, el de la quiebra fraudulenta, entre los que atentan contra la propiedad, les confiere un indudable significado de delitos patrimoniales, también lo es que el perjuicio de los acreedores no cobra el mismo alcance y significado en cada una de tales especies delictivas, pues mientras el alzamiento, modalidad segregada de la quiebra fraudulenta con persecución de oficio independiente, la acción ha de estar directamente conectada a dicho perjuicio, hasta constituir un elemento subjetivo de lo injusto, y en cuanto tal, necesario para que pueda surgir el delito, al tratarse de la quiebra punible, el significado anti-jurídico se desplaza a la insolvencia en conexión causal con la actuación del quebrado tendente a la simulación del pasivo, ocultación o reducción del activo, falta de contabilidad o irregularidades en la misma en perjuicio de tercero, relación causal que es preciso probar en el concurso y que se presume en la quiebra, pero que en todo caso agota la acción típica, de suerte que el perjudicado opera en estas últimas especies o casos delictivos como mera consecuencia o complemento de penalidad, o dicho de otra forma, que el perjuicio ya va insito o inherente en la insolvencia económica propia de la quiebra, por lo que declarada legalmente ésta y sobrevenida con la misma la condición objetiva de punibilidad, el delito queda completo en su tipificación y, por ende, consumado (S. 4 abril 1977).

#### **Artículo 528, p. primero. Estafa.**

Dentro del amplio espectro de las estafas, la regulación legal se inaugura con la *defraudación mediante un título obligatorio*, descrita en el párrafo 1.º del artículo 528 del Código penal, modalidad nacida al calor del tráfico jurídico-civil o mercantil y para proteger al mismo, bastando por ello que el contratante obligado a la entrega de la cosa, lo haga de manera deficiente, ya en cuanto a la *sustancia o calidad* prometida; ya en cuanto a la *cantidad* igualmente pactada; modalidad que queda rebasada por lo que son *especies cualificadas* de la misma y que no son otra sino las contenidas en los números 2.º y 3.º del artículo 529, agravadas por el párrafo 2.º del número 4.º del mismo precepto, razón de la especialidad agravatoria que, sin duda, está por lo que se refiere al supuesto, ahora en examen, en el hecho de que el engaño se disimula u oculta por el *empleo de medidas o pesos faltos*, aparte la nota, menos decisiva, de que se trate de *traficantes* que procedan en el despacho de su tráfico; debiendo advertirse finalmente, en orden al ámbito típico de este supuesto defraudatorio, que los instrumentos que se mencionan en el mismo, no han de ser tan sólo los estrictamente comprendidos en ámbito administrativo por la arcaica Ley de Pesas y Medidas de 8 de julio de 1892 y Reglamento de 1 de febrero de 1952, sino que pueden ser referidos a toda suerte de mecanismos o artificios que menoscaben de algún modo la

medida o cantidad del producto expendido en perjuicio del consumidor (Sentencia de 15 de octubre de 1968) y sin que tampoco sea óbice a dicha estimación típica el hecho de que no sean conocidas las personas a quienes se defraudó (Sentencia de 23 de abril de 1904), siempre que se sepa la cuantía total del perjuicio a efectos de poder fijar la penalidad, pues ya se comprende, dirigida esta infracción al público consumidor en general, la misma constituye uno de los más típicos supuestos del llamado *delito masa*, dado que el dolo del autor, planificado al efecto, abarca a todos los posibles compradores del producto por él expendido, con aquella merma en su cantidad, reportándole un lucro, que si pequeño y aun ínfimo en cada una de las operaciones de compra-venta aisladamente consideradas, alcanza proporciones de mucha más consideración, atendido el número de clientes —de radio indefinido— sistemática y aun automáticamente defraudados con el falso mecanismo de medición (S. 1 abril 1977).

#### Artículo 529, 1.º. Estafa

El artículo 529, número 1.º, del Código penal, al definir y sancionar el delito de estafa condensa 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, hace 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 una 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 consume. 5.º) Entre el engaño y el perjuicio sufrido ha de haber una relación de causalidad inmediata, adecuada y eficaz, porque el segunda nace provocado por el primero (S. 10 marzo 1977).

Abundando en el examen, tan reiterado en la “praxis” de esta Sala de casación, de la naturaleza penal de estafa del artículo 529, 1.º, que, según los casos, puede revestir la negociación de letras de cambio “vacías” o en descubierto, es dato de común y corriente experiencia que, en no pocas ocasiones en que la línea de crédito utilizable mediante descuento de letras es concedida *intuitu personae*, en atención exclusiva a la confianza merecida por el cliente, la personalidad de los eventuales librados, en casos tales, y aun la realidad de sus posibles créditos es algo puramente instrumental y

secundario y aun psicológicamente irrelevante, en la relación librador-Banco, a modo de "sobrentendido", entre aquél y el establecimiento de crédito concedente del anticipo con descuento, de suerte que mientras todo marcha bien, el primero es solícitamente asistido, cuando no alentado por el Banco, desentendido de cuanto suponga indagación del fondo o razón de ser de los libramientos financiados y sin el menor ánimo de inquirirlo, salvo que la falta de buen fin, desatendida en definitiva por el cliente liberador, haga *ex novo* la preocupación de vindicta penal, totalmente descuidada y ausente hasta entonces, así como abandonada luego prontamente cuando la reparación patrimonial tiene lugar; por lo que, en verdad y según la doctrina de esta Sala, viene cuidándose de puntualizar en cada caso, cabe decir que la falta de provisión de fondos o carencia de cobertura, en cualquiera de sus modalidades, no es por sí solo y necesariamente, en algún giro de letras, constitutiva de estafa del artículo 592, número 1.º, si no concurren —como es de reconocer sucede con frecuencia— datos suficientemente significativos para dar por cierta la existencia de añagaza presidida por un resuelto y definido ánimo defraudatorio cifrado en el designio de no pagar, llegando el momento, el anticipo efectuado por el Banco en la racional creencia, infundida o alimentada por el librador, de responder el giro a operaciones ciertas y serias generadoras de los correlativos créditos de dicho librador frente a sus librados; de no ser así, la conducta será penalmente atípica o incardinable, a lo sumo, con engaño de grado menor, en la subsidiaria figura del artículo 533 (S. 11 marzo 1977).

Constituyendo el núcleo esencial del delito de estafa, la realización con ánimo de lucro de una actividad engañosa que sea bastante para inducir a error a la víctima y la determine a efectuar un desplazamiento patrimonial que redunde en su perjuicio y en injusto beneficio del sujeto activo, resulta evidente que la conducta del recurrente, descrita en el resultado fáctico de la resolución impugnada, arrendando puestos de venta en los mercados y locales, donde él y sus copartícipes principales simulaban ejercer un floreciente negocio de alimentación, para el desarrollo del cual efectuaba cuantiosos pedidos de productos alimenticios a diversos industriales del ramo, quienes se los servían confiados en las manifestaciones de solvencia y de situación económica próspera que hacía el procesado, que realmente carecía de ella, para luego esconder o vender tales géneros a precios inferiores a aquellos por los que había comprado, lucrándose con su importe, al no abonarlos, aunque a veces simulase pagos a medio de los cheques que se citan, entregados a los vendedores por el inculpado, a sabiendas de su falta de cobertura; constituye el delito de estafa contemplado en el párrafo 1.º del artículo 529 del Código penal, puesto que la entrega de las mercancías defraudadas no consta que hubiera sido simultánea o posterior a la dación en pago de tales cheques, sino anterior al libramiento de los mismos y efectuada a crédito, confiadas tan sólo las víctimas en la fijación de solvencia derivada de ser dueño de la Empresa o establecimiento comercial que se cita, falazmente suficiente para responder del pago de lo adquirido, y para la consumación del cual no resulta necesario tener en cuenta la entrega de los cheques sin fondos, que por no construir el ardid engañoso de la estafa y atacar bienes jurídicos diferentes, podrían constituir delitos autónomos del artículo 563 bis

del mismo cuerpo legal antes citado, si el Tribunal de Instancia los hubiese considerado como tales, pero no absorber los delitos de estafa por los que aparece condenado el recurrente (S. 5 abril 1977).

**Artículo 529, 6.º. Estafa.**

Según el relato de hechos probados, actuaron de común acuerdo, con intención de beneficiarse e idearon engañar a los suscriptores de pólizas de capitalización, para cobrar la comisión correspondiente. Este plan genérico lo detalla la sentencia más adelante expresado que visitaban a los suscriptores de pólizas con vencimiento más inmediato y respecto de ellos realizaban la siguiente estratagema: 1.º) Que la Caja Hispánica de Previsión había acordado, como gratitud al tiempo que llevaban de suscriptores, concederles un precio en metálico. 2.º) Que participarían en lugar de en un sorteo de premio extraordinario a que tenían derecho, en varios que se celebrarían inmediatamente. 3.º) Que para hacer efectivo estas ventajas debían entregarles las pólizas antiguas y firmar otros documentos que llevaban en blanco ciertas menciones, para constatar la concesión de dichos beneficios. 4.º) Que los suscriptores así lo hicieron y en tal creencia, siendo la realidad que lo que habían firmado eran recibos de anticipos de dinero. 5.º) Que extendieron pólizas más gravosas, donde la primera prima de cada interesado se destinaba a cobrar una mayor comisión por aquellos en el nuevo contrato equivalente al 9 por 100 de las primas y el 50 por 100 de la primera de ellas con notorio perjuicio de aquéllos. De donde se infiere que hubo una falsa motivación, aparentada por los culpables que determinó a las víctimas a suscribir un documento creyendo referirse a una cosa, cuando en realidad se refería a otra. Engaño que les determinó a prestar su consentimiento a la recepción de unos anticipos de dinero, creyendo que realmente lo que firmaban en los documentos contenidos en ellos era la recepción de unos premios en metálico y su derecho a participar en varios sorteos extraordinarios, para que en su caso percibir el capital íntegro de la póliza. Y como tal falsedad ideológica fue planeada y ejecutada, por los recurrentes, induciendo a error a los perjudicados, plasmando así su consentimiento en los documentos que les presentaron, que resultaron ser otras pólizas de capitalización más gravosas, es claro que concurrió el engaño en la suscripción de tales documentos, el ánimo de lucro y el consiguiente perjuicio en los engañados, surgiendo así la estafa de este precepto del Código penal (S. 27 abril 1977).

**Artículo 531. Estafa.**

A propósito de la naturaleza y del exacto sentido del delito del artículo 531, en cuya estructura entra, como elemento normativo extrapenal acogido en el tipo, el concepto de dominio, originariamente acuñado extramuros del Derecho penal, no está de más traer a colación, para un mejor tratamiento del tema, la bien conocida teoría del título y del modo de adquirir, vigente en nuestro Cuerpo legal correspondiente, a cuyo tenor y del concertado juego de los artículos 609, 1.095 y 1.462 y concordantes y, a diferencia de lo que ocurre en sistemas consensuales como el del Código francés, para

las adquisiciones derivativas, no es suficiente el contrato para el acceso a la propiedad si no concurre, además, entrega, en cualquiera de sus formas admitidas, entre ellas la instrumental o escrituraria, sin que, hasta entonces, se desprenda el vendedor de su dominio, sino que queda tan sólo obligado a la entrega *ex contractu* que, por más que imponga el deber de llevarla a cabo, correlativo a la facultad de exigirla, ello no trasciende de lo obligacional a lo real en tanto no se efectúe, y así, en el supuesto tan frecuente de ventas estipuladas en documentos privados no acompañadas de traición y, consiguientemente, sin transferencia de dominio, la proyección de la dogmática civil sobre el área penal reviste apreciable importancia en lo sustantivo, reflejada, en lo procesal, por virtud de la alusión hecha en el artículo 849, número 1.º, *in fine*, a aquellas normas sustantivas no penales “que deban ser observadas en la aplicación de la Ley penal”, pues según el instituto civil, sea trasplantado, sin más, con calco literal al orden punitivo, o bien, tome peculiares matizaciones valorativas autónomas, acomodadas a dictados de buen sentido y política criminal concorde con la naturaleza de las cosas, la solución jurídico-penal concerniente a la aplicabilidad del artículo 531 será distinta (S. 21 marzo 1977).

#### **Artículo 535. Aprobación indebida.**

Se impugna la aplicación del artículo 535 del Código penal a la conducta del recurrente, al negar que se desprendan del *factum* tanto los elementos subjetivos como los objetivos del delito de apropiación indebida, esto es, la voluntad de apropiarse de lo ajeno, con el específico dolo de abuso de confianza, como, por otra parte, la indeterminación del perjuicio patrimonial e incluso la prueba de haberse entregado cosas ajenas con conciencia de la obligación de devolver; alegaciones totalmente desmentidas por los propios términos del relato fáctico, pues en el pasaje culminante del mismo se describe la doble modalidad que revistió la *acción* tipificada en el artículo 535 del Código penal: Una, según la cual, el procesado había cobrado y percibido giros por valor total de 4.829.583 pesetas que *empleó para sus atenciones particulares* sin remitir parte alguna a la empresa comitente, y otra, consistente en que vendió mercancía de la tenida en su almacén, por valor de 8.365.416 pesetas, cuyo importe, asimismo, *retuvo para sí*, sin remitir cantidad alguna a la Sociedad delegante; expresiones las subrayadas que reflejan perfectamente la *apropiación o distracción* de dinero y cosas ajenas, hubiere o no abuso de confianza que, como tiene ya dicho esta Sala de acuerdo con la mejor doctrina, no estrictamente indispensable para el cumplimiento del tipo, por más que los títulos fiduciarios que expresa, lleven implícita una confianza depositada en el *accipiens* por el *tradens* al acordar a éste la posesión de lo entregado o recibido de terceros para hacerlo llegar a manos del primero; como igualmente se desprende del pasaje recogido el total de lo apropiado que asciende a la considerable suma de 13.194.999 pesetas, descubierto aún existente y que las posteriores gestiones del procesado —que se ausentó de España y no se presentó a las Autoridades judiciales hasta dos años después— para lograr compensarlo no hacen sino confirmar; como, en fin, la prueba de la entrega de cosa ajena y la obligación de devolver está ligada a las frases del *factum* ya resaltadas en anterior motivo, según:

las cuales el procesado tenía como misión la de "recibir, almacenar y custodiar en sus locales, como simple encargado de las mismas" las mercancías de su comitente, al que debía transferir el importe de los cobros, todo lo cual está indicando suficientemente que el procesado era, como comisionista, un mero poseedor de las cosas y dinero recibidos en virtud de su comisión, con estricta obligación de entregar a su principal el importe de las ventas y cobros realizados por cuenta de aquél; hasta el punto de que bien puede decirse que este motivo está rozando el tenor literal de los hechos probados (S. 15 marzo 1977).

Se denuncia la indebida aplicación del artículo 535 del Código penal, argumentando que no haciéndose constar en los hechos probados la existencia de una liquidación definitiva, no procedía en ningún caso la apreciación de la existencia de este delito de apropiación indebida, al no constar acreditados todos y cada uno de los requisitos precisos para su existencia; argumento no válido en cuanto que el procesado, Delegado Comisionado en la provincia, con funciones de recaudador de primas, administrador de cartera y depositario de efectos y fondos, además de las funciones que se le confiasen, dispuso en su favor, sin autorización de la Mutua y con ánimo de lucro, de la cantidad de 600.000 pesetas que había en caja, con perjuicio de la citada Mutua Nacional del Automóvil, con lo que en esa conducta se dan las notas esenciales de la figura delictiva del artículo 535, al llevarse a su patrimonio dinero que había recibido en los conceptos expresados y quebrantando la confianza en él depositada, siendo inoperante la alegación del recurrente de que no consta la existencia de una liquidación definitiva, pues, aparte de que sí consta en el Resultado de hechos declarados probados la existencia de una liquidación hecha por el propio recurrente, de la que aparece detraída por él, sin autorización de su dueño, la cantidad de 600.000 pesetas, el Tribunal de instancia declara terminantemente en los hechos probados la apropiación de esta cantidad (S. 25 marzo 1977).

#### **Artículo 565, p. primero. Imprudencia temeraria.**

Si la esencia de la culpa se halla en la infracción de un deber de atención y cuidado, que impide al agente prever un resultado previsible que pudo y debió ser evitado, resulta indudable que la responsabilidad de la conducta de éste será más grave en cuanto que el deber de actuar omitido haya sido asumido voluntaria y contractualmente, porque en tales casos a la obligación social genérica de comportarse correctamente con arreglo a las exigencias legales o consuetudinarias, se suma la aceptada contractualmente que le impone otras concretas y específicas que agravan su responsabilidad convirtiendo casi siempre su culpa en temeraria, como sucede en el hecho enjuiciado, en el que el guardabarrera procesado había contraído la obligación de cerrar la barrera existente en el mencionado paso a nivel, cada vez que le hiciesen determinadas señales acústicas y ópticas que anunciaban la llegada de un tren a tal punto, para impedir el acceso de los vehículos que circulaban por la carretera, a la vía férrea que la cruzaba y por la que iba a pasar el tren, obligación que incumplió a pesar de haber funcionado los dispositivos mecánicos de aviso, por distracción inexcusable, y a consecuencia de la cual se

produjeron los resultados de muerte, lesiones y daños que se detallan y que hay que calificar de imprudencia o negligencia temeraria, como lo hace la Sala de instancia dado el elemental deber de cuidado infringido, desestimando el primer motivo del recurso en el que se impugna tal calificación (S. 2 marzo 1977).

**Artículos 565 y 489 bis. Imprudencia y omisión de socorro.**

Se denuncia la aplicación indebida al supuesto de hecho de los artículos 565, párrafo 1.º, y 489 bis del Código penal, es necesario poner de relieve que el solo hecho de salirse el recurrente voluntariamente del carril por el que que circulaba, marchando inexplicablemente por el arcén con luz de cruce y a una velocidad de 80 a 90 kilómetros por hora, recorriendo 75 metros por el mismo antes de colisionar con el ciclomotor que conducido por la víctima, por el que circulaba, arrastrando máquina y conductor durante otros 34 metros a éste que se desprendió quedando junto a un muro, sin que el recurrente, a pesar de haberse apercibido del atropello, según consta en la declaración fáctica, se hubiera detenido ni tratado de prestarle auxilio, continuando su marcha, con el ciclomotor enganchado otros tres kilómetros más, hasta que también se soltó, parando entonces el imputado y dejando el coche aparcado en San Sebastián de los Reyes, volviendo a Madrid en taxi sin preocuparse de la víctima, su conducta revela el más absoluto desprecio no sólo a los más elementales cuidados que deben observarse en la circulación, sino también hacia la vida de un semejante, por lo que es evidente que cometió los mentados delitos, al poner de manifiesto no sólo la temeridad de la imprudencia cometida, sino la consciente y dolosa omisión de la asistencia debida a la víctima que constaba al agente, que quedaba en graves condiciones de desamparo y peligro (S. 31 marzo 1977).

**BECKER, Walter: "Einführung in das neue Sexualstrafrecht". ("Introducción al nuevo Derecho Penal Sexual"). Hamm: (Hoheneck-Verlag), 1974.**

Desde una perspectiva educativa y legal, la 4.<sup>a</sup> Ley de Reforma del Derecho penal ha creado nuevas y comprometidas responsabilidades frente a la difícil tarea de protección de la juventud. Es por eso que, ante todo, la presente Introducción, está al servicio de los colaboradores de dicha protección, sea cual fuere el cargo que desempeñaren.

La reforma pone a prueba aquella labor de protección que no se conforma con realizar exclusivamente el "mínimo ético". Si mediante la supresión de determinados preceptos penales se llega a la conclusión de que ciertas formas de conducta en adelante ya no van a ser sancionadas estatalmente y por ello dejarán de ser éticamente reprobables, será cada vez más difícil mantener un nivel de protección de la juventud. Por ello es importante tener conocimiento de las limitaciones legales. Sin duda, hoy día existen mejores oportunidades que en otros tiempos, oportunidades que tienen que ser aprovechadas.

El presente escrito aporta también un cuadro sinóptico comparativo de los preceptos anteriormente vigentes en relación con los actuales. En su apéndice se recogen ciertos datos relevantes para el estudio del tema de la protección de la juventud, tales como la sentencia del Bundesgerichtshof sobre el caso "Fanny Hill" y la resolución fundamental adoptada por el Bundesverwaltungsgericht frente a la cuestión de los escritos que son peligrosos para la juventud, de 16 de diciembre de 1971.

Después de tres años de intensas deliberaciones, el día 8 de noviembre de 1973 el Bundestag accedió a la propuesta de mediación presentada por el Vermittlungsausschuss y aprobó la 4.<sup>a</sup> Ley de Reforma del Derecho penal 4. Str. RG), que fue publicada en el Bundesgesetzblatt, parte I, núm. 98, el 27 de noviembre de 1973.

Cuando en 1970 el Gobierno presentó su Proyecto de Reforma, aún no había pensado en modificar los preceptos correspondientes de la "Ley sobre Difusión de Escritos Peligrosos para la Juventud" (GjS), pues se había querido aplazar para un posterior momento, resolviéndose, sin embargo, en las deliberaciones llevadas a cabo, la necesidad de que la Ley Penal y la GjS debían estar armonizadas.

Con la disolución del Bundestag se suspendió la aprobación de la Ley. La 4.<sup>a</sup> Ley de Reforma Penal fue nuevamente presentada por el Gobierno de coalición el 25 de enero de 1973. La regulación legal era ahora completamente distinta a la elaborada con anterioridad; en realidad se quiso llevar a cabo una clara diferenciación entre la protección del adulto y la del adolescente, pero conservando íntegramente la GjS sin necesidad de suprimir el debatido

parágrafo 6.º de dicha Ley y permaneciendo dentro de la misma, todas aquellas prescripciones que están al servicio de la protección de la juventud.

La reforma legal afecta, en primer lugar, al tema de las "manifestaciones de violencia" (*gewaltdarstellungen*). El legislador ha partido de la base de que todas aquellas expresiones de violencia que se representan en el cine, la radio y la televisión o están contenidas en diferentes escritos, crean una sociedad violenta e incluso suscitan actividades de este tipo en determinadas personas, pudiendo llegar a insensibilizarlas respecto al significado de la brutalidad. La cuestión gira en torno al parágrafo 131 del Código Penal, que determina las actividades punibles a estos efectos: producir, propagar, facilitar, exhibir públicamente, etc., materiales que contengan manifestaciones o expresiones de carácter violento. Establece, sin embargo, una excepción que se refiere a la actividad violenta manifestada con motivo de algún reportaje al servicio de los sucesos ocurridos en la actualidad o en la historia.

En particular, aquellos escritos cuyo contenido glorifiquen o enaltezcan de cualquier forma la violencia, están sometidos al parágrafo 6.º de la GJS en cuanto a las restricciones de venta y propaganda de las mismas establecidas en dicha Ley, al igual que aquellos otros que evidentemente sean "muy peligrosos para la juventud".

En la misma línea opera la reforma en cuanto al problema de las "manifestaciones pornográficas" (*Pornographische Darstellungen*). El parágrafo 184 del Código Penal contiene la nueva expresión "escritos pornográficos" frente al hasta entonces denominado "escrito impúdico". Pero a pesar de la nueva expresión *que no ha aportado ningún tipo de aclaración*, la Jurisprudencia se encontrará, al igual que antes, situada ante la difícil cuestión de determinar cuándo se infringen hoy día el sentimiento de pudor y moralidad sexuales. Referente a ello, es muy significativa la Sentencia del Bundesgerichtshof de 22 de julio de 1969 sobre el caso "Fanny Hill". Hoy día, puesto que la sexualidad se concibe como un aspecto fundamental de la vida humana, ya no es posible considerar "impúdica", en el sentido del parágrafo 184 del Código Penal, *la mera descripción de actividades sexuales*, a no ser que se realice de forma *importuna, grosera o incitante*, perturbando con ello los intereses de la comunidad o poniéndolos en grave peligro. En este sentido, un escrito sería penalmente perseguible *cuando describiera actividades sexuales de forma extralimitada o incitante, sin guardar relación alguna con otras expresiones de vida*. En virtud de todo ello, la Sala llegó a la conclusión de que la novela "Las memorias de Fanny Hill" constituía una obra de la literatura erótica, *pero no un escrito impúdico*, ya que, si bien considerada en su totalidad, se caracterizaba por la abundante descripción de fenómenos sexuales semejantes, evitaba, sin embargo, toda deformación y expresión grosera, así como toda desfiguración obscena de la sexualidad, al tiempo que su forma descriptiva no era en absoluto incitante.

En el marco de la "simple pornografía" del parágrafo 184 se observa que sólo está permitido el facilitarla a un ciudadano adulto, ya sea mediante su expresa petición o adquisición en cualquier establecimiento, ya sea a través de la proyección de la correspondiente película en un círculo privado y de forma gratuita. La mera producción no es punible, a no ser que tenga por

finalidad el hacerse accesible a otras personas, ya sean adultos, adolescentes o niños.

Junto con estas modificaciones, la 4.<sup>a</sup> Ley de Reforma Penal trae consigo otra serie de restricciones, especialmente interesantes para aquellos que colaboran en la tarea de la protección de la juventud. Así, han sido modificados los delitos relativos al estado civil de las personas, al matrimonio y a la familia, suprimiéndose una serie de tipos penales que no habían resultado con anterioridad eficaces en la práctica. Los delitos sexuales quedan ahora comprendidos bajo el epígrafe de "*Delitos contra la Autodeterminación Sexual*". La Ley prevé un sistema diferenciador de tipos penales para los abusos sexuales: el tipo del "*Abuso sexual de niños*" y el del "*Abuso de una especial relación de dependencia*", en el que la edad de protección ha sido fijada en los dieciocho años frente a los veintiuno, límite previsto en la antigua regulación.

En cuanto al tipo penal de la homosexualidad, ha sido elaborado como "tipo puro" de protección de la juventud, fijándose el límite de edad de protección también en los dieciocho años.

En el futuro, el ámbito de protección penal referido a la *violencia material*, a la *coacción sexual* y al *abuso sexual del que está incapacitado para resistir*, gozará de mayor eficacia, ya que los correspondientes tipos penales han sido delimitados y precisados con mayor claridad que en la normativa anterior. También los preceptos relativos al *lenocinio*, al *proxenetismo* y al *exhibicionismo* han sido reformados. Los actos sexuales realizados mediante publicidad no serán sancionados (prescindiendo del exhibicionismo) más que cuando "intencionadamente a través de ellos se produzca escándalo".

Una nueva figura jurídica ha sido creada por la Ley: *el privilegio del educador*. Está integrado por una serie de facultades de las que es titular el educador de una persona, en virtud de las cuales no se considera punible su conducta, aunque sea socialmente dañina e incluso contraria al bienestar del niño o del adolescente, si bien puede originar la aplicación de sanciones penales en otro autor. Es decir, que el derecho a educar del que son titulares los padres o el tutor contiene una serie de obligaciones éticas cuyo cumplimiento no puede ser asegurado mediante la aplicación de sanciones jurídico-penales. La Ley reconoce la existencia de este privilegio cuando el titular del cuidado de una persona menor de dieciséis años favorezca en ella actividades sexuales "*procurando o facilitándole la oportunidad de realizarlas*". Esa conducta se hace punible sólo en el caso de que infrinja gravemente su obligación educativa. Sin embargo, aquél será castigado cuando haya "mediado" en actividades sexuales o haya inducido a un menor de dieciocho años a que realice actos sexuales de *forma remunerada*.

Los titulares del cuidado de una persona también pueden facilitar al niño o adolescente que esté a su cuidado, escritos pornográficos o cuyo contenido sea manifestativo de violencia, si bien la impunidad en este caso no dependerá de la existencia de una grave infracción de la obligación educativa.

A sensu contrario, la Ley niega la aplicación del privilegio del educador en una serie de supuestos (rigurosa pornografía, incesto, actividades homosexuales, etc.).

En cuanto al denominado privilegio "ampliado" del educador, en virtud del cual tampoco han de ser castigadas aquellas personas que actúen con el consentimiento del titular del cuidado, el legislador no ha reconocido su existencia, oponiéndose a esta forma a la transferibilidad de aquél por su titular a terceras personas.

La problemática que plantea esta nueva figura jurídica es la de si las formulaciones legales contenidas en la norma jurídica creada por el legislador van a surtir efecto, y si en realidad el bienestar y la protección del niño y del adolescente han sido debidamente consideradas. Desde hace tiempo se viene exigiendo que el derecho de soberanía paterna ceda en beneficio de una más favorable situación jurídica para aquéllos. El propio legislador que ha creado la figura del privilegio jurídico-penal-paterno tendrá que reconocer la necesidad de ofrecer al niño y al adolescente cierta protección jurídico-familiar frente al posible abuso en el ejercicio del cuidado paterno. En cualquier caso, la declaración de impunidad que acompaña aquellas conductas en las que se reconoce la existencia del privilegio del educador, no constituye ni para el titular del cuidado ni para los padres carta blanca para actuar inmoralmente o interpretar arbitrariamente el concepto de bienestar del niño o del adolescente.

Desde el punto de vista de la aplicación de la Ley en la práctica futura, la efectividad de la reforma penal dependerá en gran parte de la actividad desarrollada por los más variados organismos, entre los que se encuentran las *Organizaciones Privadas para la Defensa de la Juventud*, así como de la cooperación entre el Departamento de policía y los titulares de la "Ayuda Juvenil", desarrollada desde hace años en el marco de la "Ley para la Protección Pública para la Juventud", que debería extenderse al ámbito de ejecución de la "Ley sobre Difusión de Escritos Peligrosos para la Juventud", así como al de los preceptos referentes a la protección de la juventud contenidas en el Código Penal.

Precisamente, en relación con los delitos cometidos contra la moralidad del niño, es de destacar la eficaz y esclarecedora labor llevada a cabo por los organismos de protección de la juventud y las autoridades de policía, que deberían continuar realizándose con creciente intensidad. A estos efectos, y como medida adecuada para la consecución de una más efectiva protección juvenil, sería conveniente observar los criterios empleados por la pedagogía sexual que vienen a resumirse en uno solo: un niño está menos expuesto al peligro cuando es sexualmente instruido por sus padres en la forma adecuada dentro del marco de su educación general, al tiempo que éstos deberían familiarizarse con los conocimientos psicológico-pedagógicos existentes en la materia.

El legislador, a través de la reforma penal, ha elaborado un sistema de protección más eficaz para la juventud, pero la aplicación de los preceptos legales, la labor de cimentación y la estrategia corresponden a todos los organismos que se consideren responsables de aquella protección en la República Federal Alemana.

**BOHME, Wolfgang: "Verbot der Pornographie?" ("¿Prohibición de la pornografía?"). Radius-Verlag, Stuttgart, 1968.**

Pornografía ha existido siempre, en todos los lugares y épocas, dentro y fuera del arte. La novedad consiste en que, frente al espíritu de clandestinidad y vergüenza con que en otros tiempos se disfrutaba de ella, hoy día, a pesar de todas las restricciones existentes, se ha hecho susceptible de irrumpir en la sociedad y ha llegado incluso a convertirse en objeto de discusión pública.

La Academia Protestante de Baden ha querido investigar las causas que han originado la creciente escalada experimentada por la pornografía en los últimos años y con dicha finalidad organizó un Congreso que versó sobre el tema general "*Pornografía y Sociedad*".

La presente obra recoge las conferencias con este motivo celebradas, añadiendo al final un dictamen sobre el desarrollo de la discusión y algún otro material más. Únicamente la conferencia de apertura pronunciada por el Profesor *Hans Gerhard Evers*, de Darmstadt, que versó sobre el tema "Lo que es pornográfico" —conferencia acompañada de la proyección de diapositivas sobre condenas y absoluciones de las artes plásticas en los siglos XIX y XX—, no ha podido, por esta causa, quedar plasmada en el presente libro.

El Congreso finalizó con la discusión sobre la cuestión de si en verdad perjudica la pornografía. No hubo unanimidad al respecto ni se adoptaron soluciones definitivas; tampoco se resolvió nada en cuanto a la pauta a seguir en el futuro: unos se mostraron partidarios del mantenimiento de las prohibiciones existentes y otros abogaron por su abolición; un tercer grupo sostuvo una postura ecléctica: abolición de las prohibiciones respecto a los adultos de una parte e intensificación de las mismas en cuanto a la obtención de una protección más eficaz de la juventud de otra, incluso fijando el límite de edad de protección en los veintiún años.

Sufrirá una desilusión aquella persona que confíe encontrar soluciones concretas en la lectura de este libro. Sin embargo, la presente obra invita a la reflexión personal, a la reflexión en común, y consecuentemente a la adopción de una decisión propia, consciente y responsable.

La primera conferencia que versó sobre el tema "¿Es la Iglesia guardiana de la moral?" estuvo a cargo de *Wolfgang Böhme*, Doctor en Derecho, que terminada la guerra entró a formar parte del servicio eclesiástico y después fue colaborador de la Academia Protestante de Bad Boll; en el año 1967 fue director de la Academia Protestante de Baden, y con posterioridad colaborador del Círculo Alemán Protestante de Estudios para la Formación de Adultos y redactor de la revista cultural "*Zeitwende-Neue Furche*".

El Profesor *Hans Göppert*, Doctor en Medicina, desarrolló el tema objeto de la segunda conferencia: "Estructura social y vicio sexual". Director del Departamento de Psicoterapia en la Clínica Psiquiátrica y de Neurología Freiburg en Breisgau, desde 1939 a 1942 fue director del Sanatorio Dr. Faklans en Gernrode/Harz. En 1945, Jefe del Servicio Psiquiátrico del Hospital Clínico del Distrito de Heiligenhafen/Holstein, y desde 1951 de la Clínica de

Neurología de Freiburg en Breisgau. Entre otras obras ha publicado en 1968, "El ego. Bases de la doctrina psicoanalítica del ego".

La tercera conferencia, bajo el título de "Pornografía como provocación ética y agresión erótica", estuvo a cargo de *Gerhard Schmöpke*, que estudió la carrera de Filosofía y Teología en Bamberg y Erlangen. En 1958 fue Pastor en Burgkirchen y en 1961 en St. Martini, en Bremen-Lesum.

El Dr. *Hans Becker*, periodista en Düsseldorf y redactor-gerente del periódico "Keitwende-Neue Furche", disertó sobre el tema "Pornografía en el cine". Desde 1971 fue representante federal del Autocontrol Voluntario de la Empresa Cinematográfica y desde hace nueve años es miembro del jurado del "Bundesfilmpreis".

La quinta conferencia, "Diálogo con la Juventud en torno a la pornografía", fue desarrollada por *Bernard Harnik*, Dr. en Medicina y Médico Asesor de la Juventud y del Matrimonio en Zurich. Pedagogo sexual en Escuelas Profesionales, fue Presidente del Círculo Cristiano de Estudios para el Matrimonio y Cuestiones Familiares (AGEF). Asesor científico y comentarista de la película "El matrimonio perfecto", es autor de varios libros sobre problemas relacionados con el matrimonio, la familia y la ética sexual.

Por último, el Dr. *Gerhard Strunk*, que tuvo a su cargo la exposición del tema "¿En verdad perjudica la pornografía?", fue en 1965 colaborador científico de la Unión de Universidades Populares (VHS) en Schleswig-Holstein y desde 1968 colaborador científico del Círculo Alemán Protestante de Estudios para la Formación de Adultos.

— Como introducción al tema objeto del Congreso, una serie de consideraciones de carácter teológico integran la primera conferencia desarrollada por el Dr. *Wolfgang Böhme* en torno al problema "¿Es la Iglesia guardiana de la moral?".

La creciente escalada experimentada por la pornografía en los últimos tiempos hunde sus raíces en la propia sociedad, en sus defectos y errores y no disminuirá en tanto que éstos permanezcan: representa el conflicto de una sociedad en transición.

El Dr. *Böhme* enfoca la cuestión desde el punto de vista de la comunidad cristiana para llegar a la conclusión de que es necesario gozar de una visión general de la Biblia para poder reflexionar acerca de la postura del cristiano ante la sexualidad y concretamente ante la pornografía. En este sentido comenta numerosos pasajes del Antiguo y Nuevo Testamento que ponen de manifiesto el hecho de que si en un principio la sexualidad fue deseada y creada por Dios, como consecuencia de la "caída" del hombre con el pecado original, llegó a constituirse en fuente de peligro para la humanidad.

Pero ¿cuál es hoy la postura del cristiano e incluso la del resto de la comunidad ante el problema que plantea la pornografía? ¿Deben intensificarse las prescripciones legales existentes o, por el contrario, deben suprimirse, al menos por lo que respecta a la persona adulta? En la actualidad está ganando terreno una corriente que aboga por su supresión. *Richard Schmidt*, que fue Presidente del Senado, ha escrito en "Der zeit" un artículo titulado "Informe sobre pornografía", en el que se pronuncia a favor de la modificación de las leyes: "Siguiendo el prototipo inglés, en el futuro sólo serán castigadas aquellas

actividades que evidentemente sean susceptibles de corromper (deprave and corrupt), pues un sistema de persecución penal como el que hasta ahora viene existiendo, desde el punto de vista de su efectividad, deja mucho que desear, y la realidad nos muestra cómo mediante ella, la industria pornográfica se ha fomentado con creciente intensidad.”

Los cristianos no están excluidos de los problemas de nuestra época, no quedan sustraídos a la tentación que puede representar la pornografía, pero si quieren luchar por conseguir una imagen distinta de la sexualidad humana tendrán que unirse en torno a la Iglesia y a través de un auténtico y fundado conocimiento del Evangelio, afrontar el problema que plantea el crecimiento intensivo de la pornografía.

Bajo el título de “Estructura social y vicio sexual”, el profesor Dr. *Hans Göppert* ha desarrollado toda una teoría socio-psicológica acerca de la relación existente entre sociedad y sexualidad, entendida como vicio. La búsqueda de posibles soluciones a esta cuestión, plantea la imperiosa necesidad de aclarar en qué consiste la esencia del vicio y especialmente qué significado tiene el concepto de vicio sexual.

Cuando se habla de vicio se piensa, en primer lugar, en alcoholismo, gula o avaricia. Pero es extraño que la noción de vicio sexual no nos ha sido confiada en la misma medida que las anteriores formas viciosas.

Como ha dicho *Schelsky*, la moderna Psicología del amor juega en todo este problema un papel muy importante, y el psicoanálisis ha influido decisivamente en la actitud del hombre de hoy ante la sexualidad, la cual no sólo ha contravenido los tabús sexuales existentes y ha puesto en tela de juicio la moral sexual vigente, sino que ha relajado (mucho antes de que apareciera la píldora) la relación entre sexualidad y reproducción. (Eso que el propio *Schelsky* es partidario de la opinión antigua: de la concepción que mantiene la teoría de que los tabús tradicionales son necesarios para preservar a la sexualidad de la degeneración existente en la relación de consumo.)

Pero la duda surge inevitablemente. ¿Se agota realmente la esencia del cambio operado en la opinión existente ante la sexualidad en el hecho de que se hayan suprimido los escrúpulos y de que la sexualidad haya llegado a ser un bien de consumo?

El concepto “sexualidad de consumo” es, desde el punto de vista psicoterapéutico, sumamente problemático y el tema de la personalidad viene acosando al hombre de una forma especial en los últimos tiempos y concretamente el miedo a fallar en el automantenimiento de la virilidad. *Geoffrey Gorer*, en un libro titulado “Los americanos”, ha intentado resolver estas cuestiones en América. Parte de la base de que U. S. A. es un país de inmigrantes: “El padre fundó un nuevo mundo; pero lo que él pretendía fue llevado a cabo más clara y eficazmente por sus hijos. El padre perdió oficio y prestigio; su imagen se convertiría en la del pequeño hombre que todavía no se acaba de adaptar y que su hijo superará...”.

Esta disminución de la autoridad paterna permite a los hijos mayores libertades, pero, de una parte, dificulta la identificación, que según los experimentos analíticos realizados representa un punto de partida esencial para la formación de la personalidad, y de otra, dificulta el proceso de madurez de

la persona. En la misma medida y ocasión en que el padre pierde autoridad, la madre gana un poder y prestigio ante los hijos, que tienden, desde la más tierna infancia, a la "unión maternal". Esta unión y las dificultades de identificación antes referidas, son la causa de ciertos comportamientos sexuales desviados: A través de la identificación paterna insuficiente, se llega a una identificación materna especialmente sólida, y dominando excesivamente el componente femenino, pueden surgir problemas de desviaciones homosexuales.

Prescindiendo de tales teorías y atendiendo a otros niveles distintos del plano estrictamente familiar, en general, lo cierto es que el niño y el adolescente necesitan de la ayuda del adulto para que ordene adecuadamente sus instintos sexuales, dejando, de esta forma, libre el camino para el desarrollo perfecto del proceso de madurez y autorrealización de aquéllos.

"Pornografía como provocación ética y agresión erótica", es el título correspondiente a la tercera de las conferencias celebradas en este Congreso, la cual estuvo a cargo de *Gerhard Schmolze* y giró en torno a la obra del escritor *Henry Miller*.

Como respuesta a las consideraciones críticas aducidas a su obra, el escritor se justifica alegando una serie de razones que motivan el contenido de sus libros. Defiende ardentemente su libro "Sexus", que había sido confiscado en Noruega: "Junto a la esfera de lo sexual está la esfera de la muerte, el acto de *matur*, que encierra no menos inmoralidad que aquélla. Tampoco es mi libro el primero que muestra la realidad de la vida, y por otra parte, ¿acaso la realidad puede ser chocante o escandalosa? ¿Qué molesta en verdad a la gente, la mera existencia de una conducta inmoral, asocial, tal y como yo la describí en mis libros, o la representación impresa de dicha conducta? Todos navegamos en el mismo barco; todos somos culpables o inocentes, según la perspectiva desde la que se nos contemple. Existen, sin embargo, normas jurídicas que fueron creadas para generaciones anteriores y que tienen que adaptarse a los *principios morales actuales*. Y termino con una confesión: mi libro "Sexus" es un libro lleno de *verdad*, que ofrece a sus lectores una fuerte "dosis de vida". No es corrupción ni maldad lo que contiene."

La lucha del autocontrol del cine contra la pornografía, constituye el objeto de la cuarta conferencia celebrada por el Dr. Hans Becker, bajo el título "Pornografía en el cine".

Una ola de pornografía cinematográfica procedente de Dinamarca, como consecuencia de la supresión de la censura llevada a cabo en este país, ha invadido Alemania en los últimos tiempos. Una entrevista realizada en un importante cine alemán arrojó el balance de un 2 por 100 de personas disconformes con el régimen de libertad erótica, mientras que una gran mayoría se manifestaba de acuerdo con ella y con la supresión de controles en la censura, opinando que el arte en general debe ser libre y consecuentemente también el "arte en el cine", pues lo que ayer era obsceno hoy ya no escandaliza y lo que se permite en otros países ¿por qué no permitirlo en el nuestro. Si en las revistas se admite el desnudo también debe aceptarse en el cine. Tales fueron los argumentos alegados por los partidarios de la supresión de la censura, si bien constituyen un catálogo de errores, de verdades a medias, pues, en realidad, aunque el artículo 5.º de nuestra Ley Fundamental constituya

una garantía para mantener la libertad en el arte, en la mayoría de los casos se trata de obras que *pretenden* ser arte, y no justifican ningún tipo de protección legal, ya que más bien constituyen auténtica pornografía, y son un medio de lucro.

La principal razón que ha contribuido a esta escabrida erótica, la constituye la situación económica de la industria cinematográfica, que utiliza la pornografía como medio de atracción, cosa que es imposible llevar a cabo en televisión, dado el alto porcentaje de menores de edad que existe entre sus espectadores. Por otra parte, constituye un fuerte atractivo el hecho de que una película sea autorizada "sólo para mayores" y que las películas importadas sean "cortadas" por la censura, circunstancia de la que se aprovechan los concesionarios para enardecer más al público.

Por último, se ha discutido mucho en torno al problema de la subsistencia o desaparición del FSK (Filmselbstkontrolle); si cabía o no la posibilidad de alterar la composición de su organismo directivo. Evidentemente se ha llegado a la conclusión de que en caso de su presión, la única alternativa posible sería la de crear otro órgano de control semejante (Policía local, tribunales de justicia, etc.) que lo sustituyera.

La quinta conferencia consistió en un diálogo mantenido por el Dr. *Harnik* con un grupo de jóvenes de edades comprendidas entre los diecisiete y 19 años, acerca de la pornografía en general y de su nocividad en concreto. Las respuestas obtenidas por parte de los jóvenes, fueron prueba evidente de su opinión unánime al respecto: la pornografía no es perjudicial; el Estado no debe inmiscuirse en tales esferas; por el contrario, la censura concede demasiada importancia a una cuestión que en realidad no la tiene. La pornografía y el arte están claramente delimitadas: el arte es un testimonio, tiene una finalidad concreta y en ocasiones se sirve de la pornografía como medio necesario para alcanzar su meta; al contrario, la pornografía como tal, tiende exclusivamente a incitar el instinto sexual de las personas, se limita a eso, hiriendo los sentimientos de pudor y vergüenza ajenos.

La sexta y última conferencia resumió el contenido de las anteriormente celebradas, bajo el título "¿En verdad perjudica la pornografía?", y fue desarrollada por el Dr. *Strunk*.

La implicación política surge en este problema a través de la evolución del Estado autoritario hacia la democracia representada por el Estado de derecho. A estos efectos, el Juez Constitucional Dr. *Zeidler*, se planteó la cuestión del límite de intervención del Estado en la esfera íntima del individuo, en virtud del derecho que le concede el parágrafo 184 del Código Penal: "Según la concepción fundamental de nuestra Constitución, el Estado no tiene, de ningún modo, autorización, sin más, para intervenir reglamentando y estableciendo prohibiciones en esta esfera vital, la más íntima de sus ciudadanos". El Dr. *Zeidler* puso de relieve dos puntos esenciales que le llevaron a la adopción de una conclusión: de una parte y en virtud de la Constitución, a cada ciudadano le está reservado un ámbito especial para el desarrollo de su vida privada; o sea, un último e intocable recinto de la libertad humana, que se sustrae a toda influencia del Poder Público; de otra, la legitimidad de la intervención estatal dependerá de que la incidencia social de una actividad

prohibida sea lo bastante intensa como para repercutir fuera de la esfera privada, justificando así la intervención del Poder Público. Después de analizar todas las ideas expuestas a lo largo del Congreso, la conclusión a la que llegó el Dr. *Zeidler* fue la siguiente: "Es muy probable que en un futuro próximo se plantee el tema de la reforma del párrafo 184, párrafo 1.º, núm. 1, del Código Penal, y no sólo desde el punto de vista jurídico-político, sino también y sobre todo según los mandatos constitucionales. El orden fundamental liberal de nuestra Constitución, no permite que se sigan manteniendo de forma desconsiderada restricciones a la libertad del ciudadano, sólo porque sirven como preservación de anticuados prejuicios, resentimientos y tabús tradicionales, vacíos de contenido".

Ante tal conclusión cabría preguntarse si basta con una forma meramente jurídica de concebir el problema de la pornografía, o si es conveniente tener presente la perspectiva antropológica, pues en definitiva, la cuestión se remonta al tema de la formación sexual recibida por el individuo en el marco general de su existencia humana. Desde un punto de vista antropológico la pregunta por la nocividad o inocuidad de la pornografía sigue estando justificada. En tal caso habría que averiguar, prescindiendo de los hechos concebibles desde una perspectiva meramente jurídica, si la pornografía hiere al ser como persona y hasta qué punto lo hiere; si impide al individuo realizar su propia personalidad. Y en este sentido habrá que reconsiderar la antigua y éticamente motivada intención del párrafo 184 del Código Penal, sin que sea necesario pensar en su abolición. La tarea consiste, pues, en mentalizar e introducir al hombre en la dimensión antropológica del problema: ser consciente de que la pornografía amenaza la esfera más preciada y fácilmente vulnerable de la existencia humana.

En consecuencia, la terapia ya no debería seguir siendo tarea de la Jurisprudencia, sino que tendría que formar parte integrante de la labor general de educación y formación; no debería seguir en manos de los fiscales, sino de los pedagogos en sentido amplio (padres, tutores, etc.). Sólo en esta forma encontrarán su verdadero significado el cuidado y la inquietud por la invulnerabilidad personal, la cual es *amenazada* por la pornografía.

*Documentación.* Problemática del párrafo 184 del Código Penal. La Libre Academia de Bellas Artes de Hamburgo organizó, a principios de mayo de 1968, un debate público sobre el tema "Dictadura de la inmoralidad. ¿Cuándo una obra es inmoral?", que fue presidido por el secretario permanente de la Academia *Rolf Italiaander*. Con motivo de esta reunión, la Libre Academia envió un telegrama al ministro de Justicia, Dr. *D. Heinemann*, en el que se solicitaba la *abolición* del párrafo 184 del Código Penal, alegando que mediante su aplicación se coartaban derechos fundamentales, tales como el derecho a la libre expresión y el derecho a la libertad en el arte, los cuales se veían amenazados en virtud de una concepción estrecha y anticuada del papel que desempeña la sexualidad en una sociedad liberal.

De la respuesta obtenida por el comunicado enviado por el Dr. *Heinemann*, cabe destacar los siguientes puntos: rechazo de la propuesta de abolición del párrafo 184, *sin sustitución*; intentos de reforma del Derecho Penal y concretamente del párrafo 184 a efectos de obtener una formulación más exacta,

eliminando, quizá, el concepto de "inmoralidad" (Unzüchtigkeit); sugerencia de castigar exclusivamente la *difusión* de la pornografía; y protección por todos los medios de los derechos de libertad de información y libertad en el arte.

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO,  
Profesora ayudante, Granada

**DE VARIOS AUTORES:** "Peligrosidad social y medidas de seguridad. (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970)". Colección de estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal. Universidad de Valencia, 1974. 417 páginas.

### *Introducción*

El profesor COBO DEL ROSAL, Decano de la Facultad de Derecho y Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, explica en una brevísima "presentación" la génesis del presente volumen, que viene a ser una recopilación de las conferencias que profesaron diversos juristas y criminólogos en el ciclo que, con el mismo rótulo que este libro, tuvo lugar en Valencia durante el mes de noviembre de 1972, organizado por el Instituto de Criminología de aquella Universidad.

Diecisiete trabajos relacionados con el tema de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social figuran en esta obra, ordenados alfabéticamente en función de sus quince autores. Para conferir mayor coherencia orgánica a la recensión del presente libro, se obviará el referido criterio alfabético en favor de la siguiente sistemática:

- I. Aspectos históricos y genéricos relativos a la Ley de peligrosidad.
  - A. Prevención, peligrosidad y otros temas generales.
  - B. Medidas de seguridad.
- II. Algunos supuestos concretos de peligrosidad.
- III. Vertiente orgánica y procesal.

### I. ASPECTOS HISTORICOS Y GENERICOS RELATIVOS A LA LEY DE PELIGROSIDAD

#### A. *Prevención, peligrosidad y otros temas generales*

Conforme a la expuesta sistemática, corresponde al profesor CASABÓ la primera referencia al dedicar uno de sus trabajos a la "actualidad del pensamiento histórico sobre la legislación penal preventiva" (págs. 61-89), partiendo del examen de los avatares de la "vagancia" en la historia legislativa española. La evolución reseñada es una muestra de la aún hoy vigente alternativa "prevención-represión", al igual que de las también actuales deficiencias de la primera.

postura: indeterminación legal, extensión a conductas constitutivas de delito y falta de establecimientos adecuados, sin soslayar el problema de la posible naturaleza administrativa de las medidas de prevención.

En la misma línea de aproximación al tema central, que es la Ley de 4 de agosto de 1970, MARTÍN CANIVEL se refiere a la "prevención y predicción del delito y de la peligrosidad social" (págs. 259-274). Tras delimitar el concepto de prevención y sus tres especies (primaria o general, secundaria o antedelictual y terciaria o postdelictual), se analizan las razones económicas y sociales que abonan tal prevención, así como algunos problemas que plantea principalmente de carácter jurídico, terminando este estudio con la deferencia a algunas reglas prácticas en materia de prevención y predicción del delito y de la conducta antisocial, aludiendo a la necesidad de computar el costo de tal prevención respecto al índice de delincuencia que se logra impedir con dicha actividad, considerando a tales efectos disfuncional la acción preventiva primaria.

"La política criminal en la Ley de peligrosidad social" es el tema que expuso el profesor DEL ROSAL (págs. 131-150). Delimitados los conceptos de política criminal, prevención y peligro, y descritas las categorías político-criminales de la Ley, concluye este trabajo reprochando a la vigente legislación, entre otros cargos, "un estilo y unas hechuras" arcaicos, la confusión de las defensas represiva y preventiva, el descuido de prioridades criminológicas y la utilización de categorías conceptuales incompatibles, preconizando una carencia de eficacia y de practicidad a tal cuerpo legal, abonada por la escasez de medios reales—establecimientos—y personales—técnicos especializados.

El profesor COBO trata la temática relativa a la "prevención" y a la "peligrosidad" en la citada Ley (págs. 91-129). Considera admisibles, a nivel de principios, los referidos a la prevención en el moderno Derecho penal, pero haciendo depender "su bondad jurídica y científica... de cómo haya sido incorporado ese preventivismo a la legislación penal", pues considera que el rechazo apriorístico de tales criterios, o su remisión al campo jurídico administrativo, son solamente bellos modos de eludir el problema. Siguiendo esta línea, COBO considera requisito insoslayable de toda prevención su sometimiento pleno al principio penal de legalidad.

Sentadas estas bases, y tras aludir a las consecuencias sistemáticas de la prevención en la ciencia penal y a las diferencias entre peligrosidad social y criminal, entra de lleno el profesor COBO en el análisis de la Ley de 4 de agosto de 1970 para afirmar, en contraste con otras opiniones, que la declaración de peligrosidad es *facultativa* y no *preceptiva* para el juez, dada la redacción del artículo 2.º, lo cual prueba el mantenimiento del criterio inspirador de la Ley de Vagos y la ausencia del principio de legalidad en su estricto sentido penal. Por otra parte, las descripciones del aludido artículo 2.º sitúan la Ley en un campo de mixtura entre los principios de autor y de hecho, que convierten ocasionalmente sus mecanismos pretendidamente preventivos en represivos. En el mismo sentido argumental precisa Cobo la función de los "supuestos de estado peligroso", la concreción conceptual de la "peligrosidad social" y sus relaciones con la decisión judicial y con el principio de legalidad, para finalizar su estudio recordando a MEZGER, en cuanto a la necesidad de

proteger y respetar la dignidad de la persona humana, que bajo ningún concepto debe ser desvirtuada”.

El padre LANDECHO centra su estudio en los conceptos de “peligrosidad social y peligrosidad criminal” (págs. 245-257), precisando la diferencia entre *antisocialidad*—peligrosidad criminal—y *asociación*—peligrosidad social—, peligrosidades a las que debe corresponder una distinta acción preventiva, análoga a la penal, en la primera categoría, pero diversa en la segunda. Al contemplar desde esta perspectiva, la Ley de 4 de agosto de 1970, LANDECHO considera que al ser una mera “puesta al día” de la Ley de Vagos, no respeta la distinción conceptual y funcional de las peligrosidades criminal y social, confusión que no es tolerable a estas alturas de la ciencia criminológica, máxime cuando potencia evidentes riesgos para la seguridad jurídica, “ya que puede llevar a someter a medidas de seguridad muy duras a sujetos que para nada las necesitan”.

Pasando a un nivel más específico, VIVES ANTÓN estudia los “métodos de determinación de la peligrosidad (págs. 389-417), y una vez señalado el triple contenido que confiere la Ley a la peligrosidad social (probabilidad de delinquir, riesgo para la comunidad y daño para la sociedad), y tras concretar en los dos primeros contenidos el de la peligrosidad penal propiamente dicha, considera los *métodos científicos* de determinación de la peligrosidad criminal y social: los fundamentados en la biología, en la sociología y en la psicología, contando con las técnicas de pronóstico, para concluir que ninguno de tales métodos, ni siquiera el conjunto formado por todos ellos, es capaz de proporcionar un juicio de pronóstico de peligrosidad individual, sin considerables márgenes de error. Por otra parte, los *métodos intuitivos* resultan aún más precarios a la hora de emitir dichos juicios, y estando tales métodos admitidos en la Ley de peligrosidad, los riesgos para las libertades individuales, como violencias de los principios de un Estado de Derecho, son evidentes.

En el colofón de este primer epígrafe de la sistemática construida a efectos de esta recensión, el profesor RODRÍGUEZ DEVESA se ocupa de “algunas cuestiones jurídicas en relación con la Ley de peligrosidad y rehabilitación social” (págs. 323-341), tratando temas concretos de interés. Un sucinto examen de los antecedentes históricos de la Ley y de su filosofía, lleva a la conclusión de que sus principios vigentes son idénticos a los contenidos en la Ley de Vagos: los propios de un Código preventivo paralelo al represivo Código penal; sin embargo, la nueva Ley incluye conductas ya contempladas en el Código punitivo y, por otra parte, existen enormes analogías entre algunas medidas de seguridad y determinadas penas, coincidencias que convierten en “confusa e incongruente” la aludida filosofía de la Ley. Centrando ahora la atención en los comportamientos que, previstos en el artículo 2.º de la Ley, son también delictivos (rufianismo, proxenetismo, drogas, etc.), surge el problema de la posible concurrencia, sucesiva o simultánea, de un expediente de peligrosidad y de un proceso penal, con graves riesgos para la garantía jurisdiccional y el *non bis in idem*.

Otro tema concreto al que alude el profesor DEVESA en su trabajo, es el relativo a la denuncia infundada y a las acciones que puedan corresponder al denunciado (art. 21 de la Ley), pues no son aplicables los artículos 325 y 338

del Código penal por no existir imputación de un delito, restando sólo la vía de la injuria, que se limita a defender el honor personal y no se extiende al bien jurídico de la Administración de Justicia. También se alude a los menores de dieciséis años que deban ser objeto de rehabilitación, punto en el que surgen vacíos al intentar coordinar la comentada Ley con la de Tribunales tutelares de menores. Por último, se refiere RODRÍGUEZ DEVESA a la ausencia de criterios legales en la normativa de peligrosidad, respecto a la resolución de supuestos concursales de leyes.

### B. *Medidas de seguridad*

Las "medidas de seguridad" en el marco del "Estado de Derecho", es la temática del profesor RODRÍGUEZ MOURULLO (págs. 343-372), y partiendo de que el juicio de peligrosidad individualizado sobre una persona sigue siendo un juicio de pronóstico sujeto a amplios márgenes de error, por los métodos probabilísticos e intuitivos seguidos para su emisión, considera la imposición de medidas de seguridad contraria al principio de certeza jurídica, dada la naturaleza privativa o limitativa de derechos de la que gozan tales medidas. Pero la lesión de este principio de certeza jurídica no sólo proviene del juicio de pronóstico en el que radica su imposición, sino también de la indeterminación de tales medidas en contraste con la plena determinación de que goza la pena. Sobre esta base crítica, RODRÍGUEZ MOURULLO considera que cualquier política criminal de esta índole ha de superar dos prejuicios básicos: la extirpabilidad de la delincuencia y la eficacia de las medidas de seguridad; partiendo de la superación de ambos prejuicios, se pueden enunciar ya los criterios que hagan admisible un sistema preventivo bajo las exigencias del Estado de Derecho, siendo tales criterios los siguientes: 1. Vigencia del principio de legalidad. 2. Exigencia de la previa comisión de un delito. 3. La medida de seguridad al servicio del individuo. 4. Eliminación de todo carácter afflictivo. 5. Jurisdiccionalización.

CASABÓ centra su segunda participación en la obra reseñada en "el fundamento de las medidas de seguridad" (págs. 35-60), y con este propósito hace un amplio recorrido histórico y doctrinal, llegando a "la conclusión de que las medidas de seguridad sólo pueden alcanzar una justificación ética cuando se apliquen en casos en que exista una auténtica agresión; ... en estos casos es lógico aplicar medidas de seguridad como medio para evitar la agresión o ataque. Pero cuando lo que se pretenda es corregir al delincuente de un vicio o modo de ser vituperable, o cuando el peligro de ataque es tan sólo probable... entonces la aplicación de medidas de seguridad no tendría un fundamento ético, sino meramente utilitario."

## II. ALGUNOS SUPUESTOS CONCRETOS DE PELIGROSIDAD

"Los comportamientos sexuales" contemplados en la Ley de peligrosidad, constituyen el tema de BELTRÁN BALLESTER (págs. 11-34). Una vez consideradas las teorías que fundamentan el derecho a penar conductas sexuales normalmente repudiadas (protección de la libertad sexual, atentado contra las estructuras sociales y protección de valores morales), se destaca la tendencia

general a dejar impunes las relaciones sexuales y privadas entre adultos, ayudando a continuación, tras una genérica referencia a la normativa, a los diversos supuestos específicamente contemplados en la Ley: rufianes y proxetas; los que realicen actos de homosexualidad; quienes ejerzan habitualmente la prostitución; los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología; los que ... se comporten de modo insolente, brutal o cínico con perjuicio para la comunidad, y los menores de veintidós años abandonados por la familia o rebeldes a ella, que se hallen moralmente pervertidos. Analizados críticamente estos supuestos, concluye BELTRÁN BALLESTER que el arbitrio judicial existente a la hora de apreciar el estado de peligrosidad, en general criticable y excesivo, puede servir para mitigar los defectos de indeterminación y de otra índole contenidos en tales supuestos relacionados con la sexualidad, aun cuando no sean tales mitigaciones hipotéticas más que un modo de disimular los defectos de la Ley.

MIRAVET HOMBRADOS concreta su estudio a la "homosexualidad" en relación con la peligrosidad y la rehabilitación (págs. 275-303), sugiriendo en su parte introductoria opiniones muy interesantes que trastocarían el tratamiento tradicional de la homosexualidad, a pesar de lo cual, y por "necesidades metodológicas", el autor circunscribe su análisis a tres grandes grupos de aspectos: el grupo antropológico, el socialismo y el jurídico, concluyendo que, en unos casos, no cabe médicamente la rehabilitación, problematizándose así la oportunidad de imponer medidas de seguridad y, en general, parece paternalista en extremo el planteamiento preventivo de la Ley. El epílogo de este interesante trabajo está constituido por tres "casos" de homosexualidad y unos formularios de dictamen pericial médico y de un acta de primera comparecencia ante el Juzgado de peligrosidad.

"Toxicomanías y peligrosidad criminal" es el título de la aportación a esta obra de GIBERT CALABUIG (págs. 219-243), quien tras aludir a la antigüedad de la droga, a la actual expansión de su consumo predominantemente entre los jóvenes y a la aparición de nuevas drogas sintéticas que dan lugar a fabulosos negocios, se refiere al planteamiento internacional del problema y presenta una clasificación de las drogas que producen dependencia, continuando con la exposición de las consecuencias de este consumo, tanto en lo que respecta a la salud individual, como a la economía y al orden social, al tiempo que describe la etiología del fenómeno. GIBERT CALABUIG expone a continuación la normativa española sobre toxicomanías y drogadictos en un triple aspecto: reglamentación del tráfico y distribución de las drogas, sanciones penales y medidas coactivas de tratamiento y rehabilitación. Centrándose en este último aspecto, el autor considera que la Ley de peligrosidad "constituye un acierto teórico", aunque no discrimina "entre las distintas variedades de dependencia" y, "desde un ángulo pragmático, existen sensibles lagunas que hacen que su eficacia en la práctica no pueda alcanzar el nivel deseable".

Sobre el mismo tema, ROJO SIERRA hace hincapié en la psicopatología de los toxicómanos" (págs. 373-388), y tras una introducción sobre "la importancia vital de la relación de objeto", destaca resaltar que "la relación del individuo con el tóxico, como relación de objeto, es normal", "porque se produce un aferramiento al tóxico", y el tóxico "lo incomunica y constriñe".

Por último, GARRIDO GUZMÁN relata "un triple parricidio: asesinato ritual como caso de extrema peligrosidad" (págs. 193-217), resaltando sus implicaciones en el tema general de la obra.

### III. VERTIENTE ORGANICA Y PROCESAL

Algunos "aspectos orgánicos y funcionales de la aplicación de la Ley" comentada, es el tema de PASTOR LÓPEZ (págs. 305-322), resaltando en una introducción la responsabilidad de los jueces en la labor de mitigar los defectos de esta Legislación, y la conveniencia de que posean una preparación criminológica. Aunque se mantiene en la nueva Ley el principio judicialista, no se consagra el de especialización que parece igualmente deseable. Se destaca igualmente la existencia en el proceso de una "fase de averiguación" de carácter inquisitivo y una segunda etapa contradictoria-decisoria que culmina en la sentencia; por último, el Juez participa en la fase de ejecución de las medidas de seguridad. PASTOR LÓPEZ describe cada una de las aludidas fases procesales, para concluir enunciando algunas diferencias más notables entre los procesos penales represivo y preventivo.

En dos estudios independientes, el profesor FAIREN GUILLÉN alude al proceso de peligrosidad en el Derecho comparado (págs. 151-170) y expresa algunas "dudas" sobre el previsto en la Ley de 4 de agosto de 1970 (págs. 171-191). En el primer trabajo se destaca la distinción preponderante, también en el ámbito procesal, entre delito y peligrosidad, al igual que entre la peligrosidad antedelictual, delictual y postdelictual; existe, en cambio, división en la doctrina procesal respecto al carácter judicial o administrativo del procedimiento, exponiendo el autor las diversas soluciones legislativas existentes y optando por la alternativa jurisdiccional. Otro tema que se plantea es el relativo a las diversas posibilidades de atribución de los procesos de peligrosidad: jueces ordinarios, jueces especializados y jueces especiales, considerando FAIREN como mejor solución la de "una magistratura especialmente dedicada a este proceso de subjetividades". En otro aspecto del tema, se destaca el predominio del sistema procedimental inquisitivo, confundiendo la persona que instruye y resuelve. Se alude, por último, en este primer trabajo, a la necesidad de cierto rigorismo en el proceso de peligrosidad, dado que se refiere a estados muy amplia y defectuosamente tipificados, y, por análogas razones de indeterminación, el juez debe también seguir muy de cerca la ejecución de la sentencia.

En su segundo estudio, el profesor FAIREN comienza refiriéndose a las diferencias sustanciales entre delito y peligrosidad antedelictual, que dan lugar a distinciones entre los correspondientes procesos, caracterizándose el de peligrosidad por la vigencia del arbitrio judicial, la índole indiciaria de la prueba y la indeterminación de la sentencia insistiendo en la necesidad de contrarrestar los inconvenientes de tales características mediante un proceso "regulado muy severamente" y una especialización de jueces y magistrados. Analiza entonces FAIREN diversos aspectos procesales de la Ley de 4 de agosto de 1970, tales como el principio del secreto, la prueba, la triple posibilidad de ser oído el presunto peligroso en primera instancia (supuestos de autodefensa

y heterodefensa), en contraste con la posible no audiencia del mismo en la apelación; igualmente se alude a la inversión del orden "alegaciones-pruebas", a la audiencia escrita del Fiscal y del Letrado, a la resolución del juez en forma de sentencia y a la ejecución de la misma, para terminar rememorando los aludidos principios básicos procesales.

Aunque no se trata de un trabajo sistemático y exhaustivo sobre la Ley de peligrosidad y rehabilitación social (dado su carácter de recopilación de las conferencias vertidas en un ciclo), esta obra goza de un especial interés al reunir diversos puntos de vista sobre tal texto legal (casi unánimemente acordes en el reconocimiento de insuficiencias y ciertas incorrecciones), por lo que de modo ineludible deberá tenerse en cuenta, tanto en su aplicación, como en las futuras remodelaciones que se propongan para su perfeccionamiento o, incluso, supresión.

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS

**LINDE PANIAGUA, Enrique: "Amnistía e indulto en España". Tucur Ediciones, S. A., Madrid, 1976. Colección Temas de ciencias sociales. 206 páginas.**

Este libro que, según nota del autor al principio del mismo, se terminó de escribir en abril de 1976, es la parte revisada dedicada al caso español, de su tesis doctoral de la Universidad de Bolonia.

La obra está dividida en cuatro partes: Una introducción y tres capítulos.

En la introducción, después de un planteamiento general del trabajo, en el que subraya la importancia específica del instituto de la clemencia, término que, siguiendo al autor, se extiende comprensivamente: al indulto general, al indulto particular y a la amnistía, nos va a facilitar una documentada serie de notas históricas de la legislación española y extranjera, así como sus ideas sobre el significado y función de la clemencia. Al tratar del ámbito de la misma se refiere al criterio seguido en España en los últimos indultos concedidos, de indultar solamente penas que se contengan en Leyes de naturaleza Penal, excluyendo las Leyes de naturaleza Administrativa; lo que, a juicio del autor, está en clara contradicción con la técnica que se está consolidando en el país, según la cual, cuando se dicta un indulto general, la autoridad administrativa competente, en el ámbito de su propia competencia sancionadora, extiende los efectos del indulto general. Produciéndose, cito literalmente, "un contagio de generosidad en la Administración" (pág. 63).

Al tratar el tema de la abolición o reforma de la institución de la clemencia se declara partidario de su no abolición, ya que puede ser muy útil, debidamente modernizada, en una sociedad sometida a profundos cambios sociales, políticos y económicos.

El primer capítulo del libro está íntegramente dedicado a la amnistía. Expone, en primer lugar, las normas vigentes actualmente, pasando después a tratar de las amnistías concedidas en nuestro país en el período comprendido entre 1936 a 1975.

Da un interesante cuadro (págs. 85-86), en el que vienen señaladas las

principales amnistías otorgadas en España desde 1832 a 1918, constatando, además de las fechas, el motivo por el que fueron otorgadas, los delitos a los que alcanzó, así como los señores por los que fueron refrendadas. Estudia más en profundidad las principales amnistías concedidas a partir de 1936.

Al tratar de la naturaleza jurídica de la amnistía, el autor ve no pocos problemas, sobre todo al estar este instituto reducido, desde siempre, al ámbito del Derecho Penal exclusivamente, "existiendo la posibilidad de extender la utilización de la amnistía a la totalidad del Ordenamiento Sancionador" (pág. 99). Aunque esta técnica de "derogación retroactiva de las normas", como denomina el autor a la amnistía, se refiera a "los efectos que hayan sido desfavorables para los particulares y que supongan obligaciones de todo tipo para con el Estado u otro entre público con autonomía normativa" (pág. 99).

Se ocupa también del régimen jurídico de la amnistía: sujetos, objeto, actividad y efectos. Señala, en cuanto a la posible concesión de amnistías, el importante problema de que los particulares no pueden ser solicitantes de la amnistía, salvo haciendo uso del artículo 21 del Fuero de los Españoles, dirigiendo una petición al Jefe del Estado; petición que ni vincula ni da derecho a recurso alguno.

Los dos últimos capítulos del libro están dedicados al indulto, pero haciendo una decisiva distinción entre indulto general e indulto particular.

Primero contiene un detallado estudio del indulto general, a la vez que se hace una severa crítica de este tipo de indulto.

Pone de manifiesto la inexistencia de normativa que regule este instituto, así como su complejidad. Sigue, analizando los indultos generales concedidos desde el año 1936 a 1975, incluyendo los concedidos a los infractores del Código de Justicia Militar, así como los concedidos a marroquíes en el Protectorado de Marruecos. También examina la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la concesión del indulto general.

Al tratar de encontrar la naturaleza jurídica de estos indultos es cuando su opinión desfavorable hacia ellos, hasta el punto de hacer una llamada al legislador para que medite la conveniencia de su prohibición en el ordenamiento jurídico, se hace más patente (pág. 159).

El autor se plantea el problema de la legalidad de los indultos generales y la pone en duda. Justificar dicha legalidad por la aplicación de la Ley de 18 de junio de 1870, que regula los indultos particulares, le resulta inviable, ya que cuando se dictó esta Ley, según la Constitución de 1869, los indultos generales eran impracticables. Tampoco resulta acertado fundamentar su legalidad apelando al artículo 1.º del Decreto de 22 de abril de 1938, dado que cuando dice: "toda clase de indultos" entiende que se está refiriendo a todos los que contempla la Ley de 1870, a la que dicho Decreto pone en vigor. Aunque es problemática la idoneidad de un Decreto para declarar vigente una Ley, no le niega su legalidad, pero dice: "Si el Jefe del Estado quería reinstaurar la práctica del indulto general, debería haber dictado una Ley (pág. 167). Cabe, por último, buscar la justificación en lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley Orgánica del Estado: "El Jefe del Estado ejercerá la prerrogativa de gracia", si se entiende comprendido aquí el indulto general, aunque al no existir una normativa que regule este indulto, al igual que la

Ley de 1870 hace con los indultos particulares, esta prerrogativa de gracia, que hemos entendido como indulto general, no tendría límites en su utilización.

Concluye insistiendo en la necesidad de una Ley que regule el indulto general para poder aceptar su legalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

El indulto particular es tratado minuciosamente en la última parte de la obra. En su introducción nos da la normativa aplicable, que no es otra que la Ley de ejercicio de la Gracia de Indulto de 18 de junio de 1870; declarada en vigor con algunas modificaciones, por Decreto de 22 de abril de 1938.

Expone su postura netamente favorable sobre la aplicación del indulto del Régimen General de la Ley de 18 de junio de 1870, que estudia ampliamente no sólo en lo referente a sus efectos, sino también en lo que afecta a sus sujetos, objeto y régimen jurídico.

Es interesante constatar la diferenciación que hace, dentro del indulto particular, del indulto contemplado en el artículo 3.º de la citada Ley de 1870, del que hace un estudio extenso y aparte, llegando a la conclusión de que tanto por su objeto como por sus efectos quedan poco precisas sus fronteras con la amnistía, pudiendo entonces calificarlo de "amnistía particular encubierta técnicamente bajo el ropaje de un indulto".

Trata, en último lugar, aunque de forma muy sucinta, de otros indultos particulares: el indulto de la pena de muerte, el indulto particular del Código de Justicia Militar y el indulto particular de la Ley de Contrabando y Defraudación.

CLOTILDE ROMERO SIRVENT,  
Profesora Ayudante de Derecho Penal

**MIDDENDORFF, Wolf:** "Estudios sobre la delincuencia en el tráfico, en Estudios de Psicología criminal", Vol. XII, trad. José Belloch Zimmerman, Espasa-Calpe, Madrid, 1976.

La obra, publicada en Alemania en 1972, bajo el título *Beitrag zur Verkehrskriminologie* (Contribución a la Criminología de los delitos de tráfico), está dividida en una introducción y dos partes: La personalidad del delincuente de tráfico y la lucha contra la delincuencia de tráfico.

En la Introducción expone el contenido del libro y sus propósitos, señalando la importancia cuantitativa de estos delitos (el 50 por 100 en Alemania), y la coincidencia existente muchas veces con la delincuencia común, que hace que en algunos casos se puedan considerar "verdaderos actos criminales" (pág. 12).

En la primera parte resalta la importancia de hacer un balance de todo cuanto se sabe de este tipo de delincuentes, la imposibilidad de diferenciar al transgresor de las normas del que no lo es, en base a los delitos sin aclarar, y, por último, la imposibilidad de eliminar el delito, así como el desconocimiento de la estructura de la personalidad del delincuente, aunque ningún acto sea ajeno a la personalidad de quien lo realiza. Se puede afirmar una

conexión entre la delincuencia común y la de tráfico, sobre todo en los autores de repetidos delitos de circulación, así como, por lo menos, una conducta asocial. Conecta también la delincuencia juvenil y el automóvil que puede constituir un medio para cometer delitos o el objeto del delito mismo.

Se muestra partidario de la construcción de una tipología, en la que se tengan en cuenta las diferencias nacionales. La reincidencia la conecta a la posesión de antecedentes penales por delitos comunes, considerándola probable en la conducción alcohólica. El grupo más peligroso, por razón de la edad, es el de los adolescentes y adultos jóvenes (entre los dieciocho y veinticinco años). La causa será la inexperiencia y afición al riesgo, vinculando a ésta el deseo de aventuras. Señala, por otra parte, un mayor aumento del riesgo relativo (específico de la edad) después de los cincuenta y cinco años. Al hablar del sexo, hace notar la menor participación de la mujer, pero también la mayor benevolencia con que son tratadas. Dedicó después unas páginas al conductor ebrio, al que se da a la fuga, al que conduce sin carnet y al autor de homicidio culposo.

Como conclusión mantiene la importancia de la intensidad de la acción para enjuiciar la personalidad del autor, siendo el hecho la manifestación más importante sobre el infractor mismo. Conducir en estado de embriaguez, darse a la fuga, conducir a pesar de haber sido retirado el permiso y cometer repetida y acumulativamente infracciones simples de tráfico, califican al contraventor de criminal.

En la segunda parte, dedicada a la lucha contra la delincuencia de tráfico, sostiene que son válidas muchas de las ideas utilizadas en la criminalidad común, por la relación existente entre ambas.

Se muestra partidario de una rápida actuación policial, incluso si es posible castigarlos en la misma calle. Critica la tendencia de los tribunales alemanes a rebajar las multas impuestas por la policía de tráfico. Propugna una unificación en la medida de la pena, incluso a nivel europeo. Esta puede conseguirse a través del legislador, o por la jurisprudencia de los tribunales superiores.

Señalando que las sanciones para los delitos de tráfico son fundamentalmente las multas y las penas cortas privativas de libertad, se declara partidario de estas últimas, por su efecto estigmatizante, y que sólo tendrán una finalidad de prevención especial, debiendo ser cumplidas en establecimientos especiales. Considera el medio más eficaz la retirada del permiso de conducir, incluso como pena única, pero por períodos no excesivamente largos, ya que harían caer en la tentación de conducir sin permiso. Propone la publicación de la sentencia condenatoria en determinados casos y la lista de conductores privados del permiso.

PILAR GÓMEZ PAVÓN,

*Profesora Encargada de Curso*

**PEREZ-LLANTADA Y GUTIERREZ, F., S. J.:** "Visión histórica de la responsabilidad penal", Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1972, 100 páginas.

Se divide la obra en dos capítulos. El primero dedicado a los antecedentes de la responsabilidad, desde sus orígenes hasta las escuelas Clásica y Positiva; el segundo se ocupa del tema en la corriente de la defensa social. Llega el autor a la conclusión de que hay cinco concepciones fundamentales de la responsabilidad penal: 1) En las primeras civilizaciones, con la responsabilidad objetiva y la venganza pública; 2) Lo importante ahora es la libertad del agente, esta concepción del libre albedrío se elabora por el Cristianismo, el Derecho romano y el canónico, así como por los teólogos, principio que llega hasta nuestros días a través de la escuela clásica; 3) Con el Positivismo criminológico hay una regresión en cuanto a la adecuación de responsabilidad-libertad, como consecuencia del determinismo de esta Escuela; 4) Epoca de las corrientes neoclásicas, positivismo crítico y pragmatismo, como consecuencia de los principios de las dos grandes Escuelas, clásica y positiva, y 5) Sentimiento íntimo de la responsabilidad, que a través de concepciones psicológicas se aplicará al campo jurídico a través de la Nueva Defensa Social. Sin embargo, para el autor ninguno de estos sistemas ha resuelto de forma correcta el concepto de la responsabilidad; hay posiciones, dice, pero no soluciones.

El primer capítulo se inicia con el estudio de la responsabilidad en las sociedades primitivas, donde aquélla tiene un carácter objetivo. Lo que cuenta es el resultado, la responsabilidad es automática y no se tiene en cuenta la personalidad del sujeto, no conociéndose las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. El fundamento de este sistema hay que buscarlo en la propia estructura social que, dentro de un marco de concepciones sobrenaturales, se integra en el grupo familiar con individualismos escasamente marcados. La pena tiene dos elementos, uno de carácter pasional y otro de reparación.

En el Antiguo Testamento la responsabilidad tiene, en principio, un marcado sentido religioso. Surge la retribución colectiva como consecuencia de los pecados de la humanidad. Esta concepción aparece con los profetas antediluvianos, el Deuteronomio y los redactores deuteronomícos. En el Nuevo Testamento la retribución ya es individualista, y la intención está íntimamente ligada a la culpabilidad. Ahora la figura central es el autor, no el delito, y se conoce la premeditación. Se pasa de la responsabilidad objetiva a la subjetiva y de la responsabilidad colectiva a la individual.

Parece que en la Roma antigua la infracción y su castigo todavía tiene reminiscencias religiosas. En el Derecho clásico se conoció la responsabilidad subjetiva; para la condena era necesario probar la intención del sujeto. La decadencia de la época postclásica influye de forma notable en el Derecho penal, las sanciones se multiplican a la vez que se hacen más severas, teniendo un marcado carácter intimidativo. También el Derecho penal se vio influido por la decadencia y se aprecia una regresión de la responsabilidad subjetiva a la objetiva de las civilizaciones primitivas.

En la época de los Santos Padres hay una defensa a ultranza de la libertad humana. Para San Agustín, la pena no puede reducirse a la amenaza y ejemplaridad, debe ser al mismo tiempo medida de defensa social y buscar la enmienda del sujeto. Para que éste sea responsable tiene que haber cometido el delito con capacidad de conocer y de querer. Inteligencia y voluntad son los factores esenciales del delito.

El Derecho canónico tuvo notable influencia en el Derecho penal. Los canonistas del siglo XII y comienzos del XIII —entre los que cabe citar a Graciano como figura más destacada—, mantienen que la inteligencia y voluntad son requisitos necesarios para que el sujeto sea responsable de sus actos. Admiten que la imputabilidad puede estar disminuida como consecuencia de la ignorancia, pasiones, demencia, etc. Recogieron diversos postulados del Derecho romano, en el que se inspiran fundamentalmente, aunque para algunos casos se den soluciones nuevas. Se ataca la responsabilidad objetiva.

En Santo Tomás hay un tratamiento metódico de la responsabilidad penal; un estudio profundo de la voluntariedad, así como de la responsabilidad moral y la responsabilidad penal.

Termina este primer capítulo con el estudio del tema en las Escuelas Clásica y Positiva.

El segundo capítulo se ocupa de la Defensa Social. Considera el autor que la concepción no es nueva, sino que es el producto de una serie de ideas que se inician en la antigüedad, pero que no habían llegado a ser estructuradas. Ya en los filósofos griegos había una concepción de la defensa social en relación a la pena: en Protágoras aparece una función preventiva de la pena, en cuanto señala que el castigo no debe tener en cuenta el pasado, sino el futuro, para que el delincuente no vuelva a caer en el delito; Platón indica el fin de enmienda de la pena, mientras que, por el contrario, para Aristóteles la intimidación es el elemento más importante de la pena.

En la *Constitutio criminalis Carolina* de Carlos V, en 1532, se encuentran algunos principios de defensa social, pues se podía aplicar una medida de seguridad de hasta dos años de privación de libertad a determinados delinquentes en previsión del mal futuro que podían cometer. Otros antecedentes hay que buscarlos en Bentham, Howard, Beccaria, Prins y otros, hasta llegar a Gramatica.

Termina la obra con la exposición de los postulados de la Defensa Social en Gramatica, y de la Nueva Defensa Social de Marc Ancel sobre el delito, la responsabilidad, la pena y la prevención.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

**ROSENTHAL, W.:** "Das neue politische Strafrecht der 'DDR'", 1968, Alfred Metzner Verlag., Frankfurt am Main. Berlín, 108 págs. (El nuevo Derecho Penal político de la República Democrática Alemana.)

"Das neue politische Strafrecht der "DDR" es, junto con "Die Neugestaltung des strafrechtlichen Sta tschutzen in der sowjetischen Botsatzungszone" ("La nueva configuración de la protección penal del Estado en la zona de ocu-

pación soviética”), de *B. Schmidthals*, una de las obras fundamentales sobre el Derecho Penal político en la hoy República Democrática Alemana: un derecho joven, de vanguardia, pero poco conocido tal vez. La monografía de *Schmidthals* es crítica; la de *Rosenthal*, sin embargo, esencialmente expositiva.

Consta, esta última, de dos partes: la primera es un examen del alcance de la reciente reforma penal, de 1 de julio de 1968, cuya *exposición* se complementa con breves, pero significativas referencias jurisprudenciales; la segunda se reduce a la *transcripción* de tres importantes leyes: la de 15 de diciembre de 1950, sobre protección de la paz (pág. 103 la de 13 de octubre de 1966, sobre los derechos del hombre y del ciudadano de la DDR, y la de 1 de septiembre de 1964, que establece la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de crímenes nazis (págs. 106 y 108, respectivamente).

En las primeras páginas describe el autor el *proceso de gestación* de la reforma penal en la DDR (págs. 7 a 11). Arranca ésta de la 6.<sup>a</sup> Asamblea del partido, celebrada en Enero de 1963, que resaltó la urgente necesidad de un sistema jurídico socialista “unitario”, y dio luz verde a una Comisión de 65 miembros, dividida en 9 subcomisiones, integrada por juristas, científicos, pedagogos, psicólogos, médicos, agrónomos, etc. Las sesiones de trabajo se prolongaron por tres años, y la discusión “pública” se mantuvo en el seno de los especialistas, bajo el control de los juristas del SED. Como las propias fuentes oficiales reconocerían: se limitó al “círculo de personas que ostentan la alta responsabilidad en nuestro orden socialista de prevenir y contener la criminalidad, y son conscientes, además, de tal responsabilidad” (pág. 8). Parece que se dio trámite a más de 8.141 proposiciones o enmiendas al texto oficial, y que ésta experimentó expresivas modificaciones. Su “primera lectura” tuvo lugar —junto con la de otras leyes simultáneamente preparadas— el 15 de diciembre de 1967, y cuatro semanas después se aprobó, en “segunda lectura”, sin cambios notables (pág. 9).

La *temática* abordada fue vasta e importante: se plantearon temas como el de la sustitución de las penas cortas privativas de libertad, condena condicional, conveniencia de consagrar una pena unitaria privativa de libertad (frente a la distinción entre “Zuchthaus” y “Gefängnis”), con sólo posibles diferencias en período de “ejecución” de sentencia, etc. (pág. 9). Sus “directrices” más destacadas: liberalización del Derecho penal “sexual”, al suprimirse el “adulterio” el autoaborto, la sodomía, el tráfico sexual entre parientes o en “contra natura” entre varones adultos; endurecimiento del Derecho penal *económico*, cuyos tipos adolecen de una desmedida amplitud e imprecisión, por más que la reforma introduce una flexible cláusula de exclusión de la punibilidad; severa protección penal de la *juventud* y de la *familia*, creándose en la Parte Especial un Capítulo “ad hoc”; por último, notable rigor del *Derecho penal político*, en contraste con el proceso liberalizador que culminó en la BDR, con la Ley de 25 de junio de 1968 (págs. 9 a 11).

El Código Penal de la DDR —como sucede con otras leyes de este país— va precedido de un amplio *Preámbulo*. En él se resalta la identidad esencial de los *intereses* del individuo y de la sociedad y el Estado socialista; la *función* protectora y educadora que corresponde al D. P. socialista (protectora y de sometimiento); y las *causas* últimas de la criminalidad constatada en la DDR (pág. 13). Dicho Preámbulo parte del principio de que el C. P. es una parte

más del sistema jurídico unitario socialista. Un “instrumento” para la lucha contra hechos delictivos que subsisten como reminiscencia de la etapa “capitalista”, alimentados por el imperialismo. “Cauce” y “guía” de la actividad estatal para el triunfo y estabilización de la sociedad socialista, en su permanente *cruzada* contra el capitalismo. Por ello, afirma la necesidad de distinguir entre una criminalidad “antagónica”, que debe ser reprimida con toda dureza (y la que procede del imperialismo occidental) y una criminalidad no “antagónica”, susceptible de un tratamiento privilegiado. Los ocho capítulos del Preámbulo matizan estos extremos: protección y aseguramiento del orden estatal y de la sociedad socialista (art. 1), fundamento y fin de la responsabilidad criminal (art. 2), responsabilidad de ciertos organismos en la prevención de hechos delictivos (art. 3), protección de la dignidad y de los derechos humanos (art. 4), salvaguarda de la igualdad ante la ley (art. 5), participación del ciudadano en las actividades de la sociedad y del Estado (art. 6), garantías de la justicia y legalidad de la jurisprudencia (art. 7) y criterios relativos al ámbito de aplicación del C. P. (art. 8). De todos estos postulados merece destacarse cómo el legislador prefiere eludir el término “punibilidad”, que sustituye por el de “responsabilidad penal”; del mismo modo que, en lugar de “pena”, suele optar por la fórmula más amplia de “medidas” de responsabilidad criminal (pág. 17). Llama también la atención por otra parte que el Preámbulo manifieste solemnemente que la pena privativa de libertad es la medida más severa de responsabilidad penal..., omitiendo toda referencia a los 21 tipos penales del C. P. que establecen la *pena de muerte* (pág. 18).

Importante es la *segunda parte* —dispositiva— del StGB, que versa sobre los “delitos de agresión”, delitos contra la “humanidad” y delitos de “guerra” (págs. 30 a 43): parágrafos 85 a 95. Se contemplan los hechos criminales de mayor gravedad: planeamiento y ejecución de “guerras agresivas” (parágrafo 85) o de “actos de agresión” (86), o en favor de agentes militares imperialistas (87), participación en acciones de sometimiento (88), propaganda y provocación a la guerra (89), persecución (90), delitos contra la humanidad (91), propaganda fascista, exterminio de razas o pueblos (92), delitos de guerra (93). El parágrafo 95 excluye expresamente la obediencia a la ley o a la autoridad como causa de justificación en estos delitos (pág. 42). Tres características pueden resaltarse: dificultad de precisar el alcance de algunos tipos, colmada por una generosa interpretación jurisprudencial; notable adelantamiento de las barreras penales, que alcanza, como norma a los actos preparatorios; y severidad y desmedida extensión de las penas: la de muerte se establece en los párrafos 85, 86, 91 y 93; el parágrafo 90.2 prevé la privación de libertad de uno a diez años; el 86, privación de libertad de más de tres años a pena de muerte; el 87, privación de dos años a privación perpetua de libertad.

La *tercera parte* del StGB —2.º capítulo de su Parte Especial— comprende los delitos contra el Estado, contra la República Democrática Alemana (páginas 43 a 80): parágrafos 96 a 111. Para siete de aquéllos se prevé la pena de muerte (parágrafos 96, 97, 99, 101, 102, 103 y 104), que es preceptiva cuando concurre alguna de las circunstancias particularmente graves que, con gran laxitud, contempla el parágrafo 110. El 111 autoriza, excepcionalmente, a prescindir de la pena o suavizar su rigor. Es interesante advertir que el

delito de "aita traición" ("Hochverrat", párrafo 96) no protege sólo el "orden constitucional", sino incluso el "orden socialista" ordinario; que el párrafo 100 (asociaciones hostiles al Estado) ha sido aplicado por los tribunales a los Testigos de Jehová; y que el 108 recoge la tradicional cláusula de solidaridad de los países socialistas (comunidad internacional de intereses socialistas), ausente sólo en el C. P. yugoslavo (págs. 76 y 77).

La *parte cuarta* —Capítulo VIII del StGB— se refiere a los "delitos contra la seguridad general y el orden estatal" (págs. 80 a 101). Abarca los párrafos 206 a 224, y destaca la omnipresente protección que trata de conferirse a éste. Se castiga, por ejemplo: posesión ilegal, inutilización o extravío de armas y explosivos (párrafos 206, 207 y 208), oposición a determinaciones del Estado (212), tránsito ilegal (213), "Rowdytum" (215), motin (217), creación de organizaciones para lograr fines contrarios a las leyes (218), incorporación a las mismas (219), difamación (220) del Estado o de personalidades extranjeras (221), desprecio de símbolos y emblemas de la sociedad y del Estado (222), daño a distintivos oficiales (223), etc.

ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,

*Profesor Adjunto Interino de  
la Universidad Complutense*

# NOTICARIO

## NOTA NECROLOGICA: HANS WELZEL

El día 5 de mayo fallecía en Bonn, a la edad de setenta y tres años, el profesor Hans Welzel, una de las figuras más destacadas de la Filosofía del Derecho y de la Ciencia del Derecho Penal alemana de nuestro siglo.

En la moderna Ciencia del Derecho Penal, el profesor Welzel ha dejado una huella profunda. En su trabajo de habilitación "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht" ("Naturalismo y Filosofía de los valores en el Derecho Penal"), publicado en 1936, hizo un análisis crítico de la influencia del naturalismo y la filosofía de los valores en la Ciencia del Derecho Penal. Esta obra ejerció una gran influencia años más tarde, cuando, como consecuencia de las experiencias del régimen nacional-socialista y de la segunda guerra mundial se produjo una profunda crisis del positivismo jurídico y de la filosofía jurídica neokantiana. Esta, en efecto, como había señalado Welzel, no había conseguido superar el positivismo jurídico, sino que había venido a complementar únicamente el Derecho positivo con la referencia a los valores. Por debajo de la esfera valorativa seguía vivo, sin embargo, el concepto positivista del Derecho. Derecho era toda disposición emanada de la autoridad competente y cuyo cumplimiento podía ser impuesto. Se vuelve la vista entonces a la naturaleza de las cosas, a las estructuras lógico-objetivas de la materia de la regulación del Derecho, tratando de ver en ellas un límite al arbitrio del legislador y un objeto permanente de la Ciencia del Derecho. Publica en aquellos años Welzel su importante obra "Naturrecht und materiale Gerechtigkeit" ("Derecho natural y justicia material"), que ha alcanzado cuatro ediciones y que, traducida al castellano en su primera y en su cuarta edición, por el profesor González Vicen, ha sido y es aún libro de texto en algunas Universidades españolas.

El concepto finalista de la acción, de carácter ontológico según Welzel, que había sido formulado ya por él, en los años 30 ("Kausalität und Handlung"), ZStr. W. 1931), alcanza en esta época una gran difusión y sirve de base a una completa reestructuración de la teoría jurídica del delito. Las líneas maestras del sistema finalista las desarrolla Welzel en su obra "Das neue Bild des Strafrechtssystems", de la que se hicieron cuatro ediciones y que fue traducida por mí al castellano ("El nuevo sistema del Derecho Penal", Barcelona, Ariel 1964). El Tratado de Derecho Penal alemán, "Das deutsche Strafrecht", que comprende la Parte General y la Parte Especial, alcanza once ediciones y la Parte General fue traducida al castellano en la Argentina por

Eduardo Frike y Fontan Balestra en 1956 y en Chile, por Juan Bustos y Sergio Yáñez en 1970.

La doctrina de la acción finalista fue muy pronto conocida en nuestro país por los trabajos de Rodríguez Muñoz y especialmente por su lección magistral de inauguración del curso 1953-54 en la Universidad de Valencia, "La doctrina de la acción finalista", que, según Welzel, es el mejor estudio publicado en el extranjero sobre su doctrina. La polémica que se inicia entonces entre Welzel y Rodríguez Muñoz se amplió luego considerablemente dentro del ámbito de la Ciencia del Derecho penal española y he tenido ocasión de exponerla en mi conferencia "La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española" (Z. Str. W. 1972, fasc. 4.º y Nuevo-Pensamiento Penal 1972, fasc. 2.º) que pronuncié en las Universidades de Bonn, Göttingen, Erlangen y Rogensburg y en mi contribución al Libro Homenaje al profesor Welzel, publicado con motivo de su setenta cumpleaños (Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin Nueva York 1974). "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española" (ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1975, fasc. 1.º).

La relación del profesor Welzel con los penalistas españoles fue directa y entrañable. A sus clases y seminarios de la Universidad de Bonn asistimos varios penalistas españoles de mi generación. En abril de 1968, el profesor Welzel pronunció dos conferencias "La doctrina de la acción finalista, hoy" (ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1968, fasc. 2.º) y "La renovación del Derecho Natural y la teología jurídica en Alemania desde 1945", en las Universidades de Madrid y Valladolid y en noviembre de 1973 volvió a España para pronunciar en la Universidad de Zaragoza una conferencia, "Reflexiones sobre el libre albedrío" (ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1973, fasc. 2.º).

Welzel es el creador de una auténtica escuela en la Ciencia del Derecho Penal alemán, en la que figuran no sólo sus discípulos directos, como Werner Nieße, Armin Kaufmann, Günter Stratenwerth, Hans J. Hirsch, Gerd Geilen, Hans Ludwig Schreiber y Günter Jakobs, sino también otros penalistas que han contribuido en gran medida al desarrollo del sistema finalista, como R. Maurach.

La doctrina de la acción finalista ha representado la superación de la influencia del naturalismo en la Ciencia del Derecho Penal, perceptible en el concepto causal de la acción y en la teoría jurídica del delito en él basada. Su contribución a la superación del dogma causal fue decisiva y abrió nuevos horizontes a la teoría de lo injusto. La teoría de lo injusto del finalismo, con su distinción del desvalor de la acción y el desvalor del resultado y del tipo de los delitos dolosos y culposos, de los delitos de acción y de omisión, ha sido aceptada, con diversas variantes, por penalistas que no comparten el concepto de la acción finalista, como Gallas, Bockelmann, Jescheck y Roxin. La teoría de la culpabilidad, pura (mantenida por Welzel) o restringida, ha desplazado a la teoría del dolo. La influencia de Welzel en la moderna teoría de

la autoría y la participación ha sido también muy profunda. La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos ha dado lugar a un replanteamiento de los límites de la accesoriadad de la participación y del problema de la participación en los delitos culposos. El concepto de autor basado en el dominio del hecho permite explicar perfectamente la figura de la autoría mediata y ha sido aceptado, con diversas variantes, por penalistas que no sustentan el concepto finalista de la acción. La mejor monografía dedicada a esta materia (*Täterschaft und Tatherreschaft*", 2.<sup>a</sup> edc., Hamburgo, 1967) se debe a un penalista, Roxin, que parte de un concepto jurídico-social de acción.

En España acusan en mayor o menor medida la influencia de las doctrinas de Welzel, Beristain, Conde-Pumpido, Córdoba Roda, Suárez Montes, Gimbernat, Muñoz Conde y Mir Puig.

La influencia del pensamiento de Welzel, ha sido también muy grande en la Ciencia del Derecho Penal de otros países, especialmente en Latinoamérica (Enrique Bacigalupo, en Argentina; Juan Bustos, Enrique Cury y Luis Cousiño, en Chile), Italia (Santamaria, Campisi, Massa y Latagliata), Grecia (Ana Benakis), Japón (Fukuda y Ohno) y Corea (Zong Uk Tjong). Su influencia en Italia ha sido estudiada por Dannert, en su obra "*Die finale Handlungslehre im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik*" (Verlag Otto Schawartz, Göttingen, 1963) y su repercusión en el Japón por Taira Fukuda en su contribución al Libro Homenaje a Welzel. En la Argentina se publicó otro Libro Homenaje al profesor Welzel, pues la revista *Nuevo Pensamiento Penal* le dedicó el volumen de 1974. Las principales obras de Welzel han sido traducidas al castellano, italiano, griego, japonés y coreano.

La influencia del pensamiento de Welzel se manifiesta no sólo en la Ciencia del Derecho Penal y en la Filosofía del Derecho, sino también en otras disciplinas jurídicas; por ejemplo, el Derecho civil, como ha puesto de relieve E. Deutsch en su contribución al Libro Homenaje a Welzel, "*Finalität, Sozialadäquanz und Schuldtheorie als zivilrechtliche Strukturbegriffe. Welzels Fernwirkungen auf die Zivilrechtsdogmatik*" ("*Finalidad, adecuación social y teoría de la culpabilidad como conceptos estructurales del Derecho civil. "Repercusiones lejanas de Welzel en la dogmática del Derecho civil"*).

El fallecimiento de Welzel es una pérdida irreparable y dolorosa para la Filosofía del Derecho y para la Ciencia del Derecho Penal de muchos países. Para mí lo es doblemente por mi condición de discípulo y amigo entrañable. Durante cuatro cursos asistí a sus clases y seminarios de investigación en la Universidad de Bonn y recibí directamente su magisterio. A sus grandes dotes intelectuales unía una bondad extraordinaria y una tolerancia con las opiniones discrepantes, difícil de suponer para quien sólo conoce a través de sus escritos el ardor polémico que ponía en defensa de sus concepciones.

JOSÉ CEREZO MIR,

Catedrático de Derecho penal de la Universidad  
de Zaragoza

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXX

## AÑO 1977

### TOMO XXX - FASCICULO II MAYO - AGOSTO

Páginas

---

#### SECCION DOCTRINAL

<i>El delito de coacciones en el Código penal</i> , por el profesor doctor Santiago Mir Puig ... ..	269
<i>Juegos ilícitos</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	307
<i>El recluso penal, víctima de la sociedad humana</i> , por Israel Drapkin.	332
<i>La dosimetría penal en el Código español</i> , por Enrique Ruiz Vadillo.	351
<i>Razón de ser y existir del Derecho penitenciario</i> , por Eduardo Pérez Ferrer ... ..	409

#### CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Comisión redactora del Código penal tipo para Latinoamérica</i> ... ..	429
<i>El sesquicentenario del primer Código penal salvadoreño</i> ... ..	441

#### SECCION LEGISLATIVA

<i>Instrumento de Ratificación de España del Protocolo de modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972. («Boletín Oficial del Estado» de 15 de febrero.)</i> ... ..	445
---	-----

#### SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	459
--	-----

<b>REVISTA DE LIBROS</b> ... ..	493
---------------------------------	-----

#### NOTICIARIO .

Nota necrológica: <i>Hans Welzel</i> , por José Cerezo Mir ... ..	518
---	-----

**Crónicas Extranjeras**

<i>Comisión redactora del Código penal tipo para Latinoamérica ... ..</i>	429
<i>El sesquicentenario del primer Código penal salvadoreño ... .. .</i>	441

**Sección Legislativa**

<i>Instrumento de Ratificación de España del Protocolo de modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972. ("Boletín Oficial del Estado" de 15 de febrero.) ... .. .</i>	445
---	-----

**Sección de Jurisprudencia**

<i>Jurisprudencia penal, por Alfonso Serrano Gómez ... .. .</i>	459
---	-----

<b>Revista de Libros . . . . .</b>	493
------------------------------------	-----

<b>Noticuario... .. .</b>	518
---------------------------	-----

**Suscripción anual: España, 1.200 pesetas**  
**Extranjero, 1.350 pesetas**

**Número suelto, España, 480 pesetas**  
**Extranjero, 600 pesetas**