

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XXX  
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.  
MCMLXXVII

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:  
EUGENIO CUELLO CALON (+)

## Directores:

ANTONIO FERRER SAMA  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

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

## Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARTIN

Profesor Adjunto de Derecho penal

## Secretario:

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad a Distancia

## Consejo de Redacción:

JOSE ANTON ONECA  
Catedrático jubilado de Derecho penal

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO  
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FERNANDO DIAZ PALOS  
Magistrado del Tribunal Supremo

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

## INDICE

### Sección Doctrinal

	Páginas
<i>Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de «letras vacías» o no comerciales, por Miguel Bajo Fernández ...</i>	525
<i>Notas sobre el Convenio de Extradición entre España e Italia, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973, por Francisco Bueno Arús.</i>	549
<i>Las posibilidades del artículo 65 del Código penal, por E. Pérez Ferrer.</i>	573
<i>Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español, por José Luis Díez Ripollés ...</i>	597
<i>La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones, por Juan José González Rus ...</i>	651

# **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: Mayo-agosto 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 III**



**SEPBRE.-DICBRE..  
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

## Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de "letras vacías" o no comerciales

Miguel BAJO FERNANDEZ

INDICE SUMARIO: I. *Planteamiento*.—II. *Los riesgos de la "letra vacía"*.—III. *La validez de la "letra vacía"*.—IV. *Invocación al Derecho penal*.—V. *El descuento bancario de "letras vacías" y el delito de estafa. Crítica a la doctrina jurisprudencial*.—1. *El engaño*.—A) *La simple mentira como forma de engaño*.—B) *Intentos para entender la ocultación del carácter no comercial de la letra como algo más que una simple mentira*.—a) *Incumplimiento del pacto de decir verdad*.—b) *La apariencia de provisión de fondos*.—c) *Defraudación en la sustancia de la cosa*.—C) *Inidoneidad del comportamiento para inducir a error al Banco*.—2. *El perjuicio. La consumación del delito de estafa*.—VI. *Límites a los que queda reducida la estafa*.—VII. *Consideraciones de "lege ferenda"*.

### I. PLANTEAMIENTO

La letra de cambio cumple principalmente dos funciones económicas: la de ser medio de pago y la de ser instrumento de crédito. En este segundo aspecto la letra aparece como un mecanismo especialmente apreciado porque, mediante el giro de la letra, quien la recibe de su deudor redobla su crédito al añadir a su condición de acreedor en virtud del contrato primitivo, la nueva condición de acreedor cambiario (1). Pues bien, el carácter abstracto y formal que en mayor o menor medida tiene la letra, el *rigor cambialis*, la escasez de excepciones procesales, la responsabilidad solidaria de los firmantes, etc., permiten que la letra de ser un medio de obtener crédito, pase fácilmente a ser instrumento de abuso del crédito. «Mientras han existido letras de cambio, y lamentablemente porque su carácter abstracto las ha hecho adecuadas para ello, han sido utilizadas con fines fraudulentos» (2).

(1) Cfr. J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, 7.<sup>a</sup> ed., I, Madrid, 1976, pág. 781.

(2) W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1958, pág. 656.

El supuesto de abuso de crédito que vamos a estudiar por ser el más común, consiste en el descuento bancario de «letras vacías» o no comerciales.

Se ha utilizado la expresión «letra vacía» para designar aquellas letras de cambio válidamente constituidas que no responden a una auténtica operación mercantil. Son, en definitiva, letras no comerciales (3). «Normalmente, la creación de una letra con tomador y aceptante supone dos actos jurídicos y dos transmisiones patrimoniales: una transmisión de valor entre librador y tomador (valuta) y una transmisión de fondos entre librador y librado» (4). La «letra vacía», como supuesto anormal de letra de cambio, no responde a una real transmisión patrimonial y se crea con el exclusivo fin de obtener un crédito mediante la garantía que representa el propio documento. El hecho de que desde el punto de vista de la técnica cambiaria no se pueda distinguir entre las letras comerciales y las que no lo son (5) facilita la comisión de hechos defraudatorios y recaba, por tanto, la atención del penalista.

Este trabajo va referido, de un lado, a aquellos supuestos que la doctrina denomina *letras de favor o de complacencia* (6) entre

(3) El Tribunal Supremo ha utilizado la expresión «letra vacía» en varias ocasiones. Así, en las sentencias (de la Sala 2.<sup>a</sup>, como todas las que aquí se citan) 19 noviembre 1971, 29 noviembre 1971, 24 noviembre 1975. La expresión parece ser de origen alemán (*Leerwechsel*) donde es muy utilizada y en el sentido del texto. Vid., por ejemplo, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 2, Besonderer Teil, Hamburg 1976, pág. 60; W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 656.

(4) J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, 2.<sup>a</sup> ed., revisada, corregida y puesta al día por S. Moll, Madrid 1975, págs. 106-107.

(5) R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, Paris 1975, pág. 531.

(6) Se llama letra de favor la que «contiene alguna firma dada con el propósito no de saldar una deuda ni de contraerla, sino con el de favorecer a otro firmante» (J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 276). El favor que el firmante hace consiste en procurar crédito a una persona o elevar el crédito de que gozaba prevalido de la solvencia de aquél (Cfr. F. SOTO NIETO, *La llamada «letra de favor o complacencia»*, en *Revista General de Derecho*. 303, 1969, pág. 1127; LA LUMIA, *Le firme cambiarie di favore*, en *Rivista del Diritto commerciale*, XVIII, 1920, página 583). En definitiva, el giro de esta clase de letras pretende «movilizar el crédito implícito en la firma que se estampa por favor para completar la insuficiencia del crédito de quien pretende hacer uso de él» (GIRÓN TENA, *Letra de cambio. Letra de complacencia: concepto, función y validez. Los efectos de la firma de favor* (Sentencia 3 junio 1946), en *Estudios de Derecho mercantil*, Madrid 1955, pág. 390). En el supuesto más normal es el librado quien estampa la firma de favor de modo que el librador pueda obtener el dinero que necesita mediante el descuento de la letra. Cabe también el supuesto de que la firma de favor sea la del endosante según el ejemplo de J. GARRIGUES, *Curso*, cit., pág. 809: «A, que necesita dinero, gira a la orden de B, capitalista con cuenta corriente en el Banco C, y que no recibe equivalente alguno. B endosa al Banco y éste descuenta la letra, pero en vez de entregar su importe a B, se lo entrega a A, porque así lo ordena su cliente B». La firma de favor puede ser también la del librador quien descuenta la letra entregando el importe

las que se incluyen, aunque no pueda afirmarse siempre una relación de género a especie, las *letras financieras o de caución* (7), las *letras de colusión* (8), la *cabalgata de letras* (9), la *firma de favor por precio* (10), etc. (11). Al lado de estos supuestos

---

al librado necesitado de dinero (supuesto que aparece en la S. 17 febrero 1977). En los ejemplos anteriores el favorecido era el librador o el librado, pero también puede serlo el tomador que, con la firma de librador y librado solventes, puede fácilmente negociar la letra (Cfr. R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, cit., págs. 530-531).

(7) Son letras en las que, al contrario que en las llamadas letras de colusión (vid. nota siguiente), la firma de favor se estampa con el único fin de suplir la falta de crédito de otro de los firmantes. "La letra se muestra entonces como puro instrumento de crédito que el Banco concede bajo la garantía de una firma conocida". J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 378.

(8) "Hay un pacto fraudulento entre el librador y el tomador o entre el librador y el aceptante o entre el tomador y el aceptante, dirigido a engañar a un tercero, haciéndole creer en la existencia de una relación efectiva de valor o de provisión de fondos, siendo así que en realidad no hay tal transmisión ni sería intención de pagar la letra". J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277. La jurisprudencia ha adoptado un concepto similar de letra de colusión en SS. 24 marzo 1965, 9 marzo 1968 y 29 noviembre 1971. Se trata, pues, de letras de favor giradas en connivencia con intención de fraude.

(9) Bajo el nombre de cabalgata de letras (*Cavalerie, Wechselreiterei*), letras de giro mutuo (*Austauschwechsel*), peloteo de letras o papel pelota, se incluyen supuestos de giro sucesivo de letras de favor con el fin de que con el importe del descuento de la segunda pueda pagarse la anterior a su vencimiento, y así sucesivamente. El favorecido puede ser el librador que obtiene sucesivamente firmas solventes de favor, o (en el giro recíproco) librador y librado quienes se giran entre sí descontando las letras en distintos Bancos. Puede darse la rueda de giros entre varias personas: A a B, B a C, C a A, escogiendo el domicilio del acepto de modo que el Banco no descubra la maniobra (Ejemplo de W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 655).

(10) El comerciante arruinado utiliza la firma comercial que aún conserva para aceptar letras que no responden a ninguna operación mercantil, percibiendo por este favor una suma de dinero. Vid. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 278, nota 1, que denomina este caso con el nombre alemán "Kellerwechsel", sin embargo, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 60, refiere la expresión a las letras giradas a personas inexistentes. Sobre este ejemplo, vid. también M. GABOLDE, *Les effets de "Cavalerie" devant les juridictions pénales*, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1937, pág. 24.

(11) Se discute si estamos o no en presencia de letra vacía en el caso del llamado "papel de proveedor" en que el vendedor, con dificultades para el descuento, recibe el pago de la mercancía por cheque o transferencia pero pide al comprador la aceptación de una letra para poder descontarla. Vid. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 271, nota 31. Otra variante se produce cuando quien necesita dinero es el comprador, y el vendedor para facilitarle el pago al contado le gira una letra o se la acepta a efectos de que el comprador obtenga dinero del Banco mediante descuento o endoso. Vid. F. H. WINTER, *Besondere Formen der Gefälligkeitswechsel*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960, II, página 1848. Pues bien, mientras al parecer el Banco de Francia lo considera papel financiero (J. GARRIGUES, ob. cit., loc. cit.), la doctrina alemana lo entiende papel comercial y lo excluye del delito de estafa. Vid. F. H. WINTER, ob. cit., passim.

de letras de favor se encuentran otros, precisamente los más abundantes en la jurisprudencia penal española, en los que no concurre firma de favor alguna. Se trata de letras sin acepto libradas bien a personas inexistentes (*tirage a l'air*) o a personas reales con las que mantuvo o no anteriormente relaciones comerciales el librador pero que en ningún caso responden a una real operación mercantil. Por último las estafas mediante falsificación de la letra cuyos supuestos más comunes son los de imitación de la firma del librado en el acepto y los de abuso de firma en blanco en los que el autor consigna en la letra un importe mayor del concertado. Todos ellos son supuestos de letras no comerciales.

## II. LOS RIESGOS DE LA «LETRA VACIA»

Desde el punto de vista de la función económica que la letra cumple, es deseable que represente un vínculo obligacional extra-cambiario porque así aumenta su valor y capacidad de circulación (12). Sin embargo, también las letras no comerciales, por ejemplo las financieras tienen el aspecto positivo de servir para la obtención de crédito y salvar así a un comerciante de la crisis. Pero las diferencias de operatividad de una u otra clase de letras es evidente. Mientras el aceptante de una letra comercial puede, durante la vida de la letra, revalorizar la mercancía adquirida consiguiendo el dinero necesario para su pago el día de su vencimiento, el dinero que se obtiene con las letras de favor se suele utilizar para pagar las deudas urgentes sin que creen nuevos valores en el mundo mercantil (13).

El uso de letras vacías encierra, sin duda, un serio peligro para la economía pública y para el patrimonio individual. En cuanto al primer aspecto es indudable que un exceso de descuento y redescuento de letras de cambio de favor, en todas sus variantes, provocan una situación monetaria insana poniendo en peligro la formación de los precios y permitiendo fenómenos inflacionistas (14). Y esto es así porque el descuento de letras no comerciales origina un aumento del volumen de dinero sin que se justifique por una mayor oferta de bienes (15).

En el segundo aspecto, es decir el que afecta al patrimonio

(12) LA LUMIA, *Le firme cambiario di favore*, cit., pág. 588.

(13) F. H. WINTER, *Besondere Formen*, cit., pág. 1849.

(14) W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 656. Precisamente la utilización de estas letras puede ser "síntoma y expresión de una tendencia inflacionista que es preciso vigilar cuidadosamente", dice J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones sobre las letras aceptadas por complacencia, su descuento y la apariencia jurídica en la doctrina y el Derecho español*, en *Studi in memoria di L. Mossa*, I, pág. 215.

(15) F. H. WINTER, *Besondere Formen*, cit., pág. 1849. Sobre la importancia económica del descuento vid. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., págs. 248 y sigs.

individual, las letras vacías revisten serios peligros incluso para los propios creadores del efecto. Quien firma de favor corre el albur de verse obligado al pago sin oposición alguna frente al tercer adquirente de buena fe (16). El propio comerciante que ha girado el efecto para conseguir crédito se ve envuelto en otros riesgos. Espera ganar tiempo para salir de su crisis y al no lograrlo se enrola en la cadena de creación sucesiva de efectos (cabalgata de letras) de importe cada vez mayor, que le conduce inevitablemente a la ruina arrastrando a otros (17). Y el tomador de buena fe (el Banco que descuenta, el endosatario) está expuesto al peligro de no encontrar entre los firmantes un deudor solvente contra quien ejercer eficazmente la acción cambiaria (18).

### III. LA VALIDEZ DE LA «LETRA VACIA»

La necesidad de conjurar estos peligros ha llamado la atención de la doctrina mercantil. Es indudable que la mejor forma de evitarlos sería la de exigir como requisitos de validez de la letra la realidad de la provisión de fondos y de la relación de *valuta*, pero esto implicaría acabar con el carácter abstracto y el *rigor cambialis* de este efecto mercantil, en definitiva la desaparición de la letra de cambio como tal y de las funciones económicas que cumple.

Como segunda solución la doctrina mercantil pretendió justificar la nulidad de esta clase de letras. El tema, que fue planteado exclusivamente respecto de las letras de favor, ha sido resuelto por la doctrina y jurisprudencia españolas en favor de su validez. Los argumentos en contra giraban en torno a la inexistencia de causa y la nulidad de la firma de favor. Respecto al primero se destaca, sin embargo, la existencia de la causa que en esta clase de letras consiste precisamente en el pacto de favor, en la liberalidad del firmante al asumir obligaciones cambiarias para que el favorecido consiga el crédito. De otro lado, se conviene también en que el firmante de favor realiza una declaración de deuda cambiaria que es válida pese a que su intención no sea la de pagar, porque la voluntad de los interesados en la letra sólo juega en cuanto a querer o no firmar la letra de cambio en virtud de las especialidades en cuanto a la declaración de voluntad en el Derecho cambiario (19).

---

(16) R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, cit., pág. 532.

(17) LA LUMIA, *Le firme cambiaria di favore*, cit., págs. 589 y sigs.; y R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, cit., pág. 532.

(18) R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, cit., pág. 532.

(19) Sobre todo ello vid. J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, II, Madrid 1955, págs. 242 y sigs.; GIRÓN TENA, *Letra de cambio*, cit., págs. 387 a 400; J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones*, cit., passim; F. SOTO NIETO, *La llamada letra de favor*, cit., passim.

En esta doctrina mercantil ha influido, sin duda, el hecho de la enorme difusión de las letras de favor y el hecho de que, en ocasiones, son exigidas por los propios Bancos como garantía de sus operaciones de crédito. Sin embargo, a la vista de operaciones de cariz fraudulento (letras de colusión, letras firmadas por insolventes o la cabalgata de letras) surge cierta confusión en la doctrina mercantil alarmada por la posible trascendencia de la declaración de validez (20). Me sumo a aquél sector doctrinal que entiende carece de base la distinción, muy usada por la doctrina francesa, entre «bons» y «mauvais» letras de favor (21), distinción que se utilizaba para atribuir validez a las primeras y negársela a las segundas. Que ambas han de sufrir la misma calificación de válidas lo ha visto con claridad Girón Tena al advertir que es idéntica su causa e igualmente son válidas sus firmas (22). En realidad los efectos de la pretendida nulidad de las letras de favor fraudulentas son reducidos, concretándose en la posibilidad de invocar aquella nulidad sólo frente a terceros de mala fe (23), aparte, por supuesto, del propio favorecido (24). De ahí que tenga razón Greco cuando observa que más que distinguir entre «buenas» y «malas» letras de favor, hay que hacerlo entre poseedores de buena o mala fe en orden a la distinta eficacia del vínculo cambiario (25).

En resumen, las letras vacías son letras válidas. Cuando se pone en duda su licitud se está señalando más bien hacia la pro-

---

(20) Por ejemplo, J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones*, cit., pág. 217, las excluye de su estudio. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277, se muestra muy vago advirtiendo que se diferencian de las letras financieras "desde el punto de vista de su licitud", o que "el delito de estafa aparece en el horizonte" (pág. 278).

(21) Vid. P. GRECO, *Come difendere lo sconto contro la "cavalerie"*, en *Rivista di Diritto commerciale*, 1933, I, pág. 821.

(22) GIRÓN TENA, *Letra de cambio*, cit., pág. 392: "cambiariamente no hay diferencia entre las letras con firma de favor y las letras que, combinadas, originan esos otros casos (s. c. fraudulentos), porque la combinación no aparece en la letra, ni tiene nada que ver con los negocios jurídicos cambiarios"; pág. 395: "la intención de no pagar la letra o ... la intención de abusar del crédito concedido a un tercero (carece) de trascendencia, en orden a la validez de la firma estampada, desde el punto de vista cambiario"; pág. 396: el art. 890 número 14 del Código de comercio "lo que hace es justamente autorizar incautamente las letras de complacencia, aparte de que supone el juego normal del mecanismo cambiario, aunque sea para fines fraudulentos, sin declarar la nulidad de las letras de que se trata".

(23) Vid. R. ROBLÓT, *Les effets de commerce*, cit., págs. 533 y sigs.

(24) La doctrina española no se ha planteado la posibilidad de utilizar la "exceptio doli" frente al tercero de mala fe. F. SOTO NIETO, *La llamada letra de favor*, cit., págs., 1133 y sigs., sólo lo plantea (admitiendo la "exceptio") frente al favorecido por la firma; y J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones*, cit., págs. 230 y sigs., trata la cuestión (negando la *exceptio*) sólo frente al Banco descontante que conoce el carácter no comercial de la letra, y refiriéndose sólo a letras financieras no fraudulentas.

(25) P. GRECO, *Come difendere lo sconto*, cit., pág. 821.



bable ilicitud del negocio jurídico extracambiarario o la posibilidad de un delito de estafa.

#### IV. INVOCACION AL DERECHO PENAL

Ante esta contradictoria situación (riesgos de las letras no comerciales y validez de las mismas) la doctrina mercantil reclama, como en otras ocasiones, la presencia y actuación del Derecho penal. Así dirá La Lumia que el medio de evitar los peligros de las letras de favor se encuentra en las normas que castigan la quiebra, la estafa y la falsedad cuya rigurosa aplicación —dice— evitaría los frecuentísimos inconvenientes de estas operaciones (26). No queda bien claro qué se quiere decir aquí al reclamar la «rigurosa aplicación» de la Ley penal, pero mucho me temo que se está solicitando un endurecimiento en las medidas sancionadoras de carácter criminal. Así se incurre nuevamente en un error ya viejo y es el de creer que aquello que desde distintos frentes se alienta (el uso de letras financieras) puede ser controlado con medidas represivas. Hay que recordar que el Derecho penal es la última *ratio legis*, la última razón que el Derecho esgrime para conseguir sus fines. De ahí que las contradicciones internas de la institución mercantil de la letra de cambio deban ser resueltas primero con medidas no penales (27), y sólo si tales medidas son ineficaces puede pensarse en la sanción criminal para el castigo de las conductas más graves e intolerables.

En las consideraciones de *lege ferenda* nos pronunciamos sobre la posible creación de una figura delictiva relativa al uso de la letra de cambio no comercial (28), y en lo relativo al Derecho vigente en España el castigo del abuso de crédito mediante letras vacías sólo cabría mediante los delitos de quiebra, alzamiento de bienes o estafa. Este trabajo va referido a los supuestos de estafa, materia en la que el Tribunal Supremo ha operado con aquél rigor reclamado por algún sector mercantil llegando, a mi juicio, a resultados insatisfactorios.

#### V. EL DESCUENTO BANCARIO DE «LETRAS VACIAS» Y EL DELITO DE ESTAFA. CRITICA A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia española ha declarado «obiter dicta» que no todo descuento de esta clase de letras entraña necesariamente delito de estafa (29). Sin embargo, basta para incurrir en este

(26) LA LUMIA, *Le firme cambiarie di favore*, cit., pág. 594.

(27) Algunas de esas medidas se indican más adelante. Vid última página de este trabajo.

(28) Vid. apartado VII.

(29) SS. 19 noviembre 1971, 29 noviembre 1971, 12 mayo 1972, 30 abril 1973, 24 noviembre 1975, entre otras. Cfr. también J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277.

delito ocultar el carácter no comercial de la letra (30). Esta tesis, que por su reiteración está en vías de convertirse en doctrina jurisprudencial, se expuso de modo más minucioso en la S. 24 de noviembre de 1975 según la cual la conducta de entrega de letras no comerciales para el descuento ocultando su verdadero carácter «será atípica si el Banco cedente del anticipo a medio de un crédito permite su disponibilidad sin reserva alguna, de manera expresa o sobreentendidamente...; pero por el contrario será típico el comportamiento que teniendo apoyo en la concesión de la operación denominada «clasificación» a efectos del «descuento de papel comercial»... denote concertada la condición cierta de que tal operación responda únicamente al descuento de letras que respondan a verdaderos negocios de venta real de mercancías». La tipicidad a que se refiere la sentencia se entiende en el sentido de que el comportamiento que estudiamos es subsumible en las «negociaciones imaginarias» a que se refiere el artículo 529 número 1 del Código penal (31). Las dudas que esta posición jurisprudencial suscita consisten en saber si se cumplen en el supuesto de hecho los requisitos del delito de estafa.

Para definir el delito de estafa, doctrina y jurisprudencia admiten, con las pertinentes variantes, la posición de Antón que concibe el delito como «conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero» (32). Partiendo de esta definición se entienden como elementos del delito, la conducta engañosa, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio, la relación de causalidad que vincula tales elementos y el ánimo de lucro (33). En el supuesto que nos ocupa de presentación al descuento bancario de letras no comerciales ocultando su auténtico carácter, las deudas sobre la concurrencia del delito de estafa se concretan fundamentalmente en el cumplimiento de los requisitos de engaño y perjuicio (34).

(30) SS. 17 marzo 1964, 11 noviembre 1968, 19 noviembre 1971, 29 noviembre 1971, 24 noviembre 1975, 4 marzo 1976.

(31) Así, por ejemplo, SS. 11 noviembre 1968, 29 noviembre 1971, 12 mayo 1972, 25 noviembre 1972, 24 noviembre 1975, 28 junio 1976. La S. 11 marzo 1977 aplica, sin mayor justificación, el art. 533.

(32) J. ANTÓN, *Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia*, separata de NEJ, IX, Barcelona 1957, pág. 1.

(33) Es posición dominante. Así, J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 5; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid 1975, pág. 443; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 2.<sup>a</sup> ed., Sevilla 1976, pág. 222. Y la jurisprudencia: SS. 21 noviembre 1972, 25 noviembre 1972, 9 febrero 1976, 10 marzo 1977, entre otras muchas. Una enumeración incompleta de estos elementos en A. QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal, II, Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, 2.<sup>a</sup> ed., puesta al día por C. García Valdés, Madrid 1977, pág. 605 y en la jurisprudencia ahí citada.

(34) Así lo entienden también K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 61; W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 656.

## 1. El engaño.

A) *La simple mentira como forma de engaño.*—A efectos del engaño lo más relevante de la conducta es la falta de verdad que implica ocultar el carácter real de la letra. La cuestión entonces consiste en saber si la *simple mentira* basta para la tipicidad del engaño en el delito de estafa; lo que dependerá, sin duda, del concepto legal de engaño.

En orden al alcance del engaño se ha querido encontrar una distinción entre nuestro Derecho positivo y el de otros países. Se ha dicho en este sentido que el concepto de engaño con que opera nuestro Código penal es mucho más amplio ya que la ley no restringe la tipicidad a determinadas formas de comisión. En efecto, según el artículo 533 del Código penal hay estafa cuando se defrauda o perjudica a otro usando «cualquier engaño». En los Códigos penales europeos la situación sería inversa ya que, sobre no utilizar fórmula tan genérica, restringe además los modos de comisión bien a las maniobras fraudulentas del Código penal francés, bien a los artificios y embustes del italiano (35). Esto significaría que en nuestro Derecho, independientemente de lo que ocurre en otros ordenamientos, la simple mentira bastaría para que se cumpliera el requisito del engaño en el delito de estafa.

Ahora bien, esta amplitud que se atribuye al concepto de engaño en nuestro Derecho frente a otros ordenamientos no es, a mi juicio, cierta. Ya Antón había advertido que la exigencia de una relación de causalidad entre el engaño y el error en que incurre quien realiza el acto de disposición permite obtener algunas restricciones (36). Pero yo diría algo más. La amplitud del concepto de engaño que parece deducirse del artículo 533 del Código penal queda restringida prácticamente al mismo ámbito que en otros ordenamientos en la medida en que unánimemente se exige para la tipicidad del engaño que sea *idóneo para producir error* (37). Las maniobras fraudulentas, los artificios y embustes y demás exigencias objetivas de otros Códigos penales conducen a los mismos resultados prácticos a los que se llega con la exigencia de la *idoneidad* del engaño (38). De ahí que podamos referirnos a la

(35) Cfr. J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., págs. 5 y sigs.; y A. QUINTANO, *Tratado*, II, cit., págs. 580 y sigs.

(36) J. ANTÓN, *Las estafas*, cit., pág. 7.

(37) Cfr. J. ANTON, *Las estafas*, cit., pág. 7; A. QUINTANO, *Tratado*, II, cit., págs. 591-592. Y una jurisprudencia reiterada: "engaño de índole susceptible de producir error y con entidad suficiente para mover la voluntad de la víctima", S. 15 abril 1964; este engaño idóneo, eficaz y suficiente, esencia del delito de estafa, ha de producir un error", S. 9 febrero 1976. En sentido similar, 25 enero 1964, 29 septiembre 1966, 22 junio 1972, 11 diciembre 1968, 10 marzo 1977.

(38) Es más, el carácter más restrictivo que se atribuye al delito de estafa en Alemania no ha impedido que la jurisprudencia alemana haya sido aún más rígida que la española bastando para la estafa que quien

doctrina y jurisprudencia extranjeras entendiendo que parten de presupuestos jurídico-penales similares.

Pues bien, así como en la doctrina francesa se excluye del delito de estafa la simple mentira incluso la producida o reiterada por escrito por faltar las maniobras fraudulentas que exige la Ley (39), del mismo modo debemos entender en Derecho español que la simple mentira no basta para la concurrencia del engaño (40) mientras no se muestre como idónea para hacer incurrir en error.

B) *Intentos para entender la ocultación del carácter no comercial de la letra como algo más que una simple mentira.*

a) *Incumplimiento del pacto de decir verdad.*—Sin duda alguna la doctrina jurisprudencial que comentamos le da importancia al «pacto de decir verdad» sobre el auténtico carácter de la letra, concertado entre el Banco y quien presenta el efecto al descuento. El incumplimiento de dicho pacto parece ser lo que, a juicio de dicha doctrina, sirve para calificar el hecho de estafa. Así aparece expresamente en la S. 11 noviembre 1968 al advertir que «aunque el descuento bancario concedido a los comerciantes e industriales descansa en la confianza que éstos inspiran por sus negocios, se falta a ella y a la lealtad del pacto al presentar a descuento y percibir el importe de letras que no responden a operaciones mercantiles». En realidad el incumplimiento del pacto de decir la verdad no puede entenderse como un comportamiento digno de ser penalmente castigado so pena de extender el delito de estafa a límites insufribles. Estamos más bien en presencia de una mentira que no basta para apreciar concurrente el engaño típico.

En Alemania para justificar el castigo por estafa se apeló a la obligación jurídica de dar a conocer el verdadero carácter de la letra (41). Sin embargo, ya la S. 24 de marzo de 1965 de nuestro

---

entrega la letra sepa que los Bancos sólo descuentan letras comerciales (Cfr. W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 656), ni que algún autor alemán mantenga la tajante tesis de que entraña delito de estafa el descuento de letras financieras incluso las entregadas en pago (BAUMBACH-HEFERMEHL, *Wechselgesetz un Scheckgesetz*, 11. Auflage, München 1973, pág. 47) cuando se oculta su verdadero carácter. Y en Francia, aunque la jurisprudencia y doctrina mantiene una concepción restringida del concepto de engaño como veremos a lo largo de este trabajo, el texto legal no impide que R. GARRAUD, *Traité Théorique et pratique du Droit pénal française*, VI, 3.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por P. Garraud, París, 1935, pág. 435, al estilo de la jurisprudencia española aprecie el engaño en la apariencia de una operación sería de descuento.

(39) Cfr. F. GOYET, *Droit pénal spécial*, 8.<sup>a</sup> ed. refundida y puesta al día por M. Rousselet-P. Arpaillange-J. Patin, París, 1972, pág. 667.

(40) "Si bien todo engaño consiste en una mentira, no toda mentira constituye engaño", A. QUINTANO, *Tratado*, II, pág. 596.

(41) W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., págs. 656-657. Vid. también *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, Tübingen 1977, págs. 67 y 69.

Tribunal Supremo entendió, a mi juicio acertadamente, que «ningún precepto jurídico le obligaba a acreditar que las letras de cambio correspondían a una operación mercantil o que en el momento del vencimiento el librado tenía provisión de fondos». De todas formas, aunque existiera esa extraña obligación jurídica, influiría a lo sumo en orden a la anulación del contrato de descuento por error sobre sus condiciones esenciales, pero no en cuanto a la existencia del delito de estafa ya que seguiríamos estando ante una simple mentira.

b) *La apariencia de provisión de fondos.*—En la línea de ver en el comportamiento que nos ocupa algo más que una simple mentira, Garraud observó que la negociación de un efecto sin provisión de fondos es lícito en la medida en que el librador obre de buena fe pero si el acreedor del efecto ficticio lo presenta al descuento sabiendo que no va a ser pagado a su vencimiento. «ha cometido una estafa porque por medio de una *mise en scène*, la *apariencia de una operación sería de descuento*, se ha apropiado de bienes ajenos» (42). Se olvida aquí, sin embargo, que la presentación de una letra al descuento, aunque pueda implicar una cierta apariencia de provisión de fondos, es decir, una cierta apariencia del carácter comercial de la letra, lo único que testimonia con claridad es que los firmantes de la letra han asumido por el simple hecho de la firma determinadas obligaciones cambiarias (43). Precisamente, como veremos más adelante, va a ser esto y no el carácter comercial o no de la letra, lo que mueva fundamentalmente la voluntad del descontante, porque como se ha dicho en alguna ocasión, el buen fin de una letra depende de la solvencia del aceptante, librador o endosante y, si realmente son dignos de crédito, es indiferente para la seguridad del efecto bajo qué fundamentos han asumido las obligaciones cambiarias (44).

Sea como fuere lo cierto es que la doctrina francesa hoy, en contra de la antigua opinión de Garraud, opina de modo mayoritario que no hay aquí esa *mise en scène* que permitiera afirmar la tipicidad del fraude sino más bien una simple mentira reiterada por escrito con la creación de la letra no comercial (45).

c) *Defraudación en la sustancia de la cosa.*—En Alemania, Obermüller entiende que hay en el supuesto que comentamos algo más que una mentira y justifica la estafa por un argumento-

(42) R. GARRAUD, *Traité*, VI, cit., pág. 435.

(43) Pero no supone que el librado sea deudor hasta el punto de que no hay delito de falsedad en «el hecho de consignar como librado a persona que nada adeuda al librador... (ya que) no supone necesariamente alteración ideológica de la verdad en el estricto orden cambiario en el que, dada su abstracción, los conceptos de librado y deudor no son forzadamente sinónimos». S. 13 diciembre 1976.

(44) Vid. F. H. WINTER, *Besondere Formen*, cit., pág. 1848.

(45) Cfr. R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, cit., pág. 543 y M. GAPPOLDE, *Les effets de "Cavalerie"*, cit., pág. 22, quienes, además, atribuyen dicha observación a Garçon.

que traducido a la terminología legal española, consistiría en una defraudación en la sustancia o calidad de las cosas que se entregaren en virtud de título obligatorio (art. 528 del Código penal). Observa Obermüller que cuando se presenta al descuento una letra no comercial ocultando su auténtico carácter se produce un engaño similar al que comete el comerciante que entrega al comprador en lugar de la mercancía solicitada otra distinta, pero de idéntico aspecto (46). Y esto es así, según Obermüller, porque, estando prohibido a los Bancos centrales (*Landeszentralbanken*) el redescuento de letras no comerciales, la letra de esta clase descontada por un Banco representa para éste un objeto totalmente distinto al reclamado (47). Y, según otra opinión, porque la experiencia demuestra que el número de letras financieras pagadas es sensiblemente menor que el de las comerciales (48), en definitiva que los riesgos del descuento de la letra que no responde a una real transmisión patrimonial son mayores para quien concede el crédito que los que se derivan de las letras comerciales. El engaño consistiría entonces en la entrega de una mercancía no solicitada y de valor inferior a la reclamada aprovechando maliciosamente la similitud entre ambas.

La tesis expuesta, defendida en Alemania, parte de las peculiaridades del Derecho cambiario y de la práctica bancaria de descuento propias de aquel país. En España la cuestión es distinta. En efecto, de un lado el redescuento de las letras financieras es práctica lícita y común en la realidad bancaria española (49). De otro lado, mientras en Alemania los Bancos tienen prohibido el descuento de letras no comerciales (50) en España además de no existir tal prohibición son los propios Bancos quienes exigen letras con firmas de favor como garantía de un préstamo (51).

Pese a todo es obligado reconocer que las letras no comercia-

(46) W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 657.

(47) W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 656. Según K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 61, el § 19 de la *Bundesbankgesetz* prohíbe el redescuento de letras financieras. Y, en opinión de R. MÜLLER, *Die Strafverfolgung der Wechselreiterei im Hinblick auf neue Finanzierungsmethoden*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1959, pág. 2193, el redescuento al Banco Central puede implicar para el Banco que presenta la letra un delito de estafa o de abuso de crédito.

(48) Argumento recogido por F. H. WINTER, *Besondere Formen*, cit., pág. 1849.

(49) Con un tipo de redescuento más elevado que el normal. Cfr. J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones*, cit., pág. 228.

(50) Cfr. F. H. WINTER, *Besondere Formen*, cit., pág. 1849.

(51) Cfr. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277. Refiriéndose a Francia en el mismo sentido E. GARÇON, *Code pénal annoté*, nueva ed. revisada y puesta al día por M. Rousselet, M. Patin y M. Ancel, III, París, 1959, pág. 76. Es interesante saber que, a juicio de K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 60, el crédito mediante letras de cambio no tiene en Alemania la importancia que en Francia. La situación española parece ser más similar a la francesa que a la alemana. Cfr. K. TIEDEMANN-J. COSSON, *Straftaten und Strafrecht im deutschen und französischen Bank- und Kreditwesen*, Köln 1973, págs. 25 y 51.

les implican más riesgos para el Banco. En este sentido decía Garrigues que, a efectos del descuento, «las letras cuyo cobro es más seguro serán las libradas por un comerciante sobre otro, como medio de liquidar entre ellos una operación de venta de mercancías» (52). También podrá reconocerse que el autor al crear la letra y presentarla al descuento ocultando su verdadero carácter no sólo miente sino que hace además un despliegue externo de actividades tendentes a conseguir un lucro. Pero entonces la pregunta definitiva es si el montaje de todo el embuste, la mentira así revestida es engaño *idóneo* para inducir a error al Banco.

C) *Inidoneidad del comportamiento para inducir a error al Banco.*

La simple presentación al descuento de una «letra vacía» ocultando su verdadero carácter no es engaño *idóneo* para inducir a error al Banco. Creo que no sería equivocado afirmar que a un Banco no se le engaña con tal embuste dado el desarrollo de la práctica del descuento bancario.

Hemos de partir de la observación de Garrigues de que «los banqueros no descuentan las letras en consideración a la provisión de fondos, sino en consideración a la solvencia de los firmantes» (53), como en alguna ocasión reconoció la propia jurisprudencia (54). Es cierto, sin embargo, que la solvencia o credibilidad de un comerciante se puede hacer ostensible en el número y clase de letras que libre contra sus deudores, ya que es prueba del volumen de su comercio y del montante de sus créditos. Ahora bien, resultaría sumamente ingenuo pensar que la solvencia del comerciante la apoya el Banco en el número de efectos presentados al descuento. En esta ingenuidad incurre, en general, la corriente jurisprudencial que comentamos, y como muestra bastaría citar la siguiente reflexión de la sentencia 4 de octubre de 1966: «el engaño urdido por el procesado de que la puesta en circulación de las cambiales obedecía a deudas que los librados tenían con él, lo que resultó incierto... fue suficiente para que el Banco creyese en la existencia de las supuestas deudas y no tuviese inconveniente en descontar los efectos, confiado en que los librados aceptarían y pagarían a su vencimiento el importe de las mismas». Una afirmación de esta índole olvida la insólita eficacia del aparato crediticio capitalista a efectos de conocer la solvencia de sus clientes.

(52) J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 270.

(53) J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277; en el mismo sentido J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones*, cit., pág. 227.

(54) S. 29 noviembre 1971: «para cuyo descuento viene pesando preponderantemente en el ánimo de la entidad bancaria el arraigo del librador, único responsable en los referidos supuestos (s. c. letras sin aceptar), dentro del estricto, formal y riguroso ámbito cambiario, con abstracción de la existencia de adeudo subyacente, así como de la solvencia o propia disposición del librado». Idéntico contenido en S. 19 noviembre 1971.

En el Reglamento del Banco de España se prevé para las operaciones de descuento de los Bancos las *listas de crédito* donde se consignan entre otras cosas los negocios y los bienes del interesado, e impone como obligación del Banco «informarse reservadamente sobre las circunstancias y crédito de cada firma» consignada en la letra (55). Para cumplir esta obligación y «clasificar» a un determinado cliente a efectos de fijar el límite de crédito para el descuento, pueden los Bancos desde exigir elementales medidas garantizadoras (relación de bienes, contabilidad de la empresa, presentación de las facturas o documentos que prueben la bondad de las letras que se vayan descontando, etc...) hasta emplear las más sofisticadas técnicas que en parte conocen quienes se relacionan con el mundo del crédito. Ante esta realidad resulta difícil creer que el Banco que otorga el descuento realiza un *acto de disposición patrimonial* a consecuencia del *error* en que incurre por haber ocultado su cliente el verdadero carácter de la letra presentada.

Del mismo modo resulta ingenua, e implica desconocimiento de la realidad del descuento bancario, la tesis de la S. de 5 de febrero de 1962 al estimar engaño suficiente «el descuento de letras giradas a personas imaginarias» (*tirage a l'air*). A este respecto observó Tiedemann que esta modalidad de abuso de crédito tiene carácter primitivo y hoy en Alemania es prácticamente inexistente, ya que los Bancos no descuentan letras sin cerciorarse de la existencia y solvencia de los deudores cambiarios (56). Si esto es así, y nada impide, sino al contrario, pensar que en España la práctica bancaria es idéntica, resulta impropio hablar aquí de engaño idóneo (57).

Pero además la tesis jurisprudencial que comentamos se hace a mi juicio insostenible cuando se observa que, salvo contadísimas excepciones, las condenas por estafa que se conocen no corresponden al descuento de letras de favor sino a letras sin acepto presentadas con la sola firma del librador (58), precisamente las letras que la doctrina y la jurisprudencia francesas excluyen radicalmente del delito de estafa (59). E igualmente debería excluirse frente a nuestro Derecho ya que aquí es prácticamente imposible.

---

(55) Ampliamente J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., págs. 272-273.

(56) K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 60.

(57) Según M. GABOLDE, *Les effets de "Cavalerie"*, cit., pág. 26, nos encontramos aquí nuevamente con la reiteración escrita de una mentira sin relevancia a efectos de estafa.

(58) Son escasas las sentencias en donde se trata de casos de letras de favor (con la firma de favor y la del favorecido): 24 marzo 1965 (descuento bancario; condena); 28 junio 1962 y 27 marzo 1963 (descuento a un particular; condena); 9 junio 1962 y 21 abril 1972 (se plantea posible estafa al aceptante de favor; absuelve).

(59) Reiteración escrita de una mentira sin relevancia penal, según R. GARRAUD, *Traité*, VI, cit., pág. 436; M. GABOLDE, *Les effets de "Cavalerie"*, cit., pág. 26; F. GOYET, *Droit pénal spécial*, cit., pág. 668, nota 3.



acreditar la idoneidad del engaño. Una letra presentada con la sola firma del librador entraña una garantía disminuida al no cumplir aquí ningún papel la responsabilidad solidaria de los firmantes y estar sometido todo el riesgo a la solvencia de un sólo comerciante. Además, como prueba del menor valor del documento, el Banco de España rechaza esta clase de letras a efectos del redescuento (60). Esta pérdida de valor quizá sea la que explique que el artículo 178 del Código de comercio prohíba a los Bancos el descuento de esta clase de letras («tampoco podrán descontar letras, pagarés u otros valores de comercio sin la garantía de dos firmas de responsabilidad»). Pues bien, pretender, como hace la jurisprudencia que al ocultar el carácter no comercial de esta clase de letras, se realiza un engaño idóneo para inducir a error al Banco, es una tesis muy poco convincente. Si el Banco concede el descuento se debe exclusivamente a la solvencia del único firmante del efecto, significando bien poco la existencia o no de provisión de fondos ya que el librado no asume obligaciones cambiarias. En esta clase de operaciones se puede decir que el Banco está corriendo riesgos impropios de un buen comerciante. Pero tales riesgos los asume el Banco de manera voluntaria y compensados por la elevada tarifa que, sin duda, ha hecho cargar sobre la operación de crédito. Cuando la operación resulta fallida no puede decirse que el daño sea consecuencia de un engaño (la ocultación del carácter no comercial de la letra), sino más bien consecuencia de la audacia mercantil del Banco al descontar letras pese a la escasa garantía cambiaria que reportan, pese a la prohibición del artículo 178 del Código de comercio y pese a la imposibilidad del redescuento.

Por eso cuando la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo aprecia estafa por el simple hecho de ocultar el carácter no comercial de una letra que se presenta con la sola firma del librador, está alentando una práctica bancaria no deseable, está protegiendo excesivamente los intereses bancarios y, por último, puede operar como factor criminógeno ya que entonces la letra implica para el Banco una garantía criminal, pudiendo colocar dinero a «buen» precio con la garantía de una letra no comercial, del mismo modo que el delito de cheque en descubierto puede servir de instrumento del chantaje y la usura.

Lo dicho hasta ahora en rechazo de la tesis jurisprudencial puede resumirse con las acertadas palabras de Garçon: «el descontante debe apreciar el valor de las firmas que se le ofrecen. Si tiene dudas sobre la solvencia del librador, que admite como deudor, puede exigir otras firmas, la del librado o la de avalistas, o renunciar a descontar la letra. Sólo a sí mismo se debe reprochar el haber equivocado la confianza depositada o el haber omitido las precauciones. Las maniobras fraudulentas no aparecen

---

(60) Cfr. J. M. CALPE IBARZ, *Algunas consideraciones*, cit., pág. 227.

más que si, por actos independientes de la operación de descuento, el descontante ha incurrido en error sobre la solvencia de un firmante del efecto o si se ha visto impedido para informarse con exactitud. Estos principios se han considerado indiscutibles durante mucho tiempo: las sentencias que admiten la solución contraria muestran simplemente como, por extensión progresiva, se puede llegar a suprimir las condiciones esenciales del delito. Y así se olvida la regla fundamental de que la interpretación de la ley penal es restrictiva» (61).

En alguna ocasión el Tribunal Supremo se ha desviado de la corriente jurisprudencial y han negado la existencia de engaño, pero desgraciadamente son casos aislados que no han creado doctrina. Así la S. de 15 de abril de 1970 señaló que «el procesado no simuló bienes ni negocios imaginarios para obtener el descuento de letras del Banco, sino que éste, en atención a ese establecimiento mercantil que realmente existía, y a la confianza que le inspiraba su titular le abrió un crédito para los giros de su negocio hasta el límite que creyó conveniente, y por tanto las letras descontadas dentro de este marco, aunque algunas no obedecían a una operación mercantil, *no se abonaban mediante engaño, sino sobre la base de un negocio y con la garantía del librador que era el obligado a su pago*; siendo de observar que las letras a que se refiere la querrela no estaban aceptadas por los librados... lo que evidencia que al ser entregadas al Banco sólo existía una persona obligada a su pago que era el librador» (62).

En definitiva, la simple ocultación del carácter no comercial de la letra que se presenta al descuento bancario no constituye por sí sola el engaño propio del delito de estafa por no ser idóneo para inducir a error (63), siendo necesaria otra actividad.

## 2. *El perjuicio. La consumación del delito de estafa.*

Es opinión común la de que el delito de estafa se consuma en el momento en que el Banco descontante realiza la entrega del dinero (64), es decir, «cuando la cantidad descontada se ingresa

(61) E. GARÇON, *Code pénal*. cit., pág. 76. La opinión de la doctrina francesa tiene especial interés porque la jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre la cuestión hace más de un siglo.

(62) En sentido similar la S. 5 febrero 1962: "no introdujo en la operación un elemento encubierto... que llevara por sí sólo a un descuento presentado como normal, y capaz la maniobra de producir error o confusión en el tomador, aún cuando hubiera en la elección de librados total ausencia de provisión de fondos, pues este elemento personal de las letras, así redactadas, juega papel secundario".

(63) Téngase en cuenta que el engaño puede ser idóneo cuando no se trata de descuento bancario. Tal es el caso de la S. 27 marzo 1963 en que se entregan letras no comerciales ocultando tal carácter a una mujer sorda y analfabeta.

(64) 30 abril 1973: "consumado ya desde la entrega de la cosa"; 12 enero 1965: en el momento mismo que se percibe el dinero de la entidad bancaria". Similar S. 26 junio 1976, 16 marzo 1977.

en la cuenta corriente o la recibe el sujeto activo» (S. de 24 de noviembre de 1975). El posterior pago de la letra no influye en la consumación, sino en la cuantía de la responsabilidad civil (65).

Sobre esto no existe la menor duda. Ahora bien, hay un tema previo que la jurisprudencia no se ha planteado. Aunque el momento en que el Banco realiza el acto de disposición patrimonial sirve para determinar la consumación del delito, ello no quiere decir que *baste* la entrega del dinero para la concurrencia de la estafa, sino que es necesario que ese acto de disposición patrimonial entrañe un perjuicio para el Banco. Es necesario, por tanto, que la entrega del dinero determine una disminución del patrimonio del sujeto pasivo de la estafa en comparación con la situación del mismo patrimonio antes de realizar el acto de disposición.

La cuestión de si concurre tal perjuicio en el supuesto que comentamos tiene una solución de tipo tradicional favorable a admitir el perjuicio en todo caso y con la que probablemente ha contado siempre la jurisprudencia. El Banco sufriría un perjuicio porque al disponer del dinero entregándolo al librador como consecuencia del contrato de descuento ve disminuido su patrimonio, sin que la adquisición de la titularidad de los derechos y acciones cambiarios y civiles implique una compensación suficiente. En efecto, no se puede decir que frente a la disminución de liquidez del patrimonio nacen en éste como valor económico compensable derechos y acciones, porque, de un lado, el derecho sobre una cosa entraña menor valor que la propia cosa («minus est actionem habere quam rem») y de otro lado, porque el valor real de la letra vacía es inferior al de la letra comercial (66).

Esta argumentación, aunque atendible, no es definitiva. Hay que tener en cuenta, de un lado, que en casos las letras financieras tienen un valor económico idéntico al de las letras comerciales por la seriedad de los firmantes (67). De otro lado, es cierto que sólo desde una concepción jurídica del patrimonio (hoy rechazada) se podría decir que la pérdida de liquidez de un patrimonio compensa con el derecho de crédito nacido, porque en tal caso no habría nunca perjuicios ni estafas; pero también es cierto que aquí no se trata sólo de una pretensión procesal de recuperar la cosa o de exigir la indemnización, sino de un derecho de crédito arropado eficazmente con todas las garantías que entra-

---

(65) La devolución posterior del importe afecta a la responsabilidad civil, pero no a la consumación (S. 24 mayo 1961). Es irrelevante que el aceptante, cuya firma había falsificado el librador, pague la letra para sostener su crédito en los Bancos (12 enero 1965) o que pague la letra el propio librador (26 junio 1976), o que el autor incluyera en la posterior suspensión de pagos en que incurrió, el crédito que el Banco adquirió por la operación de descuento (24 noviembre 1975).

(66) Argumentación similar a esta última en la jurisprudencia alemana. cfr. W. OBERMÜLLER, *Kredit durch Finanzwechsel*, cit., pág. 656.

(67) Cfr. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 61.

ña la letra adquirida. El Banco que se desprende del dinero no sólo se convierte en acreedor del beneficiado por el descuento, adquiriendo un crédito «salvo buen fin», sino que además, y sin pronunciarnos sobre la compleja naturaleza del contrato de descuento (68), obtiene la garantía que implica la cesión de una deuda. El Banco podrá proceder, además, con el rigor propio de la acción cambiaria contra los firmantes de la letra. Y si el descuento de la letra se verifica mediante endoso, es mayor aún la posición ventajosa del Banco endosatorio (69). Por todo ello creo que es lícito, al menos, dudar que el descuento de letras no comerciales produzca *siempre* perjuicio al Banco, prueba de ello es que el propio Banco solicita a veces letras de esta clase (letras de favor) para verificar un préstamo.

Una solución más atendible se está abriendo paso en la doctrina alemana. Se trataría de afirmar sólo el perjuicio en el caso de falta de solvencia o crédito en los que asumen las obligaciones cambiarias, o en los casos en que el Banco haya pagado una suma mayor de la habitual para letras comerciales (70).

En definitiva, el acto de disposición patrimonial consistente en la entrega por parte del Banco del importe del descuento de letras de cambio no comerciales, no siempre acredita la producción de un perjuicio en el sentido del delito de estafa.

## VI. LIMITES A LOS QUE QUEDA REDUCIDA LA ESTAFA.

En el juicio de antijuricidad que pesa sobre la conducta típica de estafa no es difícil constatar el desvalor de acción, cifrado fundamentalmente en el engaño y el ánimo de lucro, y el desvalor de resultado en el perjuicio. Pues bien, son precisamente el ánimo de lucro, el engaño y el perjuicio los requisitos del delito que establecerán los límites decisivos para el castigo del descuento bancario de letras vacías ocultando su verdadero carácter.

En cuanto al elemento subjetivo la doctrina jurisprudencial comentada no dio importancia al ánimo de lucro en el sentido de que la intención de pagar o no la letra a su vencimiento (por parte del librador, del aceptante de favor o de ambos) no es cuestión que aparezca discutida en las distintas sentencias. De hecho, aunque no se haya planteado así, la doctrina jurisprudencial conduce a condenar si la letra no es pagada, independientemente de cuál haya sido la intención del autor a la hora de solicitar el descuento (71).

(68) Cfr. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., págs. 253 y sigs.

(69) Sobre el descuento mediante endoso vid. J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 266 y sigs.

(70) Cfr. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., págs. 61-62, quien añade el supuesto de pérdida de liquidez bancaria al no poder redescantar la letra financiera, supuesto no válido para nosotros ya que aquí se admite el redescuento de tales letras.

(71) Y como la estafa está pensada para hechos de mayor gravedad, en bastantes casos los tribunales han tenido que utilizar el art. 2 del Có-

Sin embargo, la figura de estafa exige el ánimo de lucro entendido como la intención de obtener una ventaja patrimonial a costa del patrimonio ajeno que, traducido al supuesto que planteamos, se trataría de la intención de no pagar el importe de la letra a su vencimiento. De modo que no comete estafa quien presenta una letra vacía al descuento bancario ocultando su carácter si tiene intención de pagar la letra a su vencimiento o de proveer de fondos al librado.

En lo relativo al engaño he mantenido en este trabajo que no basta la simple mentira siendo necesario que concorra aquello que la convierta en engaño idóneo para inducir a error al Banco, y no concurre cuando se trata sólo de la ocultación del carácter real de la letra. Hay supuestos en los que la concurrencia del engaño no ofrece duda alguna acreditándose de manera convincente el desvalor de acción. Tal es el caso del «comerciante que simula una factura para hacer creer en la existencia de un contrato de venta y convencer así al Banco de que le descuenta letras, que no responden a ninguna efectiva provisión de fondos derivada de una venta» (72). Un supuesto similar ha sido enjuiciado y, a mi juicio, correctamente entendido como estafa en la S. 24 marzo 1965 en que el procesado presenta «facturas para dar la engañosa impresión... de que eran letras normales y de que era próspera la marcha del negocio» de modo que el motivo del descuento residió «en la aparente solvencia del librador, apariencia por él mismo creada y reforzada en la forma referida» (73). Igualmente tampoco es de dudar la existencia de engaño idóneo para inducir a error al Banco en el caso en que el procesado, para obtener el descuento, crea una apariencia de solvencia presentando al Banco una relación de bienes que en realidad estaban adquiridos a crédito y no había pagado o que pertenecían a otros (S. de 10 de diciembre de 1969). Hay estafa también si el autor, como ocurría en los hechos enjuiciados por la S. de 23 de diciembre de 1969 mediante «simulación de bienes y falsa titularidad de un negocio»; finge ser «comerciante de piensos al por mayor y simulando gozar de una solvencia económica muy superior a la que realmente tenía», consigue beneficiarse del descuento bancario. Por último tampoco puede dudarse del delito cuando el autor falsifica la firma del aceptante (74).

digo penal para conseguir adecuar la pena a la gravedad del hecho. Vid. SS. 17 noviembre 1965, 12 mayo 1972, 24 noviembre 1975.

(72) Ejemplo de J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., págs. 277-278. La doctrina francesa, a mi juicio impropriamente, critica la posición jurisprudencial que aprecia aquí delito de estafa, advirtiendo que se trata de nuevo de una simple mentira. Así E. GARÇON, *Code pénal*, cit., pág. 76; M. GABOLDE, *Les effets de "Cavalerie"*, cit., pág. 25; R. GARRAUD, *Traité*, VI, cit., pág. 438.

(73) Caso parecido en S. 25 enero 1964: falsificación de firma en la factura.

(74) Vid. SS. 24 mayo 1961, 12 enero 1965 y 26 junio 1976. Aunque no se trata de descuento bancario, vid. también 20 junio 1964 y 16 marzo 1977.

Pero los supuestos más interesantes por la gravedad de sus efectos económicos, son aquellos en los que el autor no sólo oculta el carácter de la letra, sino también su estado de insolvencia o su grave crisis económica (o la de otros firmantes), y presenta la letra al descuento con el ánimo de no pagar. Es así como se presentan los casos de cabalgata de letras, los efectos en que se estampa firma de favor por precio, las letras libradas entre insolventes (75) y, en general, las letras de colusión. En la doctrina francesa es posición dominante considerar los casos referidos como auténticas estafas por el argumento de que la intervención de terceros en el embuste (*mise en scène*) implica la maniobra fraudulenta exigida en la Ley (76). Pese a que nuestro Derecho positivo no exige maniobras «fraudulentas», sino más bien «engaño idóneo», creo que debemos llegar a la misma conclusión. La jurisprudencia sólo se ha pronunciado sobre el caso del comerciante, hasta entonces digno de todo crédito y con amplias relaciones comerciales, que en período de grave crisis económica libra letras vacías contra anteriores clientes ocultando el carácter no comercial de la letra y su situación económica actual. El Tribunal Supremo mantiene, con argumentos a mi juicio atendibles, que el error en que incurre el Banco es consecuencia adecuada del engaño urdido, porque «en el ánimo de la entidad bancaria pesa el arraigo del librador o las anteriores relaciones comerciales con los librados» (77).

En lo que respecta, por último, al perjuicio se ha apuntado anteriormente que los supuestos en los que el detrimento patrimonial es indubitado se refieren a firmantes carentes de solvencia o crédito o a los casos en que el Banco ha pagado una suma mayor de la habitual en el descuento de letras comerciales.

Así, pues, sólo concurriendo el ánimo de lucro, el engaño y el perjuicio con el contenido señalado (aparte del resto de elementos de la estafa) nos hallamos ante la estafa de abuso de crédito mediante descuento bancario de letras vacías, a incluir en alguna de las modalidades del número 1 del artículo 529 según cada caso.

---

(75) J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277, describe el ejemplo "tan frecuente de dos comerciantes que sabiendo que la quiebra de uno de ellos es inevitable, libran entre sí letras con el fin de que el futuro quebrado obtenga dinero y pueda huir dejando burlados a sus acreedores".

(76) Cfr. R. GARRAUD, *Traité*, VI, cit., pág. 435; M. GABOLDE, *Les effets de "Cavalerie"*, cit., págs. 23-24; F. GOYET, *Droit pénal spécial*, cit., pág. 668, nota 3; R. ROBLLOT, *Les effets de commerce*, cit., pág. 543.

(77) S. 25 noviembre 1972. En idéntico sentido 12 mayo 1972, 30 abril 1973.

## VII. CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA.

La amplitud con que la jurisprudencia española ha aplicado el delito de estafa prueba el interés por reprimir el uso de las letras no comerciales independientemente de la intención defraudatoria, de la idoneidad del embuste y del perjuicio causado. Resulta obligado entonces preguntarnos sobre la oportunidad de una nueva figura delictiva.

Lo primero que hay que preguntarse ha de referirse al objeto de protección, y al respecto encontramos dos modelos, de distinta orientación, en el Derecho comparado. De un lado, el artículo 509 del Código penal belga (78), en el que parece latir más bien la idea de una nueva modalidad de defensa del patrimonio individual, incluye el delito como una variante de las defraudaciones al lado de la estafa y da cierta importancia a la figura del librado al excluir el delito su autorización para el giro (excluyendo, pues, las letras de favor). De otro lado nos encontramos con la propuesta del Proyecto Alternativo alemán (79) que enfoca el nuevo delito en la línea de proteger la letra como instrumento del tráfico económico evitando los riesgos político-monetarios y el peligro para el patrimonio individual que produce el uso de letras vacías. La figura preconizada se incluiría entre los delitos contra la economía, más concretamente, en los que atentan contra los medios de pago y crédito, por lo que ni los medios fraudulentos, ni el perjuicio (independientemente de que la punición del uso de letras de favor se supedite a que no hayan sido pagadas), ni el ánimo de lucro sean elementos decisivos del delito.

---

(78) Art. 509: "Sera puni d un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 26 francs à 3.000 francs, celui qui se sera frauduleusement procuré des fonds, valeurs ou décharges au moyen d'un effet tiré sur une personne qui n'existe pas ou qu'il savait ne pas être sa débitrice ou ne pas devoir l'être à l'échéance, et qui ne l'avait pas autorisé à tirer sur elle. Toutefois, les poursuites ne pourront avoir lieu, ou cesseront, si l'effet a été payé, ou si les fonds ont été découverte à moins que le tiré n'ait porté plainte. Dans ce cas, le coupable sera condamné à un emprisonnement de quinze jours à trois mois et à une amende de 26 francs à 300 francs, ou à une de ces peines seulement".

(79) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. B. T. Straftaten gegen die Wirtschaft*, Tübingen 1977. § 186, Wechselmissbrauch. "Wer einen Wechsel, dem weder ein Geschäft über entsprechenden Warenumsatz oder entsprechende Dienstleistungen noch eine Darlehensgewährung durch ein staatlich erlaubtes Kreditinstitut zugrunde liegt, in Verkehr bringt oder weitergibt, ohne auf das Fehlen eines solchen Grungeschäftes hinzuweisen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn der Wechsel bei Vorlage zur Zahlung innerhalb der Vorlegungsfrist nicht eingelöst wird. Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer geschäftsmässig 1. ohne Übernahme der vollen Haftung für die Einlösung die Veräußerung solcher Wechsel vermittelt oder 2. solche Wechsel zum Zwecke der Weiterveräußerung erwirbt und als Gegenleistung für den Erwerb überwiegend andere Wechsel oder Schecks hingibt".

No quiero pronunciarme sobre la idoneidad de crear o no el nuevo delito porque ello exigiría estudios más profundos de otra índole, pero sí me atrevería a hacer algunas observaciones que habría que tener en cuenta.

1. Que es necesario conocer la práctica y el Derecho cambiario de los países que nos pueden servir de modelo (Bélgica y Alemania) para saber su semejanza o diferencia con la práctica y Derecho cambiario español.

2. Que dado que algunas letras no comerciales, en concreto las letras financieras firmadas por comerciantes serios y solventes, son de extendido uso y tienen el mismo valor económico a efectos del descuento o tráfico que las propias letras comerciales, la punición de su uso debería de condicionarse al impago de la misma a su vencimiento (80).

3. Que, se adopte el sistema belga de robustecimiento de la defensa del patrimonio individual, o el del Proyecto alternativo de protección de la propia letra como instrumento de crédito, lo cierto es que una posición maximalista de carácter represivo debe ser recusada. Hay que evitar que la criminalización del uso de las letras no comerciales conduzca a los mismos efectos indeseables que conllevó el castigo indiscriminado del cheque en descubierto: a crear un instrumento de chantaje en manos de prestamistas usurarios. El mismo argumento que Garrigues utiliza frente a quienes pretenden negar validez a las letras de favor puede servir aquí en contra de una penalización ciega e indiscriminada. Decía este autor que «mientras los teóricos del Derecho mercantil formulaban sus doctrinas contra la letra de favor, pensando en proteger a los banqueros, eran precisamente éstos los que si se me permite la frase, favorecían las letras de favor» (81). Pues bien, del mismo modo hay que rechazar una posición maximalista en cuanto a la penalización del abuso de crédito mediante el uso de letras no comerciales mientras la doctrina mercantil consagra su validez y las fuerzas económicas alientan su utilización.

Antes de intentar la solución penal, la más drástica y dañosa, hay que estudiar la posible eficacia de otras medidas protectoras no penales. Habría que pensar, por ejemplo, en una determinación legal o doctrinal de los efectos civiles de esta clase de letras entre los que cabrían la nulidad del contrato de descuento o el ejercicio de la *exceptio doli* en los casos en que el descontante oculta el carácter no comercial de la letra (82). Y hay otras medidas que fueron discutidas por los autores del Proyecto alternativo pero que no se aconsejaron por la influencia que tendrían en el

(80) Vid. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 63; *Alternativ-Entwurf*, cit., pág. 67. También preconiza la condición objetiva del impago P. GRECO, *Come difendere lo sconto*, cit., pág. 822.

(81) J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 277.

(82) Cfr. P. GRECO, *Come difendere lo sconto*, cit., págs. 822-823.



Derecho cambiario, como la de exigir una fórmula que haga patente el carácter financiero de una letra, lo cual afecta al principio cambiario de abstracción, o la posibilidad de establecer el deber de llevar, bajo amenaza de multa, un libro copiator de letras objeto de posibles inspecciones (83). Sólo cuando se demuestre la imposibilidad o ineficacia de estas medidas, es lícito pensar en la sanción criminal como medida preventiva.

---

(83) *Alternativ-Entwurf*, cit., pág. 69.



# Notas sobre el Convenio de Extradición entre España e Italia, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973

FRANCISCO BUENO ARUS

Letrado mayor del Ministerio de Justicia  
Profesor adjunto de Derecho penal

El Convenio de Asistencia Judicial penal y de Extradición entre España e Italia, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973, cuyo canje de instrumentos de ratificación tuvo lugar en Roma el 11 de octubre de 1977, ha venido a sustituir al hasta ahora vigente Convenio de 3 de junio de 1868 (*Gaceta* de 17 de enero de 1869), adicionado posteriormente con un Artículo el 6 de mayo de 1891 (*Gaceta* de 17 de julio). En estas notas me voy a referir exclusivamente a las generalidades, requisitos sustanciales y requisitos formales de la extradición (títulos II y III, artículos 18 a 49), dejando para otra ocasión el examen del título I del Convenio, relativo a asistencia judicial penal.

## I. GENERALIDADES

1. El Convenio no hace un pronunciamiento expreso sobre el *concepto* o la *naturaleza* de la extradición, silencio que es, por otra parte, habitual, no sólo en los tratados, sino también en las leyes internas relativas a la materia (1). Es sabido que la doctrina y la jurisprudencia consideran a la extradición como un acto de auxilio judicial internacional, esto es, de naturaleza procesal, no obstante lo cual, sin duda por su trascendencia, su regulación abunda en principios limitadores, más propios del Derecho penal, como son el principio de legalidad, el de irretroactividad, la interpretación restrictiva. etc.

2. *Clases de extradición.* El Convenio dicta normas, no sólo para la extradición activa (solicitud) y pasiva (entrega), sino también para la extradición en tránsito (art. 43) y para la reextradición a un tercer Estado (art. 36).

---

(1) Para CUELLO CALÓN, la extradición es "el acto por el cual un Gobierno entrega a un individuo refugiado en su territorio al Gobierno de otro país que lo reclame por razón de delito para que sea juzgado y, si ya fue condenado, para que se ejecute la pena o medida de seguridad impuestas" (*Derecho penal*, I, *Parte general*, Barcelona, 1975, 17.<sup>a</sup> edición, pág. 252). En sentido semejante se pronuncia QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, II, Madrid, 1957, pág. 196.

3. *Fuentes de la extradición.* El Convenio regula los principios sustanciales ("las reglas y las condiciones", dice el art. 18) de la extradición y una serie de aspectos del procedimiento. Se refiere a la legislación interna del Estado requirente la determinación de las decisiones que tienen valor equivalente a sentencia firme o mandato de prisión (art. 33, a) y a la del Estado requerido la determinación de procedencia de acción penal contra el nacional no entregado (art. 25) y de persecución por delitos cometidos fuera del territorio del Estado (art. 26, 2), así como el curso de las demandas de detención preventiva (art. 37) y la ocupación y entrega de los objetos que se hallen en poder del reclamado (art. 42, 1). Corresponderá a la legislación de ambos Estados la consideración de los hechos castigados con penas o medidas de seguridad privativas de libertad (art. 19), la prescripción de la responsabilidad penal (art. 29) y la regulación subsidiaria del procedimiento de extradición y de la detención preventiva (art. 44), aunque en estos últimos extremos lo normal será la aplicación preferente de la legislación del Estado requerido.

Conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley española sobre Extradición de 26 de diciembre de 1958 (en adelante, LE), lo no previsto en el Convenio habrá de ser regulado, para las autoridades españolas, por la propia Ley y por la reciprocidad, prometida o convenida por el Gobierno dentro de las orientaciones de aquélla. No es fuente de la extradición en nuestro ordenamiento el Convenio europeo firmado en París el 13 de diciembre de 1957 (su art. 28 le atribuye preferencia sobre los tratados bilaterales), porque España no ha tenido todavía ocasión de adherirse al mismo (aunque ha servido como pauta en los más recientes convenios de extradición negociados por nuestro país).

4. *Interpretación del Convenio.* En este punto solamente se prevé que "las dificultades derivadas de la aplicación y la interpretación del presente Convenio serán resueltas por vía diplomática" (art. 48). Quizá hubiera sido conveniente disponer de la designación de un organismo mixto, encargado de esta interpretación, como hace, por ejemplo, el Convenio de extradición entre Austria y Francia firmado en París el 9 de julio de 1975, que, en su artículo 23, instituye una comisión arbitral al efecto, incluso con participación del Tribunal Internacional de Justicia (2).

Como señalé antes, es usual aplicar a las reglas de los convenios de extradición los principios de interpretación restrictiva y *pro reo*, característicos del Derecho penal.

5. *Lugar de aplicación del Convenio.* "El presente Convenio se aplicará al territorio nacional de España y de Italia" (art. 47). La cláusula es clara en su sencillez, sin necesidad de enumeraciones enojosas, aunque no sé si, con arreglo a las nuevas tendencias, se le reprochará no haber dicho "Estado español" y "Estado italiano".

---

(2) BUENO ARÚS: *Notas sobre el Convenio de extradición entre Austria y Francia, firmado en París el 9 de julio de 1975*, "Documentación Jurídica", 10, abril-junio 1976, pág. 424.

6. *Entrada en vigor del Convenio.* El Convenio entrará en vigor “el primer día del segundo mes a aquel en que tenga lugar el canje de los instrumentos de ratificación” (art. 49), es decir, el 1.º de diciembre de 1977. A diferencia de otros convenios, nada prevé el presente sobre su eficacia retroactiva o irretroactiva, por lo cual estimo, de acuerdo con la orientación señalada anteriormente, que sólo debe ser aplicado a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigor, y no a los procedimientos en tramitación en dicha fecha.

7. *Cesación del Convenio.* El Convenio de 3 de junio de 1868 establecía una duración de cinco años, prorrogable por períodos sucesivos de cinco años si seis meses antes de expirar cada período ninguno de los dos Gobiernos hubiera manifestado su propósito de hacer cesar sus efectos (art. 17). El de 1973, en cambio, establece simplemente que el Convenio “seguirá en vigor mientras no se denuncie por una de las partes contratantes. Sus efectos cesarán seis meses después del día de la denuncia” (art. 49), a mi juicio computados de fecha a fecha.

## II. REQUISITOS SUSTANCIALES

### A) POR RAZÓN DEL SUJETO

1. Las partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente “los individuos contra los que se siga un proceso penal por la comisión de un delito o sean requeridos para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad, impuestas como consecuencia de un delito, por las autoridades judiciales de una de las partes” (art. 18), es decir, los *procesados y penados por razón de delito*, excluyéndose las personas perseguidas o sancionadas por una autoridad administrativa y las condenadas a una medida de seguridad por razón de un estado de peligrosidad predelictual. Esta fórmula mejora la del artículo 1.º del Convenio Europeo de 1957 (en adelante, CE), que se refiere a persecución por una *infracción* y no precisa, aunque se sobreentienda, que ésta ha de ser constitutiva de delito.

2. No se indica expresamente en el Convenio que los presuntos extradictos han de encontrarse en el territorio del Estado requerido (como hacía el art. 1.º del Convenio de 1868), pero su necesidad resulta evidente, aunque sólo sea porque antes de la decisión sobre la entrega es preceptiva la audiencia del reclamado (arts. 16 y 18 de la LE).

3. En principio, es indiferente que el individuo reclamado sea nacional o extranjero para el Estado requirente, con tal de que exista una *conexión* que determine la competencia de las autoridades judiciales de dicho Estado, conexión que el artículo 4 de nuestra LE regula de la manera más amplia, al prever tanto la territorialidad, como la nacionalidad o la protección real del Estado (3). A este respecto,

(3) Sobre estos principios, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal: español. Parte general*, Madrid, 1976, 5.ª edición, págs. 181 ss.

el art. 26, 2 del Convenio (reproducción del art. 7, 2 del CE) dispone que "cuando la infracción que origina la demanda de extradición haya sido cometida fuera del territorio de la parte requirente, la extradición no podrá ser denegada más que si la legislación de la parte requerida no autoriza la persecución de dicha infracción", lo que significa que, fuera del principio de la territorialidad, se puede desconocer la competencia de los Jueces extranjeros en los casos en que no procedería reconocer la de los nacionales. Por lo que respecta a los principios de personalidad y de protección del Estado, cfr. en nuestro ordenamiento los artículos 336 a 341 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, y, por lo que se refiere al principio de la comunidad internacional de intereses, vid. artículos 6, 9.º del Código de Justicia Militar y 288 y 452 bis a) del Código penal común, aunque en estos casos resultaría preferente la jurisdicción española y el individuo reclamado no sería entregado.

No se prevé en el Convenio un condicionamiento semejante al contenido en el artículo 6 del Convenio de 1868, que, en los casos en que el procesado o reo fuera extranjero en los dos Estados contratantes, obligaba a informar al Estado de la nacionalidad, y si éste reclamaba también al acusado, a resolver sobre el concurso de solicitudes. Pero una obligación similar ha de entenderse subsistente respecto del Estado del territorio cuando el solicitante sea el Estado de la nacionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, 2.º de la LE, supletoria de los convenios de extradición (art. 1, 2.º de la misma LE).

4. En cuanto a los *nacionales*, el régimen tradicional (reflejado, por ejemplo, en el art. 3 de la LE y en el art. 5 del Convenio hispano-italiano de 1868) era el de rechazo categórico de la solicitud de extradición. Con más flexibilidad, el artículo 26 de la Constitución italiana y el artículo 13 de su Código penal disponen que "La extradición del ciudadano solamente puede ser consentida cuando se halle especialmente prevista en convenciones internacionales". El régimen contemporáneo es facultativo y permite conceder o denegar la extradición de los nacionales por razones que se habrán de ponderar en cada caso, y que podrían ser el domicilio o el arraigo del interesado en uno u otro Estado, o incluso su propio consentimiento (4). En esta línea, el artículo 6, 1 del CE señala que "toda parte contratante tendrá la facultad de rechazar la extradición de sus nacionales", fórmula que acepta el Convenio hispano-italiano de 1973 (y que ya figuraba, en términos semejantes, en el art. 4 del Tratado hispano-norteamericano de 29 de mayo de 1970) (5): "Ambas partes tendrán la *facultad* de denegar la extradición de sus nacionales", facultad que, conforme a lo expuesto, deberá ejercitarse discrecional, pero no arbitrariamente.

"La condición de nacional será apreciada en el momento de la de-

(4) Sobre los sistemas de extradición de los nacionales, vid. PIOMBO: *Extradición de nacionales*, Buenos Aires, 1974.

(5) VILARIÑO PINTOS: *El nuevo tratado de extradición entre España y los Estados Unidos de América*, "Revista Española de Derecho Internacional", 1970/4, págs. 724 y s.

cisión sobre la extradición" (art. 25, 1), fórmula que permite un "fraude de convenio" por parte del Estado requerido, concediendo en el último momento la nacionalidad al reclamado, lo cual no sería posible si aquélla se hubiera de estimar en el momento de la solicitud de extradición. (El art. 6, 1 del CE, aún llega más allá, permitiendo que a estos efectos la cualidad de nacional se reconozca entre la decisión de extradición y la fecha señalada para la entrega). Aunque no se diga, es obvio que el Estado requerido apreciará la condición de nacional con arreglo a sus propias leyes.

En virtud del tradicional principio *aut dedere aut punire*, el nacional que no es entregado debe ser juzgado: "En el caso de que la parte requerida no entregue a un individuo que tenga su nacionalidad, deberá poner el hecho en conocimiento de las autoridades judiciales competentes por si ha lugar, según la ley del Estado requerido, a iniciar la acción penal correspondiente" (art. 25, 2). En sentido similar se pronuncia el artículo 6, 2 del CE. Entiendo que en tales casos procede solicitar las garantías de que el interesado no será en su caso juzgado o sancionado nuevamente por el Estado requirente (*non bis in idem*) a que se refiere el artículo 3 de la LE.

5. También pueden ser excluidos de la extradición "los menores de dieciocho años que tengan la residencia habitual en el Estado requerido", cuando la extradición podría "perturbar el normal desarrollo o adaptación del menor a la vida social", criterio que responde al mismo fundamento que los que he señalado a propósito de la extradición de los nacionales. Pero la improcedencia de la extradición respecto de estos menores (siempre mayores de dieciséis años, claro está, conforme a la legislación española) está condicionada a dos requisitos: que la Autoridad judicial requirente desista de la extradición, después de oír a las Autoridades del Estado requerido sobre la necesidad o conveniencia de tal desistimiento, y que las Autoridades judiciales o de asistencia social de ambos Estados se pongan de acuerdo "sobre las medidas procedentes en sustitución de la pena o medida de seguridad decretada" (art. 24), pues en otro caso no procederá la denegación de la extradición por razón de la edad del reclamado. Estos trámites tendrán el inconveniente en la práctica de que alargarán excesivamente el procedimiento de extradición, debiéndose proveer entre tanto a la detención preventiva o libertad provisional del menor afectado.

6. Finalmente, se excluyen de la extradición las personas que tengan la consideración de *justiciables* para el Estado requerido, cuando hayan delinquido "total o parcialmente en su territorio o en lugar asimilado" (art. 26, 1, similar al art. 7, 1 del CE) (6), o cuando hayan sido juzgados o sean objeto de persecución por sus Autoridades a causa de los mismos hechos que motivan la solicitud de extradición (art. 27 del Convenio, arts. 8 y 9 del CE y art. 6, 8.º de la LE). El fundamento de estas reglas se encuentra en el principio de improroga-

---

(6) Sobre el concepto de territorio a efectos penales, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *op. cit.*, págs. 181 ss.

bilidad de la Jurisdicción criminal (art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o, por parte de las garantías individuales, nuevamente en el principio *non bis in idem*. Entiendo que, al igual que en el caso de los nacionales, sigue vigente para las autoridades españolas la obligación de invitar al Estado requirente “a que dé seguridades de que la persona así juzgada en España no será perseguida por los mismos hechos en el territorio de aquél ni se ejecutará la sentencia que ya hubieran dictado sus propios tribunales, salvo que maliciosamente se hubiere eludido el cumplimiento de la pronunciada en España” (art. 3 de la LE).

## B) POR RAZÓN DEL DELITO

### a) *Inclusiones*

1. Acertadamente, el Convenio prescinde del sistema de lista excluyente (*numerus clausus*), característico de los convenios y tratados del siglo pasado, como el hispano-italiano de 1868 (art. 2), que tantos inconvenientes comporta cuando las leyes penales de los Estados signatarios, por la evolución de la política criminal, tipifican nuevos hechos, incluso de notable gravedad, no comprendidos en aquellas listas, inconvenientes (entre los cuales no es el menor la determinación de la posibilidad legal de ampliar el campo del convenio por la vía de la *reciprocidad*, admitida en términos poco precisos por el art. 2 de la LE y el art. 2, 7 del CE) que se evitan haciendo coincidir el *principio de legalidad* con el de *identidad normativa* (*numerus apertus*), tal como hace el artículo 13 del Código penal italiano y el 2,1 del CE.

2. En este sentido, el artículo 19 del Convenio dispone que “la extradición será concedida por hechos castigados por la legislación de ambas Partes” con una pena o medida de seguridad de privación de libertad. Es evidente que con penas sólo pueden ser castigados los delitos y, aunque las medidas de seguridad proceden por la apreciación judicial de estados de peligrosidad, que no requieren necesariamente la comisión de un delito (Ley española de 4 de agosto de 1970, artículos 199 a 240 del Código penal italiano), el artículo 18 matiza que también las medidas de seguridad han de haberse impuesto “como consecuencia de un delito”.

3. Los delitos que pueden dar lugar a la extradición han de revestir cierta gravedad, manifestada en los siguientes mínimos: si se trata de personas procesadas, el delito atribuido debe dar lugar a una pena o medida de seguridad privativas de libertad “que tengan una duración superior, en su máximo, a un año”; si se trata de personas condenadas, la condena impuesta ha de consistir en pena o medida de seguridad privativas de la libertad no inferiores a seis meses (art. 19). (En este último caso, el art. 2, 1 del CE fija solamente cuatro meses).

Estimo que constituye una laguna normativa no haber previsto el caso en que el sujeto es reclamado por varias infracciones, alguna o algunas de las cuales llenan el mínimo de gravedad exigido, pero las



restantes no. En estos supuestos, lo habitual es considerar que "quien quiere lo más, quiere lo menos" y conceder la extradición por todos los delitos solicitados sin atender a la gravedad de la pena correspondiente (con carácter facultativo en el art. 2, 2 del CE, con carácter obligatorio en determinados casos en el art. 3, 1 del Convenio franco-austríaco de 9 de julio de 1975).

4. De una manera expresa, se incluyen en el artículo 21 los hechos de piratería aérea, estimando como tales "las infracciones a las leyes penales cometidas mediante violencia o intimidación a bordo de aeronaves en vuelo matriculadas en uno de los dos Estados contratantes, dirigidas al apoderamiento de las aeronaves con la finalidad de ejercer su control". En estas infracciones, con arreglo a los Convenios internacionales de Tokio de 14 de septiembre de 1963 (art. 13, 2), La Haya de 16 de diciembre de 1970 (arts. 7 y 8) y Montreal de 23 de septiembre de 1971 (arts. 7 y 8) sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves, rige el principio *aut dedere aut punire*, y, conforme al artículo 6, 9.º del Código de Justicia Militar español, el principio de la comunidad internacional de intereses. Ahora bien, el Convenio hispano-italiano de 1973 sale al paso de estos posibles inconvenientes para la extradición, preceptuando que "los delitos de piratería aérea cometidos en vuelo se considerarán siempre como realizados en territorio del país de inmatriculación de la aeronave" (art. 26, 1); en consecuencia, si este último es el Estado requirente, procederá la extradición (7).

#### b) Exclusiones

1. La primera exclusión, naturalmente, siguiendo una larguísima tradición (consagrada también en los arts. 10 y 26 de la Constitución italiana, en el art. 6 de la LE y en el art. 3 del Convenio hispano-italiano de 1868), se refiere a los *delitos políticos*, concepto siempre difícil e impreciso (8), e incluso inútil, por lo que después se dirá. Ei

---

(7) Sobre el valor de los tratados internacionales como fuente de Derecho en general y en el ordenamiento español, después de la reforma del Código civil por Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, vid. LA GUARDIA y DELPECH: *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, 1970; RODRÍGUEZ ZAPATA: *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Bolonia, 1976; HERRERO DE MIÑÓN: *Aspectos constitucionales del nuevo Título preliminar del Código civil*, "Revista de Estudios Políticos", 198, noviembre-diciembre 1974, págs. 89 y ss.; DE MIGUEL ZARAGOZA: *Datos para un análisis de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho español*, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", 989, 15 junio 1974, págs. 3 y ss.; GONZÁLEZ CAMPOS: *Comentario al artículo 1, 5 del Código civil*, en el libro colectivo *Comentarios a la reformas del Código civil*, I, Madrid, 1977, págs. 78 y ss.

(8) Cfr. DE BENITO: *Delitos políticos*, "Enciclopedia Jurídica Seix", X, Barcelona, s. f., págs. 654 y ss.; DURÁN: *Notas sobre el delito político*, en *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho* (Homenaje a Jiménez de Asúa), Buenos Aires, 1970, págs. 257 y ss.; GARCÍA MANZANO: *Los delitos políticos como figuras punibles excluidas*

presente Convenio considera como tales (repetiendo casi literalmente las normas expuestas en el art. 3 del CE) los siguientes:

1.1. "Los delitos considerados como políticos por la Parte requerida" (art. 20, 1, redactado conforme al art. 3, 1 del CE). Cláusula perfectamente correcta, si se tiene en cuenta que las interminables discusiones sobre la naturaleza objetiva (bien jurídico atacado), subjetiva (finalidad del agente) o mixta (ambos criterios) del llamado delito político siempre han de desembocar, si se actúa honestamente, en la conclusión de que la valoración de lo que es *político* constituye asimismo una decisión *política*, que no puede sujetarse a cauces jurídicos, y que por lo tanto depende en cada caso del criterio (es decir, del régimen político) del Estado requerido (9), con todos los riesgos, asimismo políticos, que este *decisionismo* puede comportar, y que se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en las leyes españolas sobre amnistía (10).

1.2. Los delitos "conexos con delitos de esta naturaleza" (art. 20, 1). También se refiere a los delitos conexos el art. 3, 1 del CE. Estos delitos son evidentemente de naturaleza *común* y sólo los hace participar del régimen privilegiado de los políticos su conexión, es decir, su íntima dependencia, con alguno de aquéllos. Creo, por tanto, que, de las diversas especies de conexión que enumera el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (11), aquí deben tomarse en consideración los que sean medio necesario para cometer, o estén encaminados a facilitar la ejecución o procurar la impunidad por la comisión de un delito político.

1.3. Participan del régimen de exclusión de los delitos políticos (y ésta es una cláusula progresiva, basada también en la *politización* de estas cuestiones, tomada literalmente del art. 3, 2 del CE) las infracciones de naturaleza común "si la Parte requerida tiene fundados motivos para suponer que la demanda de extradición... ha sido presentada con la finalidad de perseguir o castigar a un individuo a causa de su raza, religión, nacionalidad u opinión política, o bien que la situación de este individuo puede ser agravada por tales motivos" (artículo 20, 3). Aquí, el carácter político del asunto no se encuentra en el delito alegado, sino en la motivación de la solicitud de extradición o en el riesgo que el sujeto corre de ser devuelto a su país, incluso en este último caso aunque el Estado o el Gobierno sean ajenos a tales

---

*de los tratados de extradición*, "Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios", 146, mayo-junio 1960, págs. 2083 y ss.; GARCÍA VALDÉS: *El delito político*, Madrid, 1976; PEYDRO CARO: *Delito político, extradición y derecho de asilo*, Madrid, 1960; QUINTANO RIPOLLÉS: *Delito político*, "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", VI, Barcelona, 1954, págs. 603 y ss.; DE LA TORRE REYES: *El delito político*, Quito, 1955.

(9) "El Gobierno apreciará libremente en cada caso el carácter de la infracción", dice el art. 6, 1.º, de la LE.

(10) Cfr. LANDROVE: *La amnistía en España*, Madrid, 1976; LINDE PANIAGUA: *Amnistía e indulto en España*, Madrid, 1976; VALENCIANO ALMOYNA: *Las normas de gracia en la transición*, REDM, 31-32, 1976, páginas 221 y ss.

(11) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS: *La conexión en el proceso penal*, Pamplona, 1972.

riesgos. Insisto en que, desde la perspectiva de los derechos humanos, esta regla me parece altamente progresiva.

1.4. La Constitución italiana excluye expresamente de la consideración de político el delito de genocidio (Ley constitucional de 21 de enero de 1967). El art. 6, 1.º de la LE, por su parte, excepciona “el hecho que constituya esencialmente un delito común o revelare una singular perversidad en el delincuente, sean cuales fueren sus alegaciones respecto de la motivación o finalidad de aquél”. Tampoco se considera delito político “el atentado contra la vida de un Jefe de Estado, de un miembro de su familia o de quienes ejerzan funciones de Gobierno”. El Convenio hispano-italiano de 1973 es más parco en este punto, al contener solamente, como exclusión de la consideración de delito político, la llamada “cláusula belga de atentado”, redactada en los siguientes términos (conforme al art. 3, 3 del CE): “A los fines de aplicación de este Convenio, el atentado contra el Jefe del Estado o contra un miembro de su familia no será considerado como delito político” (art. 20, 2). Esta fórmula resulta de ámbito más estricto que la paralela del art. 6, 1.º de nuestra LE, acabado de citar, pero, al no haberse precisado que el atentado lo sea contra la vida, cabe acoger aquí también los ataques contra la integridad, la libertad y la seguridad del Jefe del Estado o de los miembros de su familia.

1.5. Tampoco se consideran delitos políticos los hechos de piratería aérea, a que me referí anteriormente, “cuando a causa de su gravedad el Estado requerido considere prevalente su carácter de delito común” (art. 21, 2). Entiendo que en este caso seguiría siendo de aplicación la regla *aut dedere aut punire*, consagrada en los preceptos y Convenios multinacionales antes mencionados.

2. Asimismo, se excluyen de la extradición los “delitos estrictamente militares” (art. 22), de manera acorde con lo dispuesto en el Convenio Europeo (art. 4) y en la LE (art. 6, 2.º), debiéndose entender por tales las infracciones de la ley penal militar cometidas por militares con ocasión del ejercicio de sus funciones profesionales (12). No se hacen excepciones positivas en perjuicio de los desertores, como sucedía a veces en los convenios del siglo pasado (cfr. los Artículos Adicionales al Convenio hispano-portugués de 27 de mayo de 1868, que incluso establecen un procedimiento más simplificado para la entrega de aquéllos). Tampoco se hace mención expresa de los desertores de la marina mercante (que en los convenios decimonónicos se disponía fueran entregados sin formalidades a sus respectivos cónsules), pero evidentemente estas desercciones no son infracciones militares, por lo que, a falta de un convenio especial sobre la materia, se deberá aplicarles el régimen común de la extradición.

3. “La infracción de las normas fiscales, monetarias y aduaneras estará igualmente excluida de este Convenio, salvo acuerdo especial

---

(12) Sobre el concepto de delito militar, vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *El concepto legal del delito militar en el Derecho español*, “Revista de Estudios Penitenciarios”, 152, mayo-junio 1961, anexo, págs. 564 y ss.

sobre esta materia" (art. 23, siguiendo la directriz del art. 5 del CE, y a diferencia del art. 6, 4.º de la LE, que excluye de la extradición las "infracciones de las leyes fiscales y monetarias que no constituyan delito común"). Estimo que el momento adecuado para negociar el aludido acuerdo especial se producirá cuando en España se promulguen las leyes sobre delitos fiscales, delitos monetarios y contrabando ya anunciadas y que actualmente se encuentran en elaboración en las Cortes y en la Comisión General de Codificación.

4. La improcedencia de la extradición por *infracciones de carácter leve* ("mínima non curat praetor") resulta de la norma, antes expuesta, de que las penas conminadas para los delitos por los que se persigue al extradicto "tengan una duración superior en su máximo a un año", o, en caso de condena, no sean inferiores a seis meses (artículo 19), lo que excluye en todo caso las faltas y los delitos castigados con arresto mayor. El art. 6, 9.º de la LE excluye expresamente las faltas y las contravenciones administrativas, lo que no era necesario en el presente Convenio, toda vez que desde un principio se indica que la extradición procederá por razón de *delitos* (arts. 18 y 19).

5. No hay exclusiones explícitas por razón de las *formas imperfechas de ejecución* (tentativa, frustración) o de las *formas de participación* en el delito ajeno (inducción, auxilio, encubrimiento), formas que el art. 5 de la LE incluye expresamente, lo que significa que tales situaciones están comprendidas en el régimen general de la extradición, dadas las expresiones omnicomprendivas del artículo 18 ("individuos *contra los que se siga un proceso penal* por la comisión de un delito o sean *requeridos para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad* privativa de libertad impuestas como consecuencia de un delito"), que evidentemente no se refieren sólo a los autores de delitos consumados.

6. Finalmente, no procederá la extradición si ha intervenido alguna *causa de extinción de la responsabilidad criminal*, de las que el artículo 28 contempla "la amnistía concedida en el territorio de la parte requerida", que "impedirá la extradición solamente cuando la infracción estuviese sujeta a su jurisdicción", y el artículo 29, la prescripción de la acción penal o de la pena con arreglo a la legislación de cualquiera de las partes. (El art. 4 del Convenio de 1868 se refería solamente a la prescripción, lo mismo que el art. 10 del CE).

Creo, por una parte, que estas dos causas de extinción de la responsabilidad criminal están reguladas con acierto, pues, en efecto, la *prescripción* debe estimarse con arreglo a cualquiera de las legislaciones de los dos Estados interesados, ya que para aquel según cuyo ordenamiento la responsabilidad penal haya prescrito el hecho ha dejado de ser delictivo en concreto (por faltar el requisito de la punibilidad), y faltaría el primer requisito esencial de la extradición (que sólo se concede por delitos), y, en cambio, la *amnistía* (fórmula amplia que, a mi juicio, engloba también los indultos generales) solamente debe operar en principio como impedimento de la extradición cuando sea otorgada en el Estado requirente, pues el Estado requerido no puede

tener facultad para hacer cesar las leyes penales (que en ello consisten las medidas de gracia) extranjeras, que no dependen de su soberanía. En cambio, si el hecho es perseguible conforme al ordenamiento de ambos países, supuesto en que el Estado requerido tendría preferencia (art. 27), el clásico y repetido principio *non bis in idem* obliga a que el pronunciamiento adoptado en un país respecto de la responsabilidad penal sea respetado en los demás que pudieran tener interés en el conocimiento y sanción de los mismos hechos.

De otra parte, la enumeración de causas extintivas de la responsabilidad criminal no es completa en los artículos 28 y 29 del Convenio hispano-italiano, y pienso que hubiera sido mejor adoptar una fórmula amplia al estilo de la del artículo 6, 6.º de nuestra LE (“No se concederá la extradición... por aquellas infracciones en las que, conforme a la legislación española o del Estado requirente, se haya extinguido por cualquier causa la responsabilidad criminal”). Tales causas se encuentran enumeradas en el artículo 112 del Código penal español, y, si bien es obvio que la *muerte del reo* nunca será cuestionada en su eficacia extintiva, ni tampoco el *indulto particular* concedido en el Estado requirente, supuesto en que éste dejaría de tener interés en la persecución internacional del imputado, y que el *cumplimiento de la condena* ya aparece reconocido con aquella eficacia en el artículo 27, 1 del Convenio, quedaría por esclarecer la posibilidad del reconocimiento del *perdón del ofendido*, para el cual, en caso de disparidad de ambas legislaciones, podría, a mi juicio, invocarse la aplicación supletoria de la Ley de 26 de diciembre de 1958, de acuerdo con el artículo 1, 2.º de la misma.

7. Por igual motivo que el que acabo de indicar, procederá denegar la extradición, conforme a los apartados 3.º, 5.º y 7.º del artículo 6 de la LE, por delitos de prensa, por delitos sólo perseguibles a instancia de parte (con excepción de la violación, el estupro y el rapto), y “cuando por algún motivo exclusivamente legal no pueda llevarse a efecto la detención de la persona cuya extradición se solicite” (remisión a las disposiciones sobre inmunidades) (13).

### C) POR RAZÓN DE LA PENA

1. La extradición se concede por delitos castigados con *penas y medidas de seguridad privativas de libertad* (arts. 18 y 19), con los mínimos ya señalados. De esta manera quedan excluidas las penas distintas de las privativas de libertad en sentido estricto (reclusiones, presidios y prisiones en nuestro ordenamiento: art. 27 del Código penal; ergástulo, reclusión y arresto en el ordenamiento italiano: art. 17 de su Código penal), lo que, a mi juicio, significa que no se concederá la extradición si el hecho que motiva la solicitud está castigado sólo con inhabilitación, multa o confinamiento, por ejemplo, pero que no

(13) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, cit., págs. 561 y ss.

impedirá que, en caso de concederse la extradición por delito castigado con pena privativa de libertad, ésta se pueda imponer y ejecutar acompañada de las accesorias correspondientes (puesto que “lo accesorio sigue a lo principal”) o de otras penas principales diferentes en el caso de que la Ley señale varias penas acumulativamente para el delito en cuestión (v. gr., arts. 325, 1.º, 351 y 417 del Código penal español).

Pienso que no hay inconveniente legal alguno en considerar a estos efectos como penas de privación de libertad las de esta naturaleza ejecutadas en sustitución de la pena judicialmente impuesta (reclusión por conmutación de la pena de muerte, arresto sustitutorio de multa), siempre que cumplan los mínimos indicados.

Las *medidas de seguridad* (no aludidas en el Convenio de 1868) pueden plantear problemas en su interpretación, y de aquí que algunos convenios hayan optado por una definición *ad hoc*, siguiendo la directriz del artículo 25 del CE: “medidas privativas de libertad ordenadas como complemento o en sustitución de una pena por sentencia de una jurisdicción penal”. Una definición así concebida elimina toda duda sobre las medidas de carácter administrativo, como lo son las impuestas por autoridades de la misma naturaleza y también las medidas predelictuales, aunque se impongan por un juez o tribunal, a que tan reacia se muestra, con razón, la doctrina científica (14). De todas formas, en el Convenio hispano-italiano de 1973 se llega a la misma conclusión, porque las medidas han de ser impuestas “como consecuencia de un delito por las autoridades judiciales de una de las partes” (art. 18), lo que incluye solamente las medidas previstas en el Código penal español (arts. 8, 1.º a 3.º y 65) y las medidas postdelictuales reguladas en la Ley de 4 de agosto de 1970 (art. 4.º).

2. No podía faltar la inevitable referencia a la *pena de muerte*: “Si el delito por razón del cual se solicita la extradición puede ser castigado, según la legislación de la parte requirente, con la pena capital, sólo se concederá si la parte requirente da seguridades suficientes a la requerida de que la pena capital no será ejecutada” (art. 30). La fórmula adoptada es más flexible que la contenida en el artículo 7, 1.º de la LE (“La concesión de extradición por el Gobierno español se entenderá siempre condicionada: a que si la pena señalada al supuesto delito por la Ley del Estado requirente fuese una pena capital, ésta se conmute por otra que no tenga aquel carácter, debiendo expre-

(14) Cfr. BERISTAIN: *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Madrid, 1974; CUELLO CALÓN: *Las medidas de seguridad*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, enero-abril 1956, págs. 9 y ss.; FAIRÉN GULLÉN: *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, Madrid, 1972; JIMÉNEZ DE ASÚA: *Las medidas de seguridad, su naturaleza y sus relaciones con la pena*, en *El Criminalista*, XII, Buenos Aires, 1958, págs. 219 y ss. JORGE BARREIRO: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976; OLESA MUÑO: *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951; RODRÍGUEZ DEVESA: *op. cit.*, págs. 815 y ss.; SOLER: *Las medidas de seguridad no son sanciones*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, mayo-agosto 1964, págs. 215 y ss.; VARIOS: *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, 1974.

sarse cuál sea antes de que la extradición se conceda”) y se halla en la línea del artículo 11 del CE (de muy curiosa redacción en su primera parte, que parece subordinar la prohibición a que la pena de muerte se encuentre prevista en la Ley del Estado requirente y no en la legislación del Estado requerido o que no se ejecute generalmente en este último, suprimiendo en otro caso dicha prohibición).

La fórmula de nuestra LE se ha mostrado inviable en la práctica, porque, cuando la pena de muerte aparece conminada en la Ley con carácter de pena única, y tal como ha puesto de manifiesto la Embajada francesa en diversas ocasiones, no hay organismo competente para prejuzgar una facultad de gracia que sólo corresponde al Jefe del Estado, y, cuando la Ley prevé una pena alternativa de muerte o de reclusión para el delito que motiva la demanda de extradición, no es posible que el tribunal competente se pronuncie sobre el contenido de su fallo con anterioridad al desarrollo del proceso. En consecuencia, hay que atenerse a fórmulas que, sin desprecio de las garantías del justiciable, tengan viabilidad real, como sería que el Gobierno (sujeto activo de la extradición) se comprometiera a solicitar del Jefe del Estado el indulto en el supuesto hipotético de que el tribunal impusiera en su sentencia la pena de muerte. Esta modalidad y otras análogas caben en la expresión adoptada por el Convenio: “dar seguridades suficientes de que la pena capital no será ejecutada”, y no se diga que no hay forma de controlar el cumplimiento de la promesa o compromiso del Gobierno requirente, porque la institución de la extradición está basada en el principio de la buena fe y en la confianza en las autoridades judiciales y gubernativas de los Estados extranjeros; si tal confianza no existiere, la solución no es establecer limitaciones y condicionamientos, sino rechazar de antemano todo convenio en materia de extradición.

#### D) POR RAZÓN DEL PROCESO

El artículo 31 del Convenio sigue el criterio tradicional de que “la persona objeto de extradición no podrá ser sometida en el territorio de la parte requerida a un *Tribunal de excepción*”, ni podrá concederse la extradición para la ejecución de una pena o medida de seguridad impuestas por tales tribunales. El artículo 7, 3.º de la LE prevé una excepción (consentimiento del interesado) que no recoge el Convenio.

No aclarándose qué son Tribunales de excepción, cabe la duda de si habrán o no de ser tenidos por tales los tribunales militares en determinados casos. Pienso que habrán de considerarse tribunales ordinarios cuando sea normal que tengan atribuida competencia en determinados asuntos, por ejemplo, delitos cometidos en el aire o en el mar (Leyes penales españolas de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 y de la Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964).

### III. REQUISITOS FORMALES (PROCEDIMIENTO)

#### A) INICIATIVA

1. La norma tradicional dispone que las solicitudes de extradición se formulen por vía diplomática (art. 9 del Convenio de 1868 y 10 de la LE). También el artículo 32 del nuevo Convenio hispano-italiano preceptúa que "La solicitud de extradición será transmitida por vía diplomática por los Ministerios de Justicia de las partes" (a quienes habrán de dirigir el oportuno suplicatorio los organismos judiciales interesados), pero, recogiendo directrices más modernas y progresivas (cfr. art. 12, 1 del CE), añade a continuación: "Sin embargo, en casos de especial urgencia podrá dirigirse —la solicitud de extradición— directamente a través de los citados Ministerios, que informarán inmediatamente a sus respectivos Ministerios de Asuntos Exteriores". Hasta ahora, la única posibilidad de comunicación directa entre los Ministerios de Justicia de los Estados requirente y requerido se hallaba recogido en nuestro ordenamiento en los artículos 1.º y 4.º del Acuerdo hispano-francés de 19 de febrero de 1968 sobre notificaciones y comisiones rogatorias en materia de procedimiento civil (que Francia, por cierto, pretende unilateralmente transformar en una comunicación directa entre los juzgados o tribunales interesados, prescindiendo incluso de los Ministerios de Justicia). El signo de los tiempos exige la mayor celeridad y abreviación de trámites.

2. A la solicitud deben unirse los documentos que enumera el artículo 33:

a) Original o copia auténtica de una sentencia, un mandato (mejor, mandamiento) de prisión, o cualquiera otra decisión que tenga la misma fuerza según la legislación de la parte requirente.

b) Exposición de los hechos por los cuales se solicita la extradición (si no estuviese incluida en el documento citado anteriormente), indicando el tiempo y lugar de su perpetración y su calificación legal.

c) Copia de las disposiciones legales pertinentes o declaración sobre el Derecho aplicable (comprensiva especialmente de las disposiciones sobre el delito cometido, pena aplicable, forma de ejecución y de participación en su caso, y prescripción de la acción penal o de la pena).

d) Datos de identificación y nacionalidad del individuo reclamado.

Esta lista de documentos, reproducción de la contenida en el artículo 12 del CE, es similar a las comprendidas en el artículo 10 de la LE y en el artículo 9 del Convenio de 1868, el cual disponía asimismo que "Estos documentos serán expedidos originales o en copia certificada, bien por un tribunal, o bien por cualquiera otra autoridad competente del país que reclame la extradición". Nada previene el Convenio de 1973 sobre formalidades y legalizaciones, por lo que será de aplicación la legislación de ambos Estados (art. 44). La tendencia moderna camina en el sentido de prescindir lo más posible de formalida-



des, dando por legítimos (otra vez sobre la base del principio de la buena fe) los documentos remitidos oficialmente por vía diplomática.

3. Los documentos habrán de ir redactados en la lengua de la parte requirente, acompañados de una traducción a la lengua de la parte requerida (art. 45, en la línea del art. 11 de la LE. El art. 23 del CE se conforma con una sola de ambas lenguas). En nuestro país, las traducciones oficiales deben ser producidas por la Oficina de Interpretación de Lenguas, que forma parte del Ministerio de Asuntos Exteriores (Reglamento de 27 de agosto de 1977).

4. "Si los datos o documentos enviados por la parte requirente son insuficientes o defectuosos, la parte requerida concederá un plazo para que esa documentación sea completada o subsanada" (art. 34, en la línea del art. 13 del CE y 12 de la LE), debiéndose entenderse que esta solicitud de información complementaria produce, en su caso, la suspensión del procedimiento de extradición y que la no recepción de aquélla dentro del plazo fijado al efecto supone la terminación de dicho procedimiento.

## B) DETENCIÓN PREVENTIVA

La detención preventiva es requisito *sine qua non* para la tramitación de un procedimiento de extradición, por cuanto el individuo reclamado debe ser puesto a disposición del juez o tribunal competente, oído por éste, y asegurado en su caso para la ejecución de la decisión que conceda la extradición. Por ello, el artículo 15 de la LE dispone que, al pasar el procedimiento de extradición a su fase judicial, se detenga al interesado y se le ponga, juntamente con los objetos y papeles que se le hubiesen ocupado y con el oportuno atestado, a disposición del Juzgado de Instrucción competente (que, después del R.D.L. 1/1977, de 4 de enero, ya no es el Juzgado del lugar de la detención, sino el Juzgado Central de Instrucción de Madrid que se encuentre de guardia). Sin embargo, la detención preventiva puede practicarse con carácter previo a la solicitud formal de extradición, según el Convenio hispano-italiano de 1973, en los dos supuestos siguientes:

a) *A solicitud de las autoridades competentes de la parte requirente* en caso de urgencia (art. 37, 1) (15).

1. La demanda de detención preventiva indicará la existencia de una de las resoluciones mencionadas en el apartado a) del artículo 33

---

(15) Por Real Orden Circular de 14 de mayo de 1913 (*Gaceta* del 21) se dispuso que los jueces y tribunales se abstuvieran de dirigirse directamente a las autoridades de otros países para solicitar detenciones preventivas como diligencia preparatoria de las demandas de extradición, a no ser que existieran razones especiales que aconsejaran prescindir de la vía diplomática y siempre que lo autorizara expresamente el Convenio de extradición vigente con la nación donde se hubiese refugiado el presunto delincuente. En la actualidad, una solicitud en tal sentido se cursa normalmente por vía diplomática o, más frecuentemente, por conducto de la INTERPOL.

(sentencia condenatoria, mandamiento de prisión, etc.) y la intención de formalizar la solicitud de extradición, así como la infracción, el tiempo y el lugar en que la misma ha sido cometida, y los datos de identificación y nacionalidad del individuo reclamado (art. 37, 2). Esta demanda de detención preventiva será transmitida directamente a las autoridades competentes de la parte requerida por vía postal o telegráfica, por medio de la INTERPOL (el procedimiento más usual) o por cualquier otro medio que deje constancia escrita o que se admita por la parte requerida (art. 37, 3).

2. La detención preventiva *podrá* dejarse sin efecto si en el plazo de veinte días la parte requerida no ha recibido la solicitud de extradición y los documentos correspondientes, y *deberá* dejarse sin efecto si el plazo transcurrido es de cuarenta días, regla que no impide la concesión de la libertad provisional “siempre que la parte requerida adopte todas las medidas que estime necesarias para evitar la fuga del reclamado” (art. 37, 4), libertad provisional que entiendo sería sustitutiva de la detención preventiva *durante los plazos indicados* y no la solución a adoptar si los documentos no se reciben dentro de tales plazos, pues, en este último supuesto, la solución procedente habría de ser la libertad definitiva, so pena, en caso contrario, de que la libertad provisional pudiera ser de duración ilimitada, en tanto que el Estado requirente no tuviese a bien formalizar debidamente la solicitud de extradición, conclusión que me parece rechazable.

Si prospera la interpretación que sugiero, sería necesario dar cauce adecuado en nuestra legislación a la introducción de la posibilidad de la libertad provisional en la *detención* preventiva a efectos de extradición, posibilidad que en la actualidad sólo está reconocida cuando el detenido, tras la intervención del Consejo de Ministros, ha sido ya puesto a disposición del juzgado de instrucción competente y éste ha de elegir entre elevar la detención a *prisión* o conceder al sujeto la libertad provisional, con o sin fianza (art. 16 de la LE). En tal caso, la libertad provisional habría de ser acordada por la misma autoridad gubernativa que practicó la detención (arts. 14 y 15 de la LE), o, mejor, se habría de dar entrada al juez en el procedimiento de extradición *desde el primer momento*, en armonía con las orientaciones procesales contemporáneas. Quizá, incluso, fuera aconsejable cambiar nuestro sistema administrativo-judicial de extradición por otro judicial-administrativo, como en otros países, pero éste es tema para otro trabajo.

3. Ahora bien, la liberación definitiva del reclamado en caso de *mora* del Estado requirente no impedirá que se proceda nuevamente a la detención, y en su caso a la extradición, si la repetida solicitud se recibe posteriormente (art. 37, 5), porque las decisiones en materia de detención preventiva, conforme a la interpretación usual, no son definitivas, al no afectar al fondo de la extradición.

4. El *dies a quo* para computar los plazos de referencia no aparece concretado con claridad en el Convenio. De una parte, la referencia al plazo de veinte días con que comienza el párrafo 4 del artículo 37

está situada a continuación de la frase "La autoridad requirente será informada del curso de su demanda", por lo que parece ser que aquél deberá computarse a partir de la notificación de la detención a la representación diplomática del Estado requirente, lo que sería un criterio realista. El plazo de cuarenta días se indica sin lugar a dudas que se computará desde el arresto. No encuentro satisfactoria una consideración tan dispar de una y otra situación, por lo que me inclino a pensar que, en la práctica (pese a lo dicho anteriormente), se entenderá que tanto el plazo de veinte como el de cuarenta días señalados a la detención preventiva se computarán desde el arresto del reclamado.

5. Obsérvese que el régimen establecido en el Convenio de 1973 (reproducción exacta del art. 10 del CE, salvo que en éste el plazo de veinte días se convierte en diez y ocho) para la detención preventiva es mucho más flexible para el Estado requirente (y, por tanto, más estricto para el presunto extradicto) que el fijado en los artículos 13 y 14 de la LE, los cuales, al señalar diez y quince días de plazo para Europa a contar desde la fecha de la detención o desde la fecha en que se solicitó la misma, sientan una regla de muy difícil cumplimiento en la práctica, pues el envío no puede ser muy rápido, pese a la facilidad de comunicaciones en nuestra época, dada la serie de instancias (Autoridad judicial, Ministerio de Justicia, Ministerio de Asuntos Exteriores, Embajada, Ministerio de Asuntos Exteriores extranjero) por las que tiene que pasar antes de llegar a su destino. Con todo, ahora se han puesto límites a una facultad que en el Convenio hispano-italiano de 1868 no los tenía, ya que en su artículo 10 el Estado requirente estaba obligado simplemente a "presentar lo más pronto posible" la documentación de la solicitud de extradición. En cuanto al ordenamiento jurídico italiano, el artículo 665 de su Código de procedimiento penal dispone un plazo de sesenta días para la detención preventiva en las extradiciones iniciadas a instancia de los países europeos, que puede ser prorrogado hasta por un mes más, y no hay plazos cuando es el Estado italiano el que ha ofrecido la extradición del delincuente al otro Estado.

b) *A iniciativa de las autoridades competentes de la parte requirenta*

1. Dichas autoridades, "cuando tengan noticia de la existencia de un mandamiento de detención o de otra resolución equivalente (y el reclamado sea sospechoso de fuga, añade el art. 663 del Código de procedimiento penal italiano), emanados de una autoridad judicial de la otra parte, por un delito que produzca la obligación de conceder la extradición según el presente Convenio, podrán proceder a la detención preventiva de la persona reclamada, comunicándolo inmediatamente y por la vía más rápida a la otra parte", que "deberá comunicar si tiene o no la intención de solicitar la extradición del detenido" (art. 38, primer párrafo).

2. Si la respuesta es negativa o no se recibe respuesta alguna den-

tro de los quince días siguientes a la detención, procederá la libertad inmediata del detenido (art. 38, segundo párrafo).

3. Si se recibe respuesta afirmativa una vez transcurridos los quince días y liberado el detenido, entonces será de aplicación el régimen general prevenido en el artículo 37, 5, antes aludido.

#### C) TRAMITACIÓN

El Convenio no señala normas para la tramitación del procedimiento de extradición, por lo que, conforme al artículo 44, "se aplicarán las leyes internas de las respectivas partes", es decir, la legislación del Estado requerido (*lex loci actus*), con arreglo a los principios generales del Derecho internacional privado. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 22 del CE.

La legislación interna en esta materia está constituida por los artículos 12 a 18 de la Ley española de 26 de diciembre de 1958 para la extradición pasiva, y artículos 824 a 833 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 947 a 953 del Código de Justicia Militar para la activa, y por los artículos 666 y 667 del Código de procedimiento penal italiano (16).

En ambos países se sigue el sistema latino, que consiste en examinar solamente los requisitos de la extradición sin juzgar al extradicto sobre el fondo del delito imputado (nuevamente, nos encontramos aquí con una consecuencia del principio de la buena fe), a diferencia del sistema anglosajón, que prácticamente imposibilita las extradiciones, porque los magistrados de los países de la *Commonwealth* nunca encuentran suficientes o con suficientes formalidades las pruebas remitidas por un Estado no perteneciente a su círculo de cultura.

#### D) RESOLUCIÓN

1. La decisión sobre la extradición será comunicada por el Estado requerido al requirente por vía diplomática (art. 40, 1). Las resoluciones denegatorias en todo o en parte serán motivadas (art. 40, 2). Lo mismo preceptúan los párrafos 1 y 2 del artículo 18 del CE. La resolución, que adoptará la forma de *auto* en el Derecho español (artículo 19 de la LE) y de *sentencia* en el italiano (art. 667 del Código procesal penal), será en todo caso motivada conforme a nuestro ordenamiento (art. 19 de la LE) y notificada al Estado requirente (arts. 12 y 20).

---

(16) Sobre la Ley de Extradición española: FALCO y PRESENCIA: *La nueva Ley de Extradición*, "Revista de Derecho Judicial", abril-junio 1960, págs. 135 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS: *Glosas a la nueva Ley española de extradición pasiva*, "Revista Española de Derecho Internacional"; 1959/1-2, págs. 99 y ss.; VACAS MEDINA: *La extradición y su procedimiento*, Madrid, 1962; CEREZO: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1976, págs. 216 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA: *op. cit.*, págs. 192 y ss. Sobre el ordenamiento italiano: QUADRI y GIANZI: *Estradizione*, en "Enciclopedia del Diritto", XVI, Milán, 1967, págs. 1 y ss.

2. El Estado requerido ocupará y entregará, además, a petición de la parte requirente, los objetos que puedan servir de medios de prueba y aquellos que, provenientes de la infracción, fuesen encontrados en poder del reclamado en el momento de su detención o descubiertos posteriormente (art. 42, 1). No se prevén los casos de *sustitución real*, es decir, los objetos adquiridos a cambio de otros provenientes del delito. La entrega de los objetos citados se efectuará aunque la extradición ya acordada no pueda llevarse a cabo por muerte o evasión del individuo (art. 42, 2), cláusula similar a la del artículo 11 del Convenio de 1868 y más completa que la regulación paralela de nuestro ordenamiento (art. 19 de la LE), pero que aún deja sin resolver el caso de que la muerte o evasión sean anteriores a la decisión sobre la extradición, el cual únicamente podría hallar solución por la compleja vía de la acción reivindicatoria.

Cuando los objetos precitados pudieren ser objeto de embargo o confiscación en un proceso penal en curso en el territorio del Estado requerido, éste podrá custodiarlos temporalmente o entregarlos bajo condición de restitución (art. 42, 3). En todo caso, quedarán a salvo los derechos del Estado requerido o de terceros sobre tales objetos y en función de esos derechos. aquéllos serán restituidos al terminar el proceso que motivó la solicitud de extradición, lo más pronto posible y gratuitamente, a la parte requerida (art. 42, 4). El artículo 42 aquí examinado es semejante al 20 del CE.

3. En caso de *concurso de extradiciones*, “si la extradición se solicita en forma concurrente por una de las partes y otros Estados, bien por el mismo hecho o por hechos diferentes, la parte requerida resolverá libremente, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y especialmente la existencia de otros Tratados que obliguen a la parte requerida, la gravedad relativa, el lugar de las infracciones, las fechas de las respectivas demandas, la nacionalidad del individuo y la posibilidad de una extradición ulterior” (art. 39, similar al 17 del CE). A mi juicio, no se trata de circunstancias que hayan de examinarse sucesivamente (al no haber establecido el Convenio preferencia entre los distintos fueros, con excepción, naturalmente, del fuero del Estado donde se encuentre el reclamado, es decir, del Estado requerido: véanse los arts. 26, 1 y 27), sino de circunstancias que han de apreciarse conjuntamente con objeto de que el órgano competente adopte una decisión sobre la preferencia con libertad de criterio. En la práctica, y puesto que el Convenio admite la reextradición, creo que el criterio preferente será “la posibilidad de una extradición ulterior”.

De modo diferente, con gran sencillez, el Convenio de 1868 disponía que, en caso de pluralidad de reclamaciones, el individuo “será entregado al Gobierno cuya demanda tenga la fecha más antigua” (artículo 6, 2.º párrafo). Otro régimen sigue la LE, al distinguir según que el concurso de solicitudes de extradición sea por el mismo hecho, en cuyo caso se prefiere el fuero territorial, o que sea por diferentes infracciones. en cuyo caso se señalan como criterios de preferencia, por orden sucesivo, la infracción de mayor gravedad, la existencia de con-

venio de extradición con España y la antigüedad de la fecha de las solicitudes (art. 9).

4. En el Derecho español, contra el auto resolutorio de la extradición pasiva "no se dará recurso alguno" (art. 19 de la LE). En el Derecho italiano, con mejor criterio, contra la sentencia correspondiente cabe recurso de casación (art. 668 del Código procesal penal). También el ordenamiento italiano precisa que la sentencia que rechace la extradición no impedirá una ulterior solicitud fundada en elementos distintos de los ya valorados por el juez (art. 669 del C. p. p.), regla que también debe considerarse válida para el Derecho español, toda vez que, respecto de una nueva solicitud basada en distintos elementos (o que subsanase defectos de forma de la anterior), no cabe alegar la excepción de cosa juzgada.

## E) EJECUCIÓN

1. Si se acuerda la extradición, el Estado requirente será informado del lugar y fecha de la entrega, así como de la duración de la detención sufrida por el individuo reclamado (art. 40, 3), para imputarla en su caso al cumplimiento de la pena que se le impusiere (art. 33 del Código penal español y 137 del Código penal italiano). Si el extradicto no ha sido recibido en la fecha señalada, *podrá* ser puesto en libertad al expirar un plazo de quince días desde dicha fecha, *pudiéndose* también en este caso denegar la extradición (art. 40, 4), regulación asimismo más flexible para los Estados y más perjudicial para el reo que lo dispuesto en el art. 21 de nuestra LE: si en el plazo de quince días para Europa el Estado requirente no provee a la recepción del sujeto reclamado (entiendo que *proveer* es tomar las medidas adecuadas en el territorio español o en la frontera designada para hacerse materialmente cargo del extradicto), "será éste puesto en libertad, sin que en lo sucesivo pueda ser atendida nueva solicitud de extradición por el mismo hecho, salvo que el Gobierno lo estimare oportuno".

Si por fuerza mayor no pudiese tener lugar la entrega o la recepción del reclamado, ambas partes se informarán recíprocamente y establecerán de común acuerdo una fecha para la entrega (art. 40, 5). Un régimen similar se prevé en el art. 18 del CE, salvo que, con mayor acierto, se dispone que el reclamado *podrá* ser puesto en libertad si no es recibido en un plazo de quince días y *deberá* serlo necesariamente cuando transcurran treinta días.

Sobre la realización material de la entrega por agentes de la autoridad españoles, véase art. 22 de la LE.

2. La entrega de reo, una vez resuelta favorablemente la solicitud de extradición, puede retrasarse por dos motivos:

a) Para que pueda ser juzgado o cumpla una pena en el Estado requerido por hechos diferentes de aquellos que motivaron la solicitud de extradición (art. 41, 1, semejante al art. 7 del Convenio de 1868) (ya que, si los hechos son los mismos, lo que procede es la denegación de la extradición: art. 27), aunque, en lugar de retrasar la entrega por

dicha causa, el Estado requerido podrá entregar temporalmente el reclamado al Estado requirente "en las condiciones que de común acuerdo establezcan ambas partes" (art. 41, 2), es decir, normalmente para que sea juzgado en el Estado requirente y después devuelto al requerido para proseguir el procedimiento o la ejecución de la pena y, una vez cumplida ésta, definitivamente devuelto al Estado requirente para el cumplimiento de la condena impuesta a su vez por sus tribunales. Un régimen análogo se establece en el artículo 19 del CE. Conforme al artículo 8 de la LE, la entrega se aplazará, no sólo cuando "la persona reclamada se halla sometida a procedimiento o condena por los tribunales españoles, sino también cuando se halla "sancionada por cualquier otra clase de organismo o autoridad nacionales" (clara referencia al llamado Derecho penal administrativo), si bien tales causas, que lo son de aplazamiento de la entrega, no pueden motivar la suspensión del procedimiento de extradición "salvo que lo aconsejaren motivos especiales" (regla que también podría aplicarse a las relaciones hispano-italianas, complementando la regulación del Convenio).

b) "En caso de enfermedad grave que pueda poner en peligro la vida del individuo" (art. 41, 3).

3. No existe en el presente Convenio, ni tampoco en la legislación interna de los Estados signatarios, una cláusula semejante a la del artículo 8 del Convenio de 1868, que prohibía suspender la extradición por causa del "cumplimiento de obligaciones que el individuo reclamado hubiese contraído con personas particulares". Naturalmente, éstas también ahora "podrán hacer valer su derecho ante la autoridad competente", aunque su acción se dificultará notablemente al tener que acudir a los tribunales del Estado requirente o utilizar desde el Estado requerido la larga y compleja vía de los exhortos (Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954, adicionado por el Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, ratificado, como el penal, en Roma el 11 de octubre de 1977).

4. El individuo entregado "no será perseguido, ni juzgado o detenido para la ejecución de una pena o medida de seguridad por un hecho anterior y diferente al que hubiese motivado la extradición", salvo en los casos siguientes, mencionados en el artículo 35:

a) Cuando la parte que lo hubiese entregado prestase su consentimiento, a cuyo fin se le presentará una demanda con alguno de los documentos previstos en el ya citado artículo 33 y un testimonio judicial conteniendo las declaraciones (no el consentimiento) del extraído. Es de subrayar que el consentimiento no es facultativo para el Estado requerido, sino que "será otorgado cuando la infracción por la que se solicita origine la obligación de conceder la extradición según este Convenio".

b) Cuando, teniendo la posibilidad de hacerlo, el individuo entregado no haya abandonado el territorio del Estado requirente en los cuarenta y cinco días siguientes a su puesta en libertad. (El art. 3.º del Convenio de 1868 decía: "cuando permaneciere voluntariamente

en el país durante tres meses o, ausentándose, regresare al mismo”).

Nuevamente hay que señalar que este régimen del *principio de especialidad*, reproducido del establecido en el artículo 14 del CE (más completo éste, sin embargo, porque la prohibición se extiende a “cualquier restricción de la libertad individual” y el supuesto b) se amplía con los casos en que el extradicto regresare después de haber abandonado el territorio del Estado requerido), es más severo para el delincuente que el previsto en la legislación española, injustamente denostada por abogados y tratadistas, que la encuentran poco respetuosa con los derechos humanos. La tónica universal es deferir al Estado requerido el consentimiento para juzgar al extradicto por otros hechos, no al propio interesado, como previene el artículo 7, 2.º de la LE (17).

Mientras se obtiene el consentimiento del otro Estado o transcurre el aludido plazo de cuarenta y cinco días, “la parte requirente podrá adoptar las medidas necesarias para interrumpir la prescripción según su legislación” (art. 35, 2), comprendido el procedimiento en rebeldía, añade el artículo 14, 2 del CE.

Cuando la calificación del hecho que motivó la solicitud de extradición y la entrega sea modificada en el curso del procedimiento, el principio de especialidad no se quebrantará si el individuo es perseguido o juzgado “dentro de la medida en que los elementos constitutivos del delito según la nueva calificación hubiesen permitido la extradición” (art. 35, 3, reproducción del 15, 3 del CE). De otro modo sería preciso recabar el consentimiento del otro Estado, aunque no hubiese sido superflua una notificación en el caso aquí expuesto.

5. La *reextradición* a un tercer Estado no podrá concederse sin el consentimiento del Estado que concedió la extradición (“por delitos anteriores a la entrega”, precisa acertadamente el art. 15 del CE), el cual podrá exigir el envío previo de la documentación prevista en el artículo 33 y la declaración (no consentimiento) del reclamado (art. 36). Entiendo que el Estado requerido no podrá negarse a la reextradición, por similitud de presupuesto, cuando el delito por el que el tercer Estado solicita la reextradición sea de aquellos que hubieran hecho obligatoria la concesión de la extradición conforme al presente Convenio. No se requerirá el consentimiento del Estado requerido para la reex-

---

(17) Consentimiento que, además, la doctrina española interpreta en un sentido imposible de cumplir, al exigir que dicho consentimiento se preste antes de la entrega para garantizar la falta de coacciones (RODRÍGUEZ DEVESA: *op. cit.*, pág. 197; CEREZO: *op. cit.*, pág. 235). Es imposible que el extradicto pueda consentir antes de su entrega en ser juzgado por delitos distintos de los que motivaron la solicitud de extradición, porque en ese momento ni las autoridades del Estado requerido ni con frecuencia las autoridades diplomáticas del Estado requirente conocen la existencia de nuevos delitos ni de nuevos procedimientos contra el presunto extradicto (los nuevos procedimientos tampoco tiene por qué conocerlos el propio interesado). Repito lo que dije anteriormente: si se tiene desconfianza hacia los organismos judiciales del Estado requirente, lo procedente no es establecer condicionamientos excesivos, sino negar la posibilidad de convenir sobre la extradición.



tradición en el caso de que el interesado no haya abandonado, habiendo podido hacerlo, el territorio del Estado al cual fue entregado en los cuarenta y cinco días siguientes a su puesta en libertad (art. 35, 1, b). La LE no prevé los casos de reextradición.

#### F) EXTRADICIÓN EN TRÁNSITO

1. El tránsito a través del territorio de una de las partes de una persona reclamada por un tercer Estado "será autorizado en las mismas condiciones que lo sería la extradición según este Convenio" (artículo 43, 1). Por tanto, con las inclusiones y exclusiones por razón de sujetos, delitos y penas antes examinadas, y remitiendo al efecto por vía diplomática la documentación a que se refiere el artículo 33. (En el mismo sentido se pronuncia el art. 23 de la LE).

2. La parte requerida indicará la forma del tránsito (art. 43, 2), aunque nada se opone a un concierto entre ambos Estados. Si se utiliza la vía aérea y no está prevista escala, el Estado requirente avisará al Estado sobrevolado, señalando la existencia de las circunstancias mencionadas en el repetido artículo 33, notificación que, en caso de aterrizaje de emergencia, surtirá los efectos de la demanda de detención preventiva aludida en el artículo 37. Si se utiliza la vía aérea y está prevista escala, el Estado requirente formulará una petición normal de tránsito (art. 43, 3).

Esta normativa, que se inspira en el artículo 21 del CE, podría servir de modelo para la legislación española, que en su artículo 23 omite toda referencia a un régimen especial para el tránsito por vía aérea.

#### G) GASTOS

Los gastos normales que ocasione el procedimiento de extradición serán sufragados por ambos Estados, según el clásico sistema de que cada uno corra con los ocasionados en su territorio. El Convenio hispano-italiano de 1868 exceptuaba el caso de transporte por mar, que sería de cuenta del Gobierno demandante (art. 42). Para la LE de 1958, "Los gastos ocasionados por la extradición en territorio nacional serán, *en régimen de reciprocidad*, de cuenta del Gobierno español. Los causados por extradición en tránsito serán de cuenta del Estado requirente" (art. 24). Un sistema semejante adopta el nuevo Convenio hispano-italiano (tomándolo del art. 24 del CE):

1. Los gastos ocasionados por la extradición en el territorio del Estado requerido serán de cuenta de éste (art. 46, 1), lo que supone el régimen de reciprocidad que exigía el citado artículo 24 de la LE.

2. Los gastos producidos por el tránsito en el territorio del Estado requerido de tránsito, serán de cuenta del Estado requirente (artículo 46, 2).

## IV. VALORACION

El Convenio hispano-italiano sobre extradición de 22 de mayo de 1973 es un Convenio moderno, que mejora en la mayor parte de sus aspectos el anterior de 3 de junio de 1868, redactado de acuerdo con las directrices propias de hace un siglo. Son de destacar, en este sentido, la referencia a las medidas de seguridad postdelictuales, el sistema de *numerus apertus*, la concesión facultativa de extradición de los nacionales, la posible excepción de los menores de diez y ocho años, la regulación progresiva de los delitos políticos, la ampliación de las causas denegatorias de la extradición a la amnistía, la mejor formulación de la cláusula relativa a la pena de muerte, los plazos limitativos de la detención preventiva, las reglas de concurso, la aceptación de la reextradición, y, en materia de procedimiento, la posibilidad de comunicación directa entre los Ministerios de Justicia y el régimen especial de la extradición en tránsito por vía aérea.

En principio, es positivo que se hayan seguido en términos generales, incluso a veces literalmente, las normas del Convenio europeo de 13 de diciembre de 1957. Las tendencias unificadoras de nuestra época propugnan un Derecho uniforme para las regiones de cultura jurídica afin, y, en este sentido, parece deseable que todos los países europeos adapten sus convenios bilaterales de extradición al citado multinacional de 1957. Que España haya seguido tal criterio, incluso antes de su adhesión o incorporación a las instituciones europeas, es un símbolo valioso de apertura y de predisposición para esa unión.

También se ha cumplido esencialmente lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 2.º, de la Ley española de 26 de diciembre de 1958: "Los Tratados de extradición que se concierten en el futuro se ajustarán en lo posible a las prescripciones de la propia Ley", pues, en efecto, el Convenio hispano-italiano se basa y desarrolla en los mismos principios que la citada disposición: identidad normativa, especialidad, exclusión del delito político y de la pena de muerte, buena fe, etc. En materia de procedimiento, hay una remisión global a la Ley de los Estados signatarios, es decir, por parte española, a la Ley de 1958, que, por lo demás, seguirá teniendo vigencia supletoria del expresado Convenio, con arreglo a su artículo 1.º. Debe señalarse que el Convenio contiene una regulación menos beneficiosa para el reo que la Ley de 1958 en cuanto a la detención preventiva, pena de muerte, entrega del extradicto y principio de especialidad, no obstante lo cual, creo que procede reconocer que se trata de una orientación más realista y equilibrada entre las garantías del sujeto y el interés de los Estados en la persecución internacional de la delincuencia.

En suma, pienso que este Convenio de 1973 puede servir fácilmente de modelo (aunque puliendo sus evidentes incorrecciones de estilo) para los próximos que ha de negociar el Estado español, si emprende, como es de desear, la renovación de unos tratados que ya se han quedado anticuados y resultan difícilmente aptos para satisfacer las necesidades actuales en materia de extradición.

# Las posibilidades del artículo 65 del Código penal

E. PEREZ FERRER

Secretario de la Escuela de Estudios Penitenciarios  
Profesor E. de C. de la Facultad de Derecho

*...pues que no se trata en última instancia de este o aquel hecho aislado, sino de que se aprenda a ver como un conjunto este producto de singular forma, belleza y dignidad: el hombre en la época de su juventud.» SPRANGER.*

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Su naturaleza bifronte: jurídico-penal, jurídico-penitenciaria.—3. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCION.

Decir en 1976 que nuestro Código penal vigente es eminentemente legalista, tanto en su aspecto adjetivo —del que tiene no poco—, como ejecutivo, resulta una perogrullada de tamaño in-dimensional que toda la doctrina ha criticado.

Afirmar que el mismo texto legal atribuye al poder más independiente del Estado, el poder judicial, facultades infinitesimales en cuanto a la determinación e individualización de la pena, es afirmar innecesariamente la evidencia. Nuestro Código penal, admitámoslo o no, es, por situarlo en algún lugar, y a los efectos de la materia dicha, un legitimado precedente de los programadores electrónicos cuyas verdades están por situar en alguna de las áreas de lo que técnicamente podríamos llamar «terreno de nadie».

Tan sólo en algún caso (1) en que conforme a las escalas gra-

---

(1) Descendemos al terreno del detalle por pura eventualidad anecdótica: Art. 75 C. p.: «En los casos en que la Ley señala una pena superior a otra determinada sin designar especialmente cuál sea, si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva o aquélla fuese la de muerte, se considerarán como inmediatamente superiores, no obstante lo establecido en el art. 30 y regla segunda del 70, las siguientes:

duales de la pena y con mayor claridad en el dictado del artículo 65, se percibe la discrecionalidad aunque casi en balanza de precisión de joyero o boticario:

«Al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, *en atención a las circunstancias del menor y del hecho*, SUSTITUIR la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable» (2).

Quiero confesar que siempre me llamó la atención este precepto aunque por unas u otras razones el tiempo fue pasando y poco medité sobre él. Ahora bien, desde que mi vocación de penitenciarista se ha afirmado sin olvidar mis aficiones a la ciencia penal en la que siempre me moví con mayor o menor desenvoltura y mis más o menos conocimientos, el haz de posibilidades del precepto que sirve de objeto al presente trabajo, se me ofrece a la vista con matices tan atractivos que no he resistido la tentación de tratarlo.

Huelga decir que nos hallamos ante ese problema tan poli-

---

1.ª Si la pena determinada fuere la de reclusión mayor, la misma pena con la cláusula de que su duración será de cuarenta años...»

En realidad nos hallamos ante un supuesto de determinación legislativa, no judicial, lo que confirma nuestro criterio respecto al estrecho margen en el arbitrio jurisdiccional. (N. del A.).

(2) Art. 65, C. p., en relación con los 9, 3.ª y 61, 1.ª.

La regla 3.ª del art. 9 hace referencia a la atenuante de menor edad de dieciocho años y la 1.ª del art. 61 al criterio de gradación de la pena por concurrencia de una sola circunstancia atenuante.

Con razón, si bien desde un punto de vista foráneo al momento ejecutivo, Cobo se queja de que el contenido del art. 65 y sus problemas han sido por lo general olvidados y «tan sólo ha sido —el mencionado precepto— objeto de ambiguas afirmaciones, desde luego superficiales, que han conducido a una serie de cómodos tópicos con los que se ha ido saliendo del paso». Vid. Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el art. 65 del C. p. español. En RDJ, enero-marzo, 1970, pág. 78.

Es de destacar que la redacción del precepto ofrece flancos que deben ser revisados «de lege ferenda». Inconcreción el primero, al que se aludirá más adelante, imprecisión terminológica en cuanto que la sustitución punitiva, merecedora de elogio, no descarta la culpabilidad —último término del precepto—, razón última de la sanción punitiva. Es claro, si se procede a una medida de internamiento que la inimputabilidad del sujeto es manifiesta, entendida ésta «lato sensu» por la escasez de perfiles que aún se constatan para configurarla. Nos parece más apropiado el empleo de la palabra sujeto que no turba en modo alguno la calificación del destinatario de la norma. (N. del A.).

«Pero el legislador español, también en esta innovación, se ha dejado llevar por la prisa y la irreflexión, incurriendo en notables deficiencias...»

BERISTAIN, A.: «Medidas penales en el Derecho contemporáneo». Mad. REUS, 1976, pág. 178.

valente y concreto al mismo tiempo como es la minoría de edad. Materia tratada y supertratada por penalistas, criminólogos, sociólogos, psicopedagogos y cuantos han captado o han intentado captar, podemos dar fe de este empeño, la complicada problemática del niño, el joven y el adolescente que, no dudamos, hará correr mucha tinta todavía. Por ello me he limitado a verificar la concreción en el título del trabajo designando el número del precepto para circunscribirme, salvo alguna referencia lateral por importante que parezca que se halle en la legislación y consiguientemente pueda sernos útil. Pero también es necesario decirlo, y pensamos que es cierto intencionadamente hablando, que el legislador de 1944 no podía introducir en nuestro sistema punitivo otras instituciones que las que creó, instituciones contenidas en los dos incisos de que consta el artículo 65. Ambos incisos, por otra parte, se dan sencillamente de patadas en la ortodoxia técnica, pues que contemplados en su conjunto, constituyen una mezcla de preceptos tan dispares como su distinta naturaleza y finalidad al ser concebidos en las dos alternativas que el Derecho penal ofrece hoy: la proporcionalidad del castigo con la acción ejecutada y la protección del sujeto en tanto en cuanto sus coordenadas personales se hallan construidas sobre una escasa madurez biológica o psicosociológica.

Antes de finiquitar esta breve introducción, se me antoja necesario, añadir a sus líneas la presencia de un elemento corrector del que no se puede prescindir. Me refiero a lo que Pinillos llama «el proceso de cerebración creciente» (3). Traspongamos nuestra presencia cien años atrás. Situemos los módulos de edad cronológica en ese momento pasado. No es necesario acudir a estudios somatopsíquicos en profundidad ni demandar del biólogo y del sociólogo datos de la progresiva madurez del joven que se integra en la sociedad de 1980.—y no digamos del año 2000— ni tampoco reflexionar sobre la propia observación empírica, aunque quizá con ella bastara, para llegar a una conclusión que se inserta en la evidencia: la paridad de edades es muy diferente. En otro trabajo (4) aludía a que nuestro reloj atrasaba o se había parado. Esto es indiscutible por lo que no podemos sino concluir que la estimativa de la edad en general, bajo todos los puntos de vista, a nivel civil, canónico, administrativo, político y penal, ha dado un salto importante digno de ser considerado «de lege ferenda» del mismo modo que las marcas deportivas de las distintas competiciones olímpicas acusa una progresión clara a medida que van avanzando los años (5).

---

(3) Ver su obra «La mente humana». Edit. Salvat RTV. Mad. 1969, páginas 18 y ss.

(4) Razón de ser y existir del D. penitenciario. ADPCP, pág. 409.

(5) ¿No resulta incongruente con el argumento expuesto, a modo de cuestión dialéctica, que en el momento actual una mujer de veintidós años pueda ser sujeto pasivo de estupro, cualquiera que sea el sujeto activo?

La progresión en la edad se nos muestra cada día más clara en cuanto a su relación con la madurez del menor. Echese una mirada a la salida o entrada de nuestros colegiales. Ya no es una tarta o un pastel lo que desaparece en décimas de segundo. Es el cigarrillo compartido con la compañera o el compañero de clase y la palabra que se entrecruza en la conversación de la pandilla. «Es el mejoramiento de la especie» estereotipa el lenguaje vulgar. Y no cabe duda que lo es. El hombre aparece con unos genes más selectos, su herencia es más sana, la alimentación más racional. Cuando apenas ha aprendido a andar se encuentra ya inmerso en un mundo social que tiene aportes culturales de relación y emulación. Su propio organismo se anticipa en base a todos los determinantes dichos y la adolescencia llega antes y la pubertad se precipita y la madurez quema etapas y el proceso de hominización se sacude servidumbres y retrasos en los que la vida caminaba a un «ralenti» propio de sus singularidades personales y colectivas con toda la carga circundante del desarrollo histórico que tiene acentos peculiares en los últimos decenios de nuestro país. Suponemos, abundando en lo que decimos, que nuestra Ley de Defensa Social, antes con el nombre de Vagos y Maleantes, hoy con el de Peligrosidad y Rehabilitación Social, puede haber tenido en cuenta estos argumentos al reducir la edad para la declaración de presunta peligrosidad de los dieciocho a los dieciséis años. Y queremos suponerlo porque nada que hoy se le explique a un muchacho de dieciséis años le resulta tan intrincable como le resultaba al mismo de la generación pasada. Si dice que no lo entiende es que su capacidad de disimulo constituye un elemento más de la madurez a que ha llegado su mente y desarrollo psíquico (6).

La pregunta se hace bajo el imperativo de un convencimiento personal en el que me consta participan la mayoría de los profesionales del Derecho. Pero el art. 434 sigue tan vivo como el 407, que es el ejemplo paradigmático del delito natural. Me atrevo a afirmar que vivimos en una época tan fascinante como avestrucesca. Lo primero puede conducirnos a la aventura en la que por su propia naturaleza, hasta puede hallarse un género de vida distinto al de nuestro planeta en otras galaxias, como prueban las contradictorias noticias que nos mandan los ingenios que alcanzaron Marte. Lo segundo anquilosarnos en esas figuras de granito aparente o de castillo roquero, cual la chistografía mingotiana nos muestra a diario que den lugar a nuestra arribada a museos paleontológicos de siglos venideros y no muy lejanos, si no es que la petrificación ha empezado ya su proceso. (N. del A.).

(6) En la Exposición de Motivos de la mencionada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social hay un párrafo que indudablemente justifica la reforma y sus nuevas directrices: «Constituyó así la Ley de Vagos y Maleantes un avance técnico indudable y supuso un paso acertado e importante en la necesaria política de defensa y protección social, en cuyo campo ha producido inestimables resultados. Sin embargo, los cambios acaecidos en las estructuras sociales, *la mutación de costumbres* —el subrayado es mío— que impone el avance tecnológico, su repercusión sobre los valores morales, las modificaciones operadas en las ideas normativas del buen comportamiento social y la aparición de algunos estados de peligrosidad característicos de los países desarrollados que no pudo contemplar el ordena-

Creemos que, para introducir el tema, hemos agotado las ideas y las palabras. El lector habrá comprendido, no me cabe la menor duda que, entre las finalidades capitales del trabajo, está la de potenciar el artículo 65 del C. p., en su segundo inciso fundamentalmente puesto que nos consta, como más adelante especificaremos, el uso limitadísimo que se ha hecho de él por lo que a instituciones penitenciarias se refiere, cuando encierra el embrión de un sistema que si hoy está custodiado por esos dos años que van de los dieciséis a los dieciocho, en un futuro que deseamos no lejano, podría dar entrada en nuestro país a soluciones que, en otras áreas sociopolíticas, han producido resultados, al menos, moderadamente satisfactorios: la sentencia indeterminada y los medios para sustituir las penas cortas de privación de libertad.

## 2. SU NATURALEZA BIFRONTE.

La redacción del artículo 65 tiene dos incisos de muy diversa naturaleza ambos. El primero, basta leer su clara dicción, hace referencia a la determinación de la pena cuando concurre la circunstancia 3.<sup>a</sup> del artículo 8 C. p., corroborado por la situación del mencionado artículo 65, inserto en el tít. III, cap. IV, sección segunda que aparece titulada «Reglas para la aplicación de las

---

miento de 1933, han determinado que la Ley referida, a pesar de los retoques parciales introducidos por disposiciones posteriores, aparezca hoy, al menos en parte, un tanto inactual e incapaz de cumplir íntegramente los objetivos que, en su día, se le asignaron. De ahí que, para poner al día y proporcionar plena eficacia a sus normas, haya parecido necesario realizar esta reforma que, manteniendo sustancialmente sin modificación los principios en que la Ley de 1933 se inspiró, adecúe su contenido a las necesidades y realidades de hoy, en beneficio de los propios sujetos a quienes la ley haya de aplicarse y de la sociedad que debe integrarlos.»

Este buen ejemplo que nos muestra la reducción de la edad en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de los dieciocho años que fijaba el ordenamiento anterior a los dieciséis que señala la nueva legislación, tiene otras implicaciones, cual se ha dicho más arriba.

Aunque no debe dudarse que es más relevante la estimación de la edad de cara a la estructura biopsicológica del sujeto y no mirando su certificación de nacimiento, como por desgracia hoy se hace generalmente.

Constituye una muestra singular el RSP vigente y por medio de la reforma de 25 de febrero de 1968, la nueva estimativa de la edad; al referirse a los destinos de las diversas categorías de internos apunta tanto para los centros geriátricos como para los de menores de veintiún años, el mandamiento de apreciar esta característica —la edad—, «de un modo preferentemente biológico», arts. 23 e) y 24.

De modo similar y cual otros códigos emplearon, el CJM mantiene la tesis de la imputabilidad condicionada, como apunta Rodríguez Devesa. La dificultad radica en saber qué debe entenderse por discernimiento, ya que es sumamente vaga y, sobre todo, si operamos con una terminología actual. Vid. DPE., I, págs. 518 y 519, así como la nota de la última. Merece la pena comprobar el discernimiento mientras la imputabilidad penal que rige nuestras instituciones punitivas se apoye fundamentalmente en ese dogma tan discutible como es la libertad moral de elegir entre lo bueno y lo malo.

penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes». De ahí que esta primera dicción tenga unas características puramente jurídico-penales, no porque se halle en el C. p., libro I, sino porque sencillamente hace referencia a la sustantividad punitiva en el recorrido de la teoría jurídica del delito y sus elementos de los que forma parte sustancial la punibilidad, gradación y determinación de la misma.

Gran parte de la doctrina, no dudamos que con razón, critica los efectos prácticos de una dicción legal aparentemente clara. Nos referimos al alcance y significado que ha de darse a la expresión «a la (pena) señalada por la Ley», significado y alcance que afectan a la labor tremendamente difícil de determinar la sanción. Pensemos que la menor edad, como circunstancia atenuatoria, puede concurrir con otras de atenuación o agravación, bien sean comunes o privilegiadas, con otras de extensión discrecional por parte del juzgador, bien con los mecanismos de gradación, como apuntan certeramente algunos autores (7).

No parece difícil resolver, siguiendo la normativa vigente, los diferentes supuestos de concurrencia aludidos pero, en la práctica, lo es y mucho. La suerte de acertar se aproxima más al criterio matemático que a los determinantes exegéticos y de equidad que nos parecen más llenos de sentido.

El segundo inciso no participa de esta naturaleza, sino que, dentro de la estrecha discrecionalidad judicial (8), se faculta al tribunal no para que determine el grado o grados en que debe ser disminuida la sanción, sino para que directamente decrete el internamiento del menor en una *institución especial de reforma* que no tiene por qué ser de cumplimiento de pena privativa de libertad —cual demuestra el legislador al cerrar su párrafo—: «...hasta conseguir la corrección del culpable» (9). La posibilidad de este

---

(7) CÓRDOBA, MOURULLO, DEL TORO y CASABÓ: «Comentarios al Código penal». Barc. 1972, II, pág. 293. Citan —nota 26 de la misma página— la STS de 26 de febrero 1968, como cauce de solución: «Al producir los mismos efectos de disminuir o agravar, respectivamente en uno o dos grados, a juicio del tribunal, la pena-tipo, arts. 66 y regla 6.ª del 61, han de compensarse racionalmente según la norma preceptiva del núm. 3 del art. 61 de dicho Código, quedando prácticamente igual la pena señalada al delito, como si no hubieran concurrido circunstancias modificativas.»

(8) Se faculta al tribunal —«facultad (reglada)»— expresión elocuente de BERISTAIN: «Medidas penales...», ob. cit., pág. 178.

(9) El término viene connotado por el pensamiento correccionalista que se ha superado en la actualidad por finalidades más acordes al momento. No en vano su progenitor perteneció a la digna y no valorada suficientemente escuela de Dorado Montero. Nos referimos al profesor Cuello Calón, quien, no obstante, su ausencia en la reforma —de 1944—, como se expresa Cobo del Rosal en el trabajo ya citado, fue un tanto el fantasma del que nació el precepto digno de más extenso y atinado desarrollo. «Es urgente, se expresaba Cuello, que terminen para siempre el abandono, lleno de peligros, en que nuestra legislación penal y nuestra práctica penitenciaria mantienen a los jóvenes delincuentes y que estos precoces desviados, por imperativos de justicia y de humanidad, a la par que por motivos de pro-



internamiento se podrá realizar en cualquier institución entre las que cuentan las penitenciarias siempre que estén caracterizadas por el principio de la especialidad.

De ahí que hayamos llamado bifronte a la naturaleza de tantas veces citado precepto.

## 2.1. NATURALEZA JURÍDICO-PENAL.

La naturaleza jurídico-penal carece de sentido en su aplicación al caso concreto, si se prescinde del aspecto contextual que informa la redacción de 1944. Por muchas razones, aunque la fundamental sea la crisis de la justicia penal en la forma en que hoy se administra no sólo en nuestro país sino en los demás que se llaman civilizados. La alternativa que ofrece el artículo 65, en su primera parte, es una declaración formal del retribucionismo como respuesta al delito. Reducir, no ya en un grado sino en otro más, supone una proporcionalidad establecida por el poder legislativo que navega en nuestro mundo con pocos puntos de convergencia. Cabría la proclamación o declaración judicial de inimputabilidad y la solución tampoco sería correcta. En definitiva el valor punitivo no tiene contrapartida en tanto no se adecúe a sus finalidades. Castigar menos no es sino una defeción del poder que se detenta —so pena que sea una postura adoptada por vía de la equidad, la clemencia—; la retribución mira al pasado y con frecuencia puede convertirse en estatua de sal, que para nada sirve o contraproduce los resultados. Los añadidos, fruto de una política en la que se intenta dejar tranquila a la comunidad, sólo actúan como la cafi aspirina tras un dolor de cabeza, cortándolo hasta que vuelva a producirse. Desde Alfonso X a Juan Carlos I, «salvatis salvandis», navegamos en el mismo barco. Y digamos las cosas con sus nombres: Cuando el menor pertenece a esa familia cuya salida a la exposición pública puede provocar consecuencias trascendentes para su círculo, el artículo 65 sobra en doble aplicación y, quién sabe, si en su errónea aplicación por falta de acomodación de los esquemas individuales, familiares y sociales a las exigencias

---

tección social, sean sometidos a un régimen jurídico que por su especialidad física, psíquica y moral demandan, propugnando como solución que el «régimen aconsejable para estos delincuentes sería su internamiento relativamente (sic) indeterminado, que pudiera alcanzar cierta duración en establecimientos de este tipo, organizados conforme a un régimen de educación moral e intelectual, formación profesional y desarrollo físico con severa disciplina, tratamiento que sería aplicado por un personal dotado de especial captación (sic)» —capacitación, debemos leer—. Vid. CUELLO: «El nuevo D. p. Juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España». En RLJ, 1944, págs. 488 y ss. Citado por Garrido Guzmán. Compendio de Ciencia Penitenciaria. Valencia, 1976, pág. 174.

del siglo XXI que empieza a abrir sus puertas (10). Nadie pone en duda la ductibilidad de las personalidades que se hallan poco más allá de los dieciséis años. Quien esto escribe se siente solidario de esa legión de chavales que trasponen el paralelo de la hombría sin conocer el Derecho penal y su normativa porque crecen andando caminos en los que no existen condicionamientos o han tenido medios para sortearlos y, muchas veces, para superarlos aunque procedan de su propia personalidad.

Creemos que no se ha valorado, en su justa medida el peso específico de la prevención. En mis clases, más dialogadas con los alumnos que expositivas de la materia, la pregunta me ha salido de los labios con harta frecuencia: ¿Cuántos jóvenes no estuvieron entre rejas por la sola razón de existir las mismas?, o, dicho de otra manera, ¿cuántos menores no fueron a prisión porque sabían que la prisión existía? La contestación está en la mente de quien me lee porque cualquiera comprende lo que significa la estancia privado de libertad o puede imaginarlo. Conscientes de este hecho la libertad personal se constriñe a límites de difícil concreción. No sería fácil, por supuesto, estructurar una estadística con mínimos índices de fiabilidad sobre tal hecho negativo aunque la dificultad no excluye de plano el que sea posible hacerlo, aun rozando las fronteras de la utopía. Ahora bien, se dé o no esta virtualidad preventiva asignada al encierro carce-

---

(10) Aun cuando se acuda a soluciones puramente ortopédicas, en las que los tribunales hacen descansar su decisión en la inmadurez biopsíquica que comporta la minoría de edad, nada positivo deviene del intento. Por dos razones: a) Se admite todavía con carácter absoluto la exigencia del binomio «ratio-voluntas» —versus discernimiento—, presupuesto desechado motivadamente por las modernas corrientes punitivas y de defensa social, y b) La finalidad de recuperación personal y social del delincuente o menor inadaptado continúa siendo preponderante, la proclama el pasado con exclusividad, la pide el futuro como la única que justifica su propia existencia, aunque en el presente se la considere totalmente inútil, cuando no perjudicial por la crisis del sistema penitenciario tradicional que a tantas causas obedece. El profesor Cobo, en el trabajo citado más arriba, y con el que no comulgamos por su falta de anclaje en el quehacer penitenciario, no obstante su abundante información, responde con acierto, eso sí, en cuanto al primer inciso del art. 65, no con respecto al segundo, citando la doctrina legal del Tribunal Supremo referida a la época anterior al Código de 1944, en que la menor edad no era sino una circunstancia de atenuación como cualquiera otra. Cita sentencias de 1903, 1914, 1928 y 1930, concluyendo: «Como fácilmente puede deducirse, el Tribunal Supremo ha mantenido en la comprensión de la atenuante una tesis «subjetivista» a ultranza: aun cuando no se diese la edad, admitía la atenuante por razones exclusivamente subjetivas. Justamente se trata del supuesto inverso que se apunta en el texto. En referencia con la estricta apreciación de la edad, y nada más, como único elemento sobre el que apoyar la atenuante, puede verse, a título de ejemplo, la terminante sentencia de 11 de febrero de 1958, en la que se declara la automática aceptación de la atenuante, radicada en la simple edad que debe hacerse mediante el «cómputo exacto de años, meses y días naturales», art. cit., pág. 82, nota 7. Quizá se preste a confusión el aspecto subjetivo de la minoría de edad con los presupuestos determinantes de la medida de internamiento. Más adelante volveremos sobre ello.

lario, ni que decir tiene que una gran parte de la población delincuente descarta la posibilidad de su encuentro con las fuerzas del orden que pueden conducirles tras un muro o tras una reja a una convivencia a la que nunca han sido llamados y en la que nunca hubieran querido integrarse. Para los menores delincuentes —y en esto coinciden con los rasgos del delincuente adulto—, la posibilidad de ver disminuido su castigo en base a una inmadurez fruto de su estadio cronológico, es casi siempre desconocida y ni se le ocurre tomarla en cuenta. ¿A dónde pues conduce la disyuntiva de una pena notablemente aminorada con el internamiento indeterminado en una institución de reforma que comporta la privación de libertad? Atenuar la sanción sólo significa retribuir. Sin embargo, el internamiento para procurar la recuperación del menor participa de la prevención, como se ha indicado líneas más arriba y busca, a través de la diagnosis y prognosis del sujeto una readaptación eficaz. Respecto a la credibilidad que pueda darnos esa prognosis en base al tratamiento empleado en una materia tan plástica como la que conforma la personalidad del joven, doctores tiene el área de las ciencias del comportamiento humano que nos puedan dar una respuesta aceptable, por otra parte, la única que hoy se concibe en el terreno de la política criminal que afecta a la creciente delincuencia juvenil.

## 2.2. JURÍDICO-PENITENCIARIA.

Siempre que se ha hablado de instituciones penitenciarias las respuestas se producen con un encogimiento de hombros las menos, o con una actitud despreciativa, las más. Partir de la mala fama es fácil. Acreditar la buena no lo es tanto. Si la «opinión» dominante, tan ramera como la propia circunstancialidad humana es ésta, es aún mucho más difícil orillarla y construir, cuanto más consolidar, una nueva imagen de instituciones que tienen más de positivo que de desechable. Tal imagen necesita renovarse con inminencia siempre y cuando el concurso de todos los que ocupan el carro de la administración de iusticia sean o seamos conscientes de la parcela de responsabilidad que nos incumbe en orden a ello (11).

El artículo 65 del C. p. habla desventajosamente de aminoración de la pena o internamiento indeterminado en institución de reforma. Dejando a un lado la impronta retributiva a que se hizo refe-

---

(11) Cuestión seria es el divorcio existente entre los órganos de la Administración de Justicia —incluido el Ministerio fiscal— y la forma de actuar en o ante los Tribunales de quienes se pronuncian doctrinalmente por soluciones que luego no adoptan o viden. La ignorancia no cabe aquí. A pesar de no ser tan pragmáticos como los anglosajones, pero la opinión mantenida necesita de una encarnación en cada caso. Mal le viene a la justicia penal la abundancia de doctrina cuando los cauces de su realización práctica, aunque sean pocos, son ignorados por quienes los propugnan. (N. del A.).

rencia en 2.1., llegamos a la posibilidad de un internamiento institucional que cumpla los fines de readaptación, cambio de aptitudes y formación de una jerarquía de valores en los que la perifrástica dominante comporte hábitos y conductas en permanente superación hasta alcanzar las que el nivel cultural y ético medio, tienen fijados como módulos de normalidad de la conducta social que se demanda.

Dice el segundo inciso del artículo 65:

«...pudiendo el tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable».

La dicción del legislador alberga un contenido que mueve a buscar consideraciones importantes:

2.2.1. En primer lugar habremos de saber el significado y consistencia de la palabra internamiento. Puede conducir a error que se hable en primer lugar de internamiento. Esta voz hace referencia a la marginación social en que se encuentra el afectado, tal y como se ha entendido tradicionalmente. Y estamos seguros de no errar que ese fue el significado que pretendió darle el legislador de 1944 (12) mas no como hoy debe concebirse y trataremos de explicar más adelante, sino como un elemental criterio de separación con ánimo de lo que siempre se ha llamado «contagio moral» respecto de los adultos o delincuentes endurecidos y pensando en la virtualidad de los «correccionales» de menores a los que se ha atribuido, muchas veces con fundamento, estar impregnados de medios de deformación más que de un moderno sistema de educación pedagógico-correccional (13), tan necesario

(12) Hasta este código no existía el inciso que comentamos, si bien desde nuestro primer texto de 1822, la menor edad siempre constituyó una circunstancia atenuante realmente privilegiada. Sus vicisitudes legales y jurisprudenciales las recoge amplia y detalladamente Córdoba, vid. *Coment. Ob. cit.*, págs. 64 y ss.

(13) No pretendemos formular una diatriba generalizada contra todos y cada uno de los llamados «correccionales». Si alguien lo entendiérase así, vaya por delante esta salvedad, puesto que para ellos tenemos un profundo respeto. Pero es muy triste observar que en la historia de la inadaptación que presentan nuestros jóvenes delincuentes, una gran mayoría proceden de instituciones como las que hemos aludido.

Para RODRÍGUEZ SUÁREZ, Vid. «Los delincuentes jóvenes en las instituciones penitenciarias españolas». Madrid, 1976, pág. 43. El porcentaje de estancias de los internos en reformatorios de la jurisdicción tutelar de menores es escaso, situando las cifras sobre una muestra de 709 estudios respecto de la cual sólo 148, es decir, el 22,2 por 100 estuvieron en estos reformatorios.

Para una exhaustiva noticia de las medidas de privación de libertad que puede imponer la Jurisdicción Especial de los TT. TT. MM., vid. BERISTAIN, *Ob. cit.*, págs. 151 y ss.

en nuestros días como medio de yugular el camino delincencial en que los jóvenes inician su carrera. Pero volvamos al internamiento, insistiendo una vez más en que debe entenderse el término no como tratamiento institucional sino como tratamiento en asistencia continua y permanente al menor. En otras palabras, no debe considerarse el internamiento simplemente como una estancia locativa sin concretar su naturaleza y consistencia así como el tiempo de permanencia en la misma.

Desde los dieciséis a los dieciocho años, límite que «ex lege» se señala para la aplicación de la medida (14) a través de esa norma excepcional y no clara cual es la contenida en el párrafo segundo del número 2.º, del artículo 8 del C. p., es prácticamente imposible determinar el régimen ejecutivo que corresponde a la respuesta legal que el Estado utiliza frente a la conducta punible del menor. Pero salvada esta dificultad, se nos ocurre apuntar que el internamiento puede serlo en medio libre, en régimen intermedio o en medio cerrado. El internamiento puede depender de instituciones penitenciarias, establecimientos que Córdoba descarta de plano por aferrarse a que, sobre el papel, existe una normativa de los tribunales tutelares de menores en cuya legislación aparece la existencia expresa de establecimientos especiales de reforma que buscan la corrección del destinatario y no la represión como parece atribuir a la función de los centros penitencia-

---

COBO, RODRÍGUEZ SUÁREZ, LUZÓN, TOCA, PALACIO, por citar a los monografistas, y la mayoría de la doctrina que hemos consultado se quejan de que nadie prestó atención al art. 65 en su segundo inciso, ni los Tribunales de Justicia que apenas han levantado el vuelo de su interés sobre el tema por el fuerte y alarmante crecimiento de la delincuencia juvenil ni las Instituciones Penitenciarias —palabras de COBO—: «Idéntica despreocupación se ha observado en su dimensión, pudiéramos decir —no se entiende lo que pretende significar la expresión, «pudiéramos decir»—, penitenciaria, pues sólo en fecha muy reciente se ha proveído de contados casos excepcionales —y es mucho, por supuesto, el empleo del plural—, establecimientos que se aproximen a la concreta misión prevista por el art. 65.»

La queja del profesor COBO es perfectamente admisible. Así es o diríamos casi así es, pues que establecimientos hay, aunque no el número deseable. El camino no puede abrirse por otra parte sin la concienciación de todos los que colaboramos en la misma tarea: la de la recuperación del joven y, para ello, mientras no se aumenten los medios, reales y personales, pero, sobre todo, no se permeabilice el muro de silencio existente entre los órganos de la Administración de Justicia y los de la Administración penitenciaria, principalmente el art. 65, y los fines que pretende seguirán siendo estériles y podrían suprimirse de un plumazo legislativo, sin más consecuencias que las de permanecer donde estamos. (N. del A.).

Con cuanta razón han sido llamados los TT. TT. de MM., «Jurisdicción de nadie». Vid. PALACIO, J. R.: en «Surgam», núm. 235, págs. 347 y ss.

Al objeto del conocimiento de su estructura, función y procedimiento, véase la publicación de BERISTAIN. Medidas penales en el Derecho contemporáneo, ya citada. En el mismo estudio se incluye una amplia gama de formularios y textos vigentes.

(14) Por algunos llamada medida de seguridad con evidente desacierto por su propia naturaleza restauradora de la personalidad. Vid. COBO, Ob. cit., págs. 84 y ss.

rios (15). Decir esto en 1980 y de cara al siglo vigésimo de nuestra era no nos parece muy afortunado. Sobre todo cuando debemos distinguir entre la minoría de edad para cuya categoría nacieron y tienen razón de su existencia los tribunales de menores y la juventud que entra en la órbita del Derecho común, máxime cuando los puntos cronológicos de evolución se han adelantado de manera sensible desde nuestra generación pasada a la actual, como apuntábamos en las líneas preliminares de este estudio. Por otra parte, sustraer a la administración penitenciaria el tratamiento de estos jóvenes con un pretexto puramente nominalista como es la terminología empleada por el legislador: «... substituir la pena impuesta por internamiento (16) conduce, como siempre, a confusiones y desvalimientos de los tecnicismos, ¿o es que no se asigna como finalidad primordial a la pena de privación de libertad la corrección, reforma o recuperación del sujeto delincuente?» (17).

Ninguna objeción seria parece asomarse a la solución del problema del internamiento del menor en institución especial de reforma, dependiente de instituciones penitenciarias como, de hecho ha ocurrido ya con el Instituto Penitenciario de Jóvenes de Liria (Valencia) (18), aunque la parquedad de su utilización —los

---

(15) Para CÓRDOBA los establecimientos penitenciarios no servirían, puesto que o son destinados los menores a un centro abierto, con el consiguiente peligro de que no lo merezcan o a un centro cerrado, con lo que la finalidad del art. 65 se desnaturaliza. No lo creemos así, pues como se verá más adelante, no es la naturaleza del establecimiento abierto intermedio o cerrado, lo que caracteriza la acción sobre el menor, sino los medios de que el centro disponga para ser una institución correccional. El medio libre o cerrado es una instrumentación más del tratamiento del delincuente caracterizado por su menor edad y que demanda, por tanto, una terapia especializada que es con la que hay que contar.

(16) En este nominalismo se apoyan CÓRDOBA, *Ob. cit.*, págs. 290 y 297, así como COBO, citado por el primero.

(17) QUINTANO, vislumbrando la creciente tasa de delincuencia juvenil —aunque confundiendo la medida del art. 65 con una medida de seguridad—, escribe en sus comentarios: «Al posibilitar a los Tribunales la sustitución de la pena atenuada por las medidas de seguridad (?) de internamiento indeterminado en los establecimientos especiales de reforma, se inicia algo que equivale a una posibilidad de ampliación de la jurisdicción de menores.» Y tras aludir al paso que realiza la Ley de Vagos y Maleantes, calificado por el autor de positivo, continúa: «La reglamentación actual es de esperar que ponga punto final al lamentable espectáculo, hasta ahora inevitable, de tantos y tantos mozalbetes delincuentes que, en lugar de ser sometidos a tratamiento correctivo, se beneficiaban inconsiderablemente del privilegio de la simple atenuación, que les solía servir de patente de corso para sus fechorías. Lo que hace falta es tan sólo que se aplique y que la facultad tan certeramente atribuida por la Ley no quede en letra muerta. Y que la medida se extienda en futura reforma a la eximente de enajenación mental.» *Ob. cit.*, págs. 370 y 371.

(18) Creado por ley de 24 de diciembre de 1962 y puesto en servicio por O. M. de 22 de septiembre de 1968. En cuanto al régimen de su funcionamiento, *Vid. DE TOCA*: «Una nueva experiencia en España», en *REP*, 1971, págs. 43 y ss., por cuanto como director que fue del centro durante varios años, conoció e impulsó el funcionamiento del mismo con visión moderna de su finalidad.

casos pueden contarse con los dedos de la mano—, nos obligue a seguir dudando de la norma si el juzgador continúa sin asimilarla o a ello no se atreve.

## 2.2.2. *En atención a las circunstancias del menor y del hecho.*

Si al principio se habló de la escasa, del escaso margen de arbitrio o discrecionalidad que nuestras leyes penales conceden a los jueces, aquí nos hallamos ante lo que puede llamarse variable del problema, ya que el artículo 65 concede la facultad a los Tribunales «en atención a las circunstancias del menor y del hecho». Dos elementos ha de tener en cuenta el juzgador para sustituir la pena a imponer por la medida de internamiento.

### 2.2.2.1. *Circunstancias del menor.*

Las que afecta a su subjetividad entre las que destaca de modo prominente el grado probable de su recuperación y, por tanto, de su no reincidencia. Este aspecto tiene más importancia que la que aparentemente muestra. Y es que el problema es arduo en la solución legal y en la ausencia de soluciones claras por parte de la jurisprudencia (19). Desde aquí no renunciamos a apuntar lo que nos parece más atemperado a la teleología del precepto.

---

También IZQUIERDO, C.: Vid. «El Instituto Penitenciario de Liria. Centro de Formación Juvenil», en REP, enero-diciembre 1975, pág. 171.

Es significativo que el precepto, que data de hace más de treinta años, haya tenido tan parca aplicación. Centrando nuestra atención en la incidencia penitenciaria que el precepto puede producir, hemos de reconocer que los Tribunales de Justicia han hecho muy poco uso de la facultad que les concede el art. 65 —prácticamente ninguno—..., añadiendo Garrido Guzmán, «... aunque la política creadora de establecimientos penitenciarios no sea lo amplia que habría que desear, sin embargo hemos visto anteriormente cómo existen establecimientos especiales para jóvenes en nuestro país, en los que, tanto por sus instalaciones como por su personal capacitado, pueden ejercer el tratamiento adecuado a los jóvenes delincuentes basado en técnicas modernas de Derecho penal juvenil». Vid. «Compendio de Ciencia Penitenciaria». Valencia, 1976, pág. 175.

(19) CÓRDOBA, Ob. cit., pág. 291, nota 16, nos da un ejemplo que ofrece relativa claridad y que resumimos: Si por efecto de la degradación de la pena ésta se convierte en multa, el juzgador, ¿hacia qué pena se inclinaría para su aplicación al caso concreto del menor delincuente?, que, por otra parte, y en la mayoría de los casos, no sería él quien soportara la exacción pecuniaria. De imponer la pena de multa la finalidad más importante de la pena se desnaturalizaría. De acudir al internamiento indeterminado, ¿qué título justificaría la medida y, más aún, de qué sintomatología personal habría que servirse para poner fin a la indeterminación? No hay soluciones fáciles si no se recurre a nuestra tesis. Por un lado, y por imperativo de favorecer al reo, la pena de multa sería la indicada, pero se renunciaría a la virtualidad de su eventual reforma o corrección que es el «leit motiv» de la importante norma contenida en el art. 65.

Desmitificando, aunque sólo sea en el nivel de la teoría, las desastrosas consecuencias que se atribuyen desde la calle a la función penitenciaria, hacemos valer lo que sin duda constituye verdadera conquista de vanguardia en los últimos años que son hitos de verdadera perfectibilidad dentro de las escasas disponibilidades con que la administración está dotada.

Los pasos que se han dado adelante en el tratamiento derivan a concluir en la aptitud de las instituciones penitenciarias —que han de ir aún mucho más lejos y de las que por supuesto ni los mismos penitenciaristas estamos satisfechos—, para la ejecución de la medida de internamiento que conlleva, querámoslo o no, el colorido de la retribución. No se olvide que, desde la reforma de 1968 lo que fue una prisión para jóvenes antes de esa fecha, no tiene el menor parecido con lo que quiere la nueva normativa del Reglamento de los Servicios de Prisiones modificado en 25 de enero de ese año (20). Si a esto se une la creación de los llamados Equipos de Observación y de Tratamiento empeñados por imperativo reglamentario en el estudio de la personalidad del delincuente (21) —artículo 11, «in fine» y 52, párrafo primero—, llegará a la conclusión de que la diagnosis y el pronóstico verificado por los especialistas de los equipos dichos, puede revolucionar y de hecho lo está haciendo, los sistemas de predicción de conducta que hasta la introducción de sus técnicas, tenía un basamento puramente empírico y, en muchos casos, casi intuitivo. En esta apreciación y consiguiente solución del problema que suscita la personalidad del menor para el juego de la disyuntiva pena o medida de internamiento correccional, nos hemos movido ante el ejemplo puro, carente de aquellas complejidades que pueden devenir por la concurrencia de otras circunstancias privilegiadas: que, al ser estimadas como tales, deben valorarse en la medida que las reglas de determinación de la pena exigen formalmente por lo que, como concluye Córdoba (22), «la atenuante de edad juvenil establece una presunción «iuris et de iure» de imputabili-

---

(20) Para ellos se establece, art. 51, párrafo segundo: «En los establecimientos para jóvenes —el régimen general— se caracterizará por una acción educativa intensa con la adopción de métodos pedagógicos y psicopedagógicos en un ambiente social que se asemeje en cuanto a libertad y responsabilidad al que hayan de vivir cuando cumplan su condena», de hecho ya la cumplen por la consecuencia de la aplicación de la medida en sustitución de la pena.

(21) Vid. ALARCÓN, J.: «Tratamiento del joven delincuente». Madrid, 1974. Si bien el autor no contempla el supuesto del art. 60, su trabajo ilustra suficientemente sobre la consistencia de tratamiento y la función de los equipos.

En la preparación del nuevo reglamento que parece estar prácticamente ultimado, al menos en su parte técnica, los equipos reciben un trato más extenso a su composición, estructura, funciones, etc. Lo mismo cabe decir de la figura del educador que, no obstante existir ya en la práctica, no se hallaba reglamentada, exactamente lo mismo que ocurre con la institución del asistente social.

(22) «Comentarios», II, pág. 294.



dad disminuida; es, por consiguiente, a este criterio al que deben atender los tribunales para rebajar la pena en uno o dos grados. En cambio, la aplicación de la pena superior en uno o dos grados por multirreincidencia obedece a criterios que nada tienen que ver con la imputabilidad y a los que debe atenderse tras el estudio de ésta. Por otra parte, no hay que olvidar que la operación de atemperar la pena a la circunstancia de la multirreincidencia debe realizarse *tras la preceptiva rebaja para el joven menor de dieciocho años*

En esta problemática se inserta, sin lugar a dudas, la cuestión que deviene, no como secuela de la reincidencia sino por el pronunciamiento de varias condenas que ha de cumplir el menor derivadas de diversas sentencias, es decir, la acumulación de penas que emanan de distintas decisiones judiciales y recaen en la misma persona, en el mismo sujeto que es menor de dieciocho años y mayor de dieciséis. Problemática que significa realmente una transferencia de la ejecución o del modo de ejecución, desde la administración de justicia —tercer poder—, a la administración penitenciaria —segundo poder— o poder ejecutivo. ¿Qué ha de hacer ésta? Dar prevalencia en el tiempo a la pena o penas o bien que se anteponga el cumplimiento de la medida de internamiento indeterminado a la ejecución de las penas determinadas. Lo que debe descartarse «de lege ferenda» es la ejecución de la medida indeterminada con posterioridad al cumplimiento de otra u otras penas privativas de libertad puesto que resultaría un contrasentido aplicar una medida de readaptación o corrección a una persona que ha traspuesto —en cuántas ocasiones con creces—, los veintiún años como la práctica está demostrando.

De todos modos la cuestión es candente y difícil de resolver. Algún autor, bien anclado en el penitenciarismo y profundo conocedor del mismo en la teoría y especialmente en la praxis, Zapatero, R. —vid. *Cuestiones de Derecho penitenciario*, en REP, enero-diciembre 1975, págs. 168 y 169—, argumenta: «... La más grave e importante cuestión la crea, sin duda alguna, las condenas que sustituyen la pena por internamiento en institutos (sic) especiales de reforma. Hasta ahora es uso y costumbre el refundir las penas cuantitativamente estimables, susceptibles de adición aritmética, dejando para su cumplimiento posterior los internamientos indeterminados (sic) que tuviera el penado, criterio éste bastante seguro (aunque de escaso porvenir) y que tiene como precedente la regulación referente a las medidas de seguridad respecto al orden de cumplimiento, si bien nosotros estimamos que el legislador habrá de tomar la decisión oportuna según el criterio que se le quiera imprimir a la pena, y máximé si nos encontramos frente a delincuentes juveniles donde el tratamiento reformador y la readaptación, debieran ser fines primordiales».

En mi opinión hay que atreverse a más. Ir más lejos. Anteponer el cumplimiento de la medida de internamiento —cualquiera

que sea la forma de éste—, puesto que, una vez conseguida o racionalmente estimada la consecución de la reforma del menor, el cumplimiento del resto de las penas sobra. Quizá lo más difícil sea el procedimiento para realizar lo que pedimos. ¿Acudir al párrafo segundo del artículo 2 del C. p.? o, como indica Zapatero, ¿acudir a la soberanía del primer poder? La solución se nos antoja como no fácil; pero la hay y nos pronunciamos con una adición o párrafo segundo del artículo 65 que podría redactarse del modo que sigue:

Cuando el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho cometiere un hecho castigado por la Ley, se le aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondiere aplicarle si fuere mayor de dieciocho.

*Este primer párrafo debería ser derogado.*

Ello no obstante, el juez o tribunal podrá, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial dependiente de los Tribunales Tutelares de Menores o de la Administración Penitenciaria por tiempo indeterminado hasta conseguir la readaptación del sujeto.

En todo caso el cumplimiento de la medida referida se hará de modo preferente, en el tiempo, al de cualquiera otra pena a que el menor hubiere sido condenado y su ejecución será compatible con cualquiera de los medios sustitutivos que la legislación establece.

Otra cuestión importante que asoma al tratamiento de la materia y desde un punto de vista penitenciario exclusivamente es el que genera la contradicción observada en la expresión del artículo 65 «institución especial de reforma» y la nueva redacción del Reglamento de los Servicios de Prisiones (22 bis), tras la modificación de 25 de enero de 1968.

Nos referimos a la admisión de los menores a quienes se haya aplicado la medida en los llamados centros penitenciarios abiertos, ya que éstos responden al llamado tercer grado del actual sistema progresivo y en el que son situados los penados no necesitados de tratamiento (23) o reforma, lo que obliga a destinar al menor necesariamente a un establecimiento de segundo grado —el primero hay que excluirlo evidentemente—. Esta contradicción deviene como consecuencia del significado que la palabra reforma tiene en 1944, momento en que nace el artículo 65 del C. p., equivalente a corrección que utiliza el legislador de 1956 al promulgar

---

(22 bis) Por R. D. 2.273/77 de 29 de julio, el término «Prisiones» ha pasado a la denominación de «Instituciones Penitenciarias».

(23) Arts. 48 y 49 del RSP.

el reglamento vigente. Veinticuatro años después y con las nuevas técnicas, el término de tratamiento adquiere dimensiones que yacen lejos del de reforma o corrección por lo que la incompatibilidad terminológica da lugar a una atadura en las manos de quien quiere aplicar el internamiento en medio penitenciario libre. De ahí que se nos antoja necesaria la supresión de la palabra en una futura redacción del artículo 65, como propugnamos en el texto del mismo simplificando la frase: «internamiento en una institución especial», desapareciendo así el obstáculo mencionado.

#### 2.2.2.2. *En atención a las circunstancias del hecho.*

La doble condición a que se somete el juzgador en su criterio disyuntivo, viene expresada en segundo lugar, por las circunstancias del hecho realizado por el menor. Resultaría pueril abordarlas en el terreno de la teoría. Si todo el aparato punitivo deviniese condicionado por la variopinta circunstancialidad en la que el sujeto puede hallarse, la dialéctica carecería de sentido. Pero ocurre que nuestra legislación penal (24) pertenece a la vía estrecha de las opciones que resultan utilizables por el juzgador y es por ello que, cada una de ellas, como la que nos ocupa, ha de tratarse con un rigor que escapa a la uniformidad de nuestro ordenamiento jurídico-punitivo.

¿Qué ha de entenderse por las circunstancias del hecho?

Si al hablar del autor quedó como signo determinante su personalidad (25), grado sumo de la individualización punitiva, la objetivación de su conducta escapa a él mismo. Por ello, estamos seguros, se trata de un determinante que no merece la pena considerar con la atención que el legislador de 1944 le dedica, ya que el juzgador quedaría reducido a estimar las siguientes improntas:

- Alarma social producida por el hecho.
- El perjuicio causado a la víctima y sus circundantes.
- La reparabilidad de dichos perjuicios.

Se nos antoja analizar los tres determinantes que, por otra parte, están plenamente superados, ya que no responden a la traducción real de lo que pretende el artículo 65 del C. p. Intentaremos demostrarlo:

a) *La alarma social.*—Con más frecuencia de lo que nosotros mismos estimamos, el fenómeno de la delincuencia de menores

(24) Volvemos a retrotraernos a las argumentaciones expuestas al principio sobre la discrecionalidad o arbitrio judicial en nuestro Derecho que no puede ser más limitada por cuanto sólo puede hallarse casi por vía del privilegio.

(25) En trabajos anteriores hemos defendido que el hombre, como tal, no nace enteramente libre, sino que es capaz de serlo, superando todos los condicionamientos bio-psico-sociológicos que configuran su entorno y que queremos o no predeterminan su libertad. PÉREZ FERRER, «La juventud delincuente y las bandas criminales». Septiembre, REP, 1964, pág. 228.

se acepta como algo inevitable: ¿Cómo no iba a suceder si se trata de un «niñato» de dieciocho años?, ¿cómo iba a respetar el «stop» un crío que ni tendría permiso de conducir?, ¿cuál iba a ser el resultado de tres parejas que conducían un «mini», adelantando «sin ton ni son» a otro coche de mayor cilindrada?; ¡si el niño se drogaba!, ¡si tenía asustado al barrio! ¡y a su propia familia! Cuando la gran parte de lectores de la prensa diaria llega al capítulo de sucesos se encuentra si no con los interrogantes dichos, sí al menos con una indignación embrionaria dispuesta a castigar sin juzgar o, en cualquier caso a sancionar —¿por vía de la vindicta?—, una conducta irregular aunque no sea punible. Conducta irregular que no debe medirse en sus manifestaciones, sino en la íntima estructura personal de su protagonista cuya inmadurez es indiscutible. Peligrosa pues, la estimación de la alarma social cuantitativamente o en su intensidad.

b) *El perjuicio causado a la víctima y sus circundantes.*—Otra de las respuestas de indudable validez que no pueden olvidarse en el contexto de la materia que es objeto de nuestros planteamientos se concreta en: lo que puede ser la valoración del perjuicio y lo que puede constituir el mismo.

Nunca se ha producido una proliferación de las formas del perjuicio cual hoy sucede, entendido el perjuicio bien «ad personam» o «ad rerum» pues que, en las dos instancias claramente diferenciadas, el evento tiene una trascendencia dañosa difícil de establecer. Lo verdaderamente espinoso del determinante que comentamos es hallar la medida que le sirva al juzgador para tomar en cuenta el perjuicio causado en orden a la aplicación atenuada o sustitutiva del dictado del artículo 65. Una nueva prueba de la difícil misión de enjuiciar porque, ¿hasta qué punto es lícito que recaiga sobre la eventual recuperación del menor, la consecuencia dañosa de sus actos? Este interrogante subyace de modo claro en el terreno de la culpabilidad, descartada con respecto a los menores lo que da lugar a que el obstáculo crezca.

Por otra parte, la sociedad reclama, ¡cuántas veces sin la menor razón!, el cumplimiento del imperativo «fiat iustitia» ya que la acción del protagonista alcanza los perfiles de un delito que de no ser castigado, dejaría indefensa a la comunidad.

En cualquier caso si hubiéramos de consultar públicamente las penas o sanciones que debieran imponerse a las conductas delictivas de los menores que nos ocupan, la opinión generalizada se pronunciaría por duros castigos, sanciones de severa gravedad que constituirían un verdadero salto atrás, una vuelta a la vindicta germánica o a las ciegas reacciones que nos proporcionaron los siglos de oscurantismo.

Y es que, de un modo u otro, con palabras más o menos elocuentes, la venganza, la vindicta no ha terminado ni terminará en un futuro próximo, porque sigue generalizada en los más pri-

mitivos instintos de la persona humana aún aferrada a desconfiar de la justicia ajena y sólo a aceptar la propia.

Difícil oficio para el juez que tendrá que poner a prueba su sensibilidad, capacidad apreciativa, sentido común y firmeza en el momento de decidir. Mas ¡ay de él! y de la comunidad si no lo hace o no se atreve a hacerlo.

c) *La respuesta jurídica a la infracción.*—Una tercera instancia que viene determinada por condicionamientos técnicos aún inexplorados.

De aquí parte nuestra oposición más decidida en cuanto a la estructura disyuntiva del artículo 65 del C. p. (26). Quizá la opcionalidad que otorgó el legislador de 1944, contemplada en relación con lo dispuesto en el párrafo final del artículo 8, 2.º se pueda llegar al fin cuando no a la agonía del fundamento teleológico de la pena. Alrededor de esta disyuntiva asoma a nuestro parecer una cuestión que no debe arrinconarse. En un país cuyo ordenamiento jurídico-punitivo no admite la indeterminación de la pena, sino que, por el contrario, las sanciones penales están afectadas de una determinación casi absoluta, resulta que alberga en su artículo 65 una dicción como la que sigue:

«... Internamiento... por tiempo indeterminado...» (27).

Esa cuestión adquiere peso específico cuando nos hallamos de cara a saber y decir lo que significa la frase «por tiempo indeterminado». En este estudio no nos planteamos la consistencia de la sentencia o medida (28) indeterminada de internamiento. Pero como se apuntó más arriba —vid. 2.2.2.2.—, la medida puede

(26) Volvemos a repetir que la norma de este precepto no constituye sino una conformación de dos principios totalmente opuestos. El Derecho penal puede estar en crisis, y de hecho lo está; esa crisis tiene sus raíces en preceptos como éste en cuanto admiten la pareja de dos ideas previamente descasadas. Establecer el castigo o medida de corrección es inadmisibles, cual se dijo páginas arriba. Estamos en el momento vestibular de la desaparición del Derecho penal tradicional. Bien es cierto que no tomamos *partido ni por el principio de la retribución ni por el de la defensa social* —entendida ésta como profilaxis basada en las medidas de seguridad— separadamente, sino por un Derecho penal con la trascendente misión de defensa de los intereses del ciudadano como tal, de su libertad, derechos e intereses reglamentariamente establecidos y ordenados al bien común prevalentemente, pues que de ello dimana su responsabilidad.

(27) Para BERISTAIN el precepto crea la facultad que se inserta en la moderna corriente teórico-legislativa de Alemania, Argentina, Gran Bretaña, Italia, Suiza, etc., para los llamados jóvenes delincuentes o semiadultos. *Ob. cit.*, pág. 178.

Esta indeterminación venía ya arrastrada por las medidas para el enajenado y sordomudo, sin el término de indeterminación, aunque el término subyace en la dicción los correspondientes preceptos, art. 8.º, 1.º y 3.º: «... y del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal», para el primero, y «... será ingresado en un establecimiento para la educación de anormales», para el segundo.

(28) La nueva legislación de defensa social —Ley y Reglamento de Peligrosidad y Rehabilitación Social— sí establece medidas indeterminadas, pero relativamente indeterminadas.

coexistir con la ejecución de penas aplicadas a otras infracciones cometidas por el menor. Nos pronunciamos entonces por la prevalencia del cumplimiento en el tiempo de la medida y volvemos a ratificarlo aunque algún autor (29), con acierto en el papel, pero con equivocada comprobación de la variable, en nuestro criterio, se inclina por la conversión de la medida y de su ejecución en la pena a que pertenece por sustitución, es decir, el fracaso de la medida de internamiento para la corrección da lugar a la resurrección de la pena aminorada del primer inciso del artículo 65.

No, no es esa la solución, aunque ortopédicamente pueda ser considerada. Bien es cierto que el problema afecta de modo directo a la naturaleza de la medida —¿pena o medida de seguridad?—, lo que demuestra su escasa virtualidad «in mente» puesto que puede su empleo acarrear consecuencias graves en cuanto a situaciones como las de posible aplicación del perdón legal —amnistía, indulto— o de sustitución punitiva —condena condicional— (30), etcétera. Tampoco Beristain nos ofrece una solución aceptable de tipo general en su aplicación y, menos aún, partiendo del contenido de la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo ya citada. Su aporte «de lege ferenda» acusa una confusión a la que todos estamos abocados desde el momento en que argumentamos críticamente un precepto nacido en 1944 y apenas llevado a la práctica en 1976 (31).

Se nos antoja que hemos llegado a las conclusiones de cuanto se ha escrito. Pensamos en ello porque sólo resumiendo el discurso expuesto en las páginas anteriores se puede llegar al destinatario de las mismas con un mínimo de claridad y transferencia de la tesis mantenida.

No sé quiénes me leerán. Pero el firmante de estos folios, con más o menos aprovechamiento, ha tomado postura en un tema

---

(29) BERISTAIN, Ob. cit., pág. 178. Comenta la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, elevada al Gobierno en 15 de septiembre de 1972 —vid., págs. 418 y ss.—, criticando la inconcreción de la doctrina de su contenido. «La Fiscalía del Tribunal Supremo manifiesta con razón que la medida del art. 65 no se impone directamente en función de un estado peligroso definido, porque, en definitiva, el estado peligroso en el joven lo es tanto de futuro como de pasado, especialmente en cuanto a lo primero. Y en este punto es donde ha de potenciarse la función de la medida del tantas veces citado precepto objeto de este trabajo.

(30) Las dificultades que plantea nuestro ordenamiento jurídico penal adaptando el sistema dualista —pena y medida de seguridad— son notables. La medida de seguridad no ha debido perder nunca su exclusividad predelictual. El que permanezca como aplicable «ex delicto», constituye la más flagrante violación del principio de legalidad. (N. del A.).

(31) Nos remitimos a las propias palabras del autor: «En resumen, el internamiento del art. 65 se apoya en la peligrosidad postdelictual del joven y pretende su reinserción social. Es una medida de corrección (si el joven fuese incurable sería medida de seguridad) (?). Por lo tanto, no debe aplicársele indulto alguno (salvo excepciones circunstanciales). ¿Qué excepciones, se nos ocurre preguntar? La dificultad que entraña el hallazgo de las mismas nos obliga a descartar el aserto de Beristain.

de tanto interés social como el planteado por nuestra juventud..

Si la prevención falla, como evidentemente está fallando del modo más estrepitoso, encarámonos con la posibilidad del tratamiento y la meta de la recuperación, aunque seamos conscientes de las dificultades para alcanzarla.

### 3. CONCLUSIONES.

3.1. El artículo 65 del C. p. de 1944 abre un interrogante serio en cuanto a la ejecución de la pena de privación de libertad en la que incurren los sujetos mayores de dieciséis años y menores de dieciocho que no puede ser contestado únicamente con la individualización legislativa como hasta ahora se hace.

3.2. El primer inciso del citado precepto, es decir, «... al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal...», está condenado a desaparecer o preferiblemente a ser modificado. De suyo la menor edad a nivel de atenuante, tiene suficiente reconocimiento legal en las reglas que establece el artículo 61 del C. p., máxime cuando un joven de dieciséis a dieciocho años de 1980 posee unas dotes de estructura personal sedimentadas de las que carecía el de 1900.

3.3. La fórmula híbrida, incorrecta, concesiva y de la más absoluta inconcreción del artículo 65 en su inciso final debe figurar no como fórmula disyuntiva, sino con la vigencia independiente que los nuevos medios de tratamiento de la delincuencia juvenil demandan.

Por vía de solución y por imperativos técnicos y de sistemática, presupuesta la mayoría de edad penal a los dieciséis años, parece que el lugar donde la medida de internamiento debiera situarse es fuera de las reglas de la determinación de la pena, pues que no lo es, sino dentro de la atenuante 3.<sup>a</sup> del artículo 9 con un texto que podría ser redactado del siguiente modo, como párrafo segundo del número 3.º:

«Cuando el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho cometiere un hecho castigado por la Ley, se le aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondiere aplicarle si fuere mayor de dieciocho». *Este párrafo debería ser derogado.*

«Ello no obstante, el juez o Tribunal podrá, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial dependiente de los Tribunales Tutelares de Menores o de la Administración penitenciaria por tiempo indeterminado hasta conseguir la readaptación del sujeto.

En todo caso, el cumplimiento de esta medida se hará de modo preferente en el tiempo al de cualquier otra pena a que el menor hubiere sido condenado y su ejecución será compatible con cualquiera de los medios sustitutivos que la legislación establece, incluidos el indulto y la amnistía respecto de las penas a que hubiere sido condenado.»

No nos parece, para terminar, disparatado lo que pedimos. En tanto en cuanto nuestro ordenamiento jurídico no adopte el singular aporte anglosajón de la sentencia indeterminada que, en su encaje relativo, nunca absoluto, no rompe ni vulnera el principio de legalidad, conquista (?) del Estado de Derecho, lo que sigue siendo un absurdo que debemos enterrar, es mantener un precepto como el artículo 65 que constituye, en su redacción actual un cadáver viviente.

#### BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN BRAVO, J., BERISTAIN, A.: «Tratamiento del joven delincuente». Madrid, 1974. «Medidas penales en el Derecho contemporáneo». Madrid, 1976.
- ARANZADI: «Diccionario de Jurisprudencia penal», III, Pamplona, 1972, página 685.
- COBO DEL ROSAL, M.: «Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el art. 65 del Código penal español». En RDJ, enero-marzo 1970, pág. 78.
- CÓRDOBA, MOURULLO, DEL TORO y CASABÓ: «Comentarios al Código penal». Barcelona, 1972.
- CUELLO CALÓN, E.: «El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España». En RGLJ, 1944.
- DEL ROSAL, J.: «Derecho penal español», II, Madrid, 1960.
- FERRER SAMA, A.: «Comentarios al Código penal». Murcia, 1947.
- IZQUIERDO, C.: «El Instituto Penitenciario de Liria. Centro de formación juvenil». En REP, enero-diciembre 1975.
- LUZÓN DOMINGO, D.: «Tratamiento penal de la delincuencia juvenil». En ADP y CP, 1966.
- MIDDENDORF, W.: «Criminología de la juventud». Trad. José María Rodríguez Devesa. Barcelona, 1964.
- PALACIO, J. R.: «Jurisdicción de nadie». En SURGAM, núm. 235, octubre 1968, pág. 347.
- PÉREZ FERRER, E.: «La juventud delincuente y las bandas criminales». En REP, abril-junio 1964.



- PÉREZ VITORIA, O.: «La minoría de edad». Barcelona, 1940.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Comentarios al Código penal». Madrid, 1966.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: «Derecho penal español», I, Madrid, 1976. «Problemática jurídica de la delincuencia juvenil de menores. En delincuencia juvenil». Santiago, 1973, pág. 193.
- RODRÍGUEZ SUÁREZ, J.: «Los delincuentes jóvenes en las instituciones penitenciarias españolas». Madrid, 1976.
- SPRANGER, E.: «Psicología de la edad juvenil». Trad. José Gaos. Madrid, 1961.
- TOCA, A.: «Una nueva experiencia en España en orden al tratamiento de los delincuentes». En REP, 1971, pág. 43.
- ZAPATERO, R.: «Cuestiones sobre Derecho penitenciario». En REP, enero-diciembre 1975, pág. 161.



# Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código penal español

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES

Profesor Ayudante de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

El tema de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal es un tema al que, en líneas generales, se le ha prestado muy poca atención por la doctrina española. Si bien han aparecido monografías valiosas sobre algunas de ellas (1), en general, la mayoría de los análisis que de ellas se han hecho, ha sido en artículos, los cuales, pese a su profundidad en muchos casos, no pueden nunca llegar a sustituir a una monografía. Los tratadistas las han analizado igualmente, pero al estar enmarcado su estudio en obras de carácter general, no se puede esperar que se haga un análisis exhaustivo de ellas (2), menos aún si se da, como en algunas ocasiones, la absoluta carencia de estudios monográficos, incluso a nivel de artículo.

Pero si el panorama de trabajos científicos sobre las circunstancias en particular es muy poco variado, menor todavía ha sido la atención que se ha prestado a una serie de cuestiones dogmáticas que las circunstancias, en general, conllevan. No ha habido ni un solo estudio monográfico, ni siquiera artículo, que se haya planteado algunos de los problemas que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como tales circunstan-

---

(1) CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: *La alevosía*, Barcelona, Bosch, 1953 y del mismo autor *La premeditación*, Barcelona, Bosch, 1958. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *El parentesco en el Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1973. MARTÍNEZ ZAMORA, A.: *La reincidencia*, "Publicaciones de la Universidad de Murcia", Murcia, 1971. MIR PUIG, S.: *La reincidencia en el Código penal*, Barcelona, Bosch, 1974.

(2) Es de destacar, como obra de carácter general que presta más atención de lo habitual a las circunstancias, *Los comentarios al Código penal*, de CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Barcelona, Ariel, 1972.

cias presentan (3). Tal problemática ha quedado confinada a las obras generales, y no a todas.

Tres de estos problemas de la teoría general de las circunstancias vamos a intentar analizar en las próximas líneas. Ahora bien, va a ser un análisis no basado, al menos primordialmente, en el contenido de estas tres cuestiones, sino en la relación que entre las tres se establece por un buen número de autores.

Uno de estos puntos de referencia relativo a las circunstancias, es la actitud que se toma respecto a si su fundamento tiene que ver con lo injusto —o la antijuricidad—, o con la culpabilidad —en cuanto reprochabilidad—, en suma, cuál sea su colocación sistemática en la teoría del delito, o bien, fuera de ella. Este problema registró una evolución decisiva en España en cuanto se generalizó la teoría jurídica del delito entre los autores.

Otro tema, ya más antiguo, pero que igualmente sigue teniendo peso en la actualidad, es el relativo a la naturaleza de las circunstancias, y toda la problemática doctrinal sobre si son todas ellas de naturaleza objetiva, o subjetiva, o bien unas tienen el primer carácter y otras el segundo, y cuáles sean.

Finalmente, el otro problema está en función del artículo 60 del Código, con sus dos párrafos que hacen alusión a las circunstancias consistentes en causa personal, o bien en la modalidad ejecutiva.

Pues bien, he observado, como luego trataré de demostrar, que, con mayor o menor nitidez, según los autores, la mayoría de éstos establecen una vinculación fija y unívoca entre estos tres problemas, en el sentido siguiente: Toda circunstancia de naturaleza subjetiva, se refiere a la culpabilidad, y en cuanto a comunicabilidad acude al párrafo 1 del artículo 60. A su vez, toda circunstancia de naturaleza objetiva, se refiere a la antijuricidad, y es comunicable a tenor del párrafo 2 del artículo 60 (4).

Las razones a las que se puede deber tal conexión son varias, como iremos viendo, pero quizá se pueda destacar como elemento decisivo en la gran mayoría de los casos, el binomio objetividad-subjetividad, y todas las implicaciones que ha tenido a lo largo de la evolución de la teoría del delito.

El presente trabajo pretende, por consiguiente, analizar críti-

(3) Al margen de todas estas afirmaciones, así como del propósito y ámbito de estudio de este artículo, queda todo lo referido a las eximentes incompletas, que han sido objeto de profundos estudios. Vid. CÓRDOBA RODA, J.: *Las eximentes incompletas*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966. Así como toda la problemática doctrinal relacionada con el "versari in re illicita" en donde está involucrada la atenuante de preterintencionalidad.

(4) Expongo las tres parejas de conceptos en un orden no deductivo, es decir, no siempre de la naturaleza subjetiva se deduce por los autores la referencia a la culpabilidad, pues a veces es de ésta de la que se deduce la naturaleza subjetiva..., etc. Veremos más tarde cuál es causa y cuál consecuencia, según los diversos autores.

camente las posturas de los diversos autores, mayoritariamente expuestas en obras de carácter general, respecto a esta problemática, dando una panorámica de la situación en la doctrina española.

Por último expondré mi opinión personal sobre cuál haya de ser la postura a tomar.

## DOCTRINA ANTERIOR A LA VIGENCIA DEL CODIGO DE 1944

El estudio de toda la problemática aludida lo vamos a centrar en los autores que escriben en función del Código de 1944. Ello no obstante, y en especial por la luz que aportan sobre algunas posturas doctrinales actuales, vamos a hacer un rápido análisis de la doctrina anterior.

En general, y en especial los autores más antiguos (5), es evi-

---

(5) VIZMANOS Y ALVAREZ aluden a toda esta problemática en los siguientes términos: Piensan que las atenuantes se basan en la menor perversidad del delincuente y las agravantes aparte de en la mayor perversidad, en la "mayor extensión del mal producido por el delito, la mayor facilidad de cometerlo y la mayor posibilidad de ponerse a cubierto de la sanción penal, y concluye diciendo, respecto a agravantes y atenuantes, que "la culpabilidad es mayor, y por consiguiente la pena ha de serlo, en razón de la inmoralidad del agente, del mal causado por el delito, y de la facilidad de cometerlo o de eludir las sanciones de la justicia penal". En la agravante de astucia... apreciará, aparte de una mayor inmoralidad del delincuente, una mayor facilidad para eludir el castigo; en ignominia y en lugar sagrado, tanto mayor perversidad como mayor extensión del mal; y en abuso de confianza aprecia todos los fundamentos. VIZMANOS Y ALVAREZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid, 1848, tomo I, págs. 125, 126, 138, 142, 148-149.

En cuanto a PACHECO, al hablar de las atenuantes, en relación con las eximentes, que acaba de estudiar, dice que "pasamos de la esfera de la inocencia a la de la culpabilidad; pero nos detenemos en la que la hace más leve...", y más tarde afirmará que las atenuantes rebajan la responsabilidad. Más atrás dirá que el carácter verdadero de todas las atenuantes es la "falta parcial de uno de los elementos del delito. Son razones incompletas de excusa, que si fuesen completas, justificarían; que, siendo como son, disminuyen la responsabilidad. La intención clara, íntegra, omnimoda de delinquir, es la que no se encuentra en ninguno de estos casos; porque esa intención no puede suponerse; porque no la hay, cuando tales hechos existen, es por lo que la ley ha debido mirarlos con esa también parcial indulgencia..." y estima que "siempre la atenuación... depende de que, en la parte subjetiva del delito, ha quedado algo inacabado, incompleto, así para la inocencia como para la responsabilidad". Por el contrario, de las agravantes dice que tienen varios orígenes, no uno, y añade que "unas vienen efectivamente de lo subjetivo del crimen, como acabamos de ver en las atenuantes, de la intención más dañada, más perversa del que lo comete; otras del exceso de mal que causa, o sea, de la parte objetiva de aquél; un tercer género, de la mayor alarma que se infunde a la sociedad; un cuarto...", añadiendo que en la mayor parte de los casos se dan dos o más fundamentos de la agravación, y que "la mayor perversidad y la mayor alarma, se encuentran en casi todos". Por otra parte, estima que el carácter público agrava la cul-

dente que no manejan los conceptos modernos de injusto y culpabilidad, por tanto, toda pretensión de ver en ellos una distinción de las circunstancias respecto a su referencia a injusto o culpabilidad, es inútil. Las circunstancias son referidas, de un modo indistinto, a la responsabilidad, a la pena, o a la culpabilidad, no entendida ésta en un sentido moderno.

Si dejando las categorías dogmáticas, descendemos a las fundamentaciones concretas, observamos que se utilizan fundamentos tales como *mayor alarma social*, *mayor extensión del daño*, *mayor perversidad*, que, si bien por estos autores se utilizan sin ninguna referencia a los elementos del delito, van a ser las mismas fundamentaciones concretas que van a servir a autores posteriores para vincular ciertas circunstancias a uno u otro de los elementos del delito.

La diferencia respecto a estos autores posteriores consiste en que los clásicos no ven ningún inconveniente en considerar como fundamento de una determinada circunstancia consideraciones tales como la alarma social, y la mayor perversidad, al mismo tiempo, o incluso diciendo que todos los fundamentos de agravación concurren en una circunstancia, lo cual muestra inequívocamente lo ya dicho de que no son conscientes de que unos fundamentos aluden más a una mayor antijuricidad y otros a una mayor culpabilidad.

En todo caso, tanto en Alvarez y Vizmanos, como en Pacheco y Viada, se aprecia que los fundamentos que dan para las atenuantes, en los planteamientos modernos llevarían a vincularlas

---

pabilidad y la penalidad; el desprecio de autoridad, la culpabilidad; el lugar sagrado, la responsabilidad. Y finalmente, dirá que las circunstancias aumentan o disminuyen la responsabilidad o la pena. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 5.<sup>a</sup> edic., Madrid, 1881, págs. 182, 186, 252-253, 229, 236, 241.

VIADA estima que las agravantes surgen del mayor grado de perversidad derivado ya sea de las circunstancias personales del sujeto, ya sea de las circunstancias de la cosa objeto del delito. Luego, al referirse a cada agravante, alude a la perversidad, al mayor daño, a la alarma... En reiteración estima que es una "agravante de la culpabilidad del delincuente". Las circunstancias atenuantes se basan en la "disminución de la libertad, inteligencia, e intencionalidad del culpable y por lo mismo, producen el efecto... de disminuir o minorar la responsabilidad de aquél". VIADA, *Código penal reformado de 1870*, 4.<sup>a</sup> edic., Madrid, 1890, tomo I, págs. 247, 310 y 195.

GROIZARD nos dice que "no hay legislación que en la esfera de la culpabilidad no haya reconocido la existencia de circunstancias que atenuan o agravan la responsabilidad del agente". Y luego dirá que "todos aquellos móviles que puedan ser causa de aumentar la importancia de los delitos; esto es, que puedan influir en la mayor o menor libertad del agente, en la mayor o menor gravedad del daño social inherente a todo delito son, pues, las fuentes generales donde surgen así las atenuantes como las agravantes". Posteriormente, dentro de cada agravante, aludirá tanto a la mayor perversidad, como a la alarma social, sin contraponer un fundamento a otro. GROIZARD, *Código penal de 1870*, Burgos, 1870, tomo I, págs. 295, 368-369.

a una menor reprochabilidad, mientras que los dados para las agravantes en unos casos llevarían a éstas a la reprochabilidad, como las atenuantes —perversidad...—, pero en otros las llevarían a la antijuricidad —extensión del mal, alarma, facilidad de eludir las sanciones...—. De todos modos, para llegar a esta clasificación moderna en estos autores, habría que pasar por alto lo dicho en el párrafo inmediatamente anterior.

En cuanto a pronunciamientos sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, sólo Pacheco (6) alude a ello, afirmando que la atenuación se basa en la parte subjetiva del delito, y la agravación, a veces en la parte subjetiva, y en otras ocasiones, en la objetiva. Y a algo de esto parece querer aludir Viada (6) al decir que las agravantes se refieren, ya sea a las circunstancias personales del sujeto, ya sea a las circunstancias de la cosa objeto del delito.

En cuanto al artículo 60 (7), ya existente con otra numeración en los Códigos de 1848 y 1870, todos los autores se limitan a vincularlo al principio de culpabilidad. Pacheco asigna, a vía de ejemplo, al párrafo 1, tanto agravantes como atenuantes.

Respecto a las relaciones entre las tres parejas de conceptos, sólo hay algunos indicios de vinculación en Pacheco, que considera a las atenuantes como referidas a la parte subjetiva del delito, así como referidas a la menor intención de delinquir, y a la menor perversidad, lo que traducido a términos modernos y con muchas dudas, pudiera hacer pensar que equipara subjetivo a menor reprochabilidad, así como que, en función de los fundamentos que da para algunas agravantes, también pudiera pensarse que, tras la traducción a términos modernos hace una equiparación entre lo objetivo y la referencia a la antijuricidad. No obstante, tales «traducciones a términos modernos» son totalmente arbitrarias, pues es incluir a Pacheco en una problemática muy alejada de él.

Silvela será el que, podemos decir, inicie la problemática sobre la relación entre las tres parejas de conceptos a que hemos aludido. Realmente, él se limita prácticamente a hablar de una de estas parejas de conceptos, la relación naturaleza objetiva-subjetiva, pero será a partir de él que se iniciará la polémica.

Silvela afirma que en base a la imputabilidad, surge la responsabilidad, que no es otra cosa que la necesidad moral a que está sujeta toda persona, de atenerse o estar a las consecuencias que provienen de sus acciones imputables. Pues bien, esta responsabilidad puede ser objetiva o subjetiva, la primera, derivada de apreciar «el hecho imputable en sí mismo, deduciendo de su propia naturaleza, de su mérito o valor, las consecuencias que de él deben originarse y a las que ha de estar atendido el autor», la segunda,

(6) Vid. nota anterior.

(7) VIZMANOS Y ALVAREZ, op. cit., pág. 292. PACHECO, op. cit., página 399. GROIZARD, op. cit., tomo II, pág. 363.

de «considerar al propio tiempo el estado o situación especial de ánimo en que el culpable se hallaba en el momento de cometer el crimen, para deducir también la responsabilidad». Cada una de estas responsabilidades se puede entender «in concreto» o «in abstracto», en el primer caso es cuando se tienen en cuenta no sólo los elementos esenciales del delito, sino también los accidentales, si nos referimos a la responsabilidad objetiva, y si nos referimos a la subjetiva será «in concreto» cuando atendemos al especial estado anímico del sujeto al tiempo de ejecutar el delito, y no a un estado anímico normal (8).

Pues bien, dentro de este marco, estima que las «circunstancias accidentales», que se refieren a la responsabilidad objetiva «in concreto», son de naturaleza objetiva, y abarcan a todas y sólo las agravantes. Y estima que «las circunstancias modificativas de la imputabilidad», que se refieren a la responsabilidad subjetiva «in concreto» son de naturaleza subjetiva, y abarcan a todas y sólo las atenuantes (9).

De todo este planteamiento resulta, en primer lugar, que considera a las atenuantes o a las agravantes, cada una por su lado, como un bloque de naturaleza uniforme, a diferencia de los autores anteriores, que si bien consideraban a las atenuantes como todas de la misma naturaleza, no opinaban lo mismo de las agravantes.

En segundo lugar, considera que las agravantes tienen naturaleza objetiva, y las atenuantes, subjetiva, con lo cual introduce ya claramente este par de conceptos en la doctrina.

En tercer lugar, al vincular la naturaleza objetiva con la responsabilidad objetiva «in concreto», y la naturaleza subjetiva con la responsabilidad subjetiva «in concreto», conceptos éstos de responsabilidad que nos recuerdan mucho más que cualquiera de los vistos hasta ahora, el contenido —ya que no la estructura conceptual, y significación— de lo que luego será la antijuricidad, y la culpabilidad, se perfila aquí, al margen de que luego haya otras razones para ello derivadas de los propios conceptos de antijuricidad y culpabilidad, el inicio de la equiparación entre naturaleza objetiva y referencia a la antijuricidad, y naturaleza subjetiva y referencia a la culpabilidad (10).

(8) SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios*, Madrid, 1874, tomo I, págs. 125-130.

(9) *Ibidem*, págs. 182-188 y 216-227.

(10) Conviene destacar, por otro lado, la afirmación que Silvela hace, previniendo críticas, como luego en efecto se dieron, de que “al insistir en el carácter objetivo que revisten las circunstancias accidentales, no se entienda que han de considerarse... como hechos totalmente extraños y ajenos a la voluntad culpable; lejos de eso, es preciso afirmar nuevamente, que lo que no está en la determinación voluntaria del reo, no está en el delito y que los hechos exteriores tan sólo tienen valor en cuanto son su expresión y signo”. Esta reafirmación del principio de culpabilidad, al margen de las naturalezas objetiva o subjetiva de las



Otro autor que igualmente destaca de los restantes en este tema es Bernaldo de Quirós el cual hace una clasificación de las circunstancias agravantes, en objetivas y subjetivas, afirmando que son agravantes las que «implican mayor gravedad en el delito por disposiciones del agente o caracteres del hecho» (11), o bien, que las agravantes objetivas «son aquéllas cuyo título de agravación reside más en el delito que en el delincuente» mientras que las agravantes subjetivas consisten en «estados personales del delincuente, como son todas las atenuantes» (12).

Es decir, Bernaldo de Quirós, cuya influencia en este punto será decisiva, es otro autor que afirma inequívocamente la variedad de naturaleza de las circunstancias, subjetivas las atenuantes, y objetivas o subjetivas, según los casos, las agravantes.

Si resumimos todas las posturas doctrinales hasta la llegada del Código de 1928, podemos decir que, en primer lugar, respecto al artículo 60, se había entendido como manifestación del principio de culpabilidad, sin intentar conectarlo con la naturaleza de las circunstancias, ni con su referencia a los elementos del delito.

En segundo lugar, se refieren siempre las circunstancias a la culpabilidad, responsabilidad o pena, indistintamente, si bien algunos, en especial Silvela, abren el camino para una referencia de las circunstancias a elementos determinados del delito, muy desdibujada en todo caso, pues, sin una teoría del delito estructurada dogmáticamente, tal referencia carece de sentido. De todos modos, las fundamentaciones concretas de las circunstancias guardan en ocasiones gran parecido con las actuales.

Respecto a la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, se insinúa en Pacheco, y aparece con claridad en Silvela y Bernaldo de Quirós.

Se puede pensar que hay una equiparación entre naturaleza objetiva y subjetiva, y referencia a injusto y culpabilidad, patente en Silvela, y quizá en Pacheco, pero esto se ha de admitir con todas las reservas, pues los conceptos de injusto y culpabilidad están todavía alejados de lo que, por ejemplo, quiere decir Silvela, con responsabilidad objetiva o subjetiva.

Si pasamos a los comentaristas del Código de 1928, vemos que los autores, forzados a comentar las circunstancias en función de la clasificación del Código no por ello dejan de manifestar su disconformidad respecto a ella (13). Así lo manifiestan tanto Cuello,

---

circunstancias, aun ahora es capaz de invalidar los argumentos de Ferrer y Cuello, como luego veremos. Vid. infra.

(11) BERNALDO DE QUIRÓS, *Teoría del Código penal*, Alcalá, 1911, tomo I, pág. 420 (citado por JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, *Derecho penal, parte general*. Madrid, 1929, págs. 375-377).

(12) BERNALDO DE QUIRÓS, *Lecciones de legislación penal comparada*, Editora Montalvo, Ciudad Trujillo, 1944, págs. 142 y 144.

(13) El Código de 1928, al dividir tanto las atenuantes como las agravantes, en las derivadas de las circunstancias de la infracción, y las derivadas de las condiciones del infractor, produjo el efecto de avivar

como Jiménez de Asúa y Antón (14), inclinándose todos ellos por afirmar la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias (15). En ese sentido, se alejan claramente de las posturas anteriores, de Silvela y Bernaldo de Quirós. A su vez, la afirmación de que todas las circunstancias tienen naturaleza subjetiva les lleva a propugnar la referencia de todas ellas a la culpabilidad. Esta vinculación entre naturaleza subjetiva de todas las circunstancias y referencia de ellas a la culpabilidad, va a ser una postura que perdurará en algunos tratadistas del Código de 1944, como veremos, fundamentada, tanto en la inicial concepción de la teoría del delito que decía que lo objetivo iba a la antijuricidad y lo subjetivo a la culpabilidad, como en la atribución del carácter subjetivo a todas las circunstancias en base a la formulación que del principio de culpabilidad realiza el artículo 60 (16).

Un comentarista del Código de 1928 que reviste mayor interés es el padre Montes. Este autor coloca sistemáticamente las circunstancias, unas en la imputabilidad, y otras en la responsabilidad. Da un concepto de imputabilidad (17) distinto al de responsabilidad (18), y mantiene la clara distinción entre estas dos categorías conceptuales. En línea con ello, clasifica un determinado número de atenuantes, entre las referidas a la imputabilidad, mien-

---

la polémica sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, pues al comentar el Código había que aludir a tal división legal.

(14) CUELLO, *Nuevo Código penal español*, Bosch, Barcelona, 1929, libro primero, págs. 118 y 133. JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, *Derecho penal conforme al Código de 1928*, Madrid, 1929, tomo I, págs. 331 y 378.

(15) CUELLO nos dice que todas las atenuantes son "personales y constituyen situaciones o estados del delincuente reveladores de una menor culpabilidad a la par que de una menor temibilidad", y de las agravantes dirá que son todas subjetivas", pues siempre representan una mayor perversidad o una mayor temibilidad del delincuente cuyo acto acompañan". Op. cit., págs. 118 y 133. Del mismo modo JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA manifiestan que "las atenuantes, y quizá todas las circunstancias deben apreciarse en cuanto revelan la personalidad del delincuente", y con la referencia a la personalidad están hablando, como antes han dicho, de la subjetividad de las circunstancias. Luego al estudiar las agravantes, negarán la división legal, diciendo que la doctrina, o las considera todas objetivas, o subjetivas, inclinándose ellos por esto último. Asimismo al hablar de la premeditación, dirán que enraíza en la culpabilidad, y si agrava es porque el dolo premeditado puede suponer mayor temibilidad en el agente. En este sentido ésta es la circunstancia más subjetiva, y el error del Código al clasificarla entre las de tipo objetivo es crasísimo". Op. cit., págs. 331, 375-378, 385-386.

(16) Vid. infra, en especial el análisis de la postura de Cuello.

(17) "Conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como su causa eficiente y libre". P. MONTES, *Derecho penal español*, San Lorenzo de El Escorial, 1929, 2.<sup>a</sup> edic., vol. II, parte general, pág. 69.

(18) "Necesidad moral y jurídica de atenerse el autor de una acción punible a las consecuencias penales de sus actos voluntarios y rendir cuentas ante el poder social de la violación voluntaria y consciente, dolosa y culpable, de un precepto penal". P. MONTES, op. cit., pág. 172.

tras que deja unas pocas, junto con todas las agravantes, situadas en la responsabilidad; por otra parte, a las atenuantes de la imputabilidad las llama subjetivas, y a las de la responsabilidad, objetivas (19).

Respecto a las agravantes, todas colocadas en la responsabilidad, dice lo siguiente: Su fundamento está en «ya la mayor culpabilidad que revela el delito con tal circunstancia, ya el mayor daño material o social, ya en fin, el mayor peligro del delincuente o la necesidad de una defensa más eficaz de intereses y derechos individuales o sociales, amenazados», y dirá que «la clasificación más científica sería la que tomara por base los distintos elementos del delito; pero nos atenderemos a la que nos ofrece el Código penal» (20).

Por último no dejará de recordar que «todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad, aunque por su naturaleza sean objetivas, tienen también un carácter subjetivo, en cuanto que de algún modo han de encontrarse en el sujeto de la infracción criminal para que puedan ser apreciadas como modificativas de su culpabilidad y responsabilidad» (21).

De todo ello se pueden deducir las siguientes observaciones: En primer lugar, al igual que Silvela (22), no se olvida de dejar bien claro que todas las circunstancias tienen que ajustarse en su funcionamiento al principio de culpabilidad, ahora bien, a diferencia de la doctrina mayoritaria en esos momentos, eso no le resulta óbice para afirmar que hay circunstancias de naturaleza objetiva.

En segundo lugar, respecto a las atenuantes, vincula la naturaleza objetiva a la referencia a la responsabilidad, y la naturaleza subjetiva a la imputabilidad, vinculando, por tanto, la naturaleza de las circunstancias con su referencia a uno u otro de los conceptos dogmáticos.

Finalmente, es de destacar la afirmación que hace, plenamente moderna, de que la clasificación más científica de las agravantes sería la que tomara por base los distintos elementos del delito.

Silvela, junto con el padre Montes, pueden ser considerados, por tanto, como los exponentes más antiguos de la vinculación de las circunstancias a uno u otro de los conceptos dogmáticos en base a las características individuales de cada una de ellas.

---

(19) *Ibidem*, págs. 155 y 203.

(20) *Ibidem*, págs. 208-209.

(21) *Ibidem*, pág. 218.

(22) *Vid. supra*, el análisis de la postura de Silvela.

## POSTURA DE FERRER SAMA

Ferrer Sama afirma la naturaleza subjetiva tanto de las atenuantes como de las agravantes (23). Estima que si, como hace Silvela, se propugnara la naturaleza objetiva de las agravantes, se deberían apreciar aun cuando el sujeto no hubiera tenido conocimiento de ellas (24). A continuación nos dirá que la redacción del artículo 60 es la mejor prueba de que todas las circunstancias son subjetivas (25).

Insistiendo en el tema, cuando estudia el artículo 60 nos vuelve a recordar que la exigencia de «tener conocimiento» del párrafo 2 del artículo 60 muestra la consideración subjetiva que tienen todas las circunstancias. Pues si se catalogaran las agravantes como objetivas, habrían de apreciarse aunque ignoraran los cómplices que concurrían, cosa que se derivaría de su conceptualización como objetivas, pero que va manifiestamente en contra de la letra del artículo 60. Aún añade que si se considerase a tal párrafo 2 como objetivo, se consideraría como objetiva a toda la teoría de la participación, pues en ella también se comunica la responsabilidad de unos a otros en base a que el sujeto conozca el alcance de los hechos que han de fundamentar su responsabilidad (26).

Estima que tanto las atenuantes como las agravantes se basan en la menor o mayor peligrosidad del delincuente (27). E insiste, a través de un par de citas, en que las circunstancias no se requieren para la existencia del delito (28).

De todo este planteamiento se puede concluir lo siguiente: Pese a que Ferrer Sama acepta la construcción del delito de Mezger, y nos habla de antijuricidad tipificada, y de culpabilidad (29), e igualmente estima que se dan causas de exclusión de la acción, de la antijuricidad y de la culpabilidad (30), no refiere las circunstancias a la antijuricidad o a la culpabilidad, e incluso, como acabamos de citar, insiste en que no se requieren para la existencia del delito, basándose en ello para considerarlas al margen de las categorías de la teoría del delito. Únicamente aludirá a la mayor o menor peligrosidad del delincuente que demuestren las circunstancias.

Por otro lado, mantiene que todas las circunstancias son subjetivas. Su crítica a los que estiman que hay circunstancias obje-

---

(23) FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Murcia, 1946, tomo I, págs. 267, 327-328.

(24) *Ibidem*, págs. 327-328.

(25) *Ibidem*, pág. 328.

(26) *Ibidem*, tomo II, págs. 255-256.

(27) *Ibidem*, tomo I, págs. 267 y 326.

(28) *Ibidem*, pág. 266, nota 2.

(29) *Ibidem*, pág. 100.

(30) *Ibidem*, pág. 106.

tivas se basa en que tanto a nivel doctrinal, como en base al párrafo 2 del artículo 60 la exigencia del *conocimiento* de la existencia de la circunstancia impide hablar de objetividad. Este *conocimiento*, al exigirse tanto al autor como a los partícipes (en este caso a través del artículo 60) respecto a las circunstancias, pretendidamente llamadas objetivas invalida la afirmación de que son objetivas.

La trascendencia posterior de esta argumentación de Ferrer ha sido muy amplia. Sin embargo, en mi opinión llega a una conclusión incorrecta. Ya Silvela (31), y el padre Montes (32), como hemos visto, habían previsto una mala interpretación de sus afirmaciones respecto a la naturaleza objetiva de algunas circunstancias, y, efectivamente, Ferrer incurre en tal confusión.

Volviendo a los presupuestos actuales, cuando Ferrer discute sobre si las circunstancias poseen naturaleza objetiva y critica tal postura, se está moviendo a unos niveles distintos a los que se pueden estar moviendo Rodríguez Devesa (33), Antón Oneca u otros autores actuales; en realidad, incluso Silvela y el padre Montes. Todos ellos, al igual que Ferrer Sama, piensan que para que una circunstancia pueda ser referida a una persona tiene que mediar el principio de culpabilidad; está claro que éste no puede realizarse respecto a una persona, de una circunstancia que, sin estar especialmente ligada a él, tampoco conocía siquiera que se daba su existencia. En ese sentido, el artículo 60 significa la expresión del principio de culpabilidad respecto a los partícipes, y en tal sentido, es decir, si siempre que medie el principio de culpabilidad se ha de hablar de subjetividad, todas las circunstancias son subjetivas.

Sin embargo, cuando nos referimos a la naturaleza de las circunstancias, no estamos pensando en si para su apreciación ha de mediar el principio de culpabilidad, pues esto se da por supuesto, sino que atendemos a su naturaleza en sí mismas consideradas.

Esta mala interpretación del problema por Ferrer aparece como evidente en nuestros planteamientos legislativos, pero no lo sería tanto si nos atuviéramos al Código italiano el cual, aún en la actualidad, en su artículo 59 (34) afirma que las circunstancias agravantes o atenuantes se apreciarán atenuando o agravando aunque no sean conocidas por el autor. En un planteamiento como éste y en contra de él, podría tener sentido la afirmación de Ferrer de que las circunstancias han de ser subjetivas en base al principio de culpabilidad, pero en nuestra problemática, cuando

(31) Vid. supra, nota 10.

(32) Vid. supra, pág. 605.

(33) Por ejemplo, vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte general*, Madrid, 1976, pág. 595.

(34) *Il Codici Penali*. Ottava edizione aggiornata ad aprile 1974, Dott. A. Giuffrè, editore, 1974, pág. 152.

los autores se refieren a la naturaleza de las circunstancias, está claro que se refieren, normalmente, a algo muy distinto.

Vemos, por tanto, en relación con las tres parejas de conceptos que estudiamos, que Ferrer en base a la afirmación del principio de culpabilidad que realiza el artículo 60, declara la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias, apartándose de la doctrina que, aceptado el principio de culpabilidad en las circunstancias, reserva el término «objetivo» y «subjetivo» para otros contenidos. Rota la dicotomía naturaleza objetiva-subjetiva en Ferrer Sama, ya no tiene sentido ponerla en relación con los párrafos 1 y 2 del artículo 60. Igualmente, ya hemos visto que aunque acepta los conceptos dogmáticos de la teoría del delito, no refiere las circunstancias a ello, y sólo queda la duda de a qué concepto del delito podría estar más cercana la referencia a la peligrosidad del delincuente. Yo estimo que se vincularía a la pena.

#### POSTURA DE CUELLO CALON

Cuello Calón estima que la culpabilidad tiene tres graduaciones, una normal, una atenuada y otra agravada. Las dos últimas están motivadas por la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes (35). Considera que las atenuantes son personales y que consisten «en estados o situaciones que disminuyen la inteligencia o la voluntad del agente determinándolo más fácilmente al delito, o en hechos que manifiestan una menor perversidad del delincuente» (36). Y las agravantes tienen un carácter «puramente personal y subjetivo, pues no representan sino una mayor perversidad del delincuente a la que corresponde una mayor culpabilidad» (37).

Por otro lado, al estudiar el artículo 60 alude a que las circunstancias incluíbles en los dos párrafos, son subjetivas, y remite al estudio que Ferrer Sama hace del artículo 60 en relación con la naturaleza de las circunstancias, y que ya hemos visto (38).

Observamos en Cuello, por un lado, el mismo planteamiento que Ferrer, al cual se remite, respecto a la conclusión sobre la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias en función del principio de culpabilidad expresado en el artículo 60. Así pues, todas las objeciones que se han hecho a Ferrer, siguen siendo válidas para Cuello.

Pero éste da un paso más que Ferrer en esta problemática, puesto que afirma la vinculación de todas las circunstancias a la

---

(35) CUELLO CALÓN, *Derecho penal, parte general*, 17.<sup>a</sup> edic., tomo I, vol. II, pág. 547.

(36) *Ibidem*.

(37) *Ibidem*, pág. 571.

(38) *Ibidem*, pág. 733.

culpabilidad (39). Esta conclusión, que contrasta con la aceptación que Cuello, como Ferrer, realiza de la teoría jurídica del delito (40), y la división de las eximentes en función de su referencia a los elementos del delito (41), está derivada, en mi opinión, de su afirmación de la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias, afirmación ésta en la que sin duda pesa decisivamente la interpretación que realiza del artículo 60 (42), así como la vinculación que en los primeros momentos de la teoría jurídica del delito se realizaba entre la subjetividad y la culpabilidad.

Nos encontramos, por tanto, con que Cuello vincula estrechamente naturaleza subjetiva de las circunstancias, y pertenencia a la culpabilidad.

Sin embargo, al igual que Ferrer, no establece ninguna distinción entre los párrafos del artículo 60, en función de las dicotomías injusto-culpabilidad y naturaleza objetiva-subjetiva, sino que hace una interpretación global de él en función del principio de culpabilidad.

## POSTURA DE ANTON ONECA

Antón niega la naturaleza subjetiva de todas las atenuantes: Dice que ello no es cierto puesto que hay eximentes incompletas referidas unas a la menor culpabilidad, y otras a la menor anti-juricidad. Y a continuación añade que de las restantes atenuantes todas son subjetivas, menos una —la de provocación— que es objetiva, y otra —la de arrepentimiento— que es mixta (43). Las agravantes las divide por un lado entre las de mayor culpabilidad y mayor antijuricidad; y por otro, en objetivas, subjetivas y mixtas. A continuación dirá que las agravantes objetivas se refieren a un hecho externo, y las subjetivas, «a la culpabilidad y a la valoración de la persona responsable que a través del juicio de

---

(39) No sin vacilaciones, pues en la segunda edición de su *Tratado* las refería a la imputabilidad (Barcelona, 1929, págs. 377 y 395), en su *Nuevo Código penal* las vinculaba a la responsabilidad (Barcelona, 1929, pág. 115) y sólo a partir de la tercera edición del *Tratado* las vincula a la culpabilidad (Barcelona, 1936, pág. 447 y 465).

(40) CUELLO, op. cit., tomo I, vol. I, pág. 280.

(41) *Ibidem*, págs. 360, 475 y 537.

(42) En todo caso, también se podría cambiar el sentido de la relación, diciendo que puesto que considera a todas las circunstancias referidas a la culpabilidad, han de ser de naturaleza subjetiva, y a reforzar esta vinculación se añadiría luego su interpretación del artículo 60. El resultado, vincular naturaleza subjetiva y culpabilidad, sería el mismo de todos modos. No obstante, pienso que lo que pesa decisivamente es la naturaleza subjetiva, y la pertenencia a la culpabilidad es la consecuencia, como lo demuestran las dudas que Cuello ha tenido respecto a la vinculación de las circunstancias a la culpabilidad, vid. nota 39.

(43) ANTÓN ONECA, *Derecho penal, parte general*, Madrid, 1949, tomo I, pág. 333.

culpabilidad se realiza» (44). Fundamenta luego las agravantes objetivas, ya más en concreto, en la mayor facilidad para cometer el delito, en la gravedad del resultado...; y las subjetivas, en la intensidad de la voluntad criminal, en la condición personal del culpable..., diciendo que las subjetivas son «circunstancias de mayor culpabilidad» (45). No deja de afirmar Antón que la división de las agravantes en objetivas, subjetivas y mixtas es un tanto artificiosa (46).

Al referirse a la atenuante de provocación, la considera objetiva por no exigirse un estado emotivo a consecuencia de tal provocación en el sujeto, y dice a continuación: «La —circunstancia— 5.<sup>a</sup> no es de menor culpabilidad, sino de menor antijuricidad de la acción» (47). En la alévosía aludirá a la exigencia de un elemento subjetivo, aunque la considera objetiva, y lo entiende como elemento subjetivo de la antijuricidad (48). En ofensa de autoridad o desprecio de edad, dignidad o sexo, que la califica como objetiva (49), exige un elemento subjetivo especial, y un poco antes ha dicho que la circunstancia se refiere a la antijuricidad (50). Nocturnidad y despoblado, también calificadas como objetivas (51), vuelven a exigir un elemento subjetivo (52). En ensañamiento, el elemento subjetivo es el que agrava la culpabilidad (53).

Por otro lado, al estudiar el artículo 60, vincula las circunstancias personales al párrafo 1 del artículo 60, y las objetivas al párrafo 2 diciendo que el artículo 60 no es innecesario, como algún autor ha dicho, aunque las personales sean comunicables por naturaleza y las objetivas sólo pueden imputarse cuando son conocidas en base al concepto del dolo, porque hay cierta tendencia a la responsabilidad objetiva en los tribunales. Ya antes ha afirmado que el artículo 60 se refiere al principio de culpabilidad (54).

De todo lo anterior se pueden deducir las siguientes conclusiones:

En Antón aparecen por vez primera en la doctrina las tres relaciones objeto de este estudio: Acepta que unas circunstancias sean de naturaleza objetiva y otras subjetiva; acepta que unas puedan referirse a lo injusto y otras a la culpabilidad; y, por supuesto, estudia los dos párrafos del artículo 60 por separado.

(44) *Ibidem*, pág. 350.

(45) *Ibidem*, pág. 351.

(46) *Ibidem*.

(47) *Ibidem*, pág. 337.

(48) *Ibidem*, pág. 352.

(49) *Ibidem*, pág. 350.

(50) *Ibidem*, pág. 396.

(51) *Ibidem*, pág. 350.

(52) *Ibidem*, págs. 377-378.

(53) *Ibidem*, pág. 360.

(54) *Ibidem*, pág. 430. Nótese cómo aun entendiéndolo correctamente que el artículo 60 se refiere al principio de culpabilidad, eso no le ha resultado obstáculo para predicar su naturaleza objetiva o subjetiva.



Veamos a continuación si establece equiparaciones fijas entre estas tres parejas de conceptos o no.

En cuanto a las atenuantes, su división en objetivas o subjetivas según su naturaleza, aparece vinculada con su referencia a la antijuricidad o culpabilidad cuando niega la subjetividad de todas las atenuantes, aunque parezca aparentemente que se refiere sólo a las eximentes incompletas. También afirma tal vinculación al hablar de la provocación. A su vez, al estudiar el artículo 60 vincula la naturaleza subjetiva al párrafo 1 y la objetiva al párrafo 2.

Respecto a las atenuantes, la triple relación se da, por tanto, completa.

Respecto a las agravantes, tras aludir a que se dividen entre las de mayor antijuricidad, y las de mayor culpabilidad, así como en objetivas, subjetivas y mixtas, relaciona luego las objetivas con el hecho externo, y las subjetivas con la culpabilidad, esto último por dos veces. Y a nivel de circunstancias en concreto, en ensañamiento, y ofensa de autoridad y respeto a dignidad, edad o sexo, conecta su subjetividad a la culpabilidad, y su objetividad a la antijuricidad. Por otro lado, al igual que en las atenuantes, vincula las agravantes personales al párrafo 1 del artículo 60 y las objetivas al párrafo 2.

Aparece por tanto en las agravantes igualmente la triple relación.

En cuanto a las circunstancias mixtas, es difícil pronunciarse, pues Antón no establece ninguna relación entre ellas y los párrafos del artículo 60, ni con la antijuricidad o culpabilidad. Es digno de destacar en todo caso respecto a ellas, que Antón, a diferencia de lo que harán otros autores como Rodríguez Devesa (55), no se basa, para catalogar como mixta una circunstancia, en la exigencia de un elemento subjetivo adicional, es decir, no se basa en la exigencia del *buscar de propósito* o *aprovecharse* de la situación de concurrencia de esa circunstancia por parte del autor para que se pueda apreciar, sino que en los casos en que se exige tal buscar de propósito o aprovecharse, él sigue considerando a tal circunstancia como objetiva, y alude a que posee un elemento subjetivo de la antijuricidad, como hemos visto en la cita que recojo de la alevosía, o bien, no tan explícitamente en ofensa de autoridad..., nocturnidad y despojado. Utiliza por tanto, para calificar una circunstancia como mixta otros criterios tales como la relación entre el sujeto activo y pasivo... (56).

Si sintetizamos las conexiones entre las tres parejas de conceptos que hemos apreciado, tenemos el siguiente esquema:

---

(55) Vid. infra.

(56) ANTÓN, op. cit., pág. 351.

- |                                    |  |
|------------------------------------|--|
| a) Agravantes objetivas:           | — Artículo 60, párrafo 2.<br>— Antijuricidad agravada. |
| b) Agravantes subjetivas:          | — Artículo 60, párrafo 1.<br>— Culpabilidad agravada.  |
| c) Atenuantes objetivas:           | — Artículo 60, párrafo 2.<br>— Antijuricidad atenuada. |
| d) Atenuantes subjetivas:          | — Artículo 60, párrafo 1.<br>— Culpabilidad atenuada.  |
| e) Atenuantes y agravantes mixtas: | —  |

Como podemos ver, resulta que una circunstancia subjetiva se refiere siempre a la culpabilidad y está en el párrafo 1 del artículo 60, y una circunstancia objetiva, se refiere a la antijuricidad y está en el párrafo 2 del artículo 60. Para completar plenamente la relación haría falta que las circunstancias mixtas las encajara Antón en uno u otro de los dos términos de las otras dos relaciones.

Podemos observar cómo la triple equiparación realizada por Antón está basada, como su elemento de conexión esencial, en la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, pues los párrafos del artículo 60 sólo se ponen en relación con la antijuricidad o culpabilidad, a través de la naturaleza de las circunstancias.

Hay motivos, por tanto, para concluir que Antón realiza una triple equiparación fija entre las tres parejas de conceptos estudiados.

## POSTURA DE RODRIGUEZ DEVESA

Rodríguez Devesa estima que el lugar sistemático adecuado de las circunstancias está «entre los presupuestos de la pena, esto es, entre los elementos del delito», afirmando que las circunstancias son elementos accidentales «que vienen a añadirse a los que son esenciales al delito» (57). A su vez, tales elementos accidentales los vincula a dos de los elementos esenciales del delito, la antijuricidad o la culpabilidad (58). Por otro lado, nos clasifica las circunstancias, en función de la naturaleza de los elementos que las integran, en objetivas, subjetivas o mixtas (59). Y afirma

---

(57) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte general*, 5.<sup>a</sup> edic., Madrid, 1975, págs. 589-591.

(58) *Ibidem*, pág. 589.

(59) *Ibidem*, pág. 593.

que «aquellos elementos accidentales del delito que por su naturaleza objetiva determinan una mayor antijuricidad de la conducta, deberán ser captados por el dolo del agente para que se le puedan imputar... En cambio, aquellos que sean de índole subjetiva bastará que concurran para que sean considerados como atenuantes o agravantes» (60). Igualmente, nos dirá que las circunstancias personales no son comunicables, mientras que sí lo son las de carácter objetivo (61).

Todas estas afirmaciones implican:

En primer lugar, que vincula las circunstancias a los elementos del delito de la antijuricidad o culpabilidad, admitiendo la graduación de éstos en base a las circunstancias, si bien considera a éstas como elementos accidentales, estudiándolas al final de su análisis de la teoría del delito.

En segundo lugar, que en función de su naturaleza las divide en objetivas, subjetivas y mixtas.

En tercer lugar, que considera que las objetivas van al párrafo 2 del artículo 60 y las subjetivas al párrafo 1.

En cuarto lugar, que las objetivas se refieren a la antijuricidad.

Es decir, establece una triple relación: Naturaleza objetiva —artículo 60, párrafo 2— antijuricidad. Si las objetivas están en el artículo 60, párrafo 2, y las objetivas están en la antijuricidad, las circunstancias que se refieren a la antijuricidad, están en el artículo 60, párrafo 2. Concretándolo más, se afirma que *todas* las objetivas y *sólo* ellas (62) están en el artículo 60, párrafo 2 —pues las personales o subjetivas ya dice que no lo están—; y se afirma que *todas* las objetivas están en la antijuricidad —no se afirma que *sólo* están las objetivas, pero parece deducirse—. La interrelación, por consiguiente, entre los tres términos es casi total. Sólo faltaría decir que *sólo* las objetivas están en la antijuricidad; y en todo caso, ya está claro que el artículo 60, párrafo 2, sólo admite a todas las objetivas, y que todas las objetivas están en la antijuricidad —aunque, como digo, no sabemos si también caben subjetivas en ella—.

Ahora bien, si a continuación acudimos al capítulo dedicado específicamente a las agravantes, nos encontramos con la afirmación de que excluyendo las circunstancias objetivas o mixtas, nos dice que «sólo las puramente subjetivas pertenecen a la culpabilidad» (63). Como vemos, este era el término que nos

---

(60) *Ibidem*, pág. 595. Nótese que parece no concebir atenuantes referidas a la antijuricidad, pues habla sólo de *mayor* antijuricidad, mientras que en el segundo inciso del párrafo habla de *atenuantes* y *agravantes*.

(61) *Ibidem*.

(62) Dejamos por un momento al margen las circunstancias que califica de naturaleza mixta.

(63) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 621.

faltaba para realizar la triple equiparación. Si *sólo y todas* (64) las subjetivas pertenecen a la culpabilidad, podemos decir que, al menos en relación a las agravantes, la referencia a la culpabilidad abarca *sólo* a todas las subjetivas, y que las subjetivas están *sólo y todas* en el artículo 60, párrafo 1; a su vez, la antijuricidad abarca *sólo* a todas las objetivas, y las objetivas están *sólo y todas* en el artículo 60, párrafo 2.

La equiparación triple se presenta en las agravantes, por tanto, completa.

En el capítulo de las atenuantes, aparte de afirmar la naturaleza objetiva de la vindicación de ofensa y la provocación (65), no alude a ningún problema de relación con los párrafos del artículo 60, o con la culpabilidad o antijuricidad, lo que hace que no podamos, a diferencia de las agravantes afirmar la triple relación de un modo absoluto, pues en ningún lugar se afirma que, respecto a las atenuantes, *sólo y todas* las objetivas están en la antijuricidad; mientras que sí está clara la relación fija entre objetivo-subjetivo y párrafo 2 y 1 del artículo 60, no se ha negado que las subjetivas puedan estar en la antijuricidad, junto a las objetivas.

En cuanto a las circunstancias de naturaleza mixta, considera como tales a las que poseen en su constitución elementos objetivos y subjetivos (66), y así considera la alevosía (67), y cabe esperar lo mismo, aunque no lo diga explícitamente, del ensañamiento (68), y en base a las exigencias jurisprudenciales, de la nocturnidad y despoblado (69). Incluso el arrepentimiento espontáneo (70), (71). Se observa que Rodríguez Devesa estima que se da un elemento subjetivo en la naturaleza de estas circunstancias cuando se exige el buscar de propósito o aprovechar una situación ya existente, pues considera esta exigencia subjetiva como no incluíble en el dolo, pues para imputar una circunstancia al sujeto es suficiente con que éste sea consciente de que, por ejemplo, el lugar sea despoblado, consciencia ésta que estima suficiente para que se dé el dolo y que exige por tanto a todas las circunstancias objetivas en virtud del principio de culpabilidad. El buscar de propósito o aprovecharse es un elemento subjetivo adicional que se exige sólo en algunas circunstancias, que devienen mixtas en base a ello (72).

Por otro lado, como ya hemos visto, sólo las agravantes pura-

---

(64) Esto último no lo dice expresamente, pero se deduce con claridad.

(65) RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pág. 609.

(66) Ibidem, pág. 593.

(67) Ibidem, pág. 621.

(68) Ibidem, pág. 632.

(69) Ibidem, págs. 629-630.

(70) Ibidem, págs. 612-613.

(71) Al parentesco la llama mixta en otro sentido, en cuanto que puede ser atenuante o agravante, op. cit., pág. 647.

(72) Ibidem, págs. 629-630.

mente subjetivas pueden ir a la culpabilidad, de lo que resulta que las mixtas han de estar en la antijuricidad, uniéndose a las objetivas, hecho que se confirma respecto a las agravantes mixtas, situadas todas bajo el epígrafe de las agravantes referidas a la antijuricidad (73). A diferencia de las agravantes objetivas, sin embargo, no afirma ninguna relación entre las agravantes mixtas y los párrafos del artículo 60.

Podemos sintetizar todas las relaciones hasta ahora vistas, del siguiente modo:

- |                           |  |
|---------------------------|--|
| a) Agravantes objetivas:  | — Artículo 60, párrafo 2.<br>— Antijuricidad agravada. |
| b) Agravantes subjetivas: | — Artículo 60, párrafo 1.<br>— Culpabilidad agravada.  |
| c) Agravantes mixtas:     | — _____<br>— Antijuricidad agravada.                   |

Es decir, la antijuricidad agravada queda completa con todas las agravantes objetivas y mixtas. Hay, pues, relación de exclusividad entre objetivo y mixto y antijuricidad agravada. Lo mismo ocurre con la culpabilidad agravada, que queda completa con todas las agravantes subjetivas. La relación entre objetivas, mixtas y subjetivas, y el artículo 60 ya no es de exclusividad sino de necesidad: Necesariamente todas las objetivas van al artículo 60, párrafo 2; necesariamente todas las subjetivas van al artículo 60, párrafo 1 (74). Para transformar esta relación en exclusiva falta que todas las mixtas vayan a uno de los párrafos del artículo 60, cosa que no dice Rodríguez Devesa en ningún sitio.

- |                           |  |
|---------------------------|--|
| d) Atenuantes objetivas:  | — Artículo 60, párrafo 2.<br>— Antijuricidad atenuada. |
| e) Atenuantes subjetivas. | — Artículo 60, párrafo 1.<br>— _____                   |
| f) Atenuantes mixtas.     | — _____<br>— _____                                     |

Es decir, con las atenuantes todas las relaciones son de necesidad, no hay exclusividad. Todas las objetivas necesariamente están en la antijuricidad atenuada. Pero nada se dice respecto a dónde están las mixtas y las subjetivas. Respecto al artículo 60

---

(73) *Ibidem*, pág. 621.

(74) En apoyo de toda mi interpretación anterior, se puede citar igualmente la afirmación de Rodríguez Devesa de que el auxilio de personas que aseguran o proporcionan la impunidad, al ser una agravante objetiva deberá agravar la pena de los que la conozcan; así como la agravante de precio, recompensa y promesa, al ser subjetiva, no ha de comunicarse a quien entrega la dádiva, *op. cit.*, págs. 627 y 636.

todas las objetivas necesariamente van al párrafo 2; todas las subjetivas necesariamente van al párrafo 1. Es una relación de necesidad que para transformarla en exclusividad haría falta que Rodríguez Devesa colocara las mixtas en uno de los dos párrafos.

Después de todo este prolijo análisis, se ha de concluir que si bien Rodríguez Devesa, explícitamente, no llega a una equiparación exclusiva entre circunstancias objetivas y mixtas con su inclusión en la antijuricidad y con su referencia al artículo 60, párrafo 2 y entre circunstancias subjetivas con su inclusión en la culpabilidad y su referencia al artículo 60, párrafo 1, creo que no ofrece ninguna duda que Rodríguez Devesa está pensando en ello —en todo caso podría decirse que no piensa en la equiparación de las mixtas al párrafo 2 del artículo 60—, tal como se deduce de sus formulaciones generales, y de algunas circunstancias en particular. Es más, aunque nos ciñéramos sólo a lo que él, de un modo explícito, dice, las equiparaciones que aparecen son ya muy significativas.

Es de destacar, por otro lado, que es el par de conceptos naturaleza objetiva o subjetiva, el que vincula a los párrafos del artículo 60 con la referencia a la antijuricidad o a la culpabilidad de la circunstancia, pues entre estas dos parejas de conceptos no hay una equiparación directa, sino que actúa de gozne la pretendida naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias.

Rodríguez Devesa es uno de los autores que con más claridad presenta la triple equiparación objeto de este estudio.

## POSTURA DE QUINTANO RIPOLLES

La postura de Quintano sobre este problema se puede dividir, dado el numeroso material de análisis que presenta, en función de cada una de las tres relaciones posibles. Veamos en primer lugar la *relación* que pueda establecer entre la *naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias*, y su relación con los *párrafos del artículo 60*:

Se pueden descubrir una serie de formulaciones generales, y así, niega la postura doctrinal que mantiene la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias en base a que es un criterio que, aunque defendible en pura teoría, es contrario a la dogmática, pues el artículo 60 expresa que las personales «esto es, de naturaleza subjetiva» son intransmisibles, y las consistentes en ejecución material... «que vale tanto como decir objetivas», son transmisibles (75).

Estima, respecto a las atenuantes, que la introducción jurisprudencial de consideraciones de matiz ético, no ya tan subjeti-

(75) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, Madrid, 1963, tomo I, págs. 411-412.

vas, dentro de su naturaleza, hace que ésta, a veces quede algo desnaturalizada (76). También a las atenuantes se referirá cuando las divide en objetivas y subjetivas, basándose, según él, para el uso de esta distinción, en que el artículo 60 la impone terminantemente (77), tal como ya ha dicho en referencia a todas las circunstancias en general.

Respecto a las agravantes, estima que las objetivas referidas a la acción, por lo objetivas» son transmisibles (78). También repetirá que el artículo 60 obliga a una ardua labor de distinción de cuáles sean las objetivas y cuáles las subjetivas (79).

Y al estudiar el artículo 60 nos dirá «en otras palabras, que las circunstancias subjetivas son intransmisibles y que las objetivas son transmisibles» (80).

Si luego atendemos al estudio concreto que hace de cada circunstancia veremos frecuentes alusiones a este problema: En parentesco (81), abuso de confianza —que considera «en gran parte subjetiva» aunque la incluye en el epígrafe de agravantes objetivas— (82), reincidencia (83) y arrebató (84) afirma que al ser de naturaleza subjetiva no son transmisibles. Por el contrario, respecto a la ocasión calamitosa estima que al ser objetiva es transmisible (85). Algo parecido dice respecto a la alevosía, pero invirtiendo los términos, es decir, ha de ser objetiva porque está en párrafo 2 del artículo 60 (86). Igualmente aludirá a esta vinculación entre artículo 60 y naturaleza de las circunstancias, al tratar la atenuante de provocación (87). Frente a toda esta línea de análisis, Quintano, al estudiar la agravante de precio, recompensa o promesa, nos dirá que «su naturaleza, objetiva en sí misma y abstractamente considerada, no lo es en dogmática, puesto que no resulta transmisible a los partícipes desligados del vínculo personal lucrativo», y la incluye en el epígrafe de las agravantes subjetivas referidas a la culpabilidad (88).

En cuanto a las circunstancias que llamaría mixtas Rodríguez Devesa, y que Quintano las entiende en el mismo sentido aunque no usa tal término, es decir, como aquéllas que exigen un aprovechamiento por parte del sujeto, nos dice que «son eminentemente objetivas o reales, pero requiriendo, en cambio, no ya un cono-

(76) *Ibidem*, pág. 417.

(77) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, 2.<sup>a</sup> edic., págs. 151-152.

(78) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, tomo I, pág. 434.

(79) QUINTANO, *Comentarios...*, págs. 202-203.

(80) QUINTANO, *Curso...*, tomo I, pág. 256.

(81) *Ibidem*, pág. 413.

(82) *Ibidem*, págs. 441 y 433.

(83) *Ibidem*, pág. 455.

(84) QUINTANO, *Comentarios...*, pág. 185.

(85) QUINTANO, *Curso...*, pág. 463.

(86) *Ibidem*, pág. 434.

(87) QUINTANO, *Comentarios...*, págs. 173, 174-175.

(88) QUINTANO, *Curso...*, pág. 449.

cimiento de su realidad, sino un aprovechamiento que las hace frecuentemente aptas para la transmisibilidad a los partícipes en las condiciones requeridas por el artículo 60» (89). Estimo que este párrafo debe entenderse en el sentido de no romperse la vinculación entre naturaleza objetiva y párrafo 2 del artículo 60, es decir, se exige un «aprovechamiento» que no obsta a su transmisibilidad.

De todas estas afirmaciones se puede concluir que:

Tanto a nivel general, como particular, hay abundantes expresiones en Quintano que insisten en la vinculación del carácter objetivo o subjetivo de las circunstancias a los párrafos 2 ó 1, respectivamente, del artículo 60.

Las circunstancias que incluyen la exigencia de aprovechamiento las clasifica como objetivas y del párrafo 2.

Es de notar en Quintano que la afirmación habitual de que la naturaleza objetiva o subjetiva condiciona la colocación de las circunstancias en uno u otro párrafo del artículo 60, en algunas ocasiones funciona en sentido inverso, es decir, su colocación en uno u otro de los párrafos del artículo 60 condiciona la afirmación de su naturaleza objetiva o subjetiva.

Hay un caso en que la relación que estudiamos se resquebraja. Es en relación a la agravante de precio..., en donde Quintano admite que una circunstancia que por su naturaleza la considera objetiva, si no encaja en el artículo 60, párrafo 2, ya no es objetiva desde un punto de vista dogmático —que se refiere al artículo 60 cuando habla de «dogmático» está claro ya no sólo en la cita que recojo de esta agravante, sino incluso si atendemos al uso que del término «dogmático» hace Quintano en la primera cita recogida— (90).

Además, hay que notar la contradicción apreciada en abuso de confianza.

Se puede concluir por tanto, que si bien Quintano, a nivel de formulación general, e incluso particulares, apoya claramente la vinculación entre estas dos parejas de conceptos, ello no es obstáculo para que, si llega el caso en que tal vinculación le resulte difícil mantener, la rompa sin sentirse obligado por ello a alterar sus formulaciones anteriores.

Si ahora atendemos a la relación que Quintano pueda apreciar

(89) *Ibidem*, pág. 455. De todos modos no todas las que exigen el aprovecharse, según QUINTANO, las recoge, juntas, en la lección dedicada a ellas. Por ejemplo, el disfraz la mantiene entre las objetivas pese a exigirse por QUINTANO, tal elemento. *Ibidem*, pág. 438.

(90) Es de notar, en todo caso, la estrecha vinculación que QUINTANO estima existente entre la naturaleza y el artículo 60, pues en este caso en que se ve forzado a romper la vinculación, no es capaz de reservar los términos objetivo o subjetivo para la alusión a la naturaleza, sino que utiliza tales términos en dos sentidos, uno en relación a la naturaleza, y otro en relación al artículo 60, cosa innecesaria en este último caso, pues bastaba con que hubiera hablado sólo de transmisibilidad.



entre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias y la referencia de éstas a los elementos del delito, así como a la de los párrafos del artículo 60 y la referencia a los elementos del delito, descubrimos las siguientes afirmaciones:

Hablando de todas las circunstancias en general, dirá que pueden ser emparentadas más o menos con los diversos elementos del delito, aunque ello no tiene trascendencia ya que todas las circunstancias abocan al mismo fin de alterar las cuantías de la punición (91), y luego afirma que tal clasificación es insegura e ineficaz (92).

Al estudiar las atenuantes, tras decir que algunas se refieren a la imputabilidad —artículo 9, números 1, 2 y 3— y tienen poco de circunstancia, y otra —artículo 9, número 4— es más bien una forma intermedia entre dolo y culpa, de las restantes, que son para él las genuinas circunstancias atenuantes, dice que afectan sólo al elemento de la punibilidad (93).

En cuanto a las agravantes, es de notar cómo las divide en agravantes objetivas referidas a la acción, agravantes subjetivas referidas a la culpabilidad, y agravantes personales o reales de constatación objetiva (94). En otros lugares afirmará que las objetivas se refieren a la acción, y las subjetivas a la culpabilidad (95), así como que las «objetivas» referidas a la acción, van al párrafo 2 del artículo 60 (96). Si atendemos al estudio concreto de las agravantes, veremos cosas interesantes: La premeditación entiende que en cuanto subjetiva, según la doctrina predominante se referirá a la culpabilidad, pero también se referirá a ella si se atiende al concepto normativo de culpabilidad y al juicio de reproche (97). El abuso de confianza, aunque la considera «en parte» subjetiva y desde luego no transmisible, está incluida en la lección 38, entre las agravantes objetivas referidas a la acción (98). En cuanto a la alevosía, aunque la incluye en el capítulo de las objetivas referidas a la acción, y la considera de naturaleza objetiva, la refiere a la culpabilidad «pero no al modo como lo entendiera Manzini, en su contextura psicológica, pues entonces estaría en contradicción con la tesis objetivista que acabo de defender, sino con la culpabilidad normativamente considerada, a modo de juicio de reproche» (99). En cuanto al precio, recompensa o promesa, en un

---

(91) QUINTANO, *Cuso...*, pág. 410.

(92) *Ibidem*, pág. 411.

(93) *Ibidem*, pág. 417.

(94) *Ibidem*. Epígrafes de lecciones 38, 39 y 40, págs. 433, 448 y 456. En el último grupo incluye las circunstancias que no le encajan en ninguno de los otros dos, en especial las que exigen "el aprovecharse".

(95) *Ibidem*, págs. 433-434 y 448 —sólo respecto a culpabilidad y subjetividad—.

(96) *Ibidem*, págs. 433-434.

(97) *Ibidem*, pág. 445.

(98) *Ibidem*, pág. 441.

(99) *Ibidem*, pág. 434-435.

epígrafe que abarca a ella y al ensañamiento, la califica como subjetiva y referida a la culpabilidad, y efectivamente en la lección dedicada a las agravantes subjetivas referidas a la culpabilidad la estudia, si bien luego, como ya hemos visto, dirá que es objetiva por naturaleza, pero no por dogmática, pues no es transmisible (100).

De todo esto, se puede concluir que en cuanto a la relación *naturaleza objetiva-subjetiva y referencia a elementos del delito*:

Vincula todas las circunstancias a la punibilidad, más en concreto, a la cuantía de la punición. No obstante, piensa que las circunstancias pueden ponerse en relación con los diversos elementos del delito, pero estima como muy poco trascendente e ineficaz tal relación. En línea con esta postura, a las atenuantes sólo las refiere a la punibilidad. No hace lo mismo con las agravantes, las cuales, al margen de que se encuentren igualmente en la punibilidad, las distingue entre las referidas a la acción (101), y las referidas a la culpabilidad, aparte de un grupo que no logra encajar.

Ahora bien, Quintano va a dar un contenido a la culpabilidad no siempre idéntico: En algunos casos va a utilizar un concepto de culpabilidad que lleva implícito que todo lo subjetivo ha de ir a la culpabilidad y todo lo objetivo ha de quedar al margen de ella, y en ese sentido, cuando titula los epígrafes de las lecciones 38 y 39 como «agravantes objetivas referidas a la acción» y «agravantes subjetivas referidas a la culpabilidad», piensa mantener en todo momento la equiparación naturaleza objetiva-acción, naturaleza subjetiva-culpabilidad; sin embargo, luego él mismo se dará cuenta de que el contenido estrictamente subjetivo que está dando a la culpabilidad, no es correcto, y afirmando que se refiere en estos otros casos a la culpabilidad según la teoría normativa, deja de vincularse a la relación subjetividad-culpabilidad, y así, aunque al estudiar la premeditación consigue todavía no romper la equiparación, al tratar la alevosía, se aparta claramente de tal relación, aunque no deja de incluir a la alevosía en el epígrafe de las agravantes referidas a la acción cuando es así que dice que se refiere a la culpabilidad, dándose por tanto una contradicción evidente.

Igualmente, hay dos quiebras a esta vinculación, aunque ya no de un modo tan evidente: La primera de ellas, relativa a la agravante de precio de la que dice que es de naturaleza objetiva pese a que no la considera así, no sólo en cuanto al artículo 60, como ya vimos, sino que tampoco la refiere a la acción como cabría es-

(100) Ibidem, págs. 445, 448 y 449.

(101) El que QUINTANO aluda a la "acción" en lugar de a la "antijuricidad" se explica en función del análisis que hace del artículo 1.º del Código y cuáles sean los elementos de la teoría del delito que en él se contemplan. Para él, la antijuricidad no está incluida en el artículo 1.º, se ha de contemplar incluida en la vertiente negativa del delito, pues en la positiva se confundiría con la tipicidad. Vid. *Curso*, págs. 208 y 365.

perar de su naturaleza objetiva, sino a la culpabilidad. Por otro lado, el abuso de confianza pese a estimarlo como de naturaleza subjetiva, la incluye, contra lo que cabía esperar, entre las agravantes objetivas referidas a la acción.

Nos encontramos por tanto con que Quintano, pretende mantener la equiparación naturaleza subjetiva-culpabilidad, naturaleza objetiva-acción, pero cuando desciende al estudio concreto de las circunstancias, se aparta claramente de esta formulación general, en el caso de la alevosía, y de un modo indirecto —es decir en función de sus formulaciones generales anteriores— en el precio y en el abuso de confianza. Estamos por tanto en la misma situación que antes: Aunque a nivel general establece la equiparación, no se considera obligado a respetarla en todos los casos.

*Si observamos ahora la relación párrafo 2 ó 1 del artículo 60 y referencia a la acción o a la culpabilidad*, cabe citar la alusión que Quintano hace respecto a que las agravantes objetivas referidas a la acción van al párrafo 2 del artículo 60 (102), con cuya afirmación está vinculando al párrafo 2 tanto a las circunstancias de naturaleza objetiva, como a las referidas a la acción. En todo caso, como en la gran mayoría de los autores que aceptan la triple equiparación, Quintano conecta la relación acción-culpabilidad, con la del párrafo 2 ó 1 del artículo 60 a través de la relación restante, es decir, la de naturaleza objetiva o subjetiva, la cual, al vincularse por un lado a la relación acción-culpabilidad y por otro a la del párrafo 2 ó 1 del artículo 60, en última instancia establece la triple relación.

Podemos concluir, por tanto, afirmando que Quintano acepta la triple equiparación naturaleza objetiva —referencia a la acción— párrafo 2 del artículo 60, y naturaleza subjetiva —referencia a la culpabilidad—, párrafo 1 del artículo 60, en la que actúa como elemento de unión entre las dos últimas relaciones, la primera, es decir, la referida a naturaleza objetiva o subjetiva. De todos modos, si bien esta triple relación se mantiene a nivel de formulaciones generales completamente, a nivel de formulaciones concretas presenta algunas quiebras. Estas quiebras, sin embargo, no le mueven a Quintano a eliminar sus formulaciones generales que claramente afirman la triple equiparación.

## POSTURA DE RODRIGUEZ MOURULLO

Rodríguez Mourullo estudia las agravantes 6.<sup>a</sup> a 17.<sup>a</sup>, así como la atenuante 4.<sup>a</sup> y en el análisis que de ellas hace, se refiere con gran frecuencia al problema que estamos contemplando. Dada la estructura de la obra (103) en la que realiza el análisis, no da formulaciones generales, pero las frecuentes alusiones que hace al pro-

(102) *Ibidem*, págs. 433-444, ya citada.

(103) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, tomo I.

blema al estudiar las circunstancias en concreto proporcionan un material más que suficiente para averiguar su opinión.

Respecto a la atenuante de preterintencionalidad, afirma que al ser subjetiva es incomunicable (104). En cuanto a la agravante de premeditación nos dirá que para él su fundamento está en la mayor reprochabilidad, «en consecuencia», el fundamento es «de índole exclusivamente subjetiva»; y más tarde afirmará que por ser de naturaleza subjetiva, va al párrafo 1 del artículo 60 (105). En cuanto a astucia, fraude o disfraz, afirma que se refiere a la forma de ejecución, y que al referirse a la modalidad de realización, su fundamento es de naturaleza objetiva, afirmando luego que es comunicable, por ser de naturaleza objetiva (106). Por su lado, el abuso de superioridad, al referirse a una mayor culpabilidad, no es comunicable (107). El abuso de confianza, al referirse a la mayor reprochabilidad, es un fundamento de carácter subjetivo, e incomunicable por ser de naturaleza subjetiva (108). El carácter público atiende a una mayor reprochabilidad, y luego dirá que al ser de índole subjetiva o personal, es del párrafo 1 (109).

Respecto a incendio, naufragio y otra calamidad o desgracia, afirma que se refiere a una mayor culpabilidad en cuanto que el sujeto se aprovecha de la situación calamitosa; y luego, que «como la mayor reprochabilidad... deriva de un dato objetivo —la ocasión que se aprovecha para la comisión del delito— la agravación puede alcanzar a todos los partícipes» —es decir, párrafo 2— (110). La agravante de gente armada la refiere a la antijuricidad del hecho, y la de auxilio de personas que aseguren la impunidad estima que no está vinculada ni a la antijuricidad ni a la culpabilidad, sino que su fundamento está en consideraciones político-criminales: en todo caso considera a la agravante en sus dos aspectos, comunicable (111). En cuanto a nocturnidad y despoblado, estima que el exigirse el «aprovecharse», la circunstancia afecta a la mayor reprochabilidad; ahora bien, al derivar la mayor reprochabilidad de una particular modalidad objetiva de ejecución, piensa que está vinculada la circunstancia al párrafo 2 (112).

La cuadrilla (113), la ofensa de autoridad o desprecio de dignidad, edad o sexo (114), el lugar sagrado (115) y la morada (116), las considera referidas a la antijuricidad, y comunicables.

- 
- (104) *Ibidem*, pág. 467.  
 (105) *Ibidem*, págs. 602 y 618.  
 (106) *Ibidem*, págs. 627, 628, 635, 638 y 640.  
 (107) *Ibidem*, pág. 653.  
 (108) *Ibidem*, págs. 664 y 670.  
 (109) *Ibidem*, págs. 676 y 678.  
 (110) *Ibidem*, págs. 686 y 687.  
 (111) *Ibidem*, págs. 697 y 700.  
 (112) *Ibidem*, págs. 711 y 714.  
 (113) *Ibidem*, págs. 722 y 723.  
 (114) *Ibidem*, págs. 759 y 764.  
 (115) *Ibidem*, pág. 779.  
 (116) *Ibidem*, págs. 770 y 775.

Por último, la reincidencia y la reiteración estima que no se refieren ni a lo injusto ni a la culpabilidad, y que por su carácter personal son incommunicables (117).

De todas estas citas, no hay duda de que se ha de sacar la conclusión de que Rodríguez Mourullo acepta la triple equiparación que venimos estudiando en líneas generales. Así, podemos observar cómo vincula la referencia a una mayor culpabilidad con la naturaleza subjetiva de las circunstancias de premeditación y abuso de confianza, y tal vinculación la hace poniendo en función de la referencia a la culpabilidad, la naturaleza subjetiva, a diferencia de la mayoría de los autores que utilizan la conexión en sentido inverso.

Del mismo modo, vincula la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias a los párrafos 2 ó 1 del artículo 60, en las circunstancias de premeditación, abuso de confianza, carácter público, y astucia, fraude o disfraz, poniendo en función de la naturaleza de las circunstancias la vinculación a determinado párrafo del artículo 60 (118).

En cuanto a la tercera relación, la vinculación directa, y no por medio de la naturaleza de la circunstancia como es lo habitual, entre los párrafos del artículo 60, y la referencia a lo injusto o a la culpabilidad, también aparece en Rodríguez Mourullo, en relación con el abuso de superioridad, poniendo su no comunicabilidad en función de su referencia a la culpabilidad.

Por otro lado, y al margen de estas afirmaciones explícitas de Rodríguez Mourullo respecto a las difentes conexiones de estos conceptos, hay otros casos en que si bien no los pone en contacto, los cita por separado, respecto a una misma circunstancia, y no se contradicen respecto al sentido en que se da la triple equiparación habitualmente. Así, en gente armada, cuadrilla, abuso de autoridad o desprecio de dignidad, edad, o sexo, lugar sagrado y morada.

Sin embargo, hay dos circunstancias en las que la triple equiparación se quiebra, y además de un modo explícito. Me refiero a las circunstancias de incendio, naufragio..., así como a las de nocturnidad y despoblado. En ellas observamos que aparece la exigencia del aprovechamiento, y que es esta exigencia la que determina que Rodríguez Mourullo refiera estas circunstancias a la culpabilidad. Nos encontramos de nuevo, ante las circunstancias que Rodríguez Devesa ha llamado mixtas y las ha mantenido en la antijuricidad, y que Quintano no se ha decidido a referirlas a

---

(117) *Ibidem*, págs. 743 y 747.

(118) En todo caso, la fundamentación que utiliza para dar carácter objetivo a la agravante de astucia, fraude o disfraz deja notar el uso de términos —“modalidad de ejecución”, “forma de ejecución”— muy similares a los utilizados por el párrafo 2 del artículo 60, por lo que podría pensarse que en este caso, es más bien la vinculación al párrafo 2 del artículo 60 la que determina la afirmación de su naturaleza objetiva.

la acción, ni a la culpabilidad, formando un grupo aparte. Estas circunstancias, que en los diversos autores no son siempre exactamente las mismas, Rodríguez Mourullo no ve ningún inconveniente en referirlas a la culpabilidad, precisamente por la exigencia de ese elemento subjetivo de aprovechamiento; sin embargo, pese a ello, sigue pensando que son de naturaleza fundamentalmente objetiva, por lo que las vincula al párrafo 2 del artículo 60. En estas circunstancias, y en base a ese elemento de aprovechamiento, rompe la triple relación unívoca que venía manteniendo y la rompe en cuanto que, como dirá explícitamente en una ocasión (119), considera que en su naturaleza aparecen elementos objetivos y subjetivos, y los subjetivos le servirán para acudir a la culpabilidad, y los objetivos al párrafo 2 del artículo 60 (120).

En suma, que no se puede hablar de una quiebra de la triple equiparación, sino de una adaptación a la peculiar naturaleza mixta que él estima que se da en estas circunstancias.

Podemos concluir, por tanto, que Rodríguez Mourullo mantiene la triple equiparación de un modo prácticamente absoluto en las circunstancias que analiza, si bien, como ya hemos dicho, no se registran formulaciones generales.

## POSTURA DE CORDOBA RODA

Córdoba estudia (121) todas las atenuantes, menos dos, las primeras cinco agravantes, y el artículo 11 y el 60; de tal análisis se pueden obtener las siguientes afirmaciones referidas a nuestro problema:

Estima que el arrebato, tal como lo entiende la jurisprudencia, parece que no se refiere tanto al juicio personal de reprochabilidad como al juicio objetivo de desvalor (122). Afirma que la alevosía no es «ni exclusivamente objetiva, ni subjetiva, sino que integra un comportamiento externo regido por la voluntad o finalidad (123). Refiriéndose al precio, recompensa o promesa, dice que si tal agravante sólo se aplica a quien efectúa la infracción en base al precio, es agravante consistente en una causa personal, y por tanto, del párrafo 1 del artículo 60 (124). Respecto a la

---

(119) RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., pág. 706.

(120) Observamos cómo RODRÍGUEZ MOURULLO no sigue la postura de CORDOBA, vid. infra, de incluir el aprovecharse en el dolo, ni siquiera la de RODRÍGUEZ DEVESA y ANTÓN, de incluir tal elemento como un elemento subjetivo de la antijuricidad, sino que el carácter subjetivo de este elemento le llevará, al igual que otros autores que veremos, a referir la circunstancia a la culpabilidad.

(121) CORDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*. Barcelona, 1972, tomos I y II.

(122) *Ibidem*, tomo I, pág. 516.

(123) *Ibidem*, pág. 549.

(124) *Ibidem*, págs. 563-564.

agravante de publicidad, para Córdoba incrementa la lesión del bien jurídico (125). Y el parentesco atiende al desvalor de la conducta (126).

Al estudiar el artículo 60 se advierte que al ejemplificar circunstancias incluíbles en los diversos términos de los párrafos, lo hace en base al tenor literal de tales términos del artículo 60, sin hablar de objetivas o subjetivas. Incluso, especifica que ninguna atenuante hace referencia a modalidades de la ejecución (127). Afirma que el que las circunstancias del párrafo 2 hayan de basarse en una modalidad ejecutiva, no quiere decir que al autor —no al partícipe— no haya de exigirse la voluntad o finalidad respecto al medio de ejecución, y añade que para apreciar acción alevosa es necesario que el sujeto *quiera* realizar la acción alevosamente, o para apreciar veneno, hace falta que el sujeto *quiera* realizar el delito por medio de veneno; todo lo cual es algo distinto a la exigencia de conocimiento para el partícipe (128). Alude a que el Código de 1928 separaba a las atenuantes, en función de la razón o motivo de su atenuación o agravación, cosa que ahora no hace, por lo que hay que ver el sentido de cada una, y añade que si bien las circunstancias pueden estar, generalmente sólo en uno de los dos párrafos del artículo 60, a veces, como en abuso de superioridad, según se atiende para apreciarlo, a una causa personal, o a la modalidad ejecutiva, pueden estar en cualquiera de los dos párrafos (129).

De todo esto, se puede concluir que sus referencias a la relación injusto-culpabilidad, y naturaleza objetiva-subjetiva, son ocasionales, y sin poner en relación a una con otra, como lo demuestra al hablar del arrebató y obcecación y publicidad por un lado, y de alevosía por otro (130).

Del mismo modo, resulta difícil afirmar que Córdoba establezca alguna vinculación entre los párrafos del artículo 60 y las otras dos relaciones que estudiamos (131), como lo prueba el que al analizar el artículo 60 no aluda ni una sola vez a la relación injusto-culpabilidad, ni a la de naturaleza objetiva-subjetiva, como se ve en las citas recogidas y en todo el resto del análisis del artículo

(125) *Ibidem*, pág. 575.

(126) *Ibidem*, pág. 787.

(127) *Ibidem*, tomo II, págs. 252-254.

(128) *Ibidem*, pág. 256.

(129) *Ibidem*, págs. 254-255.

(130) La alusión fugaz al "juicio personal de reprochabilidad" y "juicio objetivo de desvalor" que realiza al analizar el arrebató, considero muy dudoso que intente aludir a la vinculación naturaleza subjetiva-reprochabilidad, y naturaleza objetiva-injusto.

(131) La referencia, en cuanto a la agravante de precio... a que "consiste en una causa personal" no se ha de interpretar en el sentido de que por ser de naturaleza subjetiva va al párrafo 1, puesto que lo único que pretende es vincularla a tal párrafo, con independencia de la naturaleza de la circunstancia, como lo demuestra el que use una expresión contenida en el texto legal del párrafo 1 del artículo 60.

lo 60. Por otro lado, al admitir que una circunstancia, según los casos, pueda estar en el párrafo 1 ó 2 del artículo 60, cosa que ni siquiera Antón, Rodríguez Devesa, Quintano o Rodríguez Mourullo aceptaban respecto a las llamadas circunstancias mixtas — que incluían el elemento «aprovechamiento»—, rompe toda posible relación entre estos dos párrafos con su naturaleza entendida de un modo global o único, o con su referencia a los elementos del delito.

Observemos igualmente que Córdoba, al recordar que el hecho de que las circunstancias del párrafo 2 se refieran a la modalidad ejecutiva, no quiere decir que no exijan del autor de la acción que proyecte su voluntad o finalidad sobre ella, es decir, que para apreciar la alevosía se exige un querer alevoso en el autor, está tomando postura respecto al problema de las circunstancias que exigen el elemento subjetivo del aprovecharse o buscar de propósito, y que tantos problemas de clasificación causará a otros autores; para Córdoba, según mi opinión, estos elementos subjetivos están incluidos en el dolo y no suponen un elemento subjetivo adicional, ni tienen nada que ver con el problema de la naturaleza de las circunstancias, ni de su relación a lo injusto o a la culpabilidad (132).

Podemos concluir por tanto afirmando que Córdoba no establece ninguna relación entre las tres parejas de conceptos que estamos estudiando. Es asimismo digno de destacar, que, prescindiendo de que no las vincula entre sí, sólo se refiere ocasionalmente a estos conceptos cuando realiza el estudio de las circunstancias modificativas.

Aunque no parece aceptar esta vinculación entre las tres relaciones, tampoco critica tal equiparación en otros autores.

## POSTURA DE DEL ROSAL

Al analizar a Del Rosal se advierte rápidamente que este autor mantiene una postura tajante contraria a la referencia de las circunstancias a lo injusto o a la culpabilidad, con lo cual cabría pensar que una de las tres parejas de conceptos que estamos analizando quedaría descartada. En este sentido, critica explícitamente la postura de Rodríguez Devesa, y la de Antón Oneca (133), en un razonamiento que referido directamente a las agravantes, puede extenderse igualmente a las atenuantes.

El lugar sistemático correcto, según Del Rosal, de las circuns-

(132) Vid. nota 120.

(133) DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español, parte general*, Madrid, 1972, vol. II, pág. 516. Polemiza con RODRÍGUEZ DEVESA en el sentido de que si él considera a las circunstancias como elementos accidentales del delito, no se entiende cómo pueden modificar a elementos esenciales tales como la antijuricidad o la culpabilidad.



tancias modificativas, está al margen de los elementos del delito, no afectando a la sustancia de éste, sino que «dejándola intacta, proyectan su eficacia en la medición de la pena» (134). En otro lugar dirá que «las circunstancias no afectan a la constitución del delito. Y que, por tanto, su concurrencia tiene efecto en la graduación de la pena» (135)... Y en el índice de su Tratado observamos igualmente cómo realiza el estudio de las circunstancias modificativas, vistos ya los elementos del delito, y dentro de la teoría de la pena.

Con todo, estas manifestaciones, y algunas otras que se podrían citar (136), que muestran la clara desvinculación hecha por Del Rosal entre las circunstancias y los elementos del delito, cuando llega el momento de plantearse, respecto a las agravantes, cuál sea el «quid iuris» de su agravación, quedan parcialmente contradichas en cuanto que, si bien afirma que su justificación ha de estar basada en «razones político-criminales», tales razones piensa que pueden desentrañarse utilizando «la clásica distinción entre carácter objetivo-antijuricidad, y subjetivo-culpabilidad, con las excepciones propias de esta distinción, y de la composición de la agravante respectiva», pese a que a continuación volverá a insistir en que las circunstancias nunca producirán «una modificación esencial del esquema de los caracteres del delito» (137). Es decir, sin abdicar de su postura respecto a la colocación sistemática de las circunstancias en la teoría de la pena, se ve obligado al analizar el fundamento de las agravantes a aceptar una relación entre ellas y los elementos del delito.

En cuanto a si Del Rosal acepta la diversa naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, no hay duda respecto a ello como se demuestra no sólo en base a la afirmación ya citada de la vinculación entre carácter objetivo-antijuricidad, carácter subjetivo-culpabilidad, sino por numerosas afirmaciones en tal sentido. Critica las posturas tanto de Silvela como de Dorado, que pretenden asignar una misma naturaleza a todas las agravantes (138), y acepta en principio la clasificación que hace Antón, aunque introduce algunas modificaciones (139). También negará la opinión de Silvela de que todas las atenuantes son subjetivas, y ensayará una clasificación de ellas, aunque no deje de reconocer que la concepción imperante en la redacción de las atenuantes es de índole subjetiva (140).

Respecto al concepto que posea del artículo 60, refiere en todo momento los dos párrafos al principio de culpabilidad. Así, nos dirá que por ser las circunstancias caracteres accidentales del

---

(134) *Ibidem*, pág. 487.

(135) *Ibidem*, pág. 493.

(136) *Ibidem*, págs. 518 y 521.

(137) *Ibidem*, págs. 518-519.

(138) *Ibidem*, págs. 516-517.

(139) *Ibidem*, págs. 517-518.

(140) *Ibidem*, págs. 494-495 y 513.

delito no necesitan ser captadas por el dolo del autor, si bien hay «algunas de singular significación que reafirmando el aforismo de que "no hay pena sin culpabilidad" necesitan insoslayablemente concurrir para la agravación y atenuación»... y alude al párrafo 1 diciendo que «reafirma un elemental dictado de la culpabilidad» añadiendo a continuación que «como, por idéntico motivo, las que consistieren en» ... y cita el texto del párrafo 2, diciendo que de este modo se ha paliado el «versari in re illicita» (141). Expresiones similares utilizará en otras ocasiones (142).

Una vez vistos los conceptos que tiene de cada una de las tres parejas de términos objeto de estudio, veamos si pone en contacto a unas relaciones con otras:

En ningún momento he logrado detectar alguna afirmación de Del Rosal, por la cual se afirmara o se pudiera deducir su creencia en una relación más o menos estable entre los párrafos del artículo 60, y la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias.

Del mismo modo, tampoco he logrado ver ninguna relación fija expuesta por Del Rosal, entre párrafos 1 ó 2 del artículo 60, y referencia de las circunstancias a la culpabilidad o al injusto (143).

Sólo nos queda por ver, por tanto, si establece alguna vinculación entre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias y su referencia a lo injusto o a la culpabilidad.

Ya hemos apreciado antes cómo, al buscar la justificación de las agravantes, vinculaba, en una formulación general, y con algunas salvedades, objetivo e injusto, y subjetivo y culpabilidad. Dada la breve y genérica alusión que hace a tal relación, es conveniente analizar cómo formula tal vinculación en el estudio de las circunstancias en particular (144).

(141) *Ibidem*, págs. 513-514 y 516.

(142) *Ibidem*, págs. 478, 69-71.

(143) Entendida esta referencia a lo injusto o a la culpabilidad de las circunstancias bajo los presupuestos de DEL ROSAL, a que ya hemos aludido.

(144) De la alevosía dirá que es subjetiva, y que su agravación reside en "una más reprobable culpabilidad, por cuanto la prolija descripción objetiva no veda de observar cómo está cifrada la agravación en dos ingredientes"... el viejo aceño y el ocultamiento moral. Estima que la agravación de precio... deriva de los móviles de lucro, que "se ubican aquí dentro de las partes motivadoras del acto culpable", y acepta su clasificación entre las subjetivas de Antón. En cuanto al abuso de confianza y al abuso de superioridad, duda del carácter mixto que les atribuye Antón, e interpreta la sentencia de 25 de abril de 1964 en la que no se apreció el abuso de superioridad porque tal situación de superioridad fue circunstancial, y no buscada de propósito, ni prevaliéndose de ella aunque no se buscara de propósito, en el sentido de que "se recalca el carácter subjetivo por cuanto... el prevalerse de un medio que debilite la defensa y que asegure la ejecución envuelva, claro está, un disvalor incidente en la culpabilidad del sujeto", extendiendo tal apreciación también al abuso de confianza. La premeditación, la reincidencia y la reiteración acepta

Y de todas sus afirmaciones, referidas sólo a las agravantes, pueden sacarse las siguientes conclusiones:

Se aprecian siete casos en que se realiza la equiparación a nivel concreto, de las dos relaciones. Esto es así en alevosía, precio... premeditación, abuso de superioridad y de confianza, reincidencia y reiteración, y ensañamiento, en las que estima que se da la naturaleza subjetiva y la referencia a la culpabilidad. En todas ellas menos precio..., premeditación y reiteración y reincidencia, parece no sólo darse la coincidencia entre subjetivo y culpabilidad, sino que en base a ser subjetivas, se refieren a la culpabilidad.

Sin embargo, rompe la equiparación en cuanto que son objetivas y referidas a la culpabilidad, en astucia, auxilio de gente armada, nocturnidad, despoblado y cuadrilla, y quizá en ofensa de dignidad, edad, o sexo, o autoridad.

Parece considerar objetivas sin aludir a injusto o culpabilidad el incendio..., carácter público, morada y lugar sagrado.

---

que sean subjetivas en la clasificación de Antón, y afirma que se refieren a una mayor culpabilidad. Del ensañamiento dirá que "es una circunstancia incidente en el proceso ejecutivo, de estirpe subjetiva, cuya agravación habrá de valorarse en el área de la culpabilidad" y que "la naturaleza y contenido del ensañamiento habrá de hallarse, por supuesto, en la mayor culpabilidad que denota".

En cuanto a la astucia... acepta la clasificación como objetiva de Antón, pero afirma que "de índole instrumental, denota una actitud psicológica concreta, en referencia con el hecho penal, caracterizado por una típica culpabilidad pese a que agraven los medios empleados...". En auxilio de gente armada nos dice que es objetiva, y que se exige el aprovecharse o buscarla intencionadamente, diciendo luego, al igual que de nocturnidad, despoblado y cuadrilla que son sintomáticas de una mayor culpabilidad. De estas tres últimas recogerá la doctrina jurisprudencial de que han de buscarse de propósito, y dice que "en consecuencia, no cabe apreciarla cuando esta circunstancia es meramente causal o accidental, con lo que revela, una vez más, la significación de mayor culpabilidad del agente", y no se opone a la clasificación de Antón de nocturnidad y despoblado como objetivas, y cuadrilla como mixta. Respecto a ofensa de dignidad, edad o sexo, o autoridad, en principio no se opone a la clasificación que hace Antón de ella como objetiva, y luego dirá de ella que "en resumen, que son elementos subjetivos, radicados en la culpabilidad del individuo, el conocimiento del respeto que le imponen las condiciones indicadas —edad, sexo...— las cuales desprecia maliciosamente, con lo que resulta una agravante por razón de una actitud culpable específica siquiera sean elementos subjetivos de la antijuricidad... circunstancias pues "objetivas" de la culpabilidad, formuladas en la respectiva disposición, al modo que dijera ha tiempo Thierfelder. Su funcionamiento demanda, imperativamente, el conocimiento por parte del culpable, aunque sean elementos accidentales, pues de lo contrario carecería de sentido político-criminal su existencia legal". En cuanto a incendio... morada, y lugar sagrado no se opone al carácter objetivo que les da Antón. Y respecto a carácter público estima que es objetiva en contra de Antón, estimando que su carácter subjetivo es sólo circunstancial. DEL ROSAL, op. cit., páginas 518, 521, 524, 518 y 525, 518 y 533-534, 517-518, 529 y 542-543, 528, 517 y 532, 518 y 537-539, 517 y 545, 517 y 536, 518 y 535.

Ahora bien, si atendemos a los grupos que han resultado, y miramos atentamente, veremos que en *ningún caso*, excepto en dos en que podría pensarse que alude a ella de un modo muy confuso, ha hablado de que una circunstancia haga referencia a la antijuricidad. Este hecho, que se contrapone a lo que sería lógico: que resultara de la conjunción de la clasificación de Antón, tan numerosa en agravantes objetivas, y que él acepta, y su afirmación general de que salvo excepciones lo objetivo se refiere a la antijuricidad y lo subjetivo a la culpabilidad, además de la observación de que no recoge ningún caso de circunstancias subjetivas referidas a la antijuricidad, sino que, por el contrario, todas las quiebras al principio general se dan en el sentido de que siendo objetivas van a la culpabilidad, nos hace dudar de que su concepto de culpabilidad coincida con el nuestro.

Veamos esto más despacio en relación con dos grupos de casos: En el primero de ellos, lo que ocurre simplemente es que en cuanto Del Rosal aprecia un elemento subjetivo en una circunstancia —normalmente se trata de «buscar de propósito» o «aprovecharse»—, estima, que tal circunstancia ha de ir referida a la culpabilidad. Ya hemos visto cómo la existencia de circunstancias que exigían estos elementos subjetivos no impedía que los autores siguieran refiriendo, si era el caso, tales circunstancias a la antijuricidad, pues no eran, en todo caso, más que unos elementos subjetivos de lo injusto de tal circunstancia (145).

Por el contrario, Del Rosal, en cuanto aparece tal elemento subjetivo (146) incluye tal circunstancia en la culpabilidad: Este grupo de casos está reflejado en abuso de superioridad y confianza, auxilio de gente armada, nocturnidad, despoblado y cuadrilla (147).

Hay otro par de casos, astucia..., y ofensa de autoridad, edad, dignidad, o sexo, en donde se podría interpretar que acepta que en tales circunstancias se den unos elementos subjetivos y que ello no obsta para referirla a la antijuricidad pero cabe igualmente la interpretación contraria, es decir, que están en la culpabilidad, dado lo confuso de los términos con que se expresa.

Decir por último que cuando en carácter público mantiene su

(145) Vid. *supra*, ANTÓN, RODRÍGUEZ DEVESA, y en la misma línea, pero bajo otro planteamiento CÓRDOBA.

(146) Y se ha de notar que DEL ROSAL lo exige con más frecuencia que ningún otro autor de los hasta ahora vistos, por lo que, a veces incluso parece que se está refiriendo no a un elemento subjetivo adicional, sino al dolo de la acción constitutiva de la circunstancia, como en nocturnidad y despoblado.

(147) Así se entiende, por otra parte, y aunque no alude directamente al «aprovechar», o «buscar de propósito», que concluya que la alevosía se refiere a la culpabilidad, pues en cuanto le surgen tales elementos subjetivos, con independencia de los otros que haya, lleva la circunstancia a la culpabilidad.

naturaleza objetiva, no está pensando tanto en que no tiene suficiente peso la exigencia subjetiva de «prevalerse» para transformarla en subjetiva, como en querer dejar bien claro que porque sea personal, es decir, causa personal en el sentido de que es una condición de la persona, no ha de ser subjetiva.

Podemos concluir diciendo que, por un lado, Del Rosal niega, al no afirmarla, cualquier relación entre los párrafos del artículo 60, y la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, o bien entre aquéllos y la referencia a lo injusto o a la culpabilidad. Respecto a estas dos últimas relaciones entre sí, naturaleza objetiva-subjetiva, e injusto-culpabilidad, aunque en principio se manifiesta opuesto a la existencia de la referencia de las circunstancias a lo injusto o a la culpabilidad, luego acepta tal referencia al analizar el fundamento de cada agravante, y la pone en relación: asimismo con la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias. Ahora bien, puede observarse que tal conexión entre las dos parejas de conceptos, la establece condicionado por la concepción tradicional de que todo lo subjetivo ha de ir a la culpabilidad, por lo que llega a referir la gran mayoría de las circunstancias a la culpabilidad en cuanto aparece algún elemento subjetivo tal como el «aprovechamiento», no dándose ningún caso en que afirmara explícitamente que una circunstancia se refiera a la antijuricidad (148).

## POSTURA DE PUIG PEÑA

Puig Peña (149), en principio, da la impresión de que acepta la división moderna de la referencia de las circunstancias a lo

---

(148) Toda la problemática que resumimos respecto a la relación injusto-culpabilidad, y lo objetivo-subjetivo, la expone DEL ROSAL referida a las agravantes, pues respecto a las atenuantes, aunque, como ya vimos, hace una clasificación de ellas en función de su naturaleza, y afirma que son predominantemente subjetivas, nunca alude a la relación injusto-culpabilidad, excepto en el arrepentimiento espontáneo del que dice pasada, que reposa, “en el juicio de la culpabilidad”, op. cit., pág. 509.

(149) PUIG PEÑA, hablando de las circunstancias modificativas en general dice que “el autor... puede obrar bajo el imperativo de determinados acontecimientos que hagan su conducta *menos reprochable*, o puede, por el contrario, dotar a su acto de una *intensidad antijurídica mayor*, es por ello que el legislador consigna un catálogo de circunstancias que ejercen su proyección en la responsabilidad, bien atenuándola o bien agravándola”, lo que no obsta para que, un poco más tarde nos diga que se da “una responsabilidad agravada cuando en el hecho concurren circunstancias que denotan una *mayor perversidad* del agente, y una responsabilidad atenuada cuando se dan ciertos acontecimientos situados en la persona del autor, que hacen *menos antijurídico* el hecho por él realizado”. Igualmente dirá que las circunstancias “no afectan a la esencia del delito, sino solamente a la responsabilidad, y por ende, a la pena, por aumentar o disminuir la intensidad antijurídica de la acción.

De las atenuantes dirá que “son aquellos acontecimientos situados:

injusto o a la culpabilidad (150). Ahora bien, si leemos con más detenimiento sus planteamientos, observamos que utiliza de un modo muy superficial tales referencias a lo injusto o a la culpabilidad, resultando difícil de aceptar que establezca un deslinde claro entre los dos términos de la relación, en algunos casos. Esta tendencia a usar los términos indistintamente se manifiesta con toda evidencia cuando en una ocasión parece vincular las atenuantes a la menor reprochabilidad, y las agravantes a la mayor antijuricidad, mientras que luego hará precisamente lo contrario, asignar una mayor reprochabilidad a las agravantes y una menor antijuricidad a las atenuantes, si bien, además, lo correcto hubiera sido admitir la posibilidad de referencia a lo injusto o a la culpabilidad tanto de las agravantes como de las atenuantes, y no, como él hace, estableciendo vinculaciones fijas de las atenuantes,

---

en la persona del autor que hacen menos reprochable su conducta antijurídica. De esta definición se infiere la naturaleza jurídica propia de estas circunstancias. Se trata de circunstancias personales o de matiz subjetivo tenidas en cuenta por el legislador para disminuir la pena en atención a las mismas". De las agravantes dirá que "aumentan la intensidad antijurídica del hecho, y por ende, la responsabilidad del autor", y añadirá que "cuando decimos que las agravantes "aumentan la intensidad jurídica del hecho" no queremos decir que sean tales agravantes por razones de una mayor antijuricidad, sino que el hecho en su conjunto, tal como aparece en el plano real, merece un más duro reproche de la sociedad".

Aunque en algún momento llega a aceptar la clasificación de ANTÓN de las agravantes, termina criticándola y afirmando que todas ellas son subjetivas referidas a una mayor culpabilidad, fundando tal postura de atender a "la mayor culpabilidad" o bien a la "mayor gravedad subjetiva del delincuente" en la exigencia del *conocer* del artículo 60, aparte de en la jurisprudencia. De las atenuantes hace una clasificación propia, al margen de que en otra ocasión ha dicho que todas ellas son subjetivas. El arrepentimiento —"menor culpabilidad"—, el precio..., los estragos, el auxilio de gente armada, y nocturnidad, despoblado y cuadrilla las refiere a la culpabilidad en base a la mayor perversidad o intensidad del reproche del autor.

De premeditación dirá que muestra una mayor perversidad, añadiendo que "este matiz subjetivo determina que no haya duda sobre el hecho de que esta circunstancia agrava por razón de una mayor culpabilidad". Del abuso de confianza dirá que agrava no por su mayor antijuricidad, sino por su mayor culpabilidad, afirmando que "esta fundamentación subjetiva" se ve apoyada entre otras razones porque "esta circunstancia sólo puede agravar la responsabilidad de aquellos en quienes concurra, mas no la de sus co-reos —sentencia de 31 de octubre de 1895—. Para los que estiman que el abuso de confianza debía agravar por una mayor antijuricidad alcanzaría, no sólo al autor sino también a todos los demás partícipes". PUIG PEÑA, *Derecho penal, parte general*, Madrid, 1969, tomo II, págs. 55, 57, 124, 133-136, 151, 155, 167, 191-192, 195. Del mismo autor, en las voces de Circunstancias de Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, págs. 96-97, 100-101, 104, 111, 118-119, 156-158.

(150) Si bien sus referencias a la responsabilidad y a la pena son fuente de confusión.

a uno de los dos términos, y de las agravantes a otro, para luego, por ende, contradecirse (151).

En cuanto a la naturaleza objetiva o subjetiva, aunque en algún momento parece tender a una clasificación de atenuantes y agravantes en función de un criterio muy descriptivo, poco conceptualizado y unitario, atendido casi solo a la seriación del Código (152), y dejando al margen los criterios de objetividad o subjetividad, termina por considerar a todas las circunstancias tanto agravantes como atenuantes, como de naturaleza subjetiva, argumentando al afirmar tal cosa respecto a las agravantes el conocido razonamiento de Ferrer y Cuello de que su subjetividad se deriva del artículo 60 y del principio de culpabilidad que este artículo expone.

En cuanto al concepto que posee del artículo 60, por un lado observamos que basa la referencia a la culpabilidad y a la subjetividad de todas las agravantes en la exigencia del «conocer» del artículo 60, mientras que al tratar del abuso de confianza, como un argumento más para mostrar que se refiere a la culpabilidad, utiliza la distinción que los autores modernos han establecido entre los párrafos del artículo 60 y la referencia a lo injusto o a la reprochabilidad, es decir, vinculación entre párrafo 2 e injusto, y párrafo 1 y culpabilidad; de ello resulta que da dos interpretaciones del artículo 60, por un lado entendido como manifestación del principio de culpabilidad y deduciendo de ello que *todas* las circunstancias agravantes son subjetivas y referidas a la culpabilidad, y por otro, estimando que las circunstancias referidas a la culpabilidad van al párrafo 1, y las referidas a lo injusto al párrafo 2.

Pese a darse, por tanto, todo este conjunto de dudas y confusiones respecto a los conceptos de las tres relaciones de las que estudiamos su posible conexión entre sí, veamos si Puig establece alguna de estas conexiones:

En dos ocasiones establece la triple equiparación. La primera cuando fundamenta en el artículo 60 y el principio de culpabilidad el hecho de que todas las agravantes sean subjetivas y referidas a la culpabilidad. La segunda, al tratar del abuso de confianza, en donde vincula subjetividad y culpabilidad entre sí, y en base al párrafo 1 del artículo 60 entendido en el sentido de que este párrafo se refiere a la culpabilidad, y el párrafo 2 a lo injusto. En realidad, sólo en el último de estos dos casos, se da la triple equiparación, pues en el primero aunque se da vinculación entre culpabilidad y subjetividad, no se distingue entre los párrafos del artículo 60.

En otras dos ocasiones, establece la equiparación entre culpabilidad y subjetividad, sin aludir además al artículo 60: En rela-

(151) Vid. nota 149.

(152) PUIG PEÑA, *N.E.J.*, págs. 156-158.

ción con todas las atenuantes, poniendo en función su subjetividad, de la referencia de culpabilidad; y respecto a la premeditación.

Aparte de estos ejemplos, es asimismo de destacar el que en ningún caso se de una quiebra a los planteamientos habituales de equiparación. Es decir, en ningún caso se nos presenta una circunstancia que la considere de naturaleza objetiva y la refiera a la culpabilidad, por ejemplo, lo cual viene a reafirmar la evidencia del respeto de Puig por las equiparaciones.

Podemos concluir diciendo en primer lugar que Puig Peña incurre en un buen número de contradicciones en su exposición. Al margen de ello, aunque admite la referencia de las circunstancias a lo injusto o a la culpabilidad de un modo confuso, en varias ocasiones, se puede decir que afirma la subjetividad de *todas ellas* —y su referencia a la culpabilidad—, basándose para ello en la manifestación del principio de culpabilidad del artículo 60. Y de hecho en ningún momento llega a decir de ninguna circunstancia en concreto que se refiere a la antijuricidad. En este sentido mantiene una estrecha vinculación entre culpabilidad y subjetividad, en una línea doctrinal similar a la de Cuello.

Sin embargo, la penetración de criterios modernos en su exposición se manifiesta no sólo en estas alusiones confusas que realiza respecto a la posible relación de las circunstancias ya sea con lo injusto o con la culpabilidad, sino especialmente al tratar el artículo 60 que si bien en general lo entiende como Cuello y Ferrer, y determinante de la subjetividad y por tanto referencia a la culpabilidad, de todas las circunstancias, en una ocasión, relativa a una circunstancia en concreto, considera al párrafo 1 como referido a la culpabilidad y al párrafo 2 como referido a lo injusto.

## POSTURA DE LUZON DOMINGO

Luzón se pronuncia extensamente sobre la problemática objeto de nuestro estudio (153). Si analizamos en primer lugar qué concepto posee de cada una de las tres parejas de términos, vemos

---

(153) LUZÓN, respecto a las atenuantes, niega que todas se refieran a la culpabilidad, aunque reconoce que las más sí. Con todo, sólo alude a la referencia a la antijuricidad o a la imputabilidad en relación con las eximentes incompletas, aparte del arrepentimiento que lo vincula a fundamentos de política penal, y de la edad juvenil que la refiere a la imputabilidad. De la preterintención dirá que tiene "naturaleza subjetiva, como enraizada en la culpabilidad, manifestada circunstanciadamente por su verificación objetiva". De las tres atenuantes pasionales dirá repetidamente que su culpabilidad está disminuida; y de la octava que tiene naturaleza eminentemente subjetiva. La atenuante de motivos morales... la refiere a la culpabilidad, y considera que es subjetiva. Al referirse a las atenuantes por analogía, nos dirá que "la finalidad de la norma penal al disminuir la responsabilidad criminal es evitar merezcan igual



que en cuanto a la relación injusto-culpabilidad, se deduce, especialmente de la afirmación que hace referida a todas las atenuantes en general, que es consciente de la posible referencia de éstas, sea a una menor antijuricidad o a una menor culpabilidad. Sin embargo, si luego acudimos a las circunstancias en particular,

trato jurídico-penal, aquéllos que realizan el delito con plena culpabilidad, que aquéllos que obran con culpabilidad menos plena”...

Estima que pecan de ligereza los que afirman que así como las atenuantes tienen naturaleza subjetiva, las agravantes la tienen objetiva. La premeditación la estima subjetiva, “por cuanto guarda relación con el elemento de más marcado carácter subjetivo del delito —la culpabilidad-dolo—”, entre otras afirmaciones. El abuso de confianza y el carácter público, son subjetivas en cuanto que el culpable se prevale de unos vínculos morales de confianza o ha de prevalerse de tal carácter faltando a la confianza pública en él depositada, respectivamente. La publicidad la estima objetiva “basada en el mayor daño que al mal del delito añadirá la publicidad del mismo, reveladora de una mayor perversidad del sujeto, sólo requerirá ser abarcada por el dolo del autor, cuya voluntad consciente haya aceptado dicha publicidad”. Aprecia a la reiteración y reincidencia como objetivas, porque aunque su razón de ser pueda encontrarse en una presunción de intensificación de la culpabilidad o bien en la mayor peligrosidad del que vuelve a delinquir, “lo cierto es que basta con el dato objetivo de la anterior condena”. Afirma que “mientras para las agravantes de ofensa de la autoridad, morada y lugar sagrado no se requiere ningún elemento especial subjetivo, bastando con que el dolo del autor abarque dichas circunstancias conociéndolas y consintiendo en ellas, para las de desprecio de dignidad, edad y sexo, es imprescindible que el culpable obre con desprecio, lo que implica un indudable elemento subjetivo sin cuya concurrencia no se integra la respectiva agravante”. Luego insistirá en la naturaleza objetiva de morada y lugar sagrado, así como en la subjetiva de desprecio por la edad o el sexo, y en que no hace falta que en ofensa de la autoridad se tenga ánimo o intención de ofender a la autoridad.

El precio... dice que tiene un doble carácter objetivo y subjetivo, y revela una mayor peligrosidad y “una abyección y depravación que actuando sobre el elemento subjetivo del delito, se traduce en una matización que califica e intensifica el dolo del sujeto”. La de inundación... estima que tiene naturaleza mixta, objetiva y subjetiva, pues no basta “que acompañen al hecho, sino que... ha de tener voluntad el agente de utilizar estos medios”; menos veneno, que se basa en una mayor perversidad y peligrosidad, las demás figuras de esta circunstancia se basan tanto en la “especial perversidad como en el riesgo de extensión de los males derivados de estos medios”. El ensañamiento es también mixto, pues aparte del efectivo aumento de males, requiere una intención perversa, y se basa en la mayor perversidad, que agrava su culpabilidad, y en la mayor peligrosidad. La astucia... es también mixta siendo su elemento subjetivo, el que ha de encaminarse directamente el sujeto a su empleo como medio más fácil para el logro de la ejecución del delito. Se basa en la mayor perversidad y peligrosidad. También son mixtas las de alevosía y gente armada; la de abuso de superioridad es mixta y su elemento subjetivo consiste en emplear la superioridad con la finalidad de asegurar el hecho. Mixtas son igualmente el naufragio... —cuyo elemento subjetivo está en el conocimiento de la calamidad y aprovechamiento de ello— y la nocturnidad —elemento subjetivo consistente en buscar o aprovechar la obscuridad— y el despoblado.

El parentesco como agravante se basa en la mayor perversidad, mayor culpabilidad, y mayor daño moral, y como atenuante en la menor culpa-

observamos que en ningún caso, ni atenuante ni agravante, refiere las circunstancias a la antijuricidad, con la excepción del parentesco que refiere, basándose en los criterios que da el artículo 11, tanto a lo injusto como a la culpabilidad, con lo cual no nos aclara nada su postura, y de algunas eximentes incompletas, al margen de nuestro estudio. Solamente en inundación..., ensañamiento, publicidad y parentesco, alude al mayor daño que el delito produce, a la extensión de los males, al daño moral... fundamentos todos éstos que quizá pudieran llevar a referir estas circunstancias a la antijuricidad, cosa, sin embargo, que él no hace; es más, en todas estas circunstancias no deja igualmente de citar su vinculación a una mayor perversidad y culpabilidad.

Si leemos detalladamente los fundamentos que aprecia en cada circunstancia notaremos que el fundamento prácticamente único de todas las circunstancias para Luzón, pese a su formulación general, es la mayor o menor perversidad —concepto basado en y referido a la culpabilidad— (154), si bien con frecuencia aparezca *junto a él*, el de peligrosidad, y el de la extensión del mal.

Ahora bien, esta conclusión de que refiere todas las circunstancias a la culpabilidad hay que entenderla, en mi opinión, del modo siguiente: Luzón se ha dejado influenciar por el hecho evidente de que una conducta que es más antijurídica, es también más reprochable (155), lo cual no quiere decir que la circunstancia que refleja tal situación haya de vincularse a la culpabilidad. Es decir, habrá circunstancias que reflejen una mayor reprochabili-

---

bilidad o disminución del daño moral del delito. Estima que los criterios legales de apreciación del artículo 11 están conectados, la naturaleza del delito a la antijuricidad, los motivos a la culpabilidad, y los efectos al daño moral.

Contempla el artículo 60 en base al principio de culpabilidad. Afirma que "no siempre el carácter más personal o más objetivo de la circunstancia determinará la comunicabilidad o no de la misma", y alude al criterio personal de la habitualidad del artículo 17, 3.º que sí que da origen a comunicabilidad, o al codefensor de un extraño que lo hace por venganza, en donde pese a ser objetiva la circunstancia, no habría comunicabilidad para él de la eximente de legítima defensa. A continuación dirá que "la mayor parte de las circunstancias ni son exclusivamente subjetivas, ni cerradamente objetivas, y las dificultades para encasillarlas bajo uno u otro aspecto son muy difíciles de considerar". Piensa que la referencia a uno u otro párrafo del artículo 60 de las circunstancias genéricas se descubre acudiendo a los "requisitos exigidos por la ley en cada caso para su estimación", refiriéndose con esas palabras al tenor literal de la formulación de las circunstancias en artículos 9 y 10, no al tenor literal de los párrafos del artículo 60. LUZÓN DOMINGO, M.: *Derecho penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1964, tomo I, págs. 254, 291, 304, 315, 324, 325, 342, 350-351, 360-361, 401-402, 411, 375-376, 426, 434-440, 443, 363-364, 371-372, 374, 376-377, 391, 363, 416, 395, 415, 417, 421. Y del tomo II, págs. 7, 14, 15, 219-223.

(154) Como él mismo relaciona, entre otros casos, en ensañamiento. Vid. nota 153.

(155) Si prescindimos de los casos de responsabilidad objetiva que todavía perduran en nuestro Código.

dad, y éstas han de vincularse a la culpabilidad, y otras reflejan una mayor antijuricidad y han de vincularse a lo injusto, lo cual no obsta para que estas últimas, al indicar una mayor antijuricidad, no indiquen también una mayor reprochabilidad, como consecuencia de esa mayor antijuricidad. Este hecho evidente, por tanto, no ha de llevar a referir todas las circunstancias a la culpabilidad como ha hecho Luzón. Una prueba de que ha sido este error de perspectiva el que ha llevado a esta situación a Luzón lo encontramos en la agravante de publicidad, donde dice textualmente «basada en el mayor daño que al mal del delito añadirá la publicidad del mismo, reveladora de una mayor perversidad del sujeto»... así como en el hecho de que en los pocos casos que alude a expresiones cercanas a la antijuricidad, alude igualmente a la perversidad.

En cuanto a la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, estima que puede haber de ambas naturalezas, así como de naturaleza mixta, si bien no aprecia ninguna atenuante objetiva o mixta.

Respecto a las agravantes, llama enseguida la atención la abundancia de agravantes mixtas, diez frente a tres objetivas y tres subjetivas. Esto tiene una explicación: Luzón apreciará en muchas ocasiones elementos subjetivos que generalmente coincidirán con las circunstancias en que la doctrina aprecia habitualmente la necesidad del «aprovecharse» o «buscar de propósito», pero que otras veces son elementos subjetivos que resultan difícil de distinguir del dolo de la acción constitutiva de la circunstancia. En todos estos casos, Luzón concluirá que tales circunstancias son mixtas. De todos modos es de destacar cómo Luzón, a diferencia de Del Rosal, no concluye, a partir de la existencia de tales elementos subjetivos que todas esas circunstancias se refieren a la culpabilidad, sino que el motivo por el que Luzón lleva todas las circunstancias a la culpabilidad, incluso las que él considera objetivas, está basado en otras razones ya aludidas.

En cuanto al concepto que posea del artículo 60 lo estima en función del principio de culpabilidad relativo a los partícipes.

Si atendemos ahora a las posibles conexiones que puede establecer entre las tres parejas de conceptos, se puede afirmar que no vincula la referencia de la circunstancia a lo injusto o a la culpabilidad con los párrafos del artículo 60.

En relación con la vinculación entre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, y la referencia a lo injusto o a la culpabilidad, en varias ocasiones conecta la naturaleza subjetiva a la referencia a la culpabilidad de un modo explícito, como en preterintención y premeditación. De todos modos, al referir en último término todas las circunstancias a la culpabilidad, no cabe hablar de equiparaciones objetivo-injusto, subjetivo-culpabilidad, pues tanto las objetivas como las subjetivas terminan referidas a la culpabilidad.

En relación con la vinculación entre la naturaleza objetiva o subjetiva, y los párrafos del artículo 60, si bien es verdad que hace una declaración respecto a la no vinculación fija de los párrafos del artículo 60 con las circunstancias según su naturaleza, lo que añade a continuación sobre la dificultad de precisar la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, va en la línea de vincular tal naturaleza a los párrafos del artículo 60 en una relación fija. Por otro lado, los ejemplos que pone para demostrar la no siempre vinculación existente de lo personal y lo objetivo a la no comunicabilidad y comunicabilidad, respectivamente, no se basan en circunstancias atenuantes o agravantes, sino en el artículo 17, 3.º y en una eximente, rompiendo además tal vinculación en base a los requisitos que se exigen por la ley para su estimación.

Por último, comparto la afirmación de que hay que atenerse para referir al artículo 60 a las circunstancias a su formulación legal y a los requisitos para su estimación, pero echo en falta la afirmación de que tal atención a su formulación legal, no es para determinar si son objetivas o subjetivas, y en base a ello ir al párrafo 2 ó 1 del artículo 60, como parece dar a entender Luzón, sino para comparar su formulación legal con el tenor literal de los párrafos del artículo 60, es decir, haciendo una comparación directa entre las formulaciones literales de la circunstancia y los párrafos del artículo 60, sin mediación de la estructura conceptual objetividad-subjetividad.

En resumen, Luzón refiere todas las circunstancias al elemento culpabilidad, pese a su formulación general en la que afirma que pueden estar en lo injusto o en la culpabilidad, debido a la confusión en que incurre al estimar que puesto que todo lo que se refiere a una mayor antijuricidad, refleja una mayor culpabilidad igualmente debe de ir a la culpabilidad.

Aun cuando da una naturaleza mixta a la mayoría de las circunstancias, parece aceptar, aunque no de modo muy claro una vinculación entre la naturaleza objetiva y el párrafo 2 y la naturaleza subjetiva y el párrafo 1.

## POSTURA DE ALGUNOS MONOGRAFISTAS SOBRE CIRCUNSTANCIAS

Como colofón de todo el análisis doctrinal que venimos haciendo, puede ser interesante hacer una somera alusión a diversos autores que al tratar monográficamente alguna circunstancia, toman postura, ya sea explícita o implícitamente en el problema que estudiamos.

Ya se aludió al inicio de este trabajo a la poca bibliografía que hay sobre las circunstancias modificativas. Pues bien, de toda ella, en pocos casos se pronuncian los autores respecto al artículo 60 en relación con su circunstancia, así como respecto a si está en

lo injusto o en la culpabilidad, aunque sí que lo hacen con más frecuencia en cuanto a su naturaleza objetiva o subjetiva, pero generalmente, sin ponerla en contacto con las otras relaciones antedichas, pues no atienden a ellas.

En todo caso, se puede aludir a algunos autores.

Camargo Hernández en su monografía sobre la alevosía coloca como un argumento más en favor de su naturaleza subjetiva, el de que se le haya de aplicar el artículo 60, párrafo 2, que exige el «conocer», así como la exigencia jurisprudencial del «buscar de propósito» o «aprovecharse»; y posteriormente, al analizar su fundamento afirma que los autores que consideren a esta circunstancia de naturaleza objetiva la referirán a la mayor antijuricidad del hecho, y los que la consideren de naturaleza subjetiva, a la mayor culpabilidad; y él expone su postura a favor de la referencia a la culpabilidad con dos motivos, el primero de ellos «porque si como hemos visto la alevosía es de naturaleza subjetiva, no puede tener su fundamento en un aumento de la antijuricidad, que, generalmente, es objetiva» (156).

Respecto a la premeditación, en otra monografía del mismo autor, cuando trata de tomar postura sobre si es de naturaleza objetiva o subjetiva, se inclina por esto último porque es una circunstancia basada en una mayor culpabilidad del agente; y viceversa, cuando se trata de ver su fundamento, afirma que «aceptando plenamente la dirección subjetiva, el verdadero fundamento de la circunstancia agravante de premeditación se encuentra en aumento de la culpabilidad del agente». Estima por otro lado que se incluye en el párrafo 1 del artículo 60 (157).

De lo visto se deduce que la equiparación entre naturaleza subjetiva y referencia a la culpabilidad, y naturaleza objetiva y referencia a la antijuricidad, en Camargo es total, pues no sólo en base a la subjetividad refiere la circunstancia a la culpabilidad, sino que también invierte el sentido de la equiparación, y de la culpabilidad infiere su subjetividad.

No ocurre lo mismo con la relación entre los párrafos del artículo 60 y la referencia a lo injusto o a la culpabilidad, o a la naturaleza objetiva o subjetiva; pues considerando tanto a la alevosía como a la premeditación subjetivas y referidas a la culpabilidad, a la primera la incluye en el párrafo 2 y a la segunda en el párrafo 1. En todo caso, como se deduce con claridad de la alusión que hace al artículo 60 al argumentar la naturaleza subjetiva de la circunstancia, creo que no hay duda que Camargo entiende el artículo 60 en el sentido que hacen Ferrer Sama y Cuello, es decir, como manifestación del principio de culpabilidad que *determina* que todas las circunstancias sean subjetivas y refe-

(156) CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: *La alevosía*, Barcelona, 1963, páginas 39-41.

(157) Del mismo autor, *La premeditación*, Barcelona, 1958, páginas 25-31, 165-166 y 172.

ridas a la culpabilidad; el que luego coloque a las circunstancias en distintos párrafos del artículo 60 es irrelevante, pues Camargo no pone en relación el párrafo 1 con la culpabilidad, y el párrafo 2 con lo injusto, sino ambos con la subjetividad y la culpabilidad.

Bajo Fernández, en su monografía sobre el parentesco, parece en ocasiones estar pensando igualmente en la relación fija entre elementos objetivos y la referencia a lo injusto y elementos subjetivos y referencia a la culpabilidad, cuando hablando del fundamento de la circunstancia de parentesco, escribe que «a la afirmación de que son consideraciones en torno a la culpabilidad las que fundamentan la modificación de la responsabilidad criminal por parentesco, parece oponerse como serio obstáculo el que la ley utilice criterios objetivos para determinar el carácter agravatorio o atenuatorio de la circunstancia», pero subsana tal dificultad diciendo que tales criterios objetivos no pueden entenderse más que como complementarios de los «motivos» también recogidos en el texto del artículo 11, junto a la naturaleza y efectos del delito —que son los que considera objetivos—, lo que hace que tales criterios pasen a tener en cuenta «el mundo subjetivo del delincuente» (158).

Por otro lado, la utilización que hace de las exigencias jurisprudenciales de que se de una real vinculación afectiva entre el sujeto activo y pasivo, así como de que el autor conozca que el sujeto pasivo sea pariente, elementos todos ellos subjetivos que forman parte del contenido de la circunstancia —el segundo, de todas las circunstancias, pues se refiere al principio de culpabilidad—, para reafirmar la referencia de la circunstancia a la culpabilidad, parecen ir en la misma línea (159), (160).

Mir Puig, en su estudio sobre la reincidencia, estima que tanto la reincidencia específica, como la reiteración, están incluidas en el artículo 60, párrafo 1, lo cual no es óbice para que estime que la reincidencia es una causa de agravación del injusto y no de la culpabilidad (161), es decir, rompe la equiparación que parte de la doctrina hace entre el párrafo 1 del artículo 60 y referencia de las circunstancias a la culpabilidad.

Cobo Del Rosal, en un artículo dedicado a algunos aspectos de las atenuantes quinta y octava plantea en un par de ocasiones unos interrogantes sobre la naturaleza objetiva y subjetiva de las circunstancias y su justificación, así como respecto a la corrección de su vinculación con el artículo 60, que si bien no dejan tras-

(158) BAJO FERNÁNDEZ, M.: *El parentesco en el Derecho penal*, Barcelona. 1973, págs. 40-43.

(159) *Ibidem*, págs. 55 y 57.

(160) En todo caso, no puedo dejar de hacer notar que esta interpretación de lo escrito por BAJO la expongo con algunas reservas, pues de su discurso no se puede sacar una conclusión suficientemente clara sobre lo que él piensa de este tema.

(161) MIR PUIG, S.: *La reincidencia en el Código penal*, Barcelona, 1974, págs. 294, 405 y 529-534.

lucir su pensamiento sobre el problema objeto de este estudio, inducen a pensar que tal problema es objeto, igualmente, de su preocupación (162).

## TESIS PROPUESTA

Hasta aquí, he intentado dar una panorámica de la situación actual del problema en la doctrina española. No hay duda de que hay variadas opiniones, así como algunos malentendidos y confusiones.

Se aprecia en primer lugar, un grupo de autores que, si bien sus posturas dogmáticas no les impiden concebir las tres parejas de conceptos objeto de nuestro estudio, diferenciándose ya sólo por este hecho de los autores más antiguos, también analizados, parecen sin embargo, más preocupados por el deseo de dejar bien claro que no hay lugar en las circunstancias para la responsabilidad objetiva, haciendo girar todo su análisis en torno a este hecho. En esta línea, Ferrer Sama, basándose en la manifestación del principio de culpabilidad del artículo 60, concluirá que todas las circunstancias son subjetivas, postura a la que se unirán Cuello y Camargo, introduciendo un elemento más, la referencia de las circunstancias a la culpabilidad, en cuanto subjetivas. En una línea similar, pese a que en alguna ocasión parezca que se separe de esta postura, se coloca Puig Peña.

En todos estos autores es evidente que la triple relación de conceptos, de la que hablábamos al inicio de este trabajo, no puede presentarse ya que al menos uno de estos términos, el artículo 60, no lo relacionan con las otras dos parejas de conceptos distinguiendo y dando diferente significación a los dos párrafos. Todo ello es debido, como ya indicamos en su lugar (163), a que tampoco utilizan la distinción entre naturaleza objetiva y subjetiva de las circunstancias en el mismo sentido y en el mismo momento del proceso de análisis de éstas que el resto de los

---

(162) Afirma que "la cuestión sobre la procedencia o no de preguntarse por la "naturaleza objetiva" o "naturaleza subjetiva", será desarrollada, con detalle, en otro estudio en el que se lleve a cabo una interpretación del artículo 60 del Código penal y su posible significación no sólo con respecto a este concreto extremo, sino también en referencia con las distintas conclusiones que han sido extraídas, con genérica pretensión, de su expresa vigencia", y en otro lugar dirá "al margen, por el momento, de su posible clasificación como usualmente se ha venido repitiendo, dentro del catálogo de las atenuantes, como objetiva o subjetiva, e incluso, de la también habitual concesión de su "naturaleza objetiva o subjetiva" o hasta "mixta", cuestiones éstas, cuya razón y sentido serán abordadas en otra ocasión". COBO DEL ROSAL, N.: *Consideraciones sobre las atenuantes de arrebató u obcecación, y provocación y amenaza adecuada*. Anales de la Universidad de la Laguna, 1968, pág. 15, notas 16 y 24.

(163) Vid. supra análisis de la postura de FERRER SAMA.

autores. En todo caso, en este grupo de autores sí que se da la clara vinculación entre naturaleza subjetiva y referencia a la culpabilidad de las circunstancias, con alguna salvedad.

Tenemos, por otro lado, otro grupo de autores que sí que muestran la conexión entre las tres parejas de conceptos en el sentido ya conocido. A ellos especialmente va dirigido todo este trabajo puesto que el grupo anterior considero que parte de posturas ya superadas. Antón Oneca, Rodríguez Devesa, Quintano Ripollés, Rodríguez Mourullo, son autores que, evidentemente, presentan la triple equiparación de conceptos, si bien los dos últimos, como ya vimos, presentan algunas quiebras a tal equiparación.

En este mismo grupo cabe incluir igualmente a Del Rosal y Luzón Domingo, si bien estos autores toman algunas posturas un tanto *sui generis*, y sólo cabe hablar en ellas de una única, y no triple, equiparación, la existente entre objetividad-injusto, y subjetividad-culpabilidad. Finalmente, hay otro par de autores, Córdoba Roda y Mir Puig, ya analizados, así como mi maestro Cerezo Mir (164), los cuales muestran una desvinculación clara del grupo de autores anterior en especial porque realizan sus análisis sobre la referencia de las circunstancias a lo injusto o a la culpabilidad, al párrafo 1 ó 2 del artículo 60, y eventualmente a su naturaleza objetiva o subjetiva, con entera independencia unos de otros y sin relacionarlos entre sí. En todo caso, se hecha en falta en ellos una afirmación tajante de la independencia de las tres parejas de conceptos.

Si nos centramos ahora en la búsqueda de una justificación a cada una de las tres posibles vinculaciones que se dan entre las tres parejas de conceptos, y nos detenemos en primer lugar, en la vinculación más extendida, la consistente en conectar *naturaleza subjetiva* de las circunstancias con referencia de ellas a la *culpabilidad*, y *naturaleza objetiva* de ellas y referencia a lo *injusto*, veremos que dada la moderna teoría de lo injusto es difícilmente sostenible tal postura. Es algo admitido prácticamente por todos que en lo injusto se dan con cierta frecuencia elementos subjetivos, así como que no hay obstáculos para que elementos objeti-

---

(164) CEREZO MIR en su programa realiza una decidida afirmación de la vinculación de unas circunstancias a lo injusto y otras a la culpabilidad, siendo ésta la división clave para su estudio —y no la pretendida naturaleza objetiva o subjetiva a la que dedica escasa atención—, pues coloca en una lección todas las circunstancias atenuantes o agravantes referidas a lo injusto, al final del estudio de lo injusto de los delitos dolosos, y en otra lección aparte, al final del estudio de la imputabilidad y reprochabilidad, las referidas a la culpabilidad. Al igual que CÓRDOBA RODA y MIR PUIG, tampoco parece vincular tales categorías de la teoría del delito en relación con las circunstancias, con los párrafos del artículo 60, como demuestra al considerar como agravante referida a lo injusto a una circunstancia que evidentemente tiene que ir al párrafo 1 del artículo 60 cual es la de parentesco, y lo mismo ocurre con el carácter público. Por supuesto, CEREZO ha afirmado en conversación privada que es consciente de esta situación.



vos, si bien son escasos, aparezcan en la culpabilidad. Esta formulación comúnmente aceptada no impide que, sin embargo, en algunos autores sigan pesando los métodos de análisis anteriores, en especial en áreas de la teoría del delito tan poco estudiadas como la de las circunstancias y sólo así es explicable que todavía ahora la afirmación de que una circunstancia posea elementos subjetivos lleve a afirmar que se refiera a la culpabilidad.

Este hecho está claro que se presenta en Cuello, Camargo y Puig Peña por un lado, y con posturas más modernas, en Del Rosal y Rodríguez Mourullo (165). No se presenta al mismo nivel, sino de un modo más atenuado en Antón Oneca y Rodríguez Devesa, debido a que ambos autores no ven ningún inconveniente en que circunstancias que poseen elementos subjetivos en su naturaleza puedan seguir referidas a la antijuricidad, pero no obstante, *nominalmente*, en planteamientos generales, no dejan de insistir en que las circunstancias subjetivas han de ir a la culpabilidad, y las objetivas a la antijuricidad, en una actitud que sólo se explica, como ya he dicho, debido a la poca atención prestada a este sector de la teoría del delito.

A su vez Quintano Ripollés presenta una postura encuadrable igualmente entre los autores que vinculan objetividad y subjetividad con injusto y culpabilidad, si bien en una postura intermedia entre las modernas que al aparecer un elemento subjetivo llevan la circunstancia a la culpabilidad, y las que admiten circunstancias con elementos subjetivos en la antijuricidad a la vez que mantienen a nivel general la formulación, pues recoge en un apartado separado las circunstancias que suelen exigir el aprovechamiento o el buscar de propósito, sin decidirse a vincularlas a la acción o a la culpabilidad; asimismo, ya vimos que presentaba quiebras en todas sus formulaciones, y en ésta igualmente.

Es decir, vemos que algunos autores siguen manteniendo la concepción ya superada, expuesta, de vinculación de todo lo subjetivo a la culpabilidad; algún otro, duda al respecto; pero tanto este último como otros, aunque no aceptan tal vinculación a un nivel particular, en las formulaciones generales la siguen afirmando. Y en ninguno de ellos se mantiene en todo momento separado el análisis que se realiza de la naturaleza de la circunstancia por un lado, y de la referencia a los elementos del delito por otro, sino que, tarde o temprano, se vinculan ambos análisis y se transforman en uno sólo.

Mi postura al respecto, como se habrá podido traslucir, reside

---

(165) En estos autores, en base al concepto de "aprovecharse" o "buscar de propósito" que exigen en algunas circunstancias, elemento subjetivo éste que ya hemos visto que presenta problemas y diversidad de opiniones entre los autores no ya sólo en función de la referencia a la culpabilidad de la circunstancia en la que se exija, o no, sino respecto a si es un elemento subjetivo incluido en el dolo de las circunstancias o bien un elemento subjetivo adicional, problema éste de gran interés.

en afirmar que no cabe hacer ninguna relación entre la naturaleza objetiva o subjetiva, y la referencia a lo injusto o a la culpabilidad, siendo estos dos análisis independientes, el primero basado en el análisis de los elementos del tipo de las circunstancias, y el segundo, en el fundamento de ella en función del contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito. Todo ello basado en que actualmente está claro que no puede pretenderse hacer una vinculación entre subjetividad y culpabilidad, y objetividad e injusto, ni siquiera con las lógicas excepciones que algunos autores ya establecen respecto a elementos subjetivos de lo injusto de una circunstancia, por las graves confusiones a que se presta. Sabido es que cuando surgen algunos elementos subjetivos que pueden presentar dudas respecto a su clasificación en lo injusto o en la culpabilidad, se ha de ir a un análisis pormenorizado de tal elemento, existiendo criterios como los de Welzel o Gallas para ayudar a tomar tal decisión (166).

En todo caso, la indagación sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de una circunstancia, a no ser que tenga como contenido esencial el averiguar si exige el elemento subjetivo de «aprovecharse» o «buscar de propósito», la considero poco justificada, pues en todo caso incluso la averiguación de la presencia de tal elemento subjetivo puede incluirse en todo el análisis que se ha de realizar en cada circunstancia relativo a su pertenencia a lo injusto o a la culpabilidad.

Otra de las vinculaciones que a lo largo de este estudio hemos visto aparecer con frecuencia es la consistente en llevar las *circunstancias* consideradas de *naturaleza subjetiva* al *párrafo 1 del artículo 60*, y las consideradas de *naturaleza objetiva* al *párrafo 2*. Estimo que tal conexión es igualmente incorrecta, por una serie de razones, la primera de ellas, ya citada, en función de la poca justificación que considero que posee la averiguación de la naturaleza objetiva o subjetiva de una circunstancia.

En segundo lugar, porque es mi opinión que el legislador, cuando elaboró el artículo, y el mismo tenor literal de él, no se encaminan a formular una distinción entre las circunstancias de naturaleza objetiva y las de naturaleza subjetiva, en base a los párrafos del artículo 60, sino que se pretende únicamente dar una norma clara a través de la cual no pierda vigencia el principio de culpabilidad en relación con las circunstancias. El artículo 60 sólo tiende a asegurar que nadie puede ser responsable de algo que carece de cualquier vínculo con él, como sería el caso de una circunstancia que no sólo no estuviera relacionada con su persona, sino que ni siquiera conociera que se daba su existencia en un hecho en el que él intervino de algún modo. Toda la doctrina ha interpretado el artículo 60 como una manifestación del

---

(166) WELZEL, H.: *Das deutsche Strafrecht*. 11 Auflage. Berlín, 1969, pág. 79; y GALLAS, W.: *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*. Berlín, 1955, págs. 45-47.

principio de culpabilidad; sin embargo, luego se ha querido ver algo más en él, y autores como Antón Oneca, Rodríguez Devesa, Quintano Ripollés, y Rodríguez Mourullo, han establecido la vinculación entre naturaleza objetiva de las circunstancias y párrafo 2, y naturaleza subjetiva y párrafo 1 —sin nombrar ese otro grupo de autores que del artículo 60 han deducido la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias—.

Es de notar cómo, si el legislador hubiera deseado vincular la naturaleza subjetiva de las circunstancias al párrafo 1 y la naturaleza objetiva al párrafo 2, tuvo una inmejorable oportunidad en el Código de 1928, debido a que dividió a las circunstancias en las basadas en las circunstancias de la infracción, y las basadas en las condiciones del infractor, división que todos los comentaristas interpretaron como un deseo del legislador de marcar su naturaleza objetiva o subjetiva. Pues bien, al artículo 150 —hoy 60— le hubiera bastado, en lugar de mantener el texto hasta cierto punto casuístico que venía del Código de 1848 y que aún perdura, con decir, en lugar del párrafo 1, que las circunstancias basadas en las condiciones del infractor se apreciarían si concurrían, y, en lugar del párrafo 2, que las basadas en las circunstancias de la infracción, se apreciarían si conocían su existencia. No actuó, sin embargo, así el legislador (167), lo que nos lleva a pensar que no coinciden de modo tan estrecho como afirman algunos autores; párrafo 1 y subjetividad, y párrafo 2 y objetividad.

Por otro lado, ya hemos visto cómo tal vinculación ha terminado por presentar quiebras en algunos autores que inicialmente la han afirmado, tales como Quintano Ripollés (168), y en cierto sentido, Rodríguez Mourullo (169). Además, prescindiendo de la consideración dogmática que pueda tener el elemento de «buscar de propósito» o «aprovecharse» no hay duda de que es un elemento subjetivo, que si bien en Antón no impide que la circunstancia siga considerándola objetiva, en Rodríguez Devesa hace que la considere mixta, y en Quintano se le da un tratamiento especial, todos ellos refieren tales circunstancias con ese elemento subjetivo al párrafo 2, con lo que la distinción entre objetividad y subjetividad de los párrafos del artículo 60, ya no aparece tan nítida.

Finalmente, Córdoba nos va a dar un nuevo argumento en contra de tal equiparación cuando nos diga que una misma circunstancia puede en determinados casos modificar la responsabi-

(167) Código penal. Edición oficial. Madrid, 1928, arts. 64 a 69 y 150.

(168) En relación con la agravante de precio, recompensa y promesa, que ya hemos visto. Vid. análisis de QUINTANO supra. Igualmente aparece una contradicción evidente en la atenuante de motivos morales, altruistas y patrióticos, de la que dice que es objetiva y que por tanto va al párrafo 2 del art. 60, si bien resulta evidente que la atenuante 7.<sup>a</sup> se adapta perfectamente a la formulación literal del párrafo 1 del art. 60. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, págs. 151-152.

(169) Vid. análisis de RODRÍGUEZ MOURULLO supra.

lidad en base al párrafo 1 del artículo 60, y en otras ocasiones en base al párrafo 2 del artículo 60 (170); citando el ejemplo del abuso de superioridad según se atiende a los medios interpuestos para la realización del delito —párrafo 2— o a la relación entre ofendido y ofensor. Es evidente que si esto es así, si una circunstancia puede variar de colocación en los párrafos del artículo 60 según el aspecto al que se atiende y al tenor literal de tales párrafos, mal se podrá afirmar que tal circunstancia posea una u otra naturaleza, pues ya no se trata de una circunstancia similar a las mixtas de Rodríguez Devesa que pese a ser predominantemente objetivas, poseen elementos subjetivos, lo que no impide que vayan siempre al párrafo 2, sino que en este caso es una circunstancia en la que no predominan unos elementos sobre otros, sino que abarca ambos, lo cual demuestra por un lado, la inconsistencia de la distinción objetividad-subjetividad, y por otro lado la decisiva atención que hay que prestar a la formulación literal de los párrafos del artículo 60, al margen de elaboraciones conceptuales previas, para colocar una circunstancia correctamente en uno u otro de los párrafos.

En este sentido, propugno la independencia de ambos análisis, el de la naturaleza, objetiva o subjetiva —si se considera justificado el realizarlo—, y el de la inclusión en uno u otro de los párrafos del artículo 60 de una circunstancia. Este último análisis habrá de realizarse ateniéndose estrictamente a la formulación legal de la circunstancia y a su contenido, relacionándolo con el tenor literal de los párrafos del artículo 60, sin mediar estructuras conceptuales apriorísticas.

Nos queda por ver finalmente la última de las tres relaciones que se ha venido estableciendo, la vinculación entre referencia de la circunstancia a lo *injusto*, y *párrafo 2* del artículo 60, y referencia de la circunstancia a la *culpabilidad* y *párrafo 1* del artículo 60. Esta vinculación parece en principio más fundamentada que las anteriores puesto que está acorde tanto con la misión básica del artículo 60, reafirmar el principio de culpabilidad, como con el distinto enfoque que este principio presenta cuando se refiere a elementos de lo injusto o a elementos de la culpabilidad.

Sin embargo, estimo que tampoco el tenor literal de los párrafos del artículo 60 se ajusta plenamente a los contenidos dogmáticos de injusto y culpabilidad.

Digamos en primer lugar que la mayoría de los autores que han formulado la vinculación que ahora estudiamos no lo han hecho de un modo directo, sino actuando como gozne la división de la naturaleza de las circunstancias en objetiva y subjetiva. En cuanto que una circunstancia es, por ejemplo, subjetiva, va al párrafo 1 y se refiere a la culpabilidad; el punto decisivo es la:

---

(170) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*. Barcelona, 1972, tomo II, págs. 154-155.

naturaleza subjetiva, que da pie a las otras dos afirmaciones. Como, por otra parte, ya he dicho que no resulta muy justificada, según mi opinión, la indagación sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, en estos casos, si faltara tal elemento, la relación entre artículo 60 y referencia a los elementos del delito se rompería, por faltarle el elemento de conexión.

Sin embargo, aún se dan casos, como hemos visto, en los que la vinculación se establece directamente, sin elementos intermedios. Pues bien, es precisamente el autor que presenta claramente una vinculación *directa* entre los dos términos de la relación que estamos estudiando, Rodríguez Mourullo, el que, a su vez, muestra en otras circunstancias una quiebra más evidente a la relación párrafos del artículo 60 y referencia a los elementos del delito (171).

Por otro lado, y como muestra de que un análisis independiente de la referencia de las circunstancias a los elementos del delito, y de su vinculación a uno u otro de los párrafos del artículo 60, puede dar lugar a soluciones contrarias a las que propugnan estos autores, podemos constatar cómo Cerezo Mir (172) refiere la agravante de parentesco, al igual que Córdoba Roda (173) —éste, tanto cuando agrava como cuando atenúa—, a lo injusto, lo cual no les parece contradictorio con el hecho de que sea una circunstancia que sin duda ha de ir al párrafo 1 del artículo 60. En la misma línea, Mir Puig refiere la reincidencia y la reiteración a lo injusto, y afirma explícitamente que son del párrafo 1 del artículo 60 (174).

Soy de la opinión, por consiguiente, de que tampoco esta última vinculación injusto-párrafo 2, y culpabilidad-párrafo 1, es sostenible. Ahora bien, ya he indicado que esta relación tenía un fundamento mayor que las otras dos estudiadas, y de ello deriva, sin duda, el que no se pueda afirmar de una manera tan tajante como en otras ocasiones, la independencia entre estos dos análisis.

Y es que resulta que si rompemos la vinculación entre los dos párrafos del artículo 60 y la referencia a los elementos del delito, nos podemos encontrar, al menos teóricamente con circunstancias que pertenezcan a la culpabilidad y que según el tenor literal del artículo 60 hayan de ir al párrafo 2, y circunstancias que pertenezcan a lo injusto y hayan de ir al párrafo 1. ¿Es esto inobjetable visto bajo las exigencias de la dogmática?

---

(171) Vid. su análisis *supra*, en especial nocturnidad y despoblado, e incendio, naufragio...

(172) Vid. nota 164.

(173) CÓRDOBA RODA. *El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, año 1967, pág. 175.

(174) MIR PUIG, *La reincidencia en el Código penal*. Barcelona, 1974, págs. 294 y 405.

Estudiemos el primer caso. Sabido es que la participación es una participación en la conducta antijurídica del autor; sin embargo, si una circunstancia referida a la culpabilidad, fuera al párrafo 2, nos encontraríamos con que bastaría que el partícipe conociera que *el autor* actuaba más o menos reprochablemente, para que a *él*, al partícipe, se le apreciara una mayor o menor reprochabilidad, es decir, iríamos a parar a una participación en la culpabilidad del autor, cosa insostenible en dogmática. Sin embargo, la solución a este dilema se da por sí sola en base al planteamiento que hemos venido tomando siempre que nos hemos referido a la interpretación del contenido de los párrafos 1 ó 2 del artículo 60. He mantenido en toda ocasión que tales párrafos se han de interpretar ateniéndose con fidelidad a su tenor literal; es éste, comparado con la formulación legal de la atenuante o agravante, el que nos dirá en qué párrafo se ha de incluir la circunstancia en cuestión. Se han de evitar estructuras conceptuales tales como naturaleza objetiva o subjetiva o referencia a injusto o culpabilidad, como mediadores entre el texto de la circunstancia y el texto del artículo 60. En este sentido, sí que podemos decir que el párrafo 2 del artículo 60, si bien no está formulado, como he venido insistiendo, pensando en excluir las circunstancias referidas a la culpabilidad, tiene una formulación tal que resulta muy difícil de imaginar que, a tenor de su literalidad, criterio al que estimo hay que atenerse, sea incluíble una circunstancia referida a la culpabilidad. Yo no he detectado ningún autor que haya considerado a una circunstancia en este sentido.

En cuanto a la otra posibilidad, a la posibilidad de que circunstancias referidas a lo injusto puedan resultar encuadrables en el párrafo 1 según el tenor literal de éste, surge igualmente otra dificultad tanto para el autor como para los partícipes: Al resultar encuadradas estas circunstancias en el párrafo 1, devendrían circunstancias que habrían de ser apreciadas por el mero hecho de concurrir en el sujeto, sin necesidad de que éste conociera los hechos que llevaran a la apreciación de la circunstancia, situación ésta que parece no encajar debidamente con la referencia de la circunstancia a lo injusto, pues en virtud de ello, como todo elemento objetivo de lo injusto, resulta evidente que ha de mediar la conciencia y voluntad de la realización de los elementos del tipo para que éstos se le puedan imputar al sujeto.

Este problema, en relación con la reiteración y reincidencia, ya ha sido advertido por Mir Puig el cual —aludiendo a unas afirmaciones de Rodríguez Muñoz (175) en las que estima que al párrafo 1 del artículo 60 pueden ir tanto circunstancias objetivas, como objetivo-subjetivas, y en éstas últimas habría de exigirse el que el sujeto tenga conocimiento de ellas, para que se puedan apreciar— realiza unas observaciones muy acertadas. Sabido es que él la

---

(175) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Tratado de Derecho penal de Mezger*. Madrid, 1957, 3.ª edic., tomo II, págs. 119-120 y 352-353.

reiteración y reincidencia las lleva al párrafo 1 del artículo 60, y las refiere a lo injusto, encontrándose con la discordancia que acabo de señalar, y afirma lo siguiente: «Que el artículo 60 no excluye la necesidad de conocimiento de los hechos fundamentales de las *circunstancias personales*, lo demuestra la exigencia, reconocida por la Jurisprudencia, del conocimiento del parentesco en la circunstancia mixta del artículo 11, C. p., ejemplo de circunstancia personal. Por otra parte, de la literalidad del mencionado artículo 60 no se deduce aquella exclusión. Este precepto prohíbe sólo la transmisibilidad de las circunstancias a aquellos partícipes en quienes no concurren, aunque las conozcan. Pero no dice que, para que concurren en el sujeto a que afectan, no hace falta que éste conozca los elementos objetivos en que se fundan» (176). Comparto plenamente tal tesis de Mir Puig, y su afirmación de que el párrafo 1 del artículo 60 lleva implícito el requisito del «conocer», aparte del de «concurrir». El que circunstancias referidas a lo injusto tengan que llevarse al párrafo 1 del artículo 60, en virtud del tenor literal de este artículo, no presentará, por tanto, ningún tipo de dificultad derivado de las exigencias dogmáticas que la referencia de una circunstancia a lo injusto conlleva.

En resumen, hechas estas salvedades, se puede concluir que entre párrafos del artículo 60 y referencia a lo injusto o a la culpabilidad no hay, en mi opinión, tampoco vinculación, si bien es cierto que aunque las referidas a lo injusto pueden ir al párrafo 1 ó 2, resulta difícil pensar una circunstancia que referida a la culpabilidad, vaya al párrafo 2, dada la redacción legal de tal párrafo.

La tesis final de este trabajo ha de formularse, por tanto, en el sentido de que entre la referencia de las circunstancias a lo injusto o a la culpabilidad, su naturaleza objetiva o subjetiva, y los párrafos 2 ó 1 del artículo 60, no hay ninguna relación fija o unívoca. Cualquier relación que pueda darse entre algunos de los términos de las tres relaciones se ha de entender como mera coincidencia y ocasional, pues son tres parejas de conceptos que se han de analizar, y situar cada circunstancia en relación con ellos, de un modo independiente y por separado. Incluso puede ser cuestionable la utilidad de seguir manteniendo la dicotomía naturaleza objetiva-subjetiva, relativa a las circunstancias.

(176) MIR PUIG, op. cit., págs. 294-295. El término "personal" referido a las circunstancias, no es sinónimo de "subjetiva" como ya he insinuado en nota 131, sino que hace referencia a las circunstancias que han de ir al párrafo 1 del artículo 60, con total independencia de la relación que tales circunstancias puedan tener con las otras dos parejas de conceptos que estudiamos. En realidad, es un término obtenido del texto literal del párrafo 1 del artículo 60, cuando habla de circunstancias que consistieren en una "causa personal". En relación con su argumentación en cuanto a la exigencia del conocimiento en el parentesco, igualmente, CÓRDOBA RODA, *El parentesco...*, cit., pág. 175, y BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en el Derecho penal*, Barcelona, 1923, pág. 57.





# La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones (\*)

JUAN JOSE GONZALEZ RUS

Profesor Ayudante de Derecho Penal (Granada)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASOCIACIONES ILÍCITAS: 1: *Precedentes históricos y evolución legislativa*. 2. *La Ley de 19 de julio de 1976*. 3. *El derecho de asociación*. 4. *Concepto de asociación*. 5. *Naturaleza del delito de asociación ilícita*. 6. *Formas de aparición*. 7. *Supuestos de ilicitud de las asociaciones*: A) Contrarias a la moral pública. B) De objeto delictivo. C) Carácter subversivo violento. D) De carácter discriminatorio. E) De naturaleza totalitaria. 8. *Especial consideración sobre el carácter de asociación ilícita del Partido Comunista de España*: A) Antes de la Ley de 19 de julio. B) Después de la reforma: a) ¿Es el Partido Comunista de España una asociación que, sometida a una disciplina internacional, se propone implantar un sistema totalitario? 9. *Penalidad: Artículos 174 y 175*.—III. CONCLUSIÓN: *Consecuencias de la Ley de 19 de julio de 1976*.

## I. INTRODUCCION

La reforma del Código penal que opera la Ley de 19 de julio de 1976, precisamente en las materias en que se ha producido, era prácticamente impensable hasta hace muy poco tiempo. Es necesario, por ello, para comprender su verdadero significado, su alcance y necesarias limitaciones, contemplarla históricamente y referir las circunstancias de todo orden, especialmente políticas, que la propiciaron y condicionaron de principio.

---

(\*) Este trabajo es una de las Ponencias de que constaba el Seminario sobre "Delitos Políticos" que se desarrolló durante el curso pasado en el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Granada. Las observaciones y comentarios de todos los participantes, especialmente de su director, el profesor don José Antonio Sáinz Cantero, hicieron que lo que empezó siendo una breve exposición se convirtiera en un análisis de toda la Ley de 19 de julio, y del que lo que se contiene a continuación es sólo una parte.

El hecho fundamental a tener en cuenta es lo que no hay duda en calificar como el suceso más trascendente de la más reciente historia de España: la muerte del general Franco. El 25 de noviembre de 1975, desaparece un poder casi absoluto, un poder sustraído a la posibilidad de discusión por ser indiscutible; un poder ejercitado con esas características durante cuarenta años. Sería muy simple, desde luego, cifrar en ese momento el proceso de descomposición de un régimen del que ahora se está haciendo su radical transformación; pero, no es éste el momento ni el lugar de buscar, una por una, las circunstancias que han provocado la situación presente. Nos limitaremos a indicar, como en un trabajo de esta naturaleza había de ser, las transformaciones jurídicas que han hecho necesaria la reforma del Código penal de que vamos a ocuparnos.

La legislación reguladora de los derechos de reunión y asociación, aunque lo habían sido siempre (1), se reconoce ahora "que constituyen más un obstáculo que un instrumento idóneo para la promoción y el encauzamiento de nuestro desarrollo político" (2). Tanto el derecho de reunión como el de asociación política tenían en la pasada realidad española más una presencia nominal que efectiva, pues ésta la hacían sumamente dificultosa las innumerables limitaciones que a su realización práctica se oponían. El reconocimiento de su ejercicio quedaba reducido sólo a aquellos integrados en el sistema o que aspiraban a estarlo, en una formulación coherente con un régimen político en que, por principio, no existía el contraste de pareceres ni otra opinión que no fuera la del Estado.

La nueva situación política que va surgiendo con la transformación de ese sistema exigía un nuevo tratamiento de estos derechos. La reforma se inicia con la Ley de 29 de mayo de 1976, reguladora del derecho de reunión, que, aunque superable, es más liberalizadora que la anterior y que deja para el Código penal la determinación de qué reuniones son ilícitas (art. 1.º, dos). La Ley de 14 de junio de 1976, sobre el derecho de asociación política, constituye un compromiso más para la modificación del Código penal, al encargar también a éste el señalamiento de la ilicitud de las asociaciones (art. 1.º, cuatro) (3).

---

(1) Sobre las razones que explican esta normativa, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal Español (Ley 23/1976, de 19 de julio)*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, mayo-agosto 1976, págs. 209 a 212

(2) *Exposición de motivos* de la Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión.

(3) Esta misma necesidad se expresa por el señor Escrivá de Romaní y de Olano, de la Ponencia, en el Pleno del día 14 de julio de 1976 en el que se aprobó el Proyecto: "La modificación del Código penal que se somete a SS. SS., es pieza complementaria de otras dos leyes ya aprobadas en fechas recientes: las que reconocen y regulan los derechos de reunión y asociación política; por cierto, también, que sin este necesario complemento se produciría una discordancia grave en nuestra legislación, al quedar consagrados y regulados los referidos derechos de reunión y asociación en tanto que, en nuestro Código penal, el hecho de reunirse, manifestarse o asociarse continuaría estando sancionado con penas de

Para dar respuesta a esta necesidad, el Consejo de Ministros del día 18 de marzo de 1976 acordó mandar a las Cortes un Proyecto de modificación de determinados artículos del Código penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo (4). Rodríguez Devesa (5) señala como características más acusadas del Proyecto, las siguientes: eliminar radicalmente la ingerencia de las autoridades gubernativas en la apreciación de cuáles han de ser las conductas punibles, tratando de conseguir una separación más neta entre el injusto administrativo y el injusto penal y, finalmente, la interrelación que se establece entre los delitos de reuniones y manifestaciones ilegales, asociación ilícita y propaganda ilegal, tomando como punto de referencia a las asociaciones ilegales y pasando las reuniones, manifestaciones y propagandas a constituir delito cuando persiguieran los fines consignados para las asociaciones ilícitas.

El Proyecto fue sometido en su tramitación al procedimiento de urgencia. Al mismo se presentaron sesenta enmiendas, la mayoría referentes a varios artículos y de las cuales seis lo eran a la totalidad (6). La Ponencia (7) incorporó a su texto (8) algunas de las modificaciones propuestas, por lo que el original del Gobierno quedó bastante desfigurado. El dictamen que elaboró fue sometido, también en procedimiento de urgencia, al Pleno del día 9 de junio de 1976 (9), el mismo en que se aprobó la Ley Reguladora del Derecho de Asociación Política. Intervino en primer lugar el entonces ministro de Justicia, don Antonio Garrigues y Díaz Cañabate, quien, con el claro

---

considerable gravedad". *Boletín Oficial de las Cortes Españolas. Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 28, pág. 3.

(4) Apareció publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* del día 19 de abril de 1976, núm. 1.498, págs. 36309 y ss. El Proyecto constaba de cuatro artículos. El primero de ellos significaba la modificación del 166 y 171, en materia de reuniones, 172 y 174 en relación con las asociaciones y 251 y 253 sobre propagandas ilegales; indicando a continuación la forma en que habían de quedar redactados. El segundo, proponía la rebaja de las penas señaladas en los artículos 132 y 252, párrafo 1.º (de prisión mayor a prisión menor) y 252, párr. 2.º de prisión menor a arresto mayor). El tercero añadía, dentro de los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, un nuevo precepto, relativo a los "piquetes de huelga", que habría de llevar la numeración de 499 bis a), pasando el actual 499 bis a 499 bis b). Por fin, el artículo cuarto derogaba el 173, 175 y 268 bis, que quedarían sin contenido.

(5) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal Español*, cit., pág. 213.

(6) Las generales las formularon los señores Díaz-Llanos, Cercós Pérez (don Alberto) y Mateo Tarí; las otras tres, presentadas por Fernández de la Vega; Serrats Urquiza y Laclea Pablo, no obtuvieron el suficiente número de firmas para ser defendidas en el Pleno.

(7) La Ponencia estaba formada por los señores Escrivá de Romani y de Olano, Dancausa de Miguel, Fernández Nieto, Iglesias Selgas y Madrid del Cacho.

(8) El informe de la Ponencia aparece publicado como anexo en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 1.508.

(9) Debía haberse discutido en el Pleno que estaba convocado para el día 6 del mismo mes, pero fue suspendido a causa de la crisis ministerial provocada por la dimisión del señor Arias Navarro.

propósito de tranquilizar a los Procuradores, hizo algunas precisiones sobre el alcance del Proyecto. Ponente fue el señor Dancausa de Miguel, dando paso, a continuación, a los enmendantes señores Díaz-Llanos y Mateo Tari, el primero de los cuales proponía enviar el Proyecto a la Comisión de Justicia para su estudio y reconstrucción.

A pesar de la insistencia de la Ponencia sobre la contradicción en que incurriría el ordenamiento jurídico si no se sancionaba la reforma —llegando a afirmar el señor Madrid del Cacho que el aprobarla era “casi un principio de honestidad política” (10)—, pues se podrían crear asociaciones legales que, en cambio, estarían sancionadas penalmente, no hubo más remedio que adoptar, sobre la marcha, una solución de compromiso que evitara que la votación resultara negativa. Por eso, la Ponencia propuso sustituir la votación del Proyecto de Ley por la de unas “líneas fundamentales” a las que debería someterse la Comisión de Justicia, a la que le sería confiado, para que lo elaborara con arreglo a ellas si eran aceptadas (11). Admitidas éstas, se remitió a la Comisión de Justicia, que, presidida por don Licinio de la Fuente, trató, durante las Sesiones de los días 21 y 23 de junio, el texto aprobado por el Pleno y el dictamen que al mismo debía haber sido presentado (12).

Las discusiones de la Comisión, con los Procuradores alineados en

(10) *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 27, pág. 133.

(11) Los puntos concretos que se sometían al Pleno eran los siguientes: “*Primero*: Que se acepte la necesidad de la modificación del Código penal. *Segundo*: Que tal modificación debe afectar a los derechos de reunión, manifestación, asociación, propagandas ilegales, expresión de las ideas y libertad de trabajo. *Tercero*: Que serán consideradas como asociaciones ilícitas: a) Las que por su objeto y circunstancias sean contrarias a la moral pública. b) Las que tengan por objeto la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, o el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o la independencia de la Patria, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional. d) Las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica. e) Las que, sometidas a disciplina internacional, se propongan implantar un sistema totalitario. *Cuarto*: Que se tipifique toda coacción que pueda ser ejercitada contra la libertad de trabajo. *Quinto*: Que se establezcan las penas adecuadas a las figuras delictivas que se tipifiquen, en concordancia con el sistema general de penas del Código penal”. La propuesta, que se hacía con la conformidad del Gobierno, fue aprobada con 74 votos en contra y 38 abstenciones. *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 27, págs. 143-144.

(12) En la primera sesión, del día 21, se planteó, como cuestión previa, si, por haber sido aprobadas por el Pleno las directrices a que debía ajustarse la Comisión, quedaba en pie el texto de la Ponencia o, por el contrario, desaparecía. El Presidente, que durante todas las sesiones dio muestras de una gran habilidad, alegó que el Pleno lo único que había hecho había sido determinar el marco de actuación en que debía moverse el estudio del Proyecto; como su dictamen no había sido discutido ni rechazado, continuaba en vigor. Lo que se termina por hacer es que antes del examen de cada artículo la Ponencia dice si mantiene su texto y sobre él, o el nuevo que presente, será sobre la base que giren las deliberaciones y enmiendas. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas. Diario de Sesiones de las Comisiones. Comisión de Justicia*, núm. 703, págs. 3 y siguientes.

dos grupos perfectamente definidos, se desarrollaron sobre todos los artículos a los que afectaba la reforma. De ellas quedó excluido, precisamente, lo que más interesaba cuestionar: el artículo 172, que declaraba qué asociaciones eran ilícitas. El argumento que para ello dio la Presidencia de las Cortes, a través del de la Comisión, fue que éste había sido el único punto que se aprobó por el Pleno en su redacción definitiva, puesto que al haber sido presentada en distintos apartados era preciso considerarlo como una enumeración exhaustiva de los supuestos que hacen ilícita una asociación (13); si se trataba de algo autorizado por el supremo órgano decisorio de la institución legislativa, estaba claro que la Comisión no podía ir contra lo que allí se hubiera dicho y votado. De esta forma, sin saber cómo ni por qué, el grupo que tanto había presionado e insistido para que el Proyecto se llevara allí donde podían haber participado e influido sobre él, se vio privado de aquello por lo que tanto había luchado. El tema que se encontraba detrás de tantas incidencias no era otro que la diferencia de tratamiento que quería darse a la participación política y, a nadie se le escapa, sobre todo, la cuestión del Partido Comunista y partidos de ideología afín (14).

Los Procuradores no se resignaron, a pesar de todo, a que el tema escapara totalmente a su intervención. Su porfía ante el Presidente de la Comisión hizo que éste lograra del de las Cortes la posibilidad de, aún sin poder modificarse nada del artículo—sólo cuestiones de detalle: cambiar las letras con que aparecía en las “líneas fundamentales” por números—, tratar de obtener un consenso mayoritario que expresara la opinión de sus miembros sobre el número 5.º del artículo 172; pues a éste tan sólo se limitó la facultad de discusión. En definitiva, el supuesto que más interesaba.

Fruto de los debates en este tema fue la aprobación de una “sugerencia” que se proponía como fórmula sustitutoria del núm. 5.º del artículo 172 (15). La incorporación de la “sugerencia” al Proyecto, como veremos, no fue aceptada por el Pleno extraordinario que se celebró el día 14 de julio, y la redacción del tan preocupante número 5.º quedó, por fin, como aparecía en aquellas orientaciones dadas en el anterior. El nuevo dictamen de la Ponencia fue defendido por el señor Escrivá de Romaní y de Olano, siendo, a continuación, apoyado por el Ministro de Justicia, don Landelino Lavilla, que hizo suyas las palabras del ponente. Sometido a votación, el Proyecto se convirtió en Ley, con 248 votos a favor, 174 en contra y 57 abstenciones (16). Nuestro examen se va a ocupar del contenido de esta Ley en lo que se refiere a las asociaciones ilícitas.

---

(13) Vid. el texto de la declaración en nota 11.

(14) En el mismo sentido JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal Español*, cit., pág. 216.

(15) Lo relativo a este punto lo trataremos con más profundidad y detalle al ocuparnos del mismo.

(16) *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 28, pág. 33.

## II. ASOCIACIONES ILICITAS

### 1. *Precedentes históricos y evolución legislativa*

No obstante recogerse supuestos de asociaciones ilícitas ya en los Códigos de 1822 y 1848 (17), el primer reconocimiento legal que se hace en nuestra tradición jurídica del derecho de asociación se produce en la constitución de 1869; respetado en la monárquica de 1876, adquiere carta de naturaleza en la de 1931.

La legislación dictada durante, y después, de la guerra civil supone un grave atentado al ejercicio del derecho, al recortarse sus límites hasta dejarlo prácticamente anulado.

De este tenor son los Decretos de 13 de septiembre de 1936, que declaraba ilícitos todos los partidos integrantes del llamado "Frente Popular"; el de 25 de septiembre de 1936, prohibiendo absolutamente cualquier forma de partidismo político, y el de 19 de abril de 1937, que *vuelve a insistir* en la misma declaración.

Toda esta legislación se ve confirmada, al término de la guerra, por la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939, que reitera la ilegalidad de los partidos integrantes del "Frente Popular" en las elecciones del 16 de febrero de 1936, y la Ley de Masonería y Comunismo de 1 de marzo de 1940.

En el orden administrativo, al fin de la contienda se pone en vigor la Ley de Asociaciones de 30 de julio de 1877, retocada por un Decreto de 25 de enero de 1941.

La Ley de 19 de julio de 1944, que autoriza la publicación de un texto refundido del Código de 1932 y fija el alcance de las reformas que se producen en él, prescribe que en el Libro II se abrirá un Título, que se denominará "Delitos contra la Seguridad interior del Estado", en el que se incluirán, en su parte pertinente, las definiciones de delitos y sanciones a ellas aplicables comprendidas en la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, cuya entrada en el Código se confirma en el Decreto de 23 de diciembre de 1944, de promulgación del texto refundido.

A este respecto, dice García Pablos (18) que se incorpora al Código un prolijo y heterogéneo catálogo de figuras delictivas, inspiradas en varios criterios de política criminal y de muy distinta estructura y "ratio legis", porque los nuevos preceptos persiguen, ante todo,

(17) En ambos cuerpos legislativos se prestaba especial atención a las sociedades secretas. Así, dos Decretos de 1824 y 1825 castigaban con pena de muerte la formación de este tipo de sociedades. A ellas se refería también el Código de 1848, art. 207, junto con las asociaciones ilícitas, art. 211: aquellas constituidas por más de veinte personas que se reúnan diariamente o en días señalados para tratar de asuntos religiosos, literarios, o de otra clase, sin el consentimiento de la Autoridad.

(18) ANTONIO GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, enero-abril, 1976, págs. 87 y 88.

reforzar penalmente las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho de asociación; interesa el control riguroso de éste y evitar todo posible resquicio que conduzca a la impunidad, pretensión a la que se sacrifica cualquier otra exigencia, incluidas las de técnica legislativa.

Hasta 1945, con el Fuero de los Españoles, no hay una declaración constitucional que reconozca el derecho de asociación, cuyos cauces amplía de alguna forma el Principio VIII de la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958, al referirse "a las demás entidades con representación orgánica que a este fin reconozcan las leyes".

La Ley de 24 de diciembre de 1964, que sustituye a la de 1877, reconoce el derecho de asociarse para fines que no sean contrarios a los Principios Fundamentales y demás Leyes constitucionales, leyes penales, a la moral, al orden público y a la unidad política y social de España. El Estatuto Orgánico del Movimiento de 4 de enero de 1969, siguiendo la línea marcada por la Ley Orgánica del Estado, conducirá al Decreto-Ley 7/1974, de 21 de diciembre, regulador del Estatuto Jurídico del Derecho de Asociación Política (19).

Hoy regula la materia la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el Derecho de Asociación Política, modificada por el Real Decreto-Ley 12/1977, de 8 de febrero, en lo que hace a procedimiento de inscripción, denegación de la misma y sistema sancionatorio.

En cuanto a la regulación penal de las asociaciones ilícitas, desde 1944 en que, como queda señalado, se incorporan las tipicidades de la Ley de Seguridad del Estado, se producen dos reformas posteriores. En 1973, de pequeña entidad y dirigida a elevar la cuantía de las multas. En 1967, modificando el párrafo 4.º del núm. 1.º, del artículo 174, y que refuerza la severidad del precepto. La reforma de 15 de noviembre de 1971 introduce variaciones en los artículos 173, números 2.º y 5.º, 174, 1.º y 2.º, derogándose la Ley de 9 de febrero de 1939, excepto su artículo 2.º, que recoge la relación de partidos políticos prohibidos por la ley, y la de Masonería y Comunismo de 1 de marzo de 1940.

Las características de la regulación, en este momento, pueden resumirse, con Rodríguez Ramos, en las siguientes: 1.º Tipificación prolija y falta de raigambre tradicional y de la necesaria tónica de paz civil. 2.º Agrupación sistemática incorrecta. 3.º Ausencia del mínimo exigible de seguridad jurídica por falta de una adecuada aplicación del principio de legalidad. 4.º Gran confusión de zonas administrativas y penales. 5.º Grave desproporción de las penas con respecto a otras figuras de justificación más evidente (20).

(19) Sobre evolución histórica puede verse LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal. (Sobre los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes)*, Madrid, 1975, págs. 129 y ss.

(20) LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., páginas 184 y 185, quien señala, además, la línea defensora del orden seguida por la jurisprudencia, mediante la utilización de un criterio extensivo de la intensidad y ámbito de aplicación de los preceptos penales.

## 2. La Ley de 19 de julio de 1976

Esta es la situación de la regulación penal de las asociaciones en el momento de producirse la reforma. Y éstas son las que más se ven afectadas, cualitativa y cuantitativamente, por la Ley de 1976, que incumbe a los artículos 172, 174 y 175 y deja sin contenido el artículo 173 (21).

El proceso seguido en la elaboración y estudio de estos preceptos por la Comisión de Justicia, por lo azaroso y accidentado, merece ser reseñado.

Recordemos que el Proyecto se presentó al Pleno de las Cortes del día 9 de junio, el mismo en donde se aprobó la nueva Ley de Asociación. Ya vimos cómo en él, ante la creciente posibilidad de que la Ley fuera rechazada, la Ponencia, de conformidad con el Gobierno, sometió a votación, en vez de éste, unas directrices a las que habría de someterse la Comisión de Justicia, a la que se le devolvería para su nueva elaboración. Dentro de estas líneas fundamentales que se aprobaron figuraba, como punto tercero, la enumeración de las asociaciones que eran consideradas ilícitas (22).

Al procederse al estudio del Proyecto por la Comisión, se empieza, al centrar los temas objeto de debate, por excluir el artículo 172. El hecho de que, a diferencia de las demás materias, el punto de la declaración que a ellas se refería fuera estructurado en distintos apartados, se interpreta por la Presidencia de las Cortes como elaboración definitiva (23), de forma que había que considerarlo intocable.

Las protestas de los Procuradores se repitieron con insistencia ante el Presidente de la Comisión, alegando, no sin razón, que era absurdo tratar y discutir la supresión del artículo 173 (que completaba y ampliaba el artículo 172 en su declaración de qué asociaciones eran ilícitas) fundada en que sus tipos estaban recogidos en el nuevo 172, cuando no podía saberse qué asociaciones quedaban dentro de él. Las peticiones volvieron a sucederse al llegar a los artículos 174 y 175, que señalan las penas en relación con el 172. Aparte de estas razones de orden jurídico, la verdad es que en el tema había un interés político, debido, fundamentalmente, a la cuestión de los partidos de orientación comunista (24).

---

(21) El Proyecto enviado por el Gobierno dejaba también sin contenido el art. 175. Vid. nota 4.

(22) Vid. nota 11.

(23) La interpretación que sobre el tema dio el Presidente de las Cortes insistía en el carácter exhaustivo de la enumeración de las Asociaciones ilícitas contenidas en el punto tercero de las directrices del Pleno a la Comisión. Por eso, el dictamen de ésta estaría condicionado, de un modo total, por el acuerdo del Pleno; porque lo aprobado por una Comisión no podía ser contrario a lo decidido en un Pleno de Cortes. *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 703, págs. 52 y 53.

(24) En ningún momento se hizo referencia ni se pensó que dentro del núm. 5 pudieran estar incluidos los partidos socialistas.



Como consecuencia de los ruegos de los Procuradores acerca de este punto, el Presidente, después de consultado el de las Cortes, y como portavoz suyo, consintió en tratar el artículo; pero con dos grandes limitaciones: por un lado, sólo se permitían las correcciones de orden técnico que la redacción, por razones de estética o precisión, pudiera exigir; por otro, sólo se autorizaba la discusión de su punto 5.º (las que, sometidas a disciplina internacional, se propongan la implantación de un sistema totalitario), para ver de lograr un consenso de la Comisión que permitiera elevar una sugerencia de redacción sustitutoria del mismo al Pleno que habría de celebrarse para la aprobación del Proyecto (25).

En cuanto a las precisiones técnicas, lo que debía hacerse era encajar el punto tercero de los aprobados por el Pleno en el artículo 172, con las rectificaciones de detalle que pudieran ser estrictamente necesarias como, en concreto, la sustitución de las letras con que aparecía ordenado por números de orden, que es la técnica seguida por el Código.

En materia de asociaciones, como ya se señaló, la reforma afecta a todos los artículos dedicados a ellas, con excepción del 176, que podríamos calificar de importancia menor en la materia.

### 3. *El derecho de asociación*

El derecho de asociarse, derecho natural del hombre, puede ser entendido, en su aspecto subjetivo, como aquella facultad inherente a la persona humana en virtud de la cual puede ésta utilizar libremente la asociación como instrumento para alcanzar sus fines particulares de progreso espiritual o material (26). El alcance que haya de tener este derecho dependerá, como es lógico, del valor que se conceda a la libertad de asociarse.

Las limitaciones que pueden establecerse a esta facultad serán aquellas que exija el bien común, el derecho de los demás y los supremos principios del orden y la moralidad. Y a estas tres condiciones

---

(25) El Presidente de la Comisión de Justicia, don Licinio de la Fuente, en la apertura de las discusiones de la Sesión del día 23 de junio, manifestó que ante los deseos de los Procuradores él había hecho llegar al Presidente de las Cortes sus reiteradas peticiones de que se hiciera saber cuál era el criterio de la Comisión en orden especialmente a algunos de los puntos de este artículo 172, "el señor Presidente de las Cortes considera que después de elaborado este dictamen formal y, como si dijéramos, fuera del mismo, yo pueda plantear a la Comisión la posibilidad de que se eleve a la Presidencia, para que ella vea la forma de hacerlo llegar al Pleno, las sugerencias que pudiéramos arbitrar entre todos si fuéramos capaces de recoger una especie de consenso mayoritario acerca de una redacción más perfeccionada de alguno de los puntos de este art. 172". Después, esta posibilidad se reconoció que se refería sólo al núm. 5.º. *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 707, pág. 2.

(26) BUENAVENTURA PELLISE PRATS, Voz "Asociación", en "Nueva Enciclopedia Jurídica Española", tomo III, pág. 62.

debe ajustarse el derecho positivo en la regulación que haga del mismo (27).

En nuestro ordenamiento constitucional, el derecho de asociarse con fines ilícitos y determinados, se halla recogido en el Fuero de los Españoles (art. 16) (28). Cuando tenga por fin la actividad política se regirá por lo dispuesto en la Ley de 14 de junio de 1976 (artículo 1.º, uno).

Los fines esenciales que esta Ley señala a las asociaciones son los de contribuir democráticamente a la determinación de la voluntad política nacional y a la formación de la voluntad política de los ciudadanos, así como promover su participación en las instituciones representativas de carácter político, mediante la formulación de programas y la representación y apoyo de candidatos en las correspondientes elecciones (art. 1.º, dos). Ilícitas serán las que así se tipifiquen en el Código penal (art. 1.º, cuatro).

Este es el cometido que está llamado a desempeñar el artículo 172 del Código penal, a través de sus cinco apartados, y del que quizá la característica más acusada sea la precipitación con que fue aprobado (29). El artículo 172 dice: "Son asociaciones ilícitas (30): 1.º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública. 2.º Las que tengan por objeto cometer algún delito. 3.º Las que tengan por objeto la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico o el ataque, por cualquier medio, a la so-

(27) Esto mismo señala TOMÁS S. VIVES ANTÓN, *Reforma Política y Derecho Penal*, en "Cuadernos de Política Criminal", 1977, núm. 1, página 89, al decir que por su propia esencia, un sistema democrático ha de reconocer el derecho básico a la libertad en la medida en que pueda subsistir con la libertad de todos, según una ley universal.

(28) Art. 16 del *Fuero de los Españoles*: "Los españoles podrán reunirse y asociarse para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las leyes".

(29) El Proyecto del Gobierno fue notablemente mejorado por el presentado por la Ponencia, que fue el que resultó aprobado. En la redacción originaria, el art. 172 decía: "Se reputan asociaciones ilícitas: 1.º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública o a las buenas costumbres. 2.º Las que tengan por objeto cometer algún delito. 3.º Las que tengan por objeto la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, o el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de su territorio, o a la seguridad nacional. 4.º Las que se propongan la implantación de un régimen totalitario. 5.º Las que pretendieren constituirse o actuar al margen de lo establecido en la Ley de Asociaciones Políticas, aun cuando su reconstitución se encubra en cualquier otra forma social reconocida por las leyes. 6.º Las que, cualquiera que sea la forma que adopten, encubran una asociación política disuelta o suspendida de acuerdo con la Ley sobre Asociaciones Políticas. 7.º Las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica". *Proyecto de Ley*, cit., pág. 36311.

(30) A este párrafo afectó una de las precisiones técnicas que se permitió hacer a la Comisión de Justicia. En el Pleno fue aprobado como "serán consideradas", cambiándose por la redacción actual: "son asociaciones ilícitas". *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 707, págs. 4 y siguientes.

beranía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional. 4.º Las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica. 5.º Las que, sometidas a disciplina internacional, se pongan implantar un sistema totalitario” (31).

#### 4. Concepto de asociación

El artículo 172 establece cuáles son las asociaciones ilícitas, pero sin decir qué ha de entenderse por ellas. Se hace necesario, por esto, intentar dar una noción que, en todo caso, ha de ser previa a los supuestos de ilicitud, pues difícilmente la podremos proclamar si no sabemos sobre qué ha de recaer.

Podemos definirla, con Córdoba Roda (32), como el organismo resultante de la unión de una pluralidad de personas dotado de una entidad independiente de sus individuos y dirigido al logro de un determinado fin. Deberán tener cierta consistencia formal y hasta un esbozo de organización y jerarquía; de otro modo no serían éstos los artículos aplicables, sino los de la codeincuencia o la circunstancia de cuadrilla, verdaderas “asociaciones esporádicas” que poco o nada tienen que ver con las que, aun siendo ilícitas, tienen ya un cierto rango de personalidad moral (33).

La diferencia entre éstas y las reuniones se encuentra en que en la asociación hay un vínculo real, permanente y estable común a todos los asociados y que los une en vista a unos fines, característica que falta en la reunión. Esto, por lo que hace a la relación entre los miembros. En cuanto a la propia entidad de una y otra, la diferencia más importante se halla en la aspiración a la continuidad y permanencia que caracteriza a la asociación, frente a la esencia coyuntural y esporádica que inspira a la reunión.

Tampoco hay base legal alguna que permita precisar con certeza cuál ha de ser el número mínimo de asociados suficiente para integrarla. Del artículo 513, que habla de asociación para el delito de robo, parece que ha de contar, al menos, con tres personas (34).

(31) El art. 172, en su forma derogada, establecía: “Se reputan asociaciones ilícitas: 1.º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública. 2.º Las que tengan por objeto cometer algún delito. 3.º Las prohibidas por la Autoridad competente. 4.º Las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley”.

(32) JUAN CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, enero-abril, 1977, págs. 7 y 8.

(33) En el mismo sentido, ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., puesta al día por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1966, pág. 522; y JUAN CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., pág. 8. En contra, LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 170. EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, revisado y puesto al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ, 14 ed., tomo II, Parte Especial, volumen 1.º, Barcelona, 1975, pág. 76.

(34) En el mismo sentido, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª ed., Sevilla, 1976, pág. 543. A la misma conclusión

Conviene advertir que no debe confundirse asociación ilícita con "persona jurídica"; aquéllas no lo son en derecho al faltarles el requisito de legalidad necesario para ello (35). La prueba más evidente y, al mismo tiempo, la diferencia más trascendental entre una y otra es el diferente tratamiento inherente a cada una de ellas en orden a la responsabilidad criminal por las infracciones cometidas: por los delitos que lleve a cabo una persona jurídica responderán sus representantes; pero no por asociación ilícita, que no lo es, sino por la concreta conducta delictiva realizada (36).

##### 5. *Naturaleza del delito de asociación ilícita*

Para la determinación de la naturaleza y finalidad del precepto es preciso partir de una previa diferenciación dentro del ámbito de aplicación de cada uno de los apartados del artículo 172: mientras que los dos primeros números (contrarias a la moral pública y fin delictivo) son comunes a todo tipo de asociaciones, cualquiera que sea su programa, los tres restantes llevan patente su caracterización eminentemente política. Frente a las posturas doctrinales que afirman su naturaleza preparatoria, por considerar que se eleva a la categoría de delitos actos que son de preparación, afirmamos, con García-Pablos (37), el carácter autónomo de la figura delictiva de asociación ilícita. La forma en que en el Código aparece concebida la infracción, incriminando realizaciones objetivas (fundar, promover, afiliarse) y no meras intenciones, con independencia de que se intervenga o no en la ejecución de los delitos programados por la asociación y aun que éstos lleguen o no a realizarse—en cuyo caso surgiría el concurso de delitos—confiere fisonomía propia al delito de asociación (38).

Para que su naturaleza fuera preparatoria sería preciso que el bien jurídico que se trata de amparar con las mismas fuera el concreto correspondiente a los delitos que se ven amenazados por el programa criminal de la asociación, cuando, por el contrario, lo que se quiere proteger es un bien jurídico "abstracto e independiente de éstos", del que es titular el propio Estado, que trata de proteger el ordenamiento penal frente a determinadas conductas individuales que discurren a través de cauces organizativos (39).

---

llega QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 522, en base a la circunstancia de cuadrilla. En contra, ALFONSO SERRANO GÓMEZ, *Criminología de las Asociaciones ilícitas*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, enero-abril, 1971, pág. 53, que admite basta con dos personas cuando se propongan cometer más de un delito.

(35) Vid. JUAN CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., págs. 8 y 9.

(36) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 525.

(37) ANTONIO GARCÍA-PABLOS, *Tentativa y Frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, en la "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid". Vol. XVIII, núm. 49, págs. 79 a 86.

(38) GARCÍA-PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, cit., págs. 83 a 85.

(39) GARCÍA-PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 84.

Estamos, entonces, ante un delito autónomo e independiente; pues una cosa es que con él se haya adelantado el momento de la protección penal, y otra muy distinta, que sea de naturaleza preparatoria.

Junto a ésta, e íntimamente relacionada con ella, surge la cuestión sobre el carácter del delito de asociación ilícita: ¿Se trata de un delito de peligro o de un delito de resultado? No parece acertado plantear el problema en estos términos, ya que el delito de peligro no es otra cosa que una infracción de resultado al ser precisamente la situación de amenaza creada el resultado de la conducta (40). Es, por tanto, incorrecta la tesis jurisprudencial que, considerando como infracción "de peligro" al delito que tratamos, lo contrapone a las de "resultado" (41), cuando la única posibilidad correcta de enfrentamiento sería hacerlo con los de lesión.

Que no se trata de un delito de esta naturaleza está claro; ni tan siquiera si se piensa que la finalidad del precepto es proteger, no los bienes jurídicos concretos hipotéticamente atacados por el programa de la asociación criminal, sino un interés abstracto del Estado que le lleva a anticipar los medios de defensa de que dispone para la represión de esas conductas. Indudablemente que el mero hecho de la existencia de la asociación ilícita lesiona ese interés que constituye la finalidad del precepto; pero es que ese interés es precisamente la plasmación del peligro que el Estado advierte ante esas manifestaciones asociativas que le mueven a protegerse creando el delito, por lo que este entendimiento del bien jurídico protegido, lejos de rechazar, confirma inequívocamente la caracterización que como "delito de peligro" corresponde a la figura. Como la determinación de la posible amenaza se hace con fines generales y no en atención a situaciones concretas, se trata de un delito de "peligro abstracto" (42), lo que no quiere decir que la inexistencia en un caso determinado de la amenaza que se trata de precaver suponga la inexistencia del delito, pues por eso son delitos de peligro "abstracto" y no "concreto".

Aunque después insistiremos sobre ello, debe reseñarse aquí que la reforma supone acabar con el constante enjuiciamiento formal que se hacía de las asociaciones ilícitas en base a los desaparecidos números 3.º y 4.º del artículo 172, que elevaban a la categoría de delito la infracción de preceptos policiales o administrativos (43). A partir de

---

(40) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 5.ª edición, Madrid, 1976, pág. 361.

(41) Entre otras, Sentencias de 14 de junio de 1964 y 6 de marzo de 1963.

(42) En contra, GARCÍA-PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 94.

(43) Distinguiendo los apartados 1.º y 2.º, así lo establece la Sentencia de 14 de octubre de 1969, al decir que en la infracción de esta categoría de normas "es en lo que radica el dolo, al quebrantar conscientemente lo establecido para la constitución de la Asociación, abstracción hecha de que el fin perseguido por ésta no sea delictivo... a diferencia de los números 5.º, 1.º y 2.º que contemplan el objeto y fin perseguido". Para todos los casos, establecen esta naturaleza, entre otras, las Sentencias de 11 de mayo de 1970 y 7 de julio de 1967.

ahora, la declaración de ilicitud de la asociación no podrá hacerse hasta después de haber examinado el contenido y finalidad a que la misma responde (44).

## 6. Formas de aparición

La Ley de 19 de julio establece un nuevo tratamiento en lo que se refiere a las formas imperfectas. En virtud de ellas, desaparecen las normas "ad hoc" relativas a algunos supuestos de aparición incompleta (45) contenidas en los artículos 174, 1.º, párrafos 2.º y 4.º (46). ¿Quiere decir esto que a partir de ahora son impunes las formas imperfectas? La pregunta no es ingenua si se recuerda lo polémico del tema, siendo considerable el número de las opiniones doctrinales en contra (47). Ni conceptual, ni materialmente, hay obstáculos que impidan la configuración de las formas tentadas o frustradas en el delito de asociación ilícita, que ahora se regirán por las disposiciones comunes al resto de los delitos contenidas en el artículo 3.º (48).

No es óbice para ello la conceptualización que como delito de "peligro abstracto" hemos hecho del de asociación ilícita; pues, al no exigir la concreta situación de peligro, la tentativa se produce no respecto a la causación de éste, sino en relación a la acción cuya ejecución ha previsto el legislador que podría provocarlo (49) y sobre la que son perfectamente imaginables ejecuciones interrumpidas. De cualquier forma, tanto la tentativa como la frustración afectan no a la asociación como ente, sino a las conductas tipificadas: fundar, promover, dirigir, militar, etc., que son las que determinan su posible constitución. Por esto, baste aquí señalar la admisión de las formas imperfectas para la

(44) Sobre la posible naturaleza de delito permanente, vid. CARLOS GARCÍA VALDÉS, *El delito político*, en "Cuadernos para el Diálogo", Los Suplementos, núm. 69, Madrid, 1976, pág. 23.

(45) GARCÍA-PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, cit., págs. 76 y 78, se resolvían algunas de las hipótesis posibles, no todas.

(46) El primero de ellos bajaba la pena un grado cuando las asociaciones comprendidas en el art. 173 y en los núms. 1.º, 2.º y 3.º del artículo 172 no hubieran llegado a constituirse; previsión referida a los fundadores, directores y presidentes, quedando impune el caso del mero afiliado. El párrafo 4.º recogía la misma rebaja de pena cuando "los hechos sancionados en el párrafo anterior (si la asociación tuviera por objeto la subversión violenta...) carecieran de gravedad o la asociación no hubiere llegado a constituirse"; bonificación actuante, en este caso, sólo sobre los meros participantes.

(47) Vid. GARCÍA PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, cit., págs. 61 a 75, con exhaustiva reseña de las posiciones doctrinales.

(48) GARCÍA-PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, cit., págs. 94 a 96.

(49) VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milán, 1950, páginas 98 y 99, JUAN CÓRDOBA RODA Y GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Barcelona, 1972, págs. 141 y 142.

figura y quede para el estudio de cada una de las actividades en relación con ellas sancionadas el examen concreto de las mismas.

La característica, ya señalada, de independencia y autonomía de la responsabilidad por asociación ilícita, afirma su compatibilidad con otros delitos (50) que por medio de ellas se cometan (51), al tener un bien jurídico distinto a los que se ven amenazados por el programa criminal de la asociación, y que explica que las penas señaladas prescindan del número, gravedad y clase de delitos que lo formen (52). Así lo tiene proclamado la jurisprudencia en multitud de sentencias, especialmente en relación a conductas tan inherentes a las asociaciones como las propagandas ilegales (53).

Para los casos de reunión ilícita hay, en realidad, un concurso aparente de normas penales que debe ser resuelto en favor de la asociación (54).

## 7. Supuestos de ilicitud de las asociaciones

### A) Contrarias a la moral pública

Como primer supuesto de ilicitud recoge el artículo 172 el de aquellas asociaciones que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública (55). Es esta una circunstancia común con las reuniones que la utilizan también como criterio para concretar la ilicitud de las mismas, según la redacción dada al artículo 166 por la Ley de 19 de julio.

Moral pública, en el sentido del núm. 1.º del artículo 172, se ha venido considerando como referida al orden político-social imperante en cada momento histórico, de manera que son contrarias a ella todas aquellas asociaciones que atenten contra esos principios básicos que lo constituyen: la anarquía, el colectivismo, la lucha del trabajo contra el capital, de los trabajadores contra la burguesía, atentar contra la propiedad industrial, contra la Autoridad, preconizar la solidaridad, la

(50) Vid. CARLOS GARCÍA VALDÉS, *El delito político*, cit., pág. 23.

(51) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 543. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 177.

(52) GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 113.

(53) "Ambos delitos son perfectamente compatibles... por ser el de asociación de naturaleza meramente formal y pasiva, mientras que el de propaganda entraña actividades materiales", Sent. 11 de mayo de 1970; "se trata de actos distintos dotados cada uno de su propia intencionalidad, con dolo específico propio", Sent. 12 de mayo de 1956; en términos parecidos, Sentencias de 25 noviembre 1959, 14 mayo 1965, 28 mayo 1965, 26 abril 1969, 29 febrero 1972, 3 mayo 1972.

(54) GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 105.

(55) El texto del Gobierno añadía "o a las buenas costumbres". *Proyecto de Ley*, cit., pág. 36310.

revolución social, etc. (56). Especialmente representativa de esta opinión es la Sentencia de 20 de diciembre de 1933: "Debe reputarse contraria a la moral pública toda asociación que contradiga o se oponga a las normas fundamentales que sirven de soporte a la convivencia nacional de todos los ciudadanos, al tratar de obtener el logro de sus fines, cualquiera que sea su clase, fuera de las vías legales o por otro procedimiento que no sea la vida normal propia de las naturales discusiones humanas, por cuanto el término "moral pública" que emplea este artículo no cabe interpretarlo como análogo al concepto restrictivo de buenas costumbres, sino como afirmación de todo un sistema de exigencias jurídicas fundadas en la mera naturaleza humana, que regula las condiciones mínimas de convivencia social".

Frente a esta tesis, pensamos, con Ferrer Sama (57), que el significado amplio dado a la moral pública responde a la regulación que de las asociaciones se hacía en el Código de 1870, muy distinto en este punto a la del vigente. En aquel Código tan sólo se declaraban de manera expresa asociaciones ilícitas, a las que por su objeto y circunstancias fueran contrarias a la moral pública y a las que tuvieran por objeto cometer alguno de los delitos penados en el Código; por esto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo hubo de comprender en el marco de las asociaciones contrarias a la moral aquellas que perseguían y defendían los fines que acabamos de ver y que de otra forma hubieran quedado impunes. Esta es la razón de que el término "moral pública" no resultara análogo al restrictivo de buenas costumbres. Una interpretación tan amplia era, pues, explicable por falta de otros enunciados legales referentes a las asociaciones de tipo subversivo, de tal manera que si no se hubiese seguido el criterio manifestado en las citadas sentencias hubieran quedado sin sanción penal aquellas asociaciones que, sin atentar propiamente a las buenas costumbres al no tener por objeto la comisión concreta de determinados delitos, se quería que fueran penadas por resultar evidentemente contrarias al orden social establecido. Ahora bien, la reciente redacción del Código declara también ilícitas una serie de asociaciones que resultan opuestas a ese orden social, y siendo así, no debe forzarse la interpretación del término

---

(56) En esta dirección se mueve la jurisprudencia: "La moral pública es referente a las acciones que salen de la esfera privada y trascienden o afectan a los intereses generales de la sociedad; y siendo principios fundamentales de la asociación la anarquía y el colectivismo, y proponiéndose emprender y sostener la lucha del trabajo contra el capital y de los trabajadores contra la burguesía, es indudable que dicha asociación, tanto por su objeto como por sus circunstancias, es contraria a la moral pública, contradiciendo, como contradice, el principio más fundamental del orden social, cual es el de la Autoridad y la propiedad industrial" (Sent. 28 enero 1884); "es ilícita la asociación que tiene por divisa "la solidaridad, anarquía, colectivismo y revolución social" (Sent. 12 julio 1884); "la asociación es contraria a la moral pública porque se atacan con ella los principios básicos de la organización social" (Sent. 7 octubre 1935); en el mismo sentido, Sent. 24 enero 1885.

(57) ANTONIO FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, 1.ª ed., Murcia, 1948, pág. 117.



“moral pública”, cuyo significado estricto se aproxima más al de “buenas costumbres”, aunque sin identificarse con ellas (58).

El ir contra la moral pública debe ser el objeto esencial de la asociación, lo que afirma su naturaleza tendencial, al requerir una finalidad dolosa ulterior, que presupone un acto de voluntad del sujeto aceptando dicho fin (59).

Es necesario hacer mención a la precisión técnica que hubo de hacerse en este apartado y que de no haberse admitido hubiera modificado fundamentalmente su significado. Al defender la Ponencia su dictamen sobre los retoques que habían de efectuarse al artículo 172, hizo la salvedad de que en su número 1.º, por un error tipográfico, se había colocado, entre “objeto” y “circunstancia”, una “y”, en vez de la “o” que correspondía, por lo que debía entenderse que bastaría que las dos circunstancias se dieran alternativa y no acumulativamente; es decir, que había de ponerse la disyuntiva “o” y no la copulativa “y”.

Manteniendo la intangibilidad del texto, tantas veces proclamada por el Presidente, algún Procurador se mostró contrario al cambio, por entender, como así era, que la modificación que se proponía no era una simple cuestión técnica, sino que cambiaba totalmente el significado del precepto. Efectivamente, de constar “objeto y circunstancias” sería preciso que se dieran las dos condiciones conjuntamente, de manera que si una asociación era inmoral por su objeto, pero no por sus circunstancias, no sería ilícita. Ante el problema, el Presidente manifestó que el error se había producido en el “Boletín Oficial de las Cortes” y no en el texto sometido a votación; de todas formas, para mejor confirmación, se examinarían las transcripciones taquigráficas de la sesión y a su resultado se estaría. La consulta confirmó la protesta: en lo aprobado figuraba la indeseada “y”. Evidentemente no era este el sentido que había querido darse al enunciado típico, por lo que en su informe definitivo ante la Comisión la Ponencia volvió a solicitar el cambio de la conjunción que, después de todo, fue aprobado (60).

El recurso a la moral pública como criterio definidor de la ilicitud de una asociación nos parece innecesario, como muestra el que hasta ahora haya sido muy escasamente aplicado (61). La verdad es que tal como es entendido por la jurisprudencia apenas si tiene sentido; las asociaciones que en él pudieran incluirse, o bien lo serían todas

---

(58) Por la identidad absoluta se pronuncian FEDERICO PUIG PEÑA, *Derecho Penal, III, Parte Especial*, 4.<sup>a</sup> ed. corregida y aumentada, Madrid, 1955, pág. 62. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 148.

(59) Así, RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 171. QUINTANO, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 524.

(60) *Diario de Sesiones de las Comisiones*, cit., núm. 707, págs. 4 y siguientes.

(61) VIVES ANTÓN, *Reforma Política y Derecho Penal*, cit., pág. 92, mantiene la anticonstitucionalidad del precepto por entender que en el campo moral el hombre, siendo completamente autónomo, se halla sometido sólo a su propia legislación.

(pues toda asociación ilícita es, en última instancia, contraria a esa idea de moral pública), o bien ninguna, por ser subsumibles con más facilidad y corrección técnica en otros apartados del artículo; concretamente en los que sancionan la finalidad delictiva, núm. 2.º (62), o el que se refiere a las subversivas violentas, núm. 3.º.

## B) De objeto delictivo

De todos los números del artículo 172 es éste, sin duda, el que plantea de forma más correcta y respetuosa del principio de legalidad, el tema de la ilicitud de las asociaciones (63). Es el objeto perseguido por la asociación lo que provoca la ilicitud; ilícito que nace de la contradicción entre el objeto social y el ordenamiento penal.

Las asociaciones ilícitas a que se refiere este número segundo son las formadas por un grupo de personas que persiguen, como finalidad esencial, la comisión de uno o varios delitos (64). El que se hable de "algún delito" no puede llevar a pensar que ha de tratarse de uno solo y determinado, que también puede ocurrir; sino que tal expresión, de carácter indeterminado, debe ser entendida como destinada a concretar, no el delito, sino, tan sólo, el objeto delictivo que ha de perseguir la asociación.

Es esencial que el objeto delictivo sea el único o, al menos, el más importante de los fines perseguidos por la asociación, de tal forma que no incurrirán en la responsabilidad propia de este artículo los que habiendo constituido una asociación con fines ilícitos se propusieron posteriormente ejecutar alguna conducta delictiva por medio de la misma (65). Esto es así porque los delitos de asociaciones ilícitas no persiguen la tutela de los bienes jurídicos singularmente amenazados por los planes criminales contenidos en el programa de la corporación, sino la de un bien abstracto y distinto de aquéllos; por lo que el atentado a éste es compatible con el de otros bienes jurídicos, que, al no haber sido contemplados por el tipo, da paso al concurso de delitos (66). Esto mismo explica que la pena se imponga sin tener en cuenta la gravedad, importancia o número de delitos que se

---

(62) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 544, mantiene que recoge casos que no son sino asociaciones para cometer un delito.

(63) RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., página 159.

(64) SERRANO GÓMEZ, *Criminología de las asociaciones ilícitas*, cit., pág. 53. GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas*, cit., pág. 112. RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal*, cit., pág. 221. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 169, se pronuncia porque ha de tratarse de un número indeterminado de delitos.

(65) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 118.

(66) GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 104.

piensa cometer, atendiendo tan sólo al papel que dentro de la asociación desempeña el individuo.

El delito se comete con la sola incorporación a la asociación sin necesidad de participar en la ejecución de los delitos proyectados. Es, dice García-Pablos (67), un dolo recortado el que se requiere, pues basta con conocer la finalidad criminal de la asociación y que se está formando parte de ella; es así, porque el objeto delictivo lo es de la entidad y no de los socios: tales delitos basta con que sean conocidos por el afiliado en referencia a la asociación y al solo efecto de fundamentar la conciencia de la ilicitud de ésta.

Supuesto especial de asociación delictiva es la recogida por el artículo 513, que declara comprendida en el núm. 2.º del artículo 172 “a la mera asociación, aun transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo”. El artículo 513, confirma, por un lado, que la asociación delictiva del núm. 2.º tiene un carácter general y no limitado a los de finalidad política; por otro, hace surgir la duda sobre qué diferencia hay entre la asociación para el delito de robo—si es que la hay—a qué se está refiriendo y las asociaciones para cometer un delito contenidas en el núm. 2.º del artículo 172. La doctrina mayoritaria considera superfluo el artículo 513; si el robo es un delito, que lo es, la asociación para cometerlo no es ni más ni menos que una entidad con finalidad delictiva, por lo que el precepto no tiene sentido y debería ser suprimido (68).

Frente a esta postura, aunque acaba pronunciándose por la supresión, García-Pablos, mediante una hábil interpretación, llega a la conclusión de que el artículo 513 contempla un tipo de asociación distinta de la del artículo 172. Aquél, dice, se refiere a la “mera asociación, aun transitoria”, afirmando, entonces, que únicamente contempla las asociaciones transitorias para cometer el delito de robo que, por no concurrir en ella los requisitos de la auténtica asociación, no podrían ser acogidas por el artículo 172 (69). Y esto es verdad sólo en parte. Obsérvese que se utiliza el advverbio “aun” y no su homólogo “aún”. La diferencia, aunque a primera vista parezca fútil, es importante. De haberse puesto “aún”, que, como se sabe, significa “todavía”, “hasta el momento”, la tesis de García-Pablos sería la correcta: el artículo 513 se referiría a las asociaciones todavía transitorias, distintas, entonces, de aquellas a las que hace referencia el artículo 172; pero es el caso que se escribe “aun transitoria”, es decir, “incluso”, “también” las transitorias, por lo que acoge, en primer lugar, a las asociaciones propiamente dichas y, además, considera incluidas “también” (aun) a las

(67) GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 113.

(68) SERRANO GÓMEZ, *Criminología de las Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 56. BUENAVENTURA PELLISÉ PRATS, *Asociación*, cit., pág. 95. GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 111.

(69) GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., págs., 112 y 113.

provisionales a que se refiere, con lo que la norma se convierte en un precepto interpretativo para las asociaciones que pretendan cometer el delito de robo, sin que por ello pueda decirse que se refiere exclusivamente a las transitorias. Esta aclaración tenía sentido en la Ley de Seguridad del Estado de donde se incorpora al Código, pues coexistiendo ésta con el Código penal de 1932, que no penaba la conspiración, interesaba declarar que para el caso de robo tal conducta estaba sancionada, porque no otra cosa que una conspiración es la asociación transitoria (70).

Así lo ha venido considerando el Tribunal Supremo, que incluye las asociaciones "estables" para llevar a cabo el delito de robo dentro del artículo 172, mientras que la transitoria con el mismo fin, la viene calificando como conspiración (71). Si lo hubiera hecho de otra forma hubiera tenido que castigar por la pertenencia a la asociación ilícita y por el robo cometido, cuando tiene declarado que "si la infracción criminal ha empezado a ejecutarse o, como aquí ha acontecido, la mera concurrencia y previo acuerdo de pluralidad de sujetos activos no permite desdoblar la acción delictiva y derivar del mismo hecho perpetrado dos responsabilidades y dos sanciones, porque la consumación del ilícito acuerdo y concierto de voluntades absorbe la figura penal que trata el artículo 513, aplicable en el supuesto de que la actuación de los culpables no haya rebasado los límites de la mera coincidencia de propósitos de tres o más personas para realizar el robo, e inaplicable si éste se ha intentado, frustrado o consumado, pues entonces entran en juego los preceptos a que estos grados de la infracción penal se refieren" (Sent. de 15 de noviembre de 1947) (72).

No debe confundirse, y esto sí interesa señalarlo, el motivo de ilicitud de las asociaciones que estudiamos con la conspiración; ni tampoco que su supresión no determinaría ningún tipo de impunidad, pues se llenaría el vacío con las reglas generales de la cooperación, autoría y participación (73). Y no es así, porque lo que determina la conspiración es la voluntad colectiva de cometer un delito, de manera que de esa voluntad surja la resolución y decisión de ejecutarlo (74); por lo que si una persona participa inicialmente en la conspiración, pero se vuelve atrás en las deliberaciones y no llega a formar parte de esa resolución conjunta, no podrá ser castigado por ello; mientras que,

(70) Vid. Sent. 15 noviembre 1947.

(71) Sentencias de 14 febrero 1948, 28 diciembre 1948, 24 marzo 1949, 3 octubre 1949.

(72) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 522, señala cómo, en el caso de aplicación del 513 remitiendo al núm. 2.º del art. 172, no cabrá la aplicación de la circunstancia 13 del art. 10, de ejecutar el hecho en cuadrilla.

(73) Así, RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 169.

(74) JOSÉ ANTONIO SÁINZ CANTERO, *Derecho Penal, I*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Unidad Didáctica núm. 5, Madrid, 1974, págs. 9 y 10. CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, cit., págs. 151 y ss.

como hemos visto, el afiliado a una asociación puede no intervenir en la adopción del acuerdo de realizar un delito, pues es el fin delictivo de la entidad lo que hace ilícita su adscripción a través de la ilegalidad de la misma (75). En otras palabras, para ser conspirador es preciso participar con otros en la resolución de cometer un delito; para poder ser castigado como afiliado a una asociación delictiva, basta conocer el carácter de la misma, aunque ni se decida, ni se delibere, ni se ejecute ningún delito. Además, ambas figuras, aunque en algunos casos pueden excluirse, es posible que se den juntas: por ejemplo, miembros de una asociación delictiva que resuelven ejecutar alguno de los delitos comprendidos en el programa de la asociación. No puede, entonces, confundirse la asociación para cometer un delito con la conspiración para delinquir (76).

De todo lo dicho aparece claro que el delito de asociación con fines delictivos es compatible con las infracciones criminales en que se tome parte en ejecución de los proyectos de la misma y cuyo repertorio sería inacabable; pues el concepto de delito a que se extiende abarca tanto los comprendidos en el Código penal como en las Leyes especiales (77).

Durante la vigencia del precepto anterior a la reforma apenas si se ha hecho uso del núm. 2.º del artículo 172. Como pone de manifiesto Rodríguez Devesa, es deseable que en el futuro no ocurra lo mismo por cuanto el apartado debía constituir el núcleo central de la tipicidad, al permitir hacer frente a la delincuencia organizada, cada día más desarrollado e importante, sobre todo en determinadas manifestaciones criminales (78).

### C) Carácter subversivo violento

Bajo la titulación de asociaciones subversivas violentas hacemos referencia a "las que tengan por objeto la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, o el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional". Este número tercero del artículo 172, recogido también en el 166, quiere

(75) JUAN CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley Penal*, cit., pág. 8.

(76) Sobre el tema puede verse GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., págs. 112 y ss.

(77) Así, QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., página 522. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 118. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 177 (con especial referencia las propagandas ilegales). GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas* cit., págs. 102 y ss.

(78) RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal*, cit., pág. 221, que aun reconociendo que en su forma actual el precepto acoge todos los casos merecedores de sanción penal, propone como fórmula más práctica la de "actividades delictivas con independencia de la responsabilidad criminal que corresponda por los delitos cometidos".

ser una síntesis de toda la normativa derogada en aquello que no fuera contrario a la nueva realidad dada al derecho de asociación política por la Ley de 14 de junio de 1976. Esta vocación integradora de los artículos 173 y parte del 174 (79) con que nace el enunciado típico se logra en una buena medida, configurándose el vigente núm. 3.º del artículo 172 como una especie de "Cocktail Molotov" de ambas formulaciones, sobre todo por la alta dosis de amenazante inseguridad que hereda del dé ingratu recuerdo artículo 174, núm. 1.º, párrafo 3.º.

Su existencia responde a la declaración hecha en el artículo 1.º, tres, de la Ley de Asociación Política, cuando dice que las asociaciones conformarán su actuación a las Leyes Fundamentales del Reino y, en particular, a los principios de respeto a la soberanía, unidad, integridad, independencia y seguridad de la Nación y a la libertad de los ciudadanos.

La enumeración de valores contenida en el apartado no es, ni más ni menos, que la relación de los principios fundamentales que se consideran atributo del Estado; es decir, los elementos político-sociales indispensables en un sistema como el nuestro, lo que no es otra cosa, según vimos, que la concepción amplia de la "moral pública".

La descripción típica consta, en realidad, de dos conductas: una, la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, y, otra, el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional. Además, los bienes contra los que se atenta son, en esencia, los mismos. Dentro del orden jurídico, político, social o económico, que no es otra cosa que el orden constitucional, están recogidos, como postulados fundamentales y dogmas del régimen, los conceptos de soberanía, unidad, integridad territorial, independencia, seguridad nacional, etc. Lo segundo no es más que una especificación de lo primero. Está claro que se atendió más a lo literario y grandilocuente que a lo técnico y jurídico. La Patria, a lo que parece, no es posible defenderla sin acudir al retoricismo redundante y repetitivo. Pero es que, por si fuera poco volver dos veces sobre la misma idea, dentro del último párrafo se alude, primero, a la unidad de la Patria y, cuatro palabras después, a la integridad de su territorio; expresiones ambas a las que si se quiere encontrar alguna diferencia ha de ser en el terreno de la pirueta lingüístico-ideológica

---

(79) En efecto, así es. La descripción vigente recuerda mucho al desaparecido 173 y, sobre todo, al núm. 1.º del art. 174. El primero de ellos decía: "Se comprenden en el artículo anterior. ...2.º) Los grupos o asociaciones constituidos dentro o fuera del territorio nacional para atacar en cualquier forma la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional". El art. 174, 1.º, párrafo 3.º, era aplicable al caso en que "la asociación tuviere por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional", siendo castigados "con la pena de reclusión menor, los fundadores y directores, y con la de prisión menor, los meros afiliados o participantes".

que, como toda acrobacia jurídica, inevitablemente acabará en confusión.

Por "subversión" habrá de entenderse el cambio radical de la estructura a que afecte logrado por medios violentos. Del mismo modo ha de concebirse la "destrucción"; pues si bien es verdad que ésta no se adjetiva, la admisión de las formas no violentas ampliaría desmesuradamente el ámbito de aplicación, obligando a la inclusión dentro de ella de los intentos reformistas o renovadores que, aunque sea por vía pacífica, también pretenden el cambio del orden establecido que protege el artículo (80). En forma aún más vaga y ambigua se completa la determinación de las posibilidades comisivas al hablarse de ataque "por cualquier medio"; formulación completamente abierta a cualquier interpretación, pero que debe también ser restringida a sólo los casos de medios violentos (81).

Nos encontramos en presencia de una norma penal en blanco. Será la constitución la que habrá de dar contenido en cada momento a los conceptos eminentemente políticos e ideológicos con que el texto se llena.

El análisis del precepto lleva irremediamente a un lugar ya común: su redundancia con respecto a los números 1.º y 2.º. Con el número 1.º, la identidad es total si la "moral pública" a que aquél se refiere sigue entendiéndose en el sentido amplio acuñado por la jurisprudencia y que es la interpretación tradicional y mayoritaria que del mismo se hace, al ser ambos enunciados típicos, uno textualmente, otro por vía interpretativa, la relación de los principios político-sociales básicos que informan el sistema al que el Código responde. Redundancia que viene en apoyo de la comprensión estricta de la "moral pública" que defendemos. Con el núm. 2.º, porque si se piensa, como creemos, que tanto la subversión como la destrucción han de ser violentas, su ejecución constituirá en la mayoría de los casos, por no decir en todos, una conducta ya recogida como delito en otros lugares del Código, con lo que el núm. 3.º vendrá a convertirse en una asociación para cometer un delito de los incluidos en el apartado 2.º.

Quede constancia, en fin, que la concepción que se maneje de los valores contenidos en la formulación típica será lo que permita su subsistencia o inaplicabilidad. No puede desconocerse que todo partido o grupo político con aspiraciones de poder tiene necesariamente que presentar alguna innovación al elector con respecto al sistema, por lo que, además de limitar los medios comisivos a los violentos, es preciso utilizar concepciones amplias de algunos de los principios protegidos:

---

(80) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6.ª ed., Madrid, 1975, pág. 661, lo mantiene así para el derogado art. 174, 1.º, prácticamente igual que al que nos estamos refiriendo. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., pág. 545.

(81) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 545, exige, además, que la subversión, destrucción y el ataque sean por sí mismos constitutivos de delito, lo que le lleva a mantener la inutilidad del apartado por tratarse de una asociación que tendrá por objeto la actividad delictiva.

soberanía, seguridad nacional, unidad de la Patria, etc., de forma que permitan el libre juego democrático de las ideas y distintas opciones.

#### D) De carácter discriminatorio

En su núm. 4.º, el artículo 172 recoge como ilícitas a las asociaciones “que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica”. Estamos en presencia de una hipótesis típica que, además de ser nueva en nuestro derecho, es el paradigma más claro que pueda encontrarse de imprecisión jurídica. Al igual que ocurría con el núm. 3.º, una vez más nos hemos dejado llevar por lo sonoro y grandilocuente y se ha olvidado que no se estaba haciendo una constitución, en donde el enunciado hubiera encontrado un acomodo ideal, sino una ley penal que ha de ser, antes que estéticamente agraciada, clara, concreta, precisa y fácil de interpretar. Justamente todo lo contrario de lo que es el núm. 4.º del artículo 172.

Interpretado literalmente, el apartado es inaplicable. Y esto es así, porque, “discriminar” significa separar, distinguir, diferenciar, o, en una segunda acepción más conforme con lo que se quiere castigar, dar trato de inferioridad a una persona o colectividad. Y es inaplicable, porque nuestra sociedad está basada, precisamente, en la discriminación. Para probar esto basta recordar alguna de las disposiciones establecidas por ese mismo legislador que ahora sanciona la discriminación. Por razón de sexo la hay, sin ir más lejos, en la regulación dada al adulterio del hombre y de la mujer, basada en un descarado y vergonzante privilegio masculino; la hay, también, en otras distintas disposiciones, por ejemplo, la violación o la misma circunstancia de agravación basada en la dignidad o sexo del ofendido, etc. (82). Por razón de religión, la discriminación está institucionalizada en la misma plasmación legal del ejercicio de la libertad religiosa, lo que se hace ya en la misma rúbrica que los acoge (“Delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado o las demás confesiones”), y que se desarrolla y amplía en otras facetas como la incondicionada autorización para el culto público (83), o la misma exigencia de profesar la religión católica para poder ser Jefe de Estado que se establece por la Ley de Sucesión (84), llevando a su última consecuencia una regulación que es contraria a la repetidamente proclamada igualdad de los españoles ante la ley, al otorgar, en general, una sobreprotección al católico sobre el que no lo es, al que profesa una religión reconocida

(82) VIVES ANTÓN, *Reforma Política y Derecho Penal* cit., pág. 99.

(83) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 806: “la especial tutela jurídica que se concede a la Religión Católica ha de interpretarse como una protección indirecta no de la Divinidad, sino de los sentimientos de quienes por ser católicos son los únicos autorizados para rendir sin ningún condicionamiento culto público a Dios en el país”.

(84) Art. noveno de la *Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado* de 26 de julio de 1947, texto refundido de 20 de abril de 1968.



sobre el que practica una no reconocida y, más ampliamente, al creyente sobre el no creyente (85). Por razones económicas, la pena de multa y el sistema de arresto sustitutorio dispuesto por los artículos 90 y 91, puede servir de ejemplo válido. ¡Y todo esto sin salir de las propias normas dictadas por el mismo legislador! Quizá, si en el momento de legislar se hubieran recordado ejemplos como los puestos, que hubiera sido lo deseable, el precepto ahora no existiría.

#### E) De naturaleza totalitaria (86)

Con el punto 5.º (“las que, sometidas a una disciplina internacional, se propongan implantar un sistema totalitario”), entramos en lo más controvertido y borrascoso de la reforma. La influencia que tuvo en el desarrollo de los acontecimientos y en las vicisitudes que atravesó el Proyecto hasta su aprobación quedan apuntadas páginas atrás. No es descubrir nada nuevo decir que al redactar se estaba pensando en el Partido Comunista. Y la duda sobre si estaba o no incluido después de la reforma fue decisiva a la hora de crear aquel clima de tensión y recelo que aconsejó a la Ponencia no someter a votación el Proyecto en aquel histórico Pleno del día 9 de junio de 1976 (87). Ya en la Comisión de Justicia, el desarrollo de los hechos que llevaron hasta la posibilidad de plantear la discusión del artículo quedó recogido antes (88).

En su sesión del día 23 de junio, en la que se trató del tema de la “sugerencia”, se empezaron los debates por las precisiones técnicas que correspondía hacer al apartado. La corrección que se solicitó para este núm. 5.º fue la sustitución del término “sistema totalitario” por

(85) VIVES ANTÓN, *Reforma política y Derecho Penal*, cit., pág. 99, declara anticonstitucional tal tratamiento.

(86) Sobre el tema, amplio estudio en CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley Penal*, cit., págs. 5 a 18.

(87) El problema fue planteado con claridad por el que fue enmendante en aquella ocasión, señor Díaz Llanos, cuando dirigiéndose a los demás Procuradores, de por sí preocupados, les aumentaba sus dudas respecto a la posibilidad de que la reforma pudiera suponer la impunidad del Partido Comunista. Después de señalar la ambigüedad de una “redacción propicia a altas disquisiciones políticas”, tocó directamente en la llaga cuando preguntaba a los autores del Proyecto: “¿Qué es lo que han querido definir como delito?, ¿el comunismo? Y si es así, ¿por qué no se dice claro, tanto para evitar confusión a los Tribunales de Justicia como para demostrar que las palabras se convierten en realidad? ¿Es que se tiene precaución a lo que se pueda opinar en el extranjero?”. Paradójicamente, el Proyecto, que fue devuelto a la Comisión en gran parte por esta razón, llevaba ya aprobada la solución del problema y no podría ser modificada en ella. *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 27, página 128.

(88) Vid. págs. 8 y 9.

el de "régimen" (89), sin que, en fin, fuese aceptado el cambio (90).

Dentro de la discusión del contenido material de la norma las posiciones se delinearón perfectamente. Un primer grupo de Procuradores defendía la supresión del núm. 5.º, por entender que las asociaciones que en él pudieran estar incluidas lo quedaban ya en el núm. 3.º del mismo artículo. Otro grupo, partidario del mantenimiento de la figura, se mostraba disconforme con su redacción: unos, por solicitar una mención expresa del Partido Comunista; otros, por considerarla ambigua y de complicada aplicación. Entre los Procuradores había acuerdo unánime en que el Partido Comunista debía ser excluido de las asociaciones legalmente permitidas (91). Las diferencias nacían precisamente a la hora de buscar la fórmula más apropiada para expresar ese rechazo. La cuestión a dilucidar era si, puesto que el artículo erradicaba los totalitarismos, el Partido Comunista participaba o no de esa naturaleza; lo que pronto fue puesto fuera de toda duda: lo era.

La opinión de los que pedían un repudio expreso del Partido Comunista, se observó, contaba con el inconveniente de que, aparte de que había grupos o partidos de esa ideología que no llevaban tal nombre, un simple cambio de titulación abriría la puerta para burlar la ley, motivo por el que la proposición fue descartada (92). Desechada

(89) Fue la misma Ponencia la que solicitó la modificación de términos, para, después de la intervención del señor Cisneros Laborda, que precisó el significado teórico-político de uno y otro concepto, volver atrás en su pretensión y mantener el texto original. *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 707, págs. 3 y sgs.

(90) En el Proyecto del Gobierno figuraba con el núm. 4.º del artículo 172, redactado en los siguientes términos: "Las que se propongan la implantación de un régimen totalitario". *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 1.498, pág. 36311.

(91) En forma encubierta parece pronunciarse en contra el señor Meilán Gil, quien celebrando la desaparición del artículo 173, especialmente su número tercero, mostraba su preocupación por que el número 5.º del artículo 172 pudiera servir para reencarnar algunas de las exclusiones que establecía el 173 que se derogaba. *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 705, págs. 57 y 58.

(92) Como ya había manifestado en el Pleno del día 9 de junio, el señor Díaz-Llanos, expuso, con la misma brillantez que en aquella ocasión, una opinión bastante parecida: "Régimen totalitario hoy lo es sólo el comunista, desaparecidos como están el nazi y el fascista italiano. Totalitarismo equivale a la supremacía del Estado sobre la sociedad, esto supone que no hay nada fuera del Estado. En la democracia, entendida en su recto sentido, la sociedad tiene la palabra... hay miedo a llamar a las cosas por su nombre. No debe asustarse el Gobierno por señalar al marxismo, en sus distintas formas, como el único ente totalitario, la única doctrina totalitaria que se yergue ante nosotros. Si el Gobierno se quiere referir al comunismo que no le llame totalitarismo, sino por su nombre". En este mismo sentido se propusieron varias redacciones de la "sugerencia". El señor Hernández Navarro, la concebía redactada en estos términos: "Los partidos comunistas o cualquier tipo de organizaciones políticas cuyo propósito sea alcanzar el poder para la sustitución del orden constitucional por un Estado excluyente de la pluralidad y libertad de participación política". *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 707, págs. 11 y siguientes.

esta opción, el tema se encaminó por nuevos derroteros. Prescindiendo del vocablo "totalitario", se hizo hincapié en la salvaguardia del pluralismo político, sancionando todas aquellas asociaciones cuya ideología fuera incompatible o contraria al mismo (93). De este orden fue la que, por fin, se aprobó (94) en el seno de la Comisión: "Las que por su objeto, programa, actuación o circunstancias, atenten a la dignidad o a la libertad humana o sean contrarias al pluralismo asociativo como medio para la participación política". Texto que, aparte otras consideraciones, hubiera hecho innecesario, aún más, el núm. 4.º del mismo artículo, referente a las que promuevan la discriminación por razón de raza, religión, sexo o situación económica. La "sugerencia" fue presentada en el Pleno del día 14 de julio como "voto particular" que, después de dos votaciones, acabó siendo rechazada (95).

A los efectos que aquí interesan de tratar de descubrir la teleología del núm. 5.º del artículo 172, no pueden dejar de recordarse las palabras pronunciadas por el Ponente, señor Escrivá de Romaní y de Olano, en el Pleno del día 14 de julio: "Con cualquiera de las dos redacciones propuestas para el núm. 5.º del artículo 172, y, por su-

---

(93) Si la exclusión nominal del Partido Comunista podía considerarse resumida en las palabras que recogíamos del señor Díaz-Llanos, la esencia de la postura a que ahora nos referimos lo está en las del señor Meilán Gil: "La redacción de este número supone un desenfoque clarísimo, porque por vía penal me parece que no se debe castigar una ideología sin más... Es más conveniente cambiar lo de totalitario por otra denominación que se refiera no tanto a la ideología cuanto a los medios que esa ideología puede llevar a cabo. Estos medios pueden ser la negación de la existencia de otros partidos que concurren con él en el juego democrático". Por todo ello, la "sugerencia" debía haber quedado así: "Las que se propongan la implantación de un régimen que niegue el pluralismo asociativo como medio de participación política". Del mismo tenor son las propuestas por otros miembros de la Comisión. Así, el señor Escudero y Rueda: "Las que se propongan implantar un sistema de partido único o no democrático". El señor Cabanillas Gallas: "Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a un orden constitucional democrático y libre". El señor Angulo Montes: "Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias al pluralismo democrático y a la condición irreversible del poder político". El señor Cisneros Laborda: "Las que propugnan la negación del pluralismo asociativo como sistema de participación en las instituciones representativas de carácter político", a la cual el señor Esperabé de Arteaga añadía: "o que no admitan la intervención de los ciudadanos en la vida pública a través del sufragio activo y pasivo". *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 707, págs. 13 y sgs.

(94) El texto fue aprobado con 27 votos a favor, 7 en contra y 3 abstenciones. *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 707, pág. 30.

(95) Según el Reglamento de las Cortes entonces vigente, el "voto particular debía ser sometido a votación antes que el Proyecto, por lo que fue precisa una primera votación para decidir la pertinencia de que la Cámara se pronunciase sobre el contenido del mismo, es decir, manifestarse sobre si la sugerencia podía ser tratada o ser rechazada "a priori" (227 votos a favor, 203 en contra y 57 abstenciones), para, a continuación, resolver sobre su incorporación al Proyecto en sustitución del núm. 5.º del artículo 172, que, recordó el señor Presidente, había sido aprobado por el Pleno anterior. La sugerencia se rechazó con 240 votos en contra, 200 a favor y 49 abstenciones, manteniéndose el texto que figuraba en las líneas fundamentales, hoy en vigor. *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 28, págs. 14 y sgs.

puesto, con la del núm. 3.º de este mismo artículo, quedan claramente condenados los totalitarismos de cualquier signo y, desde luego, el totalitarismo comunista”. Seguidamente, el ministro de Justicia, hoy todavía titular del Departamento, manifestó que quería aclarar sin ningún margen de duda que “el Gobierno asume el dictamen que nos ofrece la Comisión de Justicia”, sin que se sepa si esa aceptación se refería sólo al Proyecto o se extendía también a las palabras del Ponente (96).

Puestos en planteamientos lógicos, el especial interés que se prestó a este núm. 5.º del artículo 172, teniendo en cuenta los esfuerzos dialécticos y la gran atención que suscitó, debía haber terminado en una redacción técnicamente ejemplar. Como veremos, desgraciadamente todo fue un derroche inútil.

El núcleo fundamental de la interpretación del artículo se centra en la determinación de dos cuestiones: qué ha de entenderse por régimen totalitario y análisis concreto del partido o asociación que en cada momento quiera en él subsumirse, para concretar si responde o no a ese carácter. Como es claro, no es éste ni el lugar ni el momento de entrar en altas disquisiciones políticas para decidir aquello en que tantos especialistas de Derecho político no han logrado ponerse de acuerdo de una forma definitiva. Y lo peor es que este problema que encontramos ahora nosotros mucho nos tememos que será el mismo con que se enfrente los Tribunales a la hora de aplicar el tipo, pues, lo primero que tendrán que hacer será descifrar el significado y contenido de los sistemas totalitarios (97). Es por esto que es preciso entrar, aunque sea someramente, en el análisis y significado del concepto, al ser premisa inevitable por la que habrá de pasar toda interpretación.

El totalitarismo, en una aproximación amplia y esquemática, tiene como característica principal más destacada la invasión que hace el Estado de la vida pública y privada, persiguiendo todas las formas de diferenciación e individualismo. Tres son, muy a “grosso modo”, las notas que lo definen: 1.º Concentración en uno solo de los tres poderes clásicos en cuya independencia se asienta la democracia: legislativo—cuyo papel queda reducido a mero órgano formal dedicado a refrendar y aplaudir las decisiones de los gobernantes—, ejecutivo—en el que se encarna la esencia del sistema totalitario— y judicial—utilizado como claro instrumento de represión por el ejecutivo. 2.º Desconocimiento absoluto del pluralismo político, con establecimiento del partido único en el que el encuadramiento pueda ser coactivo y hasta obligatorio. 3.º Control y dirección estatal de los medios de comunicación de masas, que utiliza para su intervención en sindicatos, iglesia, religión, escuela, costumbres, etc. Va siempre acompañado de un ingente aparato policíaco y de investigación, empleado, casi con exclusi-

(96) *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 28, págs. 10 a 13.

(97) CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., pág. 15, destaca el amplio margen de inseguridad que el término introduce, tanto respecto a los particulares como a los mismos Tribunales.

vidad, para la defensa del sistema mediante el aplastamiento de las más ligeras disidencias (98). Los modelos clásicos del totalitarismo en Europa han sido el nazismo y el comunismo (99). El fascismo, de naturaleza discutida, se identifica más con el sistema dictatorial (100).

La vaguedad y pluralidad de concepciones que el concepto admite, evidencian aún más las dificultades de interpretación que presenta la descripción típica establecida (101). El término "totalitario", carente de toda referencia legal y susceptible, como acabamos de ver, doctrinal y prácticamente de criterios evasivos, no es el más aconsejable para ser recogido como criterio fundamental y definitorio de un tipo penal. Debe tenerse en cuenta, además, como señala Muñoz Conde (102), que en la realidad política actual ya ha pasado la moda de los "totalitarismos" o por lo menos nadie se confiesa como tal. El Tribunal o el intérprete, a la hora de subsumir una asociación en este o en cualquier otro número del artículo 172, debe, por consiguiente, tener en cuenta la actividad desplegada por la asociación más que la finalidad confesada por ésta o que se la haya atribuido habitualmente (103).

En todo caso, si se quiere dar a la fórmula del núm. 5.º del artículo 172 un mínimo de practicabilidad y coherencia con los anteriores supuestos de asociación ilícita, deberá entenderse que lo que caracteriza a un sistema totalitario es el ataque a la organización democrática del Estado con medios violentos y, por tanto, delictivos, con lo que estaríamos también en una asociación para cometer un delito (104), o, en última instancia, en una de las recogidas en el núm. 3.º (105).

La "disciplina" que exige el apartado no ha de entenderse en sentido amplio, comprensivo de toda manifestación de cooperación o identidad ideológica, sino que estará presente únicamente en aquellos casos en que haya sumisión a las directrices emanadas de instancias de carácter internacional (106).

Pero, con ser bastante, no es esto sólo lo que hay que reprochar al tipo. Si se observa, resulta que las asociaciones que se recogen son las que, sometidas a una disciplina internacional, se propongan la implantación de un sistema totalitario, con lo que se legisla el absurdo de que si se trata de una organización estrictamente nacional que se

(98) Vid. EDUARDO HARO TECGLÉN, *Diccionario político*, Barcelona, 1974, pág. 276. THEO STAMMEN, *Sistemas políticos actuales*, Ed. Guadarrama, Madrid, 1969, págs. 196 y sgs.

(99) HARO TECGLÉN, *Diccionario Político*, cit., pág. 276.

(100) HARO TECGLÉN, *Diccionario político*, cit., pág. 153. Sobre el fascismo, vid. NICOS POULANTZAS, *Fascismo y Dictadura (La III Internacional contra el fascismo)*, Ed. Siglo Veintiuno, 3.ª ed. Madrid, 1973.

(101) Vid. CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., página 13.

(102) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 546.

(103) En la misma dirección, CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., pág. 9.

(104) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 546.

(105) CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., pág. 17.

(106) CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., pág. 16.

proponga los mismos fines no podría ser declarada ilícita (107). Si se quiere recoger a estas asociaciones totalitarias no sometidas a disciplina internacional, habría de ser en el núm. 3.º del mismo artículo, con lo que lo único que se hace es afirmar la inutilidad del supuesto a que nos estamos refiriendo. Y ello, porque el origen de la disciplina o directrices a que se está sometido, sea nacional o internacional, no puede ser lo determinante de la tipificación cuando los fines de la asociación sean los mismos, salvo que se sancionaran con distinta pena, lo que aquí no ocurre.

#### 8. *Especial consideración sobre el carácter de asociación ilícita del Partido Comunista de España*

En un principio podría pensarse que plantear ahora el problema del P. C. E. y las asociaciones ilícitas, cuando ya está legalizado, cuando ya forma parte de la vida "normal" y cotidiana del país, es, cuando menos, inútil. No creemos que sea así. Es verdad que no nos corresponde a nosotros tratar la importancia y trascendencia del tema —que de serlo, y lo es, justificarían por sí solos la atención sobre el mismo—, pero, tampoco lo es menos que si nos compete dar respuesta a ese enigma jurídico, ya casi histórico, que encarnaron el núm. 5.º del artículo 172, por un lado, y el P. C. E. por otro. Y para la respuesta que, aunque no lo consiga, aspira a ser técnica cualquier tiempo es bueno. Es por esto que vamos a ocuparnos del mismo.

Aparte consideraciones de orden social o político, la legalidad del Partido Comunista ha tenido una relevancia que acaso sólo los que hemos vivido estos años podamos comprender en su verdadera dimensión; probablemente la pátina del tiempo restará entidad al significado del reconocimiento del P. C. E. Hoy, sabemos que tal hecho ha supuesto dividir en dos etapas la historia de la evolución del delito de asociación ilícita: antes y después de la Ley de 19 de julio de 1976. Se hace necesario, entonces, ver cada una de ellas.

Hasta ese momento, respecto de la ilicitud y carácter de asociación ilícita del Partido Comunista de España, no había, ni podía haber, la más mínima vacilación. Tanto en base al núm. 3.º del artículo 172, como en los apartados 2.º y 3.º del hoy vacío artículo 173, se venía considerando ilícito al Partido Comunista (108); en ambos casos en re-

---

(107) Con lo de sometidas a "disciplina internacional" parece que se quiere salvar el totalitarismo nacional. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 546. VIVES ANTÓN, *Reforma Política y Derecho Penal*, cit., pág. 100.

(108) En el número 3.º del artículo 172, se decía: "Se reputan asociaciones ilícitas: ... 3.º Las prohibidas por la autoridad competente". El artículo 173, en sus números 2.º y 3.º, declaraba comprendidas en el artículo anterior: "2.º Los grupos o asociaciones constituidos dentro o fuera del territorio nacional para atacar en cualquier forma la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad

lación con el Decreto de 13 de septiembre de 1936, leyes de 9 de febrero de 1939 y 9 de marzo de 1940, de Masonería y Comunismo (109), esta última derogada, con excepción de su artículo 2.º que se declara expresamente vigente, por la Ley de Reforma del Código Penal de 15 de noviembre de 1971. Y era precisamente este artículo 2.º el que declaraba fuera de la ley al Partido Comunista y demás organizaciones que formaron parte del Frente Popular en las elecciones de 1936.

La jurisprudencia muestra un amplio repertorio de sentencias en las que se afirma el carácter ilegal del Partido Comunista, según la calificación que antes apuntábamos (110), así como de otras organizaciones también incluidas en el artículo 2.º de la Ley de 9 de febrero de 1939 (111). Como reconstituidas bajo nombre diverso, pero también ilegales por ser de tendencia análoga a las anteriores, se califican; además, junto a las ya anteriormente proscritas, prácticamente todas las asociaciones de oposición de ideología marxista: Comisiones Obreras (112), Comisiones Juveniles (113), E. T. A. (114), Federación Ibérica de Juventudes Libertarias (115), F. R. A. P. (116), F. U. D. E. (117), Juventudes Comunistas (118), Fuerzas Armadas Revolucionarias (119), Juventudes Socialistas (120), Liga Comunista Revolucionaria

---

nacional o el orden institucional. 3.º) Las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la Ley y cualesquiera otras de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviera lugar bajo forma y nombre diversos". En cualquier caso, la correcta sub-sunción tiene un carácter secundario si es obvia la ilicitud de la asociación concreta. GARCÍA PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas*, cit. pág. 88.

(109) Además, en forma tácita, el VIII de los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de 17 de marzo de 1958, texto refundido de 20 de abril de 1967, al declarar ilegal toda organización política que no sea la familia, el municipio, el sindicato o cualquier otra que se reconozca por las leyes.

(110) Entre otras, pueden verse, Sentencias de 12 mayo 1956, 25 noviembre 1959, 16 enero 1960, 27 enero 1965, 9 noviembre 1966, 23 enero 1967, 7 julio 1967 y 15 octubre 1968.

(111) Así, U. G. T. Sentencias de 24 marzo 1953, 12 noviembre 1960, 21 noviembre 1968 y 2 diciembre 1968; C. N. T., 16 abril 1958, 30 octubre 1967, 13 marzo 1968 y 28 septiembre 1971. F. A. I., 21 noviembre 1968, P. S. U. C., 28 mayo 1965 y 20 junio 1970.

(112) Sobre CC.OO., la Sentencia de 20 diciembre de 1963 declara su condición de "agrupación filial y auxiliar del P. C. E., patrocinadas y orientadas por el mismo, cuyas consignas secunda". En parecidos términos se expresan las de 16 de febrero de 1967, 4 y 15 de octubre 1968, 24 abril 1970, 22 enero 1973 y 6 abril 1974.

(113) Sentencias de 22 enero 1969 y 9 febrero 1970.

(114) Sentencias 3 abril 1968, 20 noviembre 1970, 22 diciembre 1970, 17 junio 1971, 23 marzo 1974, 31 enero 1975.

(115) Sentencias 13 marzo 1968, 21 noviembre 1968.

(116) Sentencias 16 abril de 1974 y 3 octubre 1975.

(117) Sentencia 23 mayo 1966.

(118) Sentencias de 8 junio 1974 y 23 abril 1970.

(119) Sentencia de 4 febrero 1969.

(120) Sentencia 12 diciembre 1960.

ria (121), P. S. O. E. (122), Partido del Trabajo (123), Oposición Sindical Obrera (124), Sindicato Obrero de Estudiantes (125) y Acra-tas (126).

A más de la profusa y extensa relación de tipos penales que antes de la reforma sentaban la ilicitud de los partidos políticos, no puede dejar de señalarse la especial severidad con que el Tribunal Supremo se ha ocupado de algunos de ellos; especialmente del Partido Comunista y partidos afines; sobre todo con el primero. La jurisprudencia deja ver cómo se enjuicia en forma más grave a éste que a otras asociaciones, también de carácter comunista, con programas más subversivos y violentos (como, por ejemplo, trotskystas y anarco-sindicalistas); por lo menos, hasta tanto no adquieren un especial significado en la vida del país, a causa de los actos violentos a ellos atribuidos (127). Por esto, para el Partido Comunista la pena venía fijándose según el artículo 174, 1.º, párrafo 3.º (128), por considerarse inspirado de una indeleble violencia esencial, potencial y actual, “tanto para la conquista del poder para su dictatorial ejercicio e incondicional conservación una vez alcanzado, sin retorno ni salida pacífica posible a distinta forma de vida” (Sentencia de 20 de diciembre de 1973) (129).

#### B). Después de la reforma

La segunda etapa de la evolución que antes señalábamos se produce a partir del nuevo tratamiento que para dar respuesta adecuada a las necesidades del país, establece la Ley de 19 de julio de 1976, y su complementaria anterior de 14 de junio del mismo año.

(121) Sentencias de 26 enero 1974 y 23 marzo 1974.

(122) Sentencias de 12 diciembre 1960 y 8 junio 1971.

(123) Sentencia de 28 mayo 1973.

(124) Sentencias de 12 mayo 1965, 12 noviembre 1968 y 20 marzo 1974.

(125) Sentencia de 14 septiembre 1969.

(126) Sentencia de 11 mayo 1970.

(127) RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., páginas 175 y 176, señala el caso del FRAP, que, “aun teniendo un ideario más subversivo y radicalizado que el P. C. E., y estar formado por tendencias izquierdistas extremas, fue tratado menos duramente que él hasta su participación en el 1.º de mayo de 1973, confundiendo, como venía haciendo con éste, fin de la asociación y actividad de los miembros”.

(128) Artículo 174, 1.º, párrafo 3.º: “Si la asociación tuviere por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional, serán castigados con la pena de reclusión menor, los fundadores o directores, y con la de prisión menor los meros afiliados o participantes”. Hoy derogado.

(129) En el mismo sentido se expresa la Sentencia de 9 junio 1969: “La formación de grupos de matiz comunista, que por esta cualidad se ha decidido que “per se” integran la modalidad agravada de lo subversivo violento del artículo 174, 1.º, párrafo 3.º”; en contra, Sentencia de 10 noviembre 1969. Esta concepción se hace extensiva, con algunas excepciones a CC.OO. después de la Sentencia de 16 febrero 1967, que estableció por primera vez la conexión entre ellas y el P. C. E. En esta dirección, entre otras, Sentencia 20 diciembre 1973.



La última de ellas, Reguladora del Derecho de Asociación Política, establecía, en su artículo 2.º (130), tres, las condiciones y el procedimiento a seguir para llegar a la inscripción de los partidos políticos que lo solicitaren. El Real Decreto-Ley 12/1977, de 8 de febrero (131), cambia totalmente el procedimiento de inscripción, al prever que si se presume la *ilicitud penal* de la asociación (132) el expediente será enviado a la Sala del Tribunal Supremo que se señale. Así se hizo el 22 de febrero mediante escrito del Gobierno a la *Sala IV* (*¿de lo contencioso administrativo!*) del Tribunal Supremo, encargando, contra todas las disposiciones legales en la materia, a un Tribunal administrativo que enjuiciase una presunción de ilegalidad penal (133).

La Sala IV, en Sentencia de 1 de abril de 1977 (134), declara su incompetencia en la materia por considerar que lo que se pretende es algo por entero ajeno a su jurisdicción, al ser la inscripción una actividad administrativa que corresponde a la Administración y no a la Sala, por no reunir el acto las características del proceso contencioso-administrativo; además, continúa el T. S., a esta Sala le está vedado cualquier tipo de enjuiciamiento penal—incluso si se trata de una cuestión prejudicial—, por lo que “nunca podría esta Sala, en correctos términos jurídico-procesales, decidir o confirmar con trascendencia judicial la existencia, ni aun indiciaria, de una *ilicitud penal*; y si se arguye que se trata solamente de una presunción, el mandato del artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, obligaría a la investigación sumarial adecuada, *ya que todo delito o la presunción de su comisión determina su persecución en el procedimiento y ante el orden judicial penal sin que pueda elegirse una vía administrativa para depurar este tipo de conducta... que, en todo caso, habría de dirimirse ante la jurisdicción penal ordinaria en la forma establecida por las leyes*” (Sentencia de 1 de abril de 1977). Por todo ello, después de

---

(130) En él se disponía que la facultad de autorizar o denegar la inscripción era competencia del Gobierno, y podría rechazarse cuando del expediente presentado “se desprenda objetivamente la *ilicitud* de la asociación conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º o cuando exista infracción de los preceptos de esta Ley”. La decisión era recurrible ante el Tribunal Supremo.

(131) *Boletín Oficial del Estado* de 10 de febrero de 1977, núm. 35.

(132) Artículo 1.º, dos: “Si se presume la *ilicitud penal* de la Asociación el Ministerio de la Gobernación, dentro del mismo plazo (diez días) y con suspensión de la inscripción, remitirá la documentación presentada a la Sala del Tribunal Supremo a que se refiere el artículo octavo de la Ley”. Obsérvese que se habla de *ilicitud penal*, mientras que antes la *ilicitud* se determinaba dentro del ámbito de la propia Ley de Asociaciones.

(133) Sobre el tema puede verse, GARCÍA PABLOS, *Los partidos: un lamentable endoso al Tribunal Supremo*, en “La Verdad” de Murcia, del día 2 de marzo de 1977, y *El Gobierno se equivocó de Tribunal, de Sala y de Jurisdicción*, en “Ideal” de Granada, del día 16 del mismo mes y año.

(134) *Boletín Oficial del Estado* del día 9 de abril de 1977, núm. 85, página 7837, publica únicamente el fallo de la sentencia. El texto íntegro puede verse en “Ideal” de Granada, del 3 de abril de 1977.

devolver el expediente al Ministerio de la Gobernación, el fallo hace reserva "de las acciones que para declarar la ilicitud penal que se presume por la Administración Pública, a ella le compete", con lo cual, la sentencia, que no dio sino la solución correcta que cabía esperar, no daba respuesta al interrogante sobre cuál era la situación legal del Partido Comunista.

Ante esta declaración, el Ministerio de la Gobernación dio traslado al Fiscal del Reino de todo lo actuado, que oída y de conformidad con la Junta de Fiscales generales, emitió, el día 9 de abril, informe en el que se hacía constar que de la documentación presentada por el P. C. E. instando su legalización, "no se desprende ningún dato, ni contiene ninguna manifestación, que determine de modo directo la incriminación del expresado partido en cualquiera de las formas de asociación ilícita que define y castiga el artículo 172 del Código penal en su reciente redacción" (135), añadiendo que "el solo hecho de solicitar la inscripción o legalización de un partido, aunque éste pueda resultar ilegal y se deniegue la solicitud, no acarrea responsabilidad penal para los solicitantes, ni puede fundar la presunción de comisión de delito, sin perjuicio de ejercitar las acciones penales en cuanto existan conductas o actos que puedan ser tipificados en el Código penal, o evidencien la ilicitud de los fines del partido conforme al ya citado artículo 172 del Código penal". Por todo ello, desechada la presunción de ilicitud penal que había fundamentado la suspensión de la inscripción en el Registro de Asociaciones Políticas, se acuerda por esta resolución gubernativa de 9 de abril de 1977 el alta en el mismo, y por tanto la legalización, del Partido Comunista de España.

Conviene observar, no obstante, que incluso la Sentencia de 1 de abril de 1977 del Tribunal Supremo ya se pronunciaba, aunque indirectamente, en contra de la ilicitud penal presumida. Y esto, porque si la propia Sala la hubiese apreciado, independientemente de que no pudiera pronunciarse sobre ella, debería haber correspondido al mandato que le impone el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y proceder de oficio a remitir y poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las actuaciones, dada la obligación general de denuncia que establece aquél artículo a quienes por razón de sus cargos, profesiones u oficios, tuvieren noticia de algún delito público, lo que no hizo la Sala.

En el aspecto jurídico, del informe del Fiscal del Reino, lo más destacable es la ausencia de justificación de su fallo; es decir, se ha legalizado al Partido Comunista Español, pero sin fundamentar jurídicamente la solución ofrecida. Las preguntas que surgen inmediatas, entonces, son muchas: ¿Había razones para presumir la ilicitud penal del Partido Comunista? Si las había, ¿cuáles eran? ¿Eran del suficiente peso para denegar la inscripción? ¿En base a qué precepto se invocaba la ilicitud? ¿Ha sido técnicamente correcta la solución adoptada? Las preguntas no pueden hallarse más que después de un

(135) Texto de la resolución gubernativa autorizando la inscripción del P. C. E., en "Ideal", de Granada, del día 10 de abril de 1977.

examen de la ideología del Partido Comunista de España y su relación con el artículo 172.

De éste, el apartado de invocación más inmediata es su núm. 5.º, puesto que para él fue pensado y legislado (136). Si el criterio determinante de la interpretación fuera la "mens legislatoris", que no lo es, no cabría la más ligera incertidumbre sobre su ilicitud. Atendiendo a las "mens legis", como así ha de ser (137), la solución se ofrece, en una interpretación que quiera ser técnicamente correcta, llena de dificultades y conjeturas en las que, aún admitiendo que en todo proceso de aplicación de la ley hay un cierto margen de subjetivismo, éste se convierte aquí en el principal protagonista; característica que, debe coincidirse, no es la más apropiada para una ley penal. Por esto, el tipo corre el riesgo de que su aplicación obedezca a criterios personales más o menos estrictos, y hasta "viscerales", de preferencias políticas del sujeto que analice la norma.

Como ya señalamos, el proceso de interpretación de este núm. 5.º ha de recaer sobre dos extremos: naturaleza totalitaria de la asociación o partido político y sumisión a disciplina internacional. Referido a nuestro estudio, las preguntas han de ser: ¿Es el Partido Comunista de España de carácter totalitario? ¿Está sometido a disciplina internacional?

La primera cuestión puede ser planteada desde que aparecieron las tendencias llamadas "eurocomunistas" que, mientras que del comunismo ortodoxo nadie discute su carácter de totalitario, por suponer sustanciales modificaciones en las que podríamos llamar "doctrina comunista pura", hace discutible su adscripción dentro de esa categoría de sistemas políticas. Si el llamado "eurocomunismo" no constituye una modalidad del sistema totalitario, es claro que, puesto que dentro de él se integra el Partido Comunista Español, el núm. 5.º del artículo 172, podrá servir para otras asociaciones, pero no para él. La solución de legalización adoptada sería, entonces, la correcta.

- a) ¿Es el Partido Comunista de España una asociación que, sometida a una disciplina internacional, se propone implantar un sistema totalitario?

Para que sea posible la respuesta a esta interrogante (138) se hace

---

(136) Nuestro examen se centra en el punto 5.º, por ser el que directamente y en forma más clara se legisla para dar cabida al Partido Comunista. No olvidamos la posibilidad que ofrece el núm. 3.º del mismo artículo, pero a la que aquí no se hará referencia por haber sido tratada ya.

(137) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 547.

(138) Sobre la materia puede verse, NICOS POULANTZAS, *Fascismo y Dictadura*, cit.; HARO TECLEN, *Diccionario político*, cit., págs. 99 y sgs. En *Para una democracia socialista*, LUCIO COLLETTI, *Estado de Derecho y soberanía popular*, y MYLNAT ZDENEK, *Problemas de la política y del Estado en una sociedad socialista*, Cuadernos Anagrama, Barcelona,

precisa una panorámica general de la evolución del Partido Comunista y su ideología y, en concreto, la del Partido Comunista de España. El tema así lo exige, pues, el eurocomunismo, que es a lo que nosotros vamos a referirnos, es un fenómeno que no puede ser entendido correctamente si se examina aislado, olvidando que no es sino el fruto de una evolución, el resultado de unos condicionantes (139).

El Partido Comunista —tanto el que para distinguirlo vamos a llamar “ortodoxo”, como el “eurocomunista”— se proponen, mediante la crítica implacable de todo lo que existe, la creación de un proceso revolucionario que permita la transformación de la sociedad capitalista en una sociedad sin clases en donde los medios de producción sean comunes; en definitiva, la instauración de la sociedad socialista (140).

Prescindiendo de antecedentes remotos (141), el comunismo, el que en la actualidad se conoce como tal, el que se ha llamado “socialismo científico” (142), arranca de Carlos Marx y el establecimiento del régimen comunista en Rusia en 1917, en donde se produce la primera experiencia práctica de la ideología marxista.

Dadas las especiales circunstancias en que la misma hubo de llevarse a cabo (143), en un medio económicamente feudal y campesino, con escasos y muy concentrados núcleos industriales que presentan graves problemas de desarrollo y ante la que se produce inmediatamente el

1976. COMIN COLOMER, *Historia del Partido Comunista de España*, I, 1965. FERNANDO CLAUDIN, *La crisis del Movimiento Comunista, Tomo I: Del Kormitern al Korminform*, Ruedo Ibérico, París, 1967. THEO STAMMEN, *Sistemas políticos actuales*, cit., págs. 196 a 246. FERNANDO CLAUDIN, *Volver a Marx*, en “El Viejo Topo”, enero 1977, págs. 9 y sgs. *La trinidad encarnada*, en “Guadiana”, núm. 96, de 16 de marzo de 1977, págs. 14 y sgs. SANTIAGO CARRILLO, *Eurocomunismo y Estado*, Madrid, 1977. MÁXIMO LOIZU Y PERE VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, Barcelona, 1977. HARO TECGLÉN, *El fin del dogma de la dictadura del proletariado*, en “Triunfo”, núm. 681, de 14 de febrero de 1976, págs. 6 y 7. FEDERICO ENGELS, *Del socialismo utópico al socialismo científico*, Madrid, 1969, páginas 37 y sgs. K. MARX Y ENGELS, *El Manifiesto Comunista*, Ed. Ayuso, 3.ª ed., Madrid, 1976, págs. 22 y sgs. Sobre organización y aspectos criminológicos, ALFONSO SERRANO GÓMEZ, *Criminología de las Asociaciones ilícitas*, cit., págs. 53 y sgs. Sobre aspectos históricos, FERNANDO CLAUDIN, *La siembra de tempestades*, DEGRAIN, *Los días rojos* y GOMÁRIZ MORAGA, *Los cuchillos largos*, en “Historia 16”, núm. 7, noviembre 1976, páginas 68 y sgs. OSKAR ANWEILLER, *Los Soviets en Rusia (1905-1921)*, Madrid, 1975.

(139) LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., pág. 5.

(140) Vid. MARX Y ENGELS, *El Manifiesto Comunista*, cit., páginas 22 y sgs.

(141) HARO TECGLÉN, *Diccionario político*, cit., pág. 99, encuentra ya antecedentes del mismo en Platón o Zenón o los primeros cristianos, pasando por los utopistas—Moro, Campanella, etc.—los jesuitas de las misiones del Paraguay y los socialistas utópicos del siglo XIX.

(142) FEDERICO ENGELS, *Del socialismo utópico al socialismo científico*, cit., págs. 37 y sgs., con un examen crítico de los intentos de socialismo utópico de Saint-Simon, Fourier, Owen, etc.

(143) FERNANDO CLAUDIN, *La siembra de tempestades*, cit., págs. 68 y sgs., con un amplio examen de las condiciones en que la misma hubo de desarrollarse.

bloqueo por parte de los países de Occidente, se provoca una clara situación de hegemonía (144) que necesariamente ha de exigir unos medios de acción especiales —que condicionan no poco algunas de las obras de Lenin y las hacen inútiles hoy (145)— y que llegan a conformar una específica forma de acceso al socialismo: la vía soviética.

Muerto Lenin (146), el gran enriquecedor del socialismo de Marx (147), Stalin accede al poder y es entonces cuando, aprovechando lo que era una estrategia hegemónica necesaria, se da paso a la represión más bárbara y rigurosa. Stalin aniquila a la oposición de izquierda representada por Trotski, acaba con la experiencia democrática de los “soviets” (148), elimina las tendencias dentro del Partido, e impone una dictadura burocrática y policíaca; dictadura, por otra parte, más personal que del Partido. Se asiste, en estos momentos, a la más genuina y fiel representación de lo que constituye un sistema totalitario.

Dadas las dificultades con que se enfrenta el “ideal” que se considera nacido con la revolución rusa, los partidos comunistas de todo el mundo se dedican a todo trance a la defensa de la experiencia soviética, tratando de transplantar la mecánica en que se había producido a sus situaciones sociales respectivas. Todo ello provoca, en el aspecto externo, aparte de la copia de la estructura organizativa interior del Partido bolchevique (149), una relación de dependencia de estos partidos con respecto a la U. R. S. S., viéndose obligados a abandonar sus posiciones autónomas y pasando a convertirse en instrumentos de

(144) En su aplicación práctica, el Partido Comunista se mueve en base al “centralismo democrático”. Es éste un concepto fundamental en la ideología comunista que necesita ser comentado, aunque sea brevemente. El centralismo democrático gira alrededor del concepto de hegemonía. La expresión centralismo alude al elemento central, a la dirección del Partido; democrático, por el contrario, hace referencia a la participación de la base. En otras palabras, la adopción de decisiones y acuerdos, en circunstancias normales, deberá ser sometida, en un primer momento, a la deliberación de los miembros que, después de estudiada y discutida, elevarán su propuesta al Comité Central. Una vez adoptada por éste la decisión que corresponda, y aquí entra el centralismo, ha de actuarse, se esté o no conforme con ella, con arreglo a la directriz señalada, sin que ante la orden de actuar quepa la mera pasividad; ello, claro está, combinado con una férrea disciplina de aplicación implacable para los casos de disidencia. La intervención de la hegemonía altera por completo el esquema de funcionamiento. En situaciones de emergencia, la hegemonía permite que la directriz a seguir se imponga por el Comité Central sin participación de la base. Es decir, el elemento democrático desaparece para que el centralismo se erija como exclusivo.

(145) LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., páginas 18 y 19.

(146) Sobre el papel desempeñado por Lenin en la Revolución, vid. GOMÁRIZ MORAGA, *Los cuchillos largos*, cit., págs. 83 y sgs.

(147) A partir de él, el marxismo pasará a llamarse “marxismo-leninismo”, uniendo el nombre de su fundador al de quien lo llevó a la práctica por primera vez.

(148) Sobre los soviets MARTÍNEZ DEGRAIN, *Los días rojos*, cit., páginas 76 y sgs.

(149) LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., pág. 8.

la política exterior del Estado soviético (150) a través de las Internacionales Comunistas. En el aspecto interno, la intransigencia dogmática y acrítica característica de este momento, comprensible dada la represión constante que los reducía y obligaba a la clandestinidad, provocó la hegemonía plena del centralismo y el olvido de las prácticas democráticas, esto es, la “des-marxistización” del socialismo marxista.

Dentro de este ambiente general, nace, en 1921, el Partido Comunista de España. En él se integran, por un lado, un grupo de disidentes del Partido Socialista Obrero Español (Virginia González, García Quejido, Dolores Ibárruri), por otro, un fuerte contingente del anarcosindicalismo andaluz, donde con tanta fuerza habían prendido las doctrinas de Bakunin. Es en la Segunda República donde el Partido Comunista de España adquiere verdadera entidad como fuerza política; hasta entonces, falto de militantes y de la tradición histórica y de experiencia que podía tener, por ejemplo, el socialista, había tenido muy poco peso específico dentro de la política nacional. Participante en el “Frente Popular” (151) en las elecciones de 1936, resulta uno de los grandes vencidos de nuestra guerra civil. Al término de la misma, la legislación del Nuevo Estado lo recoge en todas las leyes que dicta al efecto como asociación ilícita, hasta el punto de que una de ellas, la de 1 de marzo de 1940, lleva por título el de “Ley contra delitos de Masonería y Comunismo”. A partir de estos momentos se inicia la confusión de los militantes comunistas con los de otras tendencias, al establecer la referida Ley que a sus efectos se consideran comunistas tanto a ellos como a los trotskistas, anarquistas y similares.

La mayoría de sus miembros, en el exilio, participan de la esperanza de una invasión aliada que, al no producirse, les lleva a la lucha de guerrillas en el interior del país. La represión de que es objeto, la clandestinidad a que se ve obligado, son factores determinantes en el proceso de stalinización que se produce en el Partido, configurándose casi con carácter definitivo la estructura hegemónica del centralismo, con sumisión mecánica, sistemática, de la mayoría a la minoría. Somos momentos de disciplina férrea e incontestable en los que la desconfianza y razones de seguridad impondrán el fraccionamiento como característica de la organización (152). Perdidas las esperanzas de intervención exterior y barridos completamente los cuadros dirigentes, se produce, a partir de 1950, un radical cambio de táctica en el Partido Comunista de España: se desecha la posibilidad de acceso a la democracia a través de la vía violenta.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, y por la activa intervención en ella de los partidos comunistas en la lucha contra el nazismo y

(150) *La trinidad encarnada*, cit., pág. 16.

(151) Sobre la influencia que tuvo la política de los “Frentes Populares” en la evolución de los PP.CC. europeos, vid., LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., págs. 12 y 15.

(152) Vid. SERRANO GÓMEZ, *Criminología de las Asociaciones ilícitas*, citada, pág. 70.

participación en los gobiernos de "unidad nacional" (1945-1948), se vio fortalecida la posición del comunismo europeo, con la excepción del español, que se desarrolla en otras circunstancias. Posteriormente, la división del mundo en bloques y el inicio de la guerra fría, provoca que los comunistas europeos, situados en "terreno enemigo", continúen la defensa del modelo soviético como único posible, supeditándose ideológicamente, aún más, al Partido Soviético, considerado como "Partido guía", y en el que encuentra una cierta "seguridad teórica" ante la imposibilidad de recuperar la iniciativa política perdida en sus respectivos países (153).

La llegada de Kruschev al poder supone un aire de cambio dentro del Partido Comunista Soviético y, por reflejo, dentro de los partidos comunistas del resto de los países.

Su "informe secreto" al XX Congreso del Partido Comunista Soviético, celebrado en 1956, denunciando a Stalin, pone a revisión determinados dogmas de la ideología comunista de aquel momento y recoge, en cierta medida, la actitud de algunos de los miembros más jóvenes y progresistas del Partido, provocando, por un lado, la caída de los dos grandes principios de la etapa anterior: la del "modelo único" y el "Partido guía" y, por otro, la desestalinización a distinto ritmo y en diferentes condiciones, de los partidos comunistas europeos (154).

A partir de este acontecimiento, va a surgir dentro del Partido Comunista Español una corriente ideológica representada por los militantes más jóvenes, de alguna manera enfrentados con los principios dogmatizados y petrificados por el stalinismo de los más viejos o veteranos. Consecuencia de este nuevo talante será el inicio de la "reconciliación nacional" y la nueva actitud en las relaciones con los católicos e intelectuales. Pero, ese enfrentamiento provoca también dentro del Partido Comunista Español crisis internas que desembocan, por aplicación de la disciplina del Partido, en la expulsión de elementos renovadores que venían sometiendo a crítica algunos de sus principios fundamentales (155).

(153) LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., pág. 14.

(154) LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., páginas 16 y 17.

(155) Nos estamos refiriendo a lo que algunos llamaron "crisis de los italianos" —por "italianos" eran conocidos los militantes que la provocaron, no muy numerosos, pero con puestos clave, sobre todo en la organización universitaria—, que se desarrolló durante parte del año 1963 y se resolvió en 1964. La crisis se expresó en los niveles de dirección del Partido Comunista de España a través de las perspectivas defendidas, en prolongados debates, por Federico Sánchez (nombre político del escritor Jorge Semprún) y Fernando Claudín (miembro del Comité Central). El Partido había conocido, más o menos paralelamente, otra crisis, la maoísta, que terminó en escisión; una parte de la izquierda del partido se desprendió y se constituyó en un nuevo grupo que apoyaba la aplicación de las tesis chinas en la elaboración de una política revolucionaria para nuestro país. Fernando Claudín y Federico Sánchez plantearían una modificación de la política del partido surgida en los Congresos.

La continuidad de los viejos métodos dentro del Partido Comunista de España se sigue justificando con la subsistencia de la represión no obstante, la asimilación de los ingredientes progresistas es imparable, aunque lenta e intermitente. 1968 constituye otro de los fundamentos decisivos en el proceso que llevaría al eurocomunismo. En él se produce la separación, iniciada ya antes, respecto a la Unión Soviética. En ese año tiene lugar la "Primavera de Praga", anunciada ya por la ruptura entre la U. R. S. S. y Yugoslavia y con los Chinos, con la que el P. C. E. se había sentido muy identificado, produciéndose una muy enérgica protesta pública que fue la determinante del distanciamiento.

En el interior, olvidado el modelo soviético y descartada la vía soviética al socialismo, se comprende la necesidad de adaptar el proceso revolucionario que conduzca a la sociedad socialista según cada situación en concreto y cada país específico; pero sin que sea válido con carácter general lo que hasta entonces se había tenido como ejemplo a seguir: la vía soviética. La experiencia, además, había mostrado cómo el comunismo hubo de ser adaptado a otra coyuntura distinta cuando su implantación en China y después en Cuba, también con otras circunstancias geográficas, económicas y sociales muy distintas. Se abrieron, así, distintas vías de interpretación de los textos fundamentales y de las experiencias adquiridas y el comunismo práctico inició una diversificación de lo que había sido monolítico; en países de sistema capitalista, los comunistas empezaron a adoptar posturas políticas nacionales alejadas de los principios de revolución internacional, formándose, incluso, pequeños o grandes grupos de otros comunistas de distinta inspiración—maoístas, castristas, trotskistas— (156).

Es en este momento cuando el P. C. E. formula su tesis política sobre cómo ir al socialismo en los países capitalistas desarrollados, con especial referencia a Europa. Las nuevas vías de acceso al socialismo propuestas provocan varias escisiones en su seno: Organización Revolucionaria de Trabajadores, Partido Comunista Internacional o Partido del Trabajo (P. T.), Frente de Liberación Popular, etc., que al no aceptar los caminos elaborados para acceder a la sociedad socialista abandonan el Partido.

Estas son las causas fundamentales del eurocomunismo, que supone un replanteamiento reformista del esquema comunista tradicional y su actitud ante el poder; en concreto, el concepto de dictadura del proletariado (157). El primero en iniciar el camino al mismo fue el

V y VI, que, en determinados puntos, coincidiría con la que años más tarde se adoptaría. *La trinidad encarnada*, cit., pág. 17.

(156) HARO TECGLÉN, *Diccionario político*, cit., pág. 100.

(157) El Manifiesto Comunista de 1848 establecía que el proletariado debía apoderarse de la supremacía política del poder para arrancar todo capital al Estado y centralizar toda la producción en manos del proletariado organizado en clase dominante". Para que fuera posible este cambio tan radical sería necesario instaurar, durante un cierto tiempo,



Partido Comunista Italiano que, en la línea de los grandes pactos de colaboración con la burguesía, establecieron el llamado "Compromiso histórico". Siguió, después, el P. C. E., que llevó adelante, como vimos, la política de "reconciliación nacional" y, más tarde, en el VIII Congreso, "El Pacto por la libertad". Al final lo haría el Partido Comunista Francés, que en su XXII Congreso afirmaba lo que parecía ser una exigencia del área geopolítica: el abandono de la dictadura del proletariado (158). Sin embargo, a pesar de anteriores encuentros (Liborno, en julio del 75 y Roma, en noviembre del mismo año), la vía eurocomunista no se manifiesta oficialmente hasta la Conferencia de Berlín, el llamado "Concilio Rojo", celebrada en junio pasado. A él asistieron todos los representantes del comunismo europeo; los tres líderes mediterráneos —con la adhesión del Partido Comunista Inglés y Japonés— dejaron claro el significado de su política: negación del "Estado-guía" en favor de las autonomías nacionales; rechazo de la política de alienación de bloques; vía democrática al socialismo y, lo más importante, desprecio del concepto de la "dictadura del proletariado" (159).

Las condiciones políticas, económicas, geográficas y sociales de estos países, elementos decisivos a la hora de la creación del eurocomunismo (160), llevaron a esta nueva concepción de la actuación y medios de lucha, en la que vía al socialismo se entiende a través de una mayoría electoral lograda mediante la utilización de los sistemas establecidos en el juego democrático del sufragio, coaliciones, frentes populares, etc.; todo ello asentado en una captación del sistema pluralista y respetuoso de la libertad de todos los demás partidos políticos y sobre la base de que para llegar al socialismo por la andadura democrática que se preconiza, es preciso lograr las condiciones objetivas imprescindibles para la creación de un marco apropiado en donde el proceso sea posible. Es, por eso, necesaria la colaboración

---

una situación en la que se emplearían "intervenciones despóticas". Cuatro años más tarde, el propio Marx aclararía esta frase en el sentido de que la lucha de clases conduciría necesariamente a la dictadura del proletariado, entendida como una situación autoritaria y obligatoria para producir el tránsito a la sociedad socialista". HARO TECGLEN, *El fin del dogma de la dictadura del proletariado*, cit. pág. 6. MARX Y ENGELS, *El Manifiesto Comunista*, cit., págs. 22 y sgs.

(158) En el XXII Congreso del Partido Comunista Francés se propuso el siguiente texto que vendría a sustituir al concepto de dictadura del proletariado: "El poder que conducirá a la transformación socialista de la sociedad será el poder de la *clase obrera y de las otras categorías de trabajadores*, manuales e intelectuales, de la ciudad y del campo, es decir, de la gran mayoría del pueblo. Este poder se constituirá y actuará sobre la base de *opiniones libremente expresadas por el sufragio universal* y su tarea será la de realizar la *democratización* más avanzada de toda la vida económica, social y política del país. Su deber será *respetar y hacer respetar la elección democrática que haya hecho el pueblo*". LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., págs. 82 y 83.

(159) *La trinidad encarnada*, cit., pág. 17.

(160) *Extracto del Manifiesto-Programa del P.C.E.*, en LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., págs. 50 a 73.

con el resto de las fuerzas políticas del país interesadas en el logro del mismo objetivo (161).

La U. R. S. S. ya no representa hoy el centro de la ortodoxia comunista, excepto cuando tiene ocasión de implantarla por la fuerza: —como en el caso de la invasión de Checoslovaquia, que intentaba un nuevo modelo de “comunismo en libertad” (162)—, siendo el suyo, sin duda, un claro ejemplo de sistema totalitario actual, que supone una amenaza continua para el eurocomunismo ante el temor creciente de que el ejemplo pudiera cundir entre las democracias populares sometidas a su control y dirección (163).

Analizando el programa político que hoy corresponde al P. C. E., hay que negar su carácter de totalitario, en cuanto que uno de sus postulados es el respeto del pluralismo democrático. Cuestión aparte es la credibilidad que haya de darse a esta doctrina. Si se trata de un “lobo con piel de cordero”, el tiempo será el que se encargará de decirlo. La Ley, de todas formas, no puede actuar en base a presunciones sin demostrar hechas con previsión de futuro. Para la aplicación del núm. 5.º del artículo 172, como ya antes afirmamos, es fundamental la determinación del carácter totalitario o no de la asociación o partido político de que se trate, hecho con valoraciones de presente y referidas a acontecimientos que permitan un enjuiciamiento correcto. Los hechos políticos que en nuestro país se están produciendo inducen a la credibilidad de la sinceridad del eurocomunismo. De cualquier forma, el núm. 5.º; estaría ahí —¡ojalá no lo estuviera!— para, caso de que efectivamente se tratara de una máscara, poder ser esgrimido con toda su fuerza.

Lo referente a la disciplina internacional también queda recogido cuando se señalaba la sumisión de los partidos comunistas a la Internacional Comunista y al “Estado-guía”. El derrumbamiento de ambos postulados que se produce con el eurocomunismo elimina ese carácter de sumiso sometimiento (164). No consiste en eso la cooperación que en el proceso de elaboración de la doctrina se produce entre los PP. CC. Español, Italiano y Francés, al participar el eurocomunismo, precisamente, del reconocimiento de la independencia y diferencia de los caminos de acceso al poder en sus respectivos países; aparte de que aquí se trata de colaboración —no obediencia— en un plano

---

(161) No quiere decir esto que la vía eurocomunista haya sido aceptada por todas las tendencias comunistas. Siguen manteniendo la vía violenta y la dictadura del proletariado determinados grupos escindidos del P.C.E., que lo fueron, como ya vimos, precisamente por esa razón.

(162) HARO TECLEN, *Diccionario político*, cit., págs. 100 y 101.

(163) En diversas ocasiones los líderes “eurocomunistas”, tanto a nivel privado como oficial, han manifestado diversas críticas respecto al sistema soviético, declarando su temor de que se haya anclado definitivamente en el estadio de la dictadura del proletariado. HARO TECLEN, *El fin del dogma de la dictadura del proletariado*, cit., pág. 7.

(164) Baste decir que la adición de la referencia a la “disciplina internacional” se hizo pensando también en el P.C.E. Sobre su sentido dentro de la ideología marxista, vid. MARX Y ENGELS, *El Manifiesto Comunista*, cit., págs. 37 y 38.

de igualdad y que no tiene más trascendencia de la que pueda tener cualquiera de los intentos del mismo orden que están llevando a cabo actualmente el resto de las fuerzas políticas del país (165).

Como conclusión al tema, podemos afirmar, pues, que el actual planteamiento e ideología del P. C. E., no está incluido dentro del número 5.º del artículo 172.

#### 9. *Penalidad: artículos 174 y 175*

La pena que corresponde a las asociaciones declaradas ilícitas por el artículo 172 la van a fijar los artículos 174 y 175. Para su señalamiento se sigue un doble criterio: distinción entre la gravedad de las asociaciones y, dentro de éstas, diferenciación según sea el papel desempeñado por el individuo (166), tipificándose a este efecto una variada gama de posibilidades que abarcan desde el "director" al "mero afiliado" (167).

Respondiendo a la primera diferenciación, el artículo 174, determina la pena que corresponderá a las asociaciones de los números 2.º (de finalidad delictiva), 3.º (subversivas violentas) y 5.º (las que persigan la implantación de un régimen totalitario), que considera las más graves de las hipótesis previstas para la ilicitud de las mismas. Dentro de éstas, a las que corresponden las penas más elevadas, se da satisfacción al segundo criterio de concreción distinguiéndose entre fundadores, directores y presidentes (prisión menor, inhabilitación especial y multa de 25.000 a 250.000 pesetas), "miembros activos" (prisión menor), "meros afiliados o participantes" (arresto mayor) y cooperadores económicos o de cualquier otra clase (arresto mayor o multa de 10.000 a 100.000 pesetas). El artículo 175, por su parte,

---

(165) RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código penal*, citada, pág. 217, se pronuncia también por la no inclusión: "El problema del Partido Comunista queda soslayado. Está fuera de toda duda que el llamado "comunismo nacional" no está sancionado en la ley".

(166) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, cit., página 524, manifiesta que "es loable el propósito de diferenciar entre cabezas de la asociación y meros individuos, que corresponde al propósito de valorizar la peligrosidad del elemento subjetivo en el acto criminoso".

(167) El proyecto del Gobierno llevaba consigo también la supresión del artículo 175, pues las penas correspondientes las establecía todas el artículo 174: "Los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones comprendidas en el núm. 3.º del artículo 172 (las que tengan por objeto la subversión violenta) serán castigados con las penas de prisión mayor, inhabilitación especial y multa de 25.000 a 250.000 pesetas. Los fundadores, directores y presidentes de las demás asociaciones a que se refiere el artículo mencionado serán castigados con las penas de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 25.000 a 250.000 pesetas. Los miembros activos serán castigados con la pena de prisión menor y los meros afiliados o participantes incurrirán en la de arresto mayor. Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase favorecieren la fundación, organización o actividad de las asociaciones mencionadas en el artículo 172 serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 10.000 a 100.000 pesetas". *Proyecto de Ley*, cit., pág. 36311.

se dedica a las asociaciones previstas en los números 1.º (contrarias a la moral pública) y 4.º (las que promuevan la discriminación), con un menor criterio selectivo que el artículo anterior, pues aquí se diferencia sólo entre fundadores, directores y presidentes (arresto mayor, inhabilitación especial y multa de 10.000 a 100.000 pesetas), por un lado, y afiliados —sean o no miembros activos— y cooperadores económicos o de cualquier otra clase (multa de 10.000 a 100.000 pesetas), por otro.

Detrás de tanta categoría diferente como pretende establecer el Código hay, en realidad, sólo dos grandes grupos en donde adscribir a los miembros de las asociaciones: “dirigentes”, donde tendrán cabida los fundadores, directores y presidentes, y “meros afiliados”, en donde se acoge a los simples militantes. La cooperación se constituye como figura aparte, en cuanto que ha de tratarse de conductas realizadas por sujetos que no se hallen comprendidos en la asociación bajo alguna de las otras formas examinadas. Para la determinación de uno y otro concepto, el criterio preferente es el de la naturaleza de las actividades desarrolladas dentro de la asociación por cada uno de ellos. Así, “dirigente” es el que se dedica en forma exclusiva y remunerada a propagar las doctrinas del partido, captación de adeptos, da instrucciones a los afiliados, concede su trabajo intelectual de manera relevante y activa para la fundación, estructuración, gobierno o propaganda de la asociación (168). “Mero afiliado” es aquel que voluntariamente se adscribe a la entidad como hombre de filas, conociendo y aceptando los fines de la misma y comportándose como miembro disciplinado en actitud pasiva, asistiendo a reuniones y efectuando cotizaciones periódicas y participando en la actividad de propaganda dentro del medio donde normalmente se desenvuelve (169).

La interpretación jurisprudencial de las categorías participativas se ha caracterizado por, en unos planteamientos eminentemente defensionistas, una extensión del concepto de dirigente en perjuicio del mero afiliado (170), como no podía menos de ocurrir si recordamos que el papel de simple participante quedaba reservado únicamente a comportamientos totalmente pasivos (171), de manera que se consideraba como “dirigentes” a todos aquellos que, aun sin poseer mando, desarrollaban la más mínima actividad política al servicio de la organización. Para evitar esto puede servir la nueva figura participativa creada por la reforma del “miembro activo”, entendiendo la actividad en

(168) Entre otras, Sentencias de 19 noviembre 1966 y 30 octubre 1967.

(169) Sentencias de 30 octubre 1967, 19 noviembre 1966, 23 enero 1967, 5 junio 1968.

(170) RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., página 178.

(171) GARCÍA PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita*, cit., pág. 87, señala cómo la jurisprudencia más reciente advierte, con acierto, que la mera afiliación a la empresa criminal basta para realizar el tipo del mero individuo, con independencia de que la actividad real que éste despliegue y aunque la asociación no alcance sus fines específicos.

referencia a la asociación y no a la actividad delictiva (172) y que podría instalarse en ese terreno difuso que, hasta ahora de nadie, las más de las veces era conquistado en favor de los "dirigentes". Si no se utiliza así, el concepto no vendrá más que a complicar la ya de por sí confusa enumeración de protagonismos (173).

La cooperación, decíamos, se configura como una forma distinta de participación. El sujeto que la presta debe ser ajeno a la entidad, pues dentro de las actividades del mero afiliado ya se incluye la prestación de cuoñas o de ayuda a la organización. Puede ser económica o de cualquier otra clase, siempre que sea capaz de favorecer la fundación, organización o desarrollo de las actividades de la asociación (174).

El sistema seguido por el Código, de graduación de la pena según la importancia de la participación, excluye para las asociaciones ilícitas las reglas generales de la misma; pues, tanto la autoría como la complicidad o el encubrimiento se hallan ya incluidas dentro de las categorías diferenciadas (175).

En cuanto a las formas imperfectas, son imaginables hipótesis de tentativa y frustración para los casos del mero individuo, directores, presidentes y cooperadores, siendo más dudosa para el caso de los "miembros activos" (176). Debe tenerse en cuenta, también, que las distintas formas participativas se excluyen entre sí; es decir, no se podrá responder, al mismo tiempo y por la misma conducta, como fundador y director, por ejemplo, así como tampoco por fundador y mero afiliado; en el primer caso porque el mismo legislador equipara los comportamientos señalándoles la misma pena; en el segundo, porque habría de castigarse con arreglo a la infracción más grave (177).

(172) GARCÍA PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita*, cit., pág. 95.

(173) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., págs. 547 y 548, prevé que la novedad va a plantear problemas y lo configura, como aquí hemos defendido, como una actividad superior a la del mero afiliado, pero sin llegar a la del dirigente. GARCÍA PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita*, cit., pág. 78, considera acertada la inclusión, por cuanto clarificará la categoría del mero partícipe.

(174) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., pág. 662. GARCÍA VALDÉS, *El delito político*, citado, pág. 25. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., página 548.

(175) Opina lo mismo MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, citado, pág. 548.

(176) GARCÍA PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita*, cit., págs. 67-68 y 94-95.

(177) GARCÍA PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas*, cit., pág. 92.

### III. CONCLUSION: CONSECUENCIAS DE LA LEY DE 19 DE JULIO DE 1976

Como al principio avisamos, y acabamos de comprobar, es en materia de asociaciones donde más incidencia tiene la reforma de 19 de julio. Aparte de la total reestructuración que se produce en cuanto a los criterios determinantes de la ilicitud de las asociaciones, es importante destacar en la misma la notable rebaja de las penas que se produce en algunos casos.

En cuanto al primer aspecto, los supuestos de ilicitud, la nueva configuración dada al artículo 172, con ser menos mala, no llega a ser buena. Se siguen manteniendo fórmulas descriptivas vagas e indeterminadas (moral pública, discriminación, ataque por cualquier medio, etcétera) que en nada van a ayudar a la interpretación. Adolece, además, de redundancia, puesto que casi todos los casos recogidos serían reconducibles al de asociación que tenga por objeto cometer algún delito (178).

Esto, en atención a lo que ahora hay. Pero, sin duda, lo más trascendente de la reforma es, precisamente, lo que ya no figura en el artículo 172. Hay que celebrar sin reservas la desaparición de los números 3.º y 4.º del artículo, referentes a las asociaciones prohibidas por la ley y las mal constituidas, preceptos incompatibles e irreconciliables con el reconocimiento de un derecho de asociación que quiera ser mínimamente serio y eficaz. Con más beneplácito todavía hay que acoger la derogación del artículo 173, ahora vacío, desapareciendo lo que fue "ángel vengador" del sistema y obstáculo permanente al pluralismo político y a la reconciliación nacional, al seguir manteniendo la separación entre "vencedores" y "vencidos" establecida con la guerra y encarnada en el artículo 2.º de la Ley de 9 de febrero de 1939. Desde el punto de vista jurídico, además, el artículo difícilmente podía ser superado en cuanto a acopio de vaguedades e imprecisiones. Con una declaración inicial ("se comprenden en el artículo anterior") incierta, porque los cinco apartados que a continuación recogía se ocupaban de definir una serie de conceptos que encerraban otras tantas declaraciones de ilicitud independientes de las contenidas en el artículo 172 (179). Con unas descripciones típicas basadas en el abuso de normas penales en blanco que remitían a una normativa adminis-

---

(178) Así, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., página 547, que los considera contenidos en el número 2.º. RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código penal*, cit., pág. 221, destaca que en toda la materia gravita el deterioro del que debía constituir el único supuesto de ilicitud, a saber, el caso del núm. 2.º del artículo 172.

(179) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 119. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, Madrid, 1963, página 534.

trativa, a veces reglamentaria, que provocaba la inseguridad del particular al asociarse (180). Con un empleo excesivo de términos penalmente indeterminados, con el consiguiente ataque al principio de legalidad (181). Con una sistemática, por último, auténtico embrollo provocador de continuas relaciones de alternatividad y concursos ideales (182), debidos al uso de varios criterios clasificatorios que inevitablemente habían de producir la intersección de los tipos penales (183).

Junto al 173, desaparece el no menos desafortunado que él, número 1.º del artículo 174, para reencarnarse en la casi idéntica redacción del núm. 3.º del artículo 172, y que nace con unas pretensiones parecidas a su antecesor (184). No se mantienen, sin embargo, las conductas delictivas que recogía el artículo 175 y consistentes en no permitir la entrada o la asistencia a las reuniones a los agentes de la autoridad, o el no levantar la sesión al requerimiento que con este objeto se les hiciera.

En cuanto al capítulo de penas, parece acertada la distinción que de la gravedad de las asociaciones se hace a la hora de la sanción en los artículos 174 y 175. La cuantía de las mismas se rebaja, pero sin que pueda llegar a decirse que la ley ha sido generosa; con excepción de algunos supuestos antes exagerados en extremo (art. 174, 1.º, párrafo 3.º); de todas formas, la Ley mejora el Proyecto del Gobierno en este sentido (185).

La aportación más importante, pues, y ésta puede ser la conclusión con que se acabe esta evaluación de las consecuencias de la Ley de 19 de julio, es la supresión de los números 3.º y 4.º del artículo 172, que subraya el deslinde que debe haber entre el ilícito penal y administrativo (186), 173 y 174, 1.º, si bien este último aparece, con un cometido desde luego más benigno que aquél, en el núm. 3.º del ar-

---

(180) RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., página 157.

(181) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 245. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 161. RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal*, cit., pág. 211.

(182) RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal*, cit., página 211. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, citado, pág. 157.

(183) GARCÍA PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas*, cit., pág. 88.

(184) El espíritu del precepto, su ámbito de aplicación, lo expresan, sin duda mejor que aquí pudiéramos hacerlo, las palabras del Ponente señor Escrivá de Romaní y de Olano, en la defensa que hizo del Proyecto en el Pleno del día 14 de julio: "En este punto 3.º del artículo 172 se contiene un extenso catálogo de asociaciones ilícitas, hasta el extremo de que con sólo este apartado podrían sancionarse la casi totalidad de las asociaciones o partidos que, políticamente hablando, deben considerarse inadmisibles en cualquier país civilizado, y, concretamente el Partido Comunista". *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 28, pág. 7.

(185) RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal*, citado, pág. 219. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 542.

(186) RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal*, citado, pág. 220.

título 172. La remoción de estos obstáculos supone abrir la puerta al pluralismo político y, en concreto, la autorización de los partidos, antes proscritos y que ahora lo serán sólo, que no es poco, en base al artículo 172. Ha desaparecido, así, la protección que se había procurado a sí mismo un Estado de Partido Único, celoso en extremo de su exclusividad y que conformaba una situación insostenible en un país que quiere acomodar sus estructuras a la democracia (\*).

---

(\*) Coincidiendo con la corrección de las pruebas de imprenta de este trabajo, se anuncia una revisión de las materias a que hemos dedicado nuestro estudio. Nada puede adelantarse de la futura regulación, puesto que es ahora cuando se está elaborando. Únicamente desear que sirva para enmendar los errores en que incurrió la Ley de 19 de julio, cuya corta vida ha sido la mejor crítica que podía hacersele.



## SECCION LEGISLATIVA

*REAL DECRETO 2273/1977, de 29 de julio, por el que se modifica el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias. («B. O. del Estado», 2-9-77.)*

El Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, tras once años de vigencia fue modificado por otra disposición de igual rango de fecha veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y ocho, destacándose en la Exposición de Motivos de una y otra norma el propósito de una labor profundamente reformadora del delincuente, con arreglo a los principios y orientaciones de la Ciencia Penitenciaria. Pues bien, la Penología, comprensiva de la Ciencia Penitenciaria, relativa a las penas privativas de libertad, contempla hoy una realidad social distinta a aquella en que operaron las disposiciones antes citadas, haciéndose necesario adaptar el actual Reglamento a las nuevas condiciones de nuestra sociedad. A este fin se han tenido en cuenta las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, elaboradas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en mil novecientos cincuenta y cinco, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, recientemente ratificado por España, los trabajos que por Comisiones de expertos se han venido efectuando en la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia, los estudios científicos en cuanto a los problemas de reeducación, readaptación y reinserción de delincuentes y peligrosos y las legislaciones extranjeras más avanzadas y modernas.

Con todo, la reforma es relativamente limitada en su extensión, pues sólo abarca algunas zonas del Reglamento (aquellas que se han considerado más urgentes y de más inmediata efectividad) y en su intensidad, en espera de que en un futuro próximo pueda elaborarse una Ley General Penitenciaria que, con una visión y ambición profundamente generalizadoras, contemple el problema en todas sus dimensiones. No obstante, aun dentro de estas limitaciones, la modificación inmediata del Reglamento citado está justificada por las razones antes expuestas. Las Instituciones Penitenciarias tienen como tarea principal la corrección del delincuente y la total reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad, entendiéndose cada día con mayor convicción que esta finalidad se consigue de una manera más auténtica, inmediata y eficaz en tanto se respete en todo caso y al máximo la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos, no afectados por la condena, dejando siempre a salvo, por supuesto, las inevitables exigencias que re-

sulten de los correspondientes regímenes y tratamientos. Para ello se cuenta con unos Cuerpos, dentro de las Instituciones Penitenciarias que, a su tradicional entrega y vocación, han de unir, cada vez en mayor medida, una preparación técnica que les capacite para llevar a cabo la misión difícil e ingrata, por incomprendida, de conseguir, por encima de cualquier otra consideración, la definitiva reinserción del interno en la comunidad social a la que pertenece. Esta tarea ha de hacerse con la constante preocupación de que cada decisión en el mundo penitenciario sea profundamente justa, pues nadie necesita más de la auténtica justicia que quien por haber delinquido se separó de ella.

En función de cuanto queda dicho, hay que afirmar que el principio básico del régimen penitenciario ha de ser la consideración de que el interno no está en ninguna manera excluido o marginado de la sociedad, sino que continúa formando parte de ella, para lo cual se hace imprescindible no sólo no romper los lazos familiares, profesionales y sociales, sino, en la medida de lo posible, fortalecerlos y reafirmarlos, buscando la total integración en la comunidad de la que forma parte, a través de los medios personales y materiales que exijan las modernas técnicas en el campo penitenciario.

El cuadro jurídico para que esta finalidad se pueda cumplir de la mejor forma posible es lo que pretende facilitar este Real Decreto, ya que sin una consideración del delincuente en su más profunda significación de persona, con lo mucho que esta palabra supone y arrastra en el campo del Derecho y especialmente dentro del Derecho Penal, cuando resulta más difícil y complicado. Este giro, dentro de los principios básicos y penitenciarios, es lo que aparece como más interesante y destacado en la nueva normativa.

Los fines concretos de la reforma pueden quedar esquematizados de esta manera:

Primero.—Actualización de la terminología, poniendo al día la normativa y las expresiones utilizadas en el Reglamento.

Segundo.—Modificación de algunos plazos con objeto de conseguir una mayor celeridad y seguridad en el sistema progresivo penitenciario.

Tercero.—Una regulación más amplia del beneficio de redención de penas por el trabajo y una remisión general al Código Penal, con la finalidad de que las reformas que en él puedan establecerse tengan una inmediata proyección en el Reglamento.

Cuarto.—Un tratamiento de los internos, basando más acentuadamente en la presunción de lealtad del recluso al sistema penitenciario, en el deseo de colaborar a su propia reforma y con el propósito de lograr la mejor preparación para su vida en libertad. Si ésta ha de ser, y se desea que así suceda, la regla general y al recluso se le considera un miembro de la sociedad y nunca un marginado de ella, como antes se indica, es lógico que todo cuanto contribuya a mantener estos vínculos (comunicaciones orales y escritas, recepción de libros, prensa, radio, televisión y cine, participación activa del interno en la vida del Establecimiento, etc.) se fomente dentro de las naturales e inevitables limitaciones que implica todo régimen de comunidad y, en mucha mayor medida, el penitenciario. De ahí, por ejemplo, que el sistema de censura y control de la correspondencia pase de ser regla

general a constituirse en excepción y que, en principio, como ya se ha señalado, se permita entrar en contacto con todos los medios de comunicación social (prensa, cine, radio, televisión) a que tienen acceso los demás ciudadanos.

Quinto.—Un mayor reconocimiento de la importante función que la Abogacía representa en la defensa del orden jurídico en general, público y privado, facilitándose el ejercicio de los derechos derivados de tal consideración.

Sexto.—Recortamiento del sistema de sanciones y ampliación del de premios, para que con uno y otro y marcando el acento en el segundo, puedan los funcionarios de Instituciones Penitenciarias llevar a cabo su difícil cometido con mayores probabilidades de acierto y eficacia, con la idea esencial de alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación del interno en lo que atañe a su tratamiento.

Séptimo.—Un íntegro sometimiento del sistema penitenciario a la Ley como corresponde a un Estado de Derecho. De ahí la posibilidad de impugnar las más importantes decisiones penitenciarias que por su trascendencia deben someterse al correspondiente control de la Dirección General, con el fin de conseguir una unidad en la aplicación de las normas reglamentarias y una mayor garantía para el interno, con una más eficaz intervención de los Jueces y Tribunales en la ejecución de las penas privativas de libertad.

Octavo.—Otras mejoras de difícil catalogación, entre las cuales cabe destacar una prudente armonización del sistema progresivo conjugando los intereses individuales de los internos con los de la propia Administración Penitenciaria: en este sentido se prescribe una revisión semestral de la clasificación de los penados, que será recurrible ante la Dirección General, estableciéndose también la posibilidad de que permanezcan en el mismo establecimiento los internos, a pesar de su progresión, si para ellos y la Administración resulta conveniente.

La reforma se lleva a cabo en tres artículos: en el primero se recogen todos los preceptos del Reglamento que son objeto de modificaciones importantes y a su través puede perfectamente descubrirse la razón de ser de este Real Decreto; en el segundo se contienen aquellas normas que se reforman sólo parcialmente o en aspectos secundarios y, finalmente, al tercero, se incorporan aquellos que han sufrido únicamente alteraciones de tipo terminológico.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día veintinueve de julio de mil novecientos setenta y siete,

#### D I S P O N G O :

Artículo primero.—Los artículos del Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, modificado por el de veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y ocho, que a continuación se relacionan, quedarán redactados de la siguiente forma:

«Artículo 1.º 1. Las Instituciones Penitenciarias que se regulan en este Reglamento tienen como fin primordial realizar una labor reformadora y de reinserción social, además de la retención y custodia de los detenidos, presos y sentenciados, en orden a la ejecución de las penas y medidas correspondientes. Su actividad se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por las Leyes, Reglamentos y resoluciones judiciales.

2. La misión penitenciaria se ejercerá con estricto respeto a la personalidad humana de los reclusos y a los derechos e intereses jurídicos de los mismos, no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opinión, creencia religiosa, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga significación.

3. Asimismo se velará por el más exacto cumplimiento de las garantías jurídicas de detenidos, presos y sentenciados, prestando labores asistenciales y de ayuda al interno y liberado.»

«Artículo 2.º La organización de los Establecimientos Penitenciarios se articulará sobre las siguientes bases:

A) Ordenación de la convivencia basada en el respeto recíproco de los derechos y en la exigencia de los deberes que incumben a toda persona.

B) Aplicación de tratamientos individualizados tendentes a la supresión de la capacidad delictiva y peligrosidad de los sentenciados.

C) Prestación de las debidas asistencias médicas, religiosa, social, educativa, formativa y laboral en semejantes condiciones a las de la vida libre.

D) Vigilancia y seguridad acorde con el tipo de establecimientos para que quede garantizada la custodia de los internos, y

E) Recta gestión y administración para alcanzar el mejor funcionamiento y la máxima eficacia.»

«Artículo 9.º 1. Verificado el ingreso de un preso o detenido, se procederá a su inscripción en los Libros del Establecimiento y a la apertura del correspondiente expediente personal y protocolo del interno.

2. Provisionalmente, será destinado a una celda o departamento donde permanecerá aislado, no más de cuarenta y ocho horas, hasta ser reconocido por el Médico, o a una celda de incomunicados si ingresare con este carácter.

3. Emitido el dictamen facultativo sobre su estado de salubridad y limpieza, pasará al departamento especial de ingresados, donde estará tres días, como máximo, en observación sanitaria, separado del común de los reclusos, a no ser que por estar padeciendo enfermedad infecto-contagiosa se adopten otras medidas más adecuadas.»

«Artículo 10. 1. El tratamiento de los detenidos y presos debe acomodarse, en cuanto a los principios inspiradores y a las correspondientes garantías, a las disposiciones establecidas para los mismos en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. El cumplimiento de las penas o medidas privativas de libertad no ocasionará al interno otras privaciones o limitaciones que las que se deriven de la necesidad de alcanzar los fines atribuidos a aquéllas y las que exijan el buen orden y régimen del Establecimiento.

3. Principio cardinal será la consideración de que el interno no está

excluido o marginado de la sociedad, sino que continúa formando parte de ella.

4. La Administración Penitenciaria procurará realizar o, al menos, autorizará las gestiones que sean necesarias para proteger, en cuanto sea compatible con el ordenamiento jurídico y la pena impuesta, los derechos e intereses legítimos de los internos en el orden penal, civil, mercantil, laboral, social u otros análogos.»

«Artículo 13. 1. La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos, proveerá a su alimentación, vestido y asistencia sanitaria y organizará la higiene del modo más adecuado para conseguir un ambiente sano en los Establecimientos, vigilándose de manera especial por el servicio médico la calidad, preparación y distribución de los alimentos, cumpliéndose en todo caso, con especial cuidado, las demás obligaciones que en este sentido señalan las disposiciones de este Reglamento.

2. El interno tiene derecho a utilizar y ser designado por su propio nombre y apellidos, así como a ser tratado correctamente, sin que pueda ser objeto de ningún acto vejatorio para su dignidad personal.»

«Artículo 25. 1. Los penados no comprendidos en los artículos anteriores serán destinados, atendiendo a la sentencia de privación de libertad y a la edad y modalidad de trabajo específico de cada uno, a los Establecimientos penitenciarios que resulten más idóneos en orden a su tratamiento.

2. Los detenidos y presos no condenados serán destinados igualmente a los Centros que se consideren más adecuados, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.»

«Artículo 34. Las conducciones se realizarán con arreglo a lo establecido en las disposiciones vigentes en la materia.»

«Artículo 40. Si el penado que sale en libertad no dispusiera de medios suficientes para trasladarse al punto donde fije su residencia, se le facilitará el correspondiente billete.»

«Artículo 48. 1. Las penas de reclusión, presidio y prisión, así como las que, siendo de otra naturaleza, excedan de seis meses de privación de libertad, se cumplirán conforme determina el artículo 84 del Código Penal, según el sistema progresivo que comprenderá los siguientes grados:

Primero.—De reeducación del interno.

Segundo.—De readaptación social, con tratamiento dirigido en un clima de confianza.

Tercero.—De prelibertad.

Cuarto.—De libertad condicional.

Los tres primeros grados se corresponden, respectivamente, con los Establecimientos de régimen cerrado, intermedio y abierto previstos en el artículo cinco.

2. Siempre que el sujeto demuestre estar en condiciones para ello podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden.

3. La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con su consiguiente propuesta de traslado al Establecimiento que corresponda o, dentro de la misma Institución, de pase de una sección de régimen cerrado a otra de régimen intermedio o abierto, o viceversa.

4. La progresión en el tratamiento dependerá de la conducta activa del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de una responsabilidad cada vez más importante, que implicará, a su vez, una mayor libertad.

5. La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno oposición o resistencia al tratamiento o falta de colaboración que impliquen una evolución desfavorable de la personalidad del mismo.

6. En ningún caso se mantendrá a un interno en el primero o segundo grado cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.

7. Cada seis meses, como máximo, los internos a los que se refiere este artículo deberán ser estudiados individualmente por las Juntas y Equipos de Tratamiento, para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interesado y contra la cual podrá interponer recurso ante la Dirección General, a la que se remitirá un informe detallado de lo que resulte del expediente y dé las circunstancias que determinaron la resolución.

8. En casos excepcionales, por necesidades del Establecimiento penitenciario, con audiencia de la Junta de Tratamiento, expreso consentimiento del interno y previa autorización de la Dirección General, podrá el recluso permanecer en un Centro clasificado en grado inferior al que le corresponda, pero en tal caso le serán íntegramente aplicables todas las ventajas inherentes al régimen en el que se encuentre clasificado.»

«Artículo 50. 1. El régimen general de los Establecimientos de Cumplimiento responderá a las siguientes bases:

A) Separación de los internos en grupos, según determinen las incidencias del tratamiento.

B) La asistencia tendente a suplir las deficiencias que en su formación presente el interno.

C) Prestación de un trabajo que no tendrá nunca carácter aflictivo, en función de la aptitud física y mental del interno, debiéndosele proporcionar una actividad formativa y productiva suficiente para ocuparle adecuadamente la totalidad o la mayor parte de la jornada y que contribuya en la máxima medida posible a crear, mantener o aumentar su capacidad laboral, para situarle en las condiciones más favorables en el momento de su liberación.

D) La organización y funcionamiento de los talleres penitenciarios, que se regirán por sus específicas normas, se coordinarán con el tratamiento de los reclusos, procurándose que en el trabajo se produzca una completa asimilación al obrero libre, tanto en lo relativo a salarios, en función de su rendimiento, como en cuanto a las demás condiciones laborales.

E) Un sistema sanitario higiénico y alimenticio adecuados, con especial atención a la cultura física y deportiva y a la necesaria asistencia médica.

F) Un régimen disciplinario tendente a conseguir que los internos adquieran hábitos de orden, disciplina espontánea, interés por el trabajo y setimiento de la propia responsabilidad.

2. Para la aplicación de las reglas C) y D) del apartado 1 anterior se

tendrán en cuenta lo establecido en el Convenio número 105 de la Organización Internacional del Trabajo.»

«Artículo 52. 1. Para la aplicación del tratamiento se dispondrá en cada Establecimiento de un servicio especialmente cualificado, integrado en Equipo.

2. Para completar la labor de los Equipos en materia de observación, clasificación y tratamiento, promover y orientar el buen funcionamiento de los mismos y resolver las dudas y consultas de carácter técnico que formulen y, en general, cuanto se le encomiende en relación con este servicio, existirá una Central de Observación, directamente dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, por la cual pasarán los internos cuya observación y clasificación resulte difícil o dudosa para los Equipos de los Establecimientos, o aquellos grupos homogéneos de internos cuyo estudio unitario sea conveniente.

3. Los Equipos de Observación y las Juntas y Equipos de Tratamiento se regirán, en cuanto a su composición y funciones, por las normas reglamentariamente establecidas, sometiéndose a los principios rectores de la Ciencia Penitenciaria, sobre la base de un completo estudio de la personalidad del interno, estableciendo en todo caso un programa de tratamiento individual compatible con el sistema progresivo, teniendo en cuenta para ello, entre otros datos obtenidos en relación con sus circunstancias individuales, familiares y de trabajo, su entorno social, su capacidad y sus inclinaciones.»

«Artículo 61. El Establecimiento penitenciario, con los datos que consten en el expediente del interno, interesará del Tribunal o Juez sentenciador informe sobre la procedencia o no de la concesión de libertad condicional, que lo emitirá, después de oír al Ministerio Fiscal, en el plazo de diez días, uniéndose a las actuaciones antes de su remisión a la Comisión Provincial. Las Comisiones Provinciales se reunirán, al menos, una vez cada diez días, para estudiar las propuestas y, a su vez, previo acuerdo que constará en acta, remitirán con su informe todo lo actuado a la Sección de Libertad Condicional de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que someterá aquéllas a la Junta del Patronato de Nuestra Señora de la Merced, la cual, en caso de cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios, las elevará al Ministro de Justicia, para su resolución definitiva.»

«Artículo 65. 1. Conforme al artículo 100 del Código Penal, podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia, los condenados a penas de reclusión, presidio y prisión.

2. Igualmente podrán redimir todos cuantos, por aplicación de Leyes especiales que no excluyan este beneficio, se encuentren privados de libertad por resolución firme, cuando el tiempo de privación exceda de seis meses.

3. No podrán redimir pena por el trabajo en la causa que se encuentren cumpliendo:

A) Quienes quebrantasen la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograran su propósito.

B) Los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la misma. Se entenderán comprendidos en este apartado los que cometieren nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores, conforme al artículo 116.»

«Artículo 66. 1. Todo recluso que reúna los requisitos legales, cualquiera que sea el grado penitenciario en que se encuentre, podrá redimir su pena por el trabajo, abonándosele un día de aquélla por cada dos de trabajo, a efectos de su liberación definitiva, contándose asimismo el tiempo redimido, en su caso, para la concesión de la libertad condicional.

2. La Junta de Régimen del Establecimiento elevará la propuesta correspondiente al Patronato de Nuestra Señora de la Merced y, aprobada aquélla, le serán de abono los días trabajados, con carácter retroactivo, a partir del día en que dio comienzo el trabajo.»

«Artículo 70. No se interrumpirán los beneficios de redención de penas, aunque el penado no trabaje, en los siguientes casos:

1.º En caso de accidente de trabajo o enfermedad que traiga causa del mismo, por el tiempo que tarde el penado en curar y ser dado de alta, bien para realizar el mismo trabajo u otro de distinta naturaleza.

2.º Cuando se trate de penas trabajadoras, que se encuentren en período de gestación, los sesenta días anteriores y cuarenta posteriores al alumbramiento, dispensándose durante este tiempo de todo trabajo.

3.º Los días festivos, así como los días perdidos en el trabajo por fuerza mayor, destino a otro trabajo o Establecimiento por razón de enfermedad suficientemente acreditada, siempre que no exceda en este último caso de treinta días consecutivos.»

«Artículo 71. 1. El Trabajo que presten los penados en horas extraordinarias, o como destinos, o con carácter auxiliar y eventual en los Establecimientos, se computará, a efectos de la redención, por el número de horas que constituye la jornada legal de trabajo.

2. También será valorado en días de trabajo, con la correspondiente equiparación por las Juntas de Régimen y Administración, que elevarán al Patronato la propuesta procedente para su aprobación, el esfuerzo realizado, siempre con carácter absolutamente voluntario, por los donantes de sangre, así como el esfuerzo físico que un recluso realice o el riesgo que sufra auxiliando a las autoridades de un Establecimiento penitenciario en circunstancias especiales, con un límite de setenta y cinco días por cada año de efectivo cumplimiento.

3. Igualmente, serán otorgables redenciones extraordinarias en razón a las circunstancias especiales de laboriosidad, disciplina y rendimiento en el trabajo que a propuesta de la Junta de Régimen podrán concederse, mediante la misma correspondiente equiparación, por el Patronato, con el límite de uno por cada día de trabajo y de setenta y cinco días por cada año de cumplimiento efectivo de la pena, compatible con lo establecido en el párrafo anterior.

4. La concesión de los beneficios establecidos en este artículo exigirá el informe favorable del Tribunal sentenciador, que lo emitirá después de oír al Ministerio Fiscal.

5. Tratándose de enfermos psíquicos y físicos, se facilitarán los medios adecuados para que también puedan beneficiarse de la redención, a través del trabajo o actividad que sean compatibles con su estado.»

«Artículo 84. 1. La comunicación oral de los reclusos se verificará en



los días y horas señalados por la Junta de Régimen del Establecimiento, utilizando el locutorio general y bajo las siguientes prescripciones:

A) A los detenidos y presos (salvo incomunicación decretada por el Juez Instructor) se les concederán las comunicaciones que, a juicio de las respectivas Juntas de Régimen y Administración, permita la organización del servicio en cada Establecimiento, atendiendo al número de internos que albergue y la plantilla de funcionarios de que disponga, pero sin que en ningún caso pueda ser inferior a una comunicación oral por semana.

B) A los sentenciados que se hallen situados en el primer grado de tratamiento y a los sometidos al sistema de custodia o trabajo se les concederá una comunicación oral por semana.

C) A los sentenciados que se hallen en el segundo grado, a los que sufren arresto judicial o gubernativo y a los sometidos a un sistema de reeducación o preservación o internamiento en casas de templanza, se les concederán dos comunicaciones orales por semana.

D) A los sentenciados que se hallen situados en el tercer grado, tres comunicaciones orales por semana.

2. Además de las comunicaciones ordinarias a que se refiere el apartado anterior, se podrán conceder otras de carácter extraordinario, por motivos debidamente justificados en cada caso. El número de éstas no excederá mensualmente del que corresponda a cada interno por comunicaciones ordinarias, salvo que se trate de aquellas cuyo aplazamiento supusiera un grave trastorno para aquél.

3. El tiempo de duración de las comunicaciones ordinarias y extraordinarias no será inferior a quince minutos, ni superior a treinta. No obstante, por motivos justificados, el Director podrá autorizar comunicaciones de mayor duración.

4. El número de personas que simultáneamente podrán comunicar con el mismo interno no excederá de cuatro.

5. Los internos extranjeros podrán comunicar con los representantes diplomáticos o consulares de su nación, o con las personas que las Embajadas o Consulados indiquen, previa autorización de la Dirección General, sometiéndose en cuanto a número de comunicaciones y a sus correspondientes requisitos, a las normas generales.

Respecto de los que no tengan representantes diplomáticos o consulares, así como de los refugiados o apátridas, podrán serles concedidas, de igual forma, comunicaciones con el representante diplomático del Estado que se haya hecho cargo de sus intereses o con la autoridad nacional o internacional que tenga por misión protegerles, o con las personas en quienes deleguen.

6. Los internos podrán recibir los libros, revistas y periódicos del exterior que tengan libre circulación en España. No obstante, si circunstancias especiales aconsejaran la prohibición, el Director, oyendo a la Junta de Régimen, lo acordará así en resolución motivada que pondrá en conocimiento de la Dirección General que la ratificará o no.»

«Artículo 85. 1. Las comunicaciones orales, a las que se refiere el artículo anterior, y que, como regla general, no serán intervenidas, se ajustarán a las normas siguientes:

A) Se necesitará autorización previa del Director, quien limitará, en

principio, su concesión a los familiares del interno. Solo excepcionalmente, y por razones atendibles, podrá autorizar la comunicación con otras personas. Se exceptúa el supuesto al que se refiere el número 5 del artículo anterior.

B) Los comunicantes que no vayan a expresarse en español lo advertirán así previamente al Director, quien adoptará las medidas procedentes en el caso de que la comunicación haya de ser intervenida.

2. El Director decidirá, en cada caso, según las circunstancias existentes, si las comunicaciones a las que se refieren los números anteriores han de ser o no intervenidas, pero, en caso de intervención, deberá acordarlo en resolución fundamentada que se notificará al interno, contra la cual cabrá recurso ante la Dirección General.

3. Cuando la comunicación sea intervenida, el funcionario que asista a ella, la suspenderá en el acto, dando cuenta inmediatamente a su superior si los comunicantes empleasen términos convencionales de dudosa interpretación, faltaran gravemente a la moral y buenas costumbres o de otra forma, igualmente grave, atacaran a los principios del Estado o a la disciplina penitenciaria o cuando sus expresiones supongan propósito de divulgación de noticias atentatorias al régimen del Establecimiento. A la vista del parte, el Director podrá suspender provisionalmente la comunicación, sin perjuicio de las determinaciones que acuerde la Junta de Régimen.

4. En casos especiales, cuando el interno se haga acreedor a ello por su buena conducta, las comunicaciones a las que se refieren los artículos anteriores se llevarán a cabo en una sala independiente, especialmente habilitada para ello.»

«Artículo 87. 1. Las comunicaciones orales de los reclusos con sus Abogados defensores y Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas ni intervenidas en tanto en cuanto aquéllos no hayan sido privados de ellas por la autoridad judicial. Por Abogado defensor se entenderá el que lo sea en la respectiva causa criminal, cuya condición se acreditará mediante certificación del correspondiente Colegio.

2. La comunicación con otro Abogado o profesional que haya de prestar su informe o asesoramiento en cualquier orden de las actividades del interno, deberá ser también autorizado cuando sean debidamente justificadas las circunstancias que la hagan aconsejable o necesaria.»

Artículo 89. Queda sin contenido.

«Artículo 90. 1. La comunicación escrita se autorizará a los penados en relación con el grado en que cada uno se halle, pero en todo caso se permitirá, como mínimo, una vez por semana en el primer grado, dos en el segundo y tres en el tercero.

2. Si se trata de internos en régimen cerrado o intermedio, el Director podrá ordenar la censura de la correspondencia, sólo con carácter excepcional, cuando graves razones de índole penitenciaria o prevención de infracciones penales así lo aconsejen, pero en tales casos lo decretará así en resolución fundada, recurrible ante la Dirección General. En los supuestos de detenidos y presos únicamente podrá decretarse la censura con la previa autorización judicial de los Tribunales o Jueces de quienes dependen. La co-

rrespondencia de los internos en régimen abierto no podrá ser en ningún caso censurada, salvo por orden judicial.

3. La correspondencia que los internos reciban se someterá al mismo régimen establecido para la que ellos expidan.

4. Las cartas que expidan y reciban los procesados, cuya correspondencia se haya reservado conocer el Juez Instructor de la causa, no se someterán en ningún caso a censura.»

«Artículo 91. Toda la correspondencia que los internos expidan la depositarán en un buzón, expresándose con claridad el remitente, de donde se recogerá para su censura, cuando ésta sea procedente, con arreglo a lo establecido en el artículo anterior.»

«Artículo 92. El cumplimiento de una sanción disciplinaria por un recluso no supone suspensión del derecho a la correspondencia, que se ejercerá en los términos establecidos en los artículos precedentes.»

«Artículo 95. 1. Los Notarios, Médicos y Sacerdotes o Ministros de una religión, cuyo auxilio haya sido previamente reclamando por alguno de los reclusos, pueden ser autorizados para comunicar en departamentos apropiados.

2. Si el recluso estuviere enfermo podrá ser visitado por estas mismas personas en la enfermería, siendo acompañados, cuando se estime necesario, por el funcionario que designe el Director.

Esta misma autorización podrá concederse para que aquél sea visitado por su abogado, cónyuge, hijos, padres y, excepcionalmente, por otras personas.

3. La duración y circunstancias de la comunicación serán establecidas discrecionalmente por el Director del Establecimiento.»

«Artículo 100. Los Establecimientos de régimen abierto observarán las reglas mínimas de disciplina y orden penitenciario, pudiendo el Director, después de oír a los internos, implantar el régimen que considere adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del Centro.»

«Artículo 101. En los Centros para jóvenes, y sin perjuicio de observar las normas generales en cuanto al régimen del Establecimiento, se intensificará cuanto sea posible la instrucción y formación escolar, moral y cívica, el deporte, así como su capacitación profesional.»

Artículo 103. Queda sin contenido.

«Artículo 104. 1. En los Establecimientos penitenciarios se guardará y mantendrá la disciplina necesaria para el cumplimiento de los fines en este Reglamento establecidos, tanto por parte de los funcionarios como por la de los reclusos.

2. Los internos no podrán ser objeto de malos tratos. Sólo en supuestos de alteración individual o colectiva del orden, agotados otros recursos, cabrá la coacción material dirigida exclusivamente al restablecimiento de la normalidad. En tales casos, y de manera urgente, se dará cuenta a la Dirección General, sin perjuicio de prestar la debida e inmediata asistencia facultativa, si la misma resultase necesaria.»

«Artículo 106. 1. Los internos tienen fundamentalmente los siguientes deberes:

A) Cumplir las condenas que se les haya impuesto, permaneciendo en los

Establecimientos a que fueren destinados hasta el momento de su liberación.

B) Aceptar el tratamiento penitenciario, con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado.

C) Acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del Establecimiento, sometiéndose al horario establecido y cumpliendo las sanciones disciplinarias que les sean impuestas en el caso de infringir aquéllas.

D) Mantener siempre una actitud de respeto al dirigirse a un funcionario o cuando llamados por éste llegaren a su presencia, obedeciendo sus órdenes.

2. La presencia del Director general de Instituciones Penitenciarias o de altos funcionarios de la misma o del Establecimiento, así como de las autoridades civiles, judiciales y militares, comportará la adopción de las correspondientes medidas de respeto y consideración.»

«Artículo 108. 1. Todo recluso tiene derecho a enviar solicitudes y presentar reclamaciones al Director del Establecimiento, al funcionario que le represente o al Inspector de Instituciones Penitenciarias en el curso de una inspección, así como a utilizar los recursos establecidos por las Leyes.

2. También tiene derecho a recibir información sobre su situación jurídica y derechos y deberes que le correspondan.

3. Igualmente podrá dirigirse al Tribunal o Juez competente y a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, así como ejercitar el derecho de petición. En estos casos, la solicitud o reclamación habrá de remitirse a su destino con especial urgencia y en sobre cerrado, si de esta manera fuera presentada por el interesado.»

«Artículo 109. 1. Los actos que pongan de relieve buena conducta y espíritu de trabajo serán estimulados en el orden penitenciario mediante recompensas adecuadas.

2. Las recompensas que pueden concederse consistirán en:

A) Concesión extraordinaria de comunicaciones orales o escritas.

B) Premios en metálico para su peculio y ahorro.

C) Permisos en domingos y días festivos, desde las once a las diecinueve horas, para pasarlos con sus familiares en la localidad en donde radique el Establecimiento.

D) Permisos de veinticuatro, cuarenta y ocho o setenta y dos horas y, excepcionalmente, de una semana, cualquiera que sea el grado en que el recluso se encuentre, salvo en el primero, en que los permisos no podrán exceder de cuarenta y ocho horas.

E) Redenciones especiales o extraordinarias de pena, mediante una racional equiparación al trabajo, a los efectos del artículo 100 del Código Penal.

F) Cualquier otra análoga, a juicio de la Junta de Régimen, que no contradiga los preceptos reglamentarios.

3. La extensión de estas recompensas deberá fijarse por la Junta de Régimen de los Establecimientos, en atención a las circunstancias concurrentes y especialmente a la calidad de los méritos contraídos y al grado penitenciario de los reclusos.

4. Las señaladas en los apartados C), D) y E) deberán aprobarse, las dos primeras, por la Dirección General, y la última por el Patronato de:

Nuestra Señora de la Merced, previa propuesta razonada de la Junta de Régimen.

5. Los permisos de veinticuatro, cuarenta y ocho y setenta y dos horas que en este artículo se regulan para los penados, con la finalidad de que éstos puedan llevar a cabo visitas familiares, serán extensivos a los internos que tengan la condición de presos preventivos, siempre que la autoridad o autoridades judiciales de quienes dependan lo autoricen.

6. En aquellos supuestos en los que por razón de las circunstancias concurrentes no sea factible la concesión de los permisos anteriormente regulados, se podrán conceder visitas familiares dentro del recinto penitenciario en lugares previamente habilitados, cuyas visitas, que no podrán exceder de una cada quince días, podrán serlo de esposos, hijos o padres, con una duración no superior a cinco horas, durante las que se respetará la intimidad familiar.

7. La Dirección General de Instituciones Penitenciarias podrá, con carácter general o especial, tomar las medidas que estime oportunas, en garantía del cumplimiento de las obligaciones que el interno a quien se le conceden estos permisos adquiere de buen comportamiento y de reintegro al Establecimiento el día y hora señalados.»

«Artículo 113. 1. Las correcciones que se impondrán a los reclusos por las faltas en que incurran serán las siguientes:

- A) Por las faltas leves:
  - a) Amonestación privada del Director.
  - b) Amonestación o represión ante la Junta de Régimen.
  - c) Privación de paseos y actos recreativos, hasta diez días.
  - d) Privación de permisos ya concedidos y/o prohibición de obtenerlos durante un mes, salvo caso de enfermedad grave o fallecimiento de un familiar próximo, debidamente acreditado.
- B) Para las faltas graves:
  - a) Limitación de comunicaciones orales al mínimo de quince minutos, hasta diez comunicaciones.
  - b) Aislamiento de uno a cuatro fines de semana, en su celda o en lugar previamente habilitado, desde las dieciséis horas del sábado hasta las ocho del lunes siguiente.
  - c) Reclusión en celda de aislamiento o en lugar previamente habilitado de uno a ocho días.
  - d) Privación de permisos ya concedidos y/o prohibición de obtener permiso de salida de uno a seis meses, salvo los casos de enfermedad grave o fallecimiento de un familiar próximo, debidamente acreditados..
- C) Para las faltas muy graves:
  - a) Limitación de comunicaciones orales al mínimo de quince minutos, de once a veinte comunicaciones.
  - b) Aislamiento en su celda o en lugar previamente habilitado, de cinco a ocho fines de semana, desde las dieciséis horas del sábado hasta las ocho horas del lunes siguiente.
  - c) Internamiento en celda de aislamiento de nueve a dieciséis días.
  - d) Prohibición de obtener permisos de salida de seis meses hasta un año..

con la excepción establecida en el apartado d) de las letras A y B de este mismo número.

2. En los casos de reincidencia, la sanción podrán incrementarse en la mitad de su máximo, y tratándose de doble reincidencia, en otro tanto.

Hay reincidencia cuando al cometer el interno una falta, hubiera sido sancionado en resolución firme, por otra u otras. Existe doble reincidencia cuando, al cometer una falta, hubiera sido de igual forma sancionado por dos o más faltas, siempre que en una de ellas, al menos, le hubiera sido ya apreciada la reincidencia.

La expresión falta o faltas a las que se refieren los dos últimos párrafos anteriores sólo incluye a las graves y muy graves.

3. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Reglamento lo serán sólo por aquel que aplique mayor sanción a la falta cometida.

4. Al culpable de dos o más faltas se le impondrán las sanciones correspondientes a todas ellas para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, y no siéndolo se cumplirán por orden de su respectiva gravedad, pero al máximo de su cumplimiento no podrá exceder nunca del triple del tiempo correspondiente a la más grave.

5. En los casos de enfermedad del sancionado y siempre que las circunstancias lo aconsejen, teniendo en cuenta especialmente lo establecido en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, se aplazará la efectividad de la sanción que consista en internamiento en celda de aislamiento hasta que el recluso sea dado de alta o la Junta de Régimen lo estime oportuno, respectivamente. En todo caso, la tramitación de los recursos se llevará a cabo con la máxima urgencia.

6. Las sanciones establecidas en este Reglamento para los internos responsables de faltas disciplinarias se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de pasar el correspondiente tanto de culpa, cuando proceda, al Juzgado o Tribunal competente, a los efectos que correspondan en el orden penal.

7. En los supuestos de faltas muy graves, cuando en razón a la contumacia y rebeldía del interno se estime procedente, podrán las Juntas de Régimen formular propuesta de traslado al Centro que se estime oportuno.»

«Artículo 114. 1. El recluso en celda de aislamiento será visitado diariamente por el Médico del Establecimiento, el cual deberá informar al Director sobre la conveniencia o necesidad de la interrupción del cumplimiento de la sanción cuando el estado físico o psíquico del interno lo demande. En este último caso así se acordará, adoptándose las medidas de seguridad correspondientes.

2. En cuanto a las comunicaciones escritas, tanto de envío como de recepción, lectura de libros, revistas y periódicos y demás condiciones de vida, se estará al régimen penitenciario ordinario, salvo cuando circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, aconsejen lo contrario. Finalmente, en cuanto a paseos dentro del Establecimiento, los llevarán a cabo aisladamente en relación con el resto de la población reclusa.

3. El recluso internado en celda de aislamiento podrá ser visitado sema-

nalmente por un familiar, durante un tiempo no inferior a cinco minutos ni superior a diez.»

«Artículo 115. 1. La responsabilidad disciplinaria se exigirá mediante procedimiento escrito en el que será preceptiva la previa audiencia del inculcado, a quien habrá de notificársele, con las formalidades legales y con entrega de copia autenticada, el acuerdo sancionador y los recursos que procedan. Si el interno lo solicitase, la Junta de Régimen, salvo que especiales circunstancias aconsejaran lo contrario, autorizará a un Educador o, en su defecto, a otro funcionario designado por aquél para que pueda informar en la sesión en que haya de resolverse el correspondiente expediente disciplinario.

2. En todo caso, se le hará saber al interno el derecho que tiene a formular la petición a la que se refiere el apartádo anterior, y en el supuesto de que la misma se resuelva negativamente, habrá de hacerse en resolución motivada que será recurrible, al mismo tiempo que la que ponga fin al expediente.

3. En la determinación de la sanción serán ponderadas las circunstancias del hecho y del culpable, incorporándose dictamen médico cuando hubiere duda sobre la salud mental del interno.

4. Las sanciones podrán ser reducidas por decisión de la Junta de Régimen y cuando se advierta que hubo error en la aplicación de un correctivo se procederá a una nueva calificación o, en su caso, a levantar inmediatamente el castigo. En todo caso, la duración de los correctivos podrá disminuirse en función del comportamiento de los sancionados, valorado por la Junta de Régimen.

5. Cuando por tratarse de un acto de indisciplina grave, la corrección no deba demorarse, el funcionario que intervenga podrá llevar a efecto la inmediata reclusión del interno en celda de aislamiento, dando el correspondiente parte al Director, que ratificará o no la medida adoptada.»

«Artículo 116. 1. Las anotaciones de las faltas que figuren en los expedientes de los reclusos podrán ser invalidadas por el transcurso de los plazos que a continuación se determinan, siempre que el recluso no incurra en nueva falta disciplinaria y observe buena conducta: las anotaciones de las faltas leves podrán ser invalidadas al mes, a los tres meses las de las faltas graves y a los seis las de las muy graves.

2. Estos plazos podrán ser reducidos a la mitad cuando el sancionado que no haya incurrido en nueva falta disciplinaria obtenga con posterioridad alguna recompensa.

En caso de reincidencia, será necesario para poder efectuar la invalidación, que transcurra el doble tiempo señalado para cada clase de falta.

3. Los internos que hayan sido sancionados podrán obtener la cancelación definitiva de sus faltas por el transcurso de los plazos que a continuación se determinan siempre que no hayan delinquido ni incurrido en nueva falta penitenciaria: faltas leves, seis meses; graves, un año, y muy graves, dos. En los supuestos de reincidencia y doble reincidencia los plazos serán de un año, un año y medio y tres.

4. Acordada la cancelación, el interno se situará, desde el punto de vista penitenciario, en igual condición que si no hubiera cometido las faltas co-

rrespondientes. Cuando el recluso obtenga la libertad definitiva por extinción de la responsabilidad criminal, con arreglo al artículo 112 del Código Penal, quedarán de derecho canceladas todas las infracciones que hubiera cometido durante su permanencia en prisión. En los demás casos, aun obtenida la libertad, si posteriormente reingresa en un establecimiento penitenciario, no obtendrá la invalidación ni la cancelación de las sanciones hasta que no se cumplan los requisitos y plazos señalados, computándose el tiempo que estuvo en libertad, si durante él no delinquiró, como de buena conducta.

5. La invalidación y la cancelación corresponde acordarlas a las Juntas de Régimen del Establecimiento en el que el interno se encuentre recluido, cualquiera que fuere la Junta o Juntas que hubieran impuesto las sanciones, pudiéndose iniciar el expediente a petición del sancionado o de oficio por la propia Junta.

6. Tanto de la invalidación como de la cancelación de faltas disciplinarias, se dará inmediata cuenta a la Dirección General.»

«Artículo 117. 1. Para la instrucción y educación de los reclusos habrá Escuelas en todos los Establecimientos Penitenciarios, servidas por funcionarios del Cuerpo de Profesores de Enseñanza General Básica de Instituciones Penitenciarias. Cuando no los haya, se estará a lo que en cada caso disponga el Centro Directivo, teniéndose en cuenta la Ley General de Educación o el Sistema General Educativo vigente en cada momento.

2. Los Profesores de Enseñanza General Básica serán auxiliados en su labor por los reclusos que designe la Junta de Régimen, entre los que tengan cursados y aprobados estudios que les capaciten para estas funciones, siempre que observen intachable conducta y no tengan antecedentes incompatibles con las obligaciones que han de cumplir.»

«Artículo 121. La enseñanza que se imparta en los Establecimientos Penitenciarios se ajustará, en lo posible, al régimen fijado con carácter general por el Ministerio de Educación y Ciencia.»

«Artículo 122. Las enseñanzas de Formación Profesional se darán a los reclusos que hayan completado sus estudios de Enseñanza General Básica y se ajustarán a las normas que dicte la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.»

«Artículo 123. Los grados y tiempo de duración de todas las enseñanzas se ajustarán también en lo posible al régimen general establecido por el Ministerio de Educación y Ciencia y, en todo caso, a las normas que dicte la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.»

«Artículo 124. 1. Las Escuelas de los Establecimientos Penitenciarios expedirán, a solicitud de los interesados, certificaciones de los estudios cursados y calificaciones obtenidas, según resulte de las actas del examen.

2. En aquellos supuestos en los que un interno haya seguido cualquier tipo de estudio, dentro del Establecimiento, la Dirección General podrá autorizar a que acuda a los correspondientes exámenes, adoptándose las adecuadas medidas de garantía. Cuando esto no sea posible, se autorizará la entrada en el Establecimiento al Tribunal o Profesor respectivo para que en él se verifiquen las pruebas, o se adoptarán las medidas oportunas para que, siguiendo las instrucciones de las Autoridades Académicas, puedan ce-



lebrarse los exámenes escritos en el Centro Penitenciario, que serán remitidos a aquéllas en sobre cerrado con la firma del funcionario que los presenció.

3. Las Juntas de Régimen tendrán en cuenta el aprovechamiento de los internos en orden a la propuesta de redención extraordinaria de penas por el trabajo intelectual, cuyo aprovechamiento será igualmente valorado a efectos de permisos para nuevos exámenes.»

«Artículo 126. La constitución e incremento del fondo bibliográfico de cada Establecimiento se regulará por la Inspección de Cultura de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a propuesta de los respectivos Directores.»

«Artículo 130. 1. En los Establecimientos Penitenciarios se fomentará la realización de actividades artísticas, culturales y deportivas, procurándose que en su iniciación, organización y desarrollo intervengan activamente los internos, dentro de los límites reglamentarios.

2. De la misma manera se procurará instalar aparatos de televisión, cinematográficos y de radio, cuyas sesiones y audiciones se acomodarán a las circunstancias de cada caso y a las conveniencias del régimen de cada Establecimiento.»

«Artículo 197. Para la uniforme aplicación del régimen penitenciario, buen gobierno de los Establecimientos y recta gestión económica, existirá en cada Centro Penitenciario una Junta de Régimen y Administración presidida por el Director, con los siguientes vocales: el Subdirector o Subdirectores, el Administrador, el Médico, el Profesor de Enseñanza General Básica y el más antiguo de los Jefes de Servicio, que actuará como Secretario, salvo que haya intervenido en las actuaciones que dieron lugar al expediente disciplinario, en cuyo caso actuará el que le siga en antigüedad.

La Junta de Régimen podrá recabar de la de Tratamiento cuantos informes estime oportunos antes de resolver sobre las materias propias de su competencia que tengan relación con la vida penitenciaria de los reclusos.

Cuando concurra a la Junta un Inspector del Servicio, asumirá la presidencia con las facultades que le están asignadas.»

«Artículo 199. 1. Las Juntas de Régimen y Administración se reunirán en sesión ordinaria los días 1, 10 y 20 de cada mes, a la hora que se señale, y en sesión extraordinaria cuantas veces lo considere necesario el Director-Presidente.

2. Los asuntos que hayan de tratarse en la sesión ordinaria se consignarán con dos días al menos de antelación en el aviso de convocatoria. Las extraordinarias se convocarán con la anticipación que sea posible, fijándose igualmente en el escrito de convocatoria el asunto que se somete a la decisión de la Junta.

3. Será obligatorio reunir a la Junta de Régimen y Administración dentro de los tres días siguientes a la comisión de una falta, salvo que antes hubiera de tener lugar la sesión ordinaria, cuando haya de resolverse sobre alguna corrección disciplinaria de reclusos de celda de aislamiento, en los supuestos de que, a juicio del Director, sea necesario hacerla inmediatamente efectiva.

4. La asistencia a las sesiones es obligatoria, considerándose como falta reglamentaria la ausencia sin causa justificada.»

Artículo segundo.—Los artículos que a continuación se señalan quedarán modificados en la forma siguiente:

«Artículo 3. Se modifica en el sentido de que las clases de Establecimientos penitenciarios son de Diligencias, de Detención y de Cumplimiento.»

«Artículo 11. Se añadirá como último párrafo lo siguiente:

— Los reclusos en prisión preventiva serán mantenidos, a ser posible, separados de los condenados, estableciéndose para ellos el régimen penitenciario adecuado a sus circunstancias, con sujeción, en todo caso, a las prescripciones que, en este sentido, establezca la autoridad judicial de quien dependan.»

«Artículo 12. Al párrafo segundo se añadirá la siguiente expresión:

— Sin que nunca pueda exceder de setenta y dos horas.»

«Artículo 22. En el párrafo primero se añade:

— En un plazo máximo de cuarenta y cinco días desde la recepción del testimonio de sentencia.

En el mismo artículo 22 se añadirán los párrafos d) y e), que quedarán redactados de la siguiente forma:

d) En los supuestos en que por las circunstancias concurrentes no pueda realizarse esta determinación en el plazo fijado podrá prolongarse mediante acuerdo fundado, que será comunicado a la Dirección General.

e) En la central de observación este plazo será también de cuarenta y cinco días, a partir del ingreso del recluso, pudiéndose ampliar en igual forma que la establecida en el párrafo anterior.»

«Artículo 32. Queda suprimido el segundo inciso del párrafo segundo, a partir de "Los destinados..."»

«Artículo 39. El segundo párrafo quedará redactado así:

— Se le concederá una ayuda en metálico proporcionada a los días que haya de invertir hasta llegar a su residencia y, cuando proceda, se le entregará la cantidad que, en cada supuesto, se determine para sus primeros gastos.»

«Artículo 49. Al final de la letra b) se añadirá:

— métodos, así como de procedimientos tendentes a la modificación del sistema de aptitudes del interno y de su escala de valores.»

«Artículo 54. Se agregará el siguiente párrafo:

— Igual sistema se seguirá cuando, según el informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables.»

«Artículo 73. En el primer párrafo del número dos se dirá:

— Por la comisión de dos faltas graves o muy graves.

Se añadirá un último párrafo:

— Los días ya redimidos serán computables para reducir la pena o penas correspondientes.»

«Artículo 88. Se añade el párrafo tercero:

— Análogo sistema se utilizará en las visitas que por orden judicial hayan de realizar los Médicos Forenses para el reconocimiento de los internos.»

«Artículo 96. Queda suprimido el párrafo tercero.»

«Artículo 98. Quedará redactado así:

— El régimen de los Establecimientos especiales se ajustará a los preceptos generales contenidos en el presente capítulo, en la medida que permitan los fines que presiden su creación y las circunstancias especiales en que se desenvuelven y, además, les serán de aplicación las normas que para cada caso se establecen en los artículos siguientes.»

«Artículo 99. En el apartado 5.º se sustituirá:

— «Al toque de oración» por «A la hora señalada reglamentariamente».

«Artículo 102. Se suprime el párrafo primero. Comenzará este artículo así:

— Cualquiera que sea la persona que desempeñe el cargo de Director, el tratamiento, régimen especial y disciplina a que han de someterse los enfermos, así como las clasificaciones y separaciones legales y de vida interna de los reclusos, será determinado por el funcionario del Cuerpo Facultativo de Sanidad Penitenciaria, Jefe de los Servicios de Sanidad e Higiene del Establecimiento.»

Artículo 103. Queda sin contenido.

«Artículo 111. Se agregarán los números 7 y 8.

7.º Formular reclamaciones fuera del conducto reglamentario.

8.º Todas las expresadas en el artículo siguiente cuando por razón de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, teniendo en cuenta la gravedad del hecho, su trascendencia y la personalidad de su autor, se estime procedente.»

«Artículo 112. En el número 1.º se añadirá "cuando estas últimas no estén autorizadas".

En el número 2.º se intercala la palabra "grave" entre manifiesta y actitud.

En el número 4.º se intercala la palabra "gravemente" entre actos y contrarios.»

«Artículo 118. El primer párrafo quedará redactado así:

— Al ingresar en el Establecimiento los internos serán examinados por el Profesor de Enseñanza General Básica y clasificados en los grados correspondientes a la instrucción que posean.»

«Artículo 129. El párrafo primero terminará con esta expresión:

— "y siempre que sea posible, los internos".»

Artículo tercero.—Todas las referencias a «Dirección General de Prisiones» quedarán sustituidas por «Dirección General de Instituciones Penitenciarias»; las de «Prisiones» o «Destacamentos»; por «Establecimientos penitenciarios»; las de «funcionarios de Prisiones», por «funcionarios de Instituciones Penitenciarias»; las de «Maestros», por «Profesores de Enseñanza General Básica», y las relativas a la Ley de cuatro de agosto de mil novecientos treinta y tres se entenderán hechas a la de cuatro de agosto de mil novecientos setenta.

#### DISPOSICION FINAL

El presente Real Decreto entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Palma de Mallorca a veintinueve de julio de mil novecientos setenta y siete.

## **LEY 46/1977, DE 15 DE OCTUBRE, DE AMNISTIA**

(«B. O. del E.», 17 octubre)

De conformidad con la Ley aprobada por las Cortes, vengo en sancionar:  
Artículo primero.—I. Quedan amnistiados:

a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.

b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.

c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.

II. A los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por momento de realización del acto aquel en que se inició la actividad criminal.

La amnistía también comprenderá los delitos y faltas conexos con los del apartado anterior.

Artículo segundo. En todo caso están comprendidos en la amnistía:

a) Los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión y motivo de ellos, tipificados en el Código de Justicia Militar.

b) La objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, por motivos éticos o religiosos.

c) Los delitos de denegación de auxilio a la Justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política, conocidos en el ejercicio profesional.

d) Los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación.

e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley.

f) Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.

Artículo tercero. Los beneficios de esta Ley se extienden a los quebrantamientos de condenas impuestas por delitos amnistiados, a los de extrañamiento acordados por conmutación de otras penas y al incumplimiento de condiciones establecidas en indultos particulares.

Artículo cuarto. Quedan también amnistiadas las faltas disciplinarias

Judiciales e infracciones administrativas o gubernativas realizadas con intencionalidad política, con la sola exclusión de las tributarias.

Artículo quinto. Están comprendidas en esta Ley las infracciones de naturaleza laboral y sindical consistentes en actos que supongan el ejercicio de derechos reconocidos a los trabajadores en normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad.

Artículo sexto. La amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que se pudieran imponer con carácter principal o accesorio.

Respecto del personal militar al que se hubiere impuesto, o pudiera imponérsele como consecuencia de causas pendientes, la pena accesoría de separación del servicio o pérdida de empleo, la amnistía determinará la extinción de las penas principales y el reconocimiento, en las condiciones más beneficiosas, de los derechos pasivos que les correspondan en su situación.

Artículo séptimo. Los efectos y beneficios de la amnistía a que se refieren los cuatro primeros artículos serán en cada caso los siguientes:

a) La reintegración en la plenitud de sus derechos activos y pasivos de los funcionarios civiles sancionados, así como la reincorporación de los mismos a sus respectivos Cuerpos, si hubiesen sido separados. Los funcionarios repuestos no tendrán derecho al percibo de haberes por el tiempo en que no hubieren prestado servicios efectivos, pero se les reconocerá la antigüedad que les corresponda como si no hubiera habido interrupción en la prestación de los servicios.

b) El reconocimiento a los herederos de los fallecidos del derecho a percibir las prestaciones debidas.

c) La eliminación de los antecedentes penales y notas desfavorables en expedientes personales, aun cuando el sancionado hubiese fallecido.

d) La percepción de haber pasivo que corresponda, en el caso de los militares profesionales, con arreglo al empleo que tuvieren en la fecha del acto amnistiado.

e) La percepción del haber pasivo que corresponda a los miembros de las Fuerzas de Orden Público, incluso los que hubiesen pertenecido a Cuerpos extinguidos.

Artículo octavo. La Amnistía deja sin efecto las resoluciones judiciales y actos administrativos o gubernativos que hayan producido despidos, sanciones, limitaciones o suspensiones de los derechos activos o pasivos de los trabajadores por cuenta ajena, derivados de los hechos contemplados en los artículos primero y quinto de la presente Ley, restituyendo a los afectados todos los derechos que tendrían en el momento de aplicación de la misma de no haberse producido aquellas medidas, incluidas las cotizaciones de la Seguridad Social y Mutualismo Laboral que, como situación de asimiladas al alta, serán de cargo del Estado.

Artículo noveno. La aplicación de la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los Jueces, Tribunales y Autoridades Judiciales correspondientes, quienes adoptarán, de acuerdo con las Leyes procesales en vigor y con carácter de urgencia, las decisiones pertinentes en cumplimiento de esta Ley, cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso y la jurisdicción de que se trate.

La decisión se adoptará en el plazo máximo de tres meses, sin perjuicio de los ulteriores recursos, que no tendrán efectos suspensivos.

La amnistía se aplicará de oficio o a instancia de parte con audiencia, en todo caso, del ministerio fiscal. La acción para solicitarla será pública.

Artículo diez. La autoridad judicial competente ordenará la inmediata libertad de los beneficiados por la amnistía que se hallaren en prisión y dejará sin efecto las órdenes de busca y captura de los que estuviesen declarados en rebeldía.

Artículo once. No obstante lo dispuesto en el artículo noveno, la Administración aplicará la amnistía de oficio en los procedimientos administrativos: en tramitación y a instancia de parte, en cualquier caso.

Artículo doce. La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

## LEY 50/1977, DE 14 DE NOVIEMBRE, SOBRE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA FISCAL

(«B. O. E.», de 16 de noviembre de 1977.)

### VI. Delito fiscal

*Artículo treinta y cinco.*—El capítulo VI del título III del libro II del Código penal se titulará en lo sucesivo “Del delito fiscal”. El artículo trescientos diecinueve de dicho Cuerpo legal quedará redactado de la siguiente forma:

“Uno. Cometerá delito fiscal el que defraude a la Hacienda estatal o local mediante la elusión del pago de impuestos o el disfrute ilícito de beneficios fiscales en una cantidad igual o superior a dos millones de pesetas. Se entiende que existe ánimo de defraudar en el caso de falsedades o anomalías sustanciales en la contabilidad y en el de negativa u obstrucción a la acción investigadora de la Administración tributaria.

El que cometiere delito fiscal será castigado en todo caso con multa del tanto al sextuplo de la suma defraudada y, además, con arresto mayor si la cantidad estuviere entre cinco y diez millones y con prisión menor para más de diez millones, siempre que la cantidad defraudada exceda de la décima parte de la cuota procedente.

Dos. Para la determinación de la cuantía de las defraudaciones mencionadas en el apartado anterior se observarán las siguientes reglas:

a) Cuando se trate de tributos periódicos, se estimará como cuantía el importe de lo defraudado en cada período impositivo.

Si el período impositivo fuera inferior a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural.

b) En los tributos que no tengan carácter periódico, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

Tres. Cuando el deudor de la cuota defraudada o el titular de la ventaja fiscal ilícitamente obtenida sea una Sociedad, Entidad o Empresa, el delito

será imputable a los Directores, Gerentes, Consejeros Delegados o personas que efectivamente ejerzan su administración, a menos que quede demostrada su ausencia de responsabilidad, en cuyo caso la imputación del hecho delictivo se efectuará al autor material, sin perjuicio de la responsabilidad que incumba a los otros partícipes.”

*Artículo treinta y seis.*—El conocimiento de las causas por los delitos fiscales corresponderá a la jurisdicción ordinaria.

*Artículo treinta y siete.*—Uno. Los delitos fiscales sólo son perseguibles a instancias de la Administración, sin necesidad de querrela.

Dos. Una vez hayan adquirido firmeza las actuaciones administrativas y, en todo caso, cuando haya recaído resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, el Delegado de Hacienda de la provincia respectiva, previo informe del Subdelegado de Inspección e Inspector Jefe, del Administrador de Tributos, Impuestos Inmobiliarios o de Aduanas, según el tributo de que se trate, y del Abogado del Estado, deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que se estimen constitutivos de delitos fiscales cometidos en el ámbito de su jurisdicción. Si los hechos afectaren a varias provincias, la competencia vendrá determinada por razón del domicilio de la persona física o jurídica.

Tres. En las defraudaciones de las Haciendas locales compete a los Alcaldes o al Presidente de la Diputación, según los casos, previo informe de sus Secciones de Hacienda y del Abogado de la Corporación perjudicada, poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que se estimen constitutivos de delitos fiscales cometidos en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y en los tributos, arbitrios y tasas establecidas a su favor.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Tercera.—El delito fiscal, regulado en los artículos treinta y cinco a treinta y siete será de aplicación a los hechos realizados desde la entrada en vigor de la presente Ley, relativos a Tributos que se devenguen con posterioridad a la referida fecha.

## CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.

### a) *Circulares*

CIRCULAR NUM. 3/1976

### AMNISTIA

Por Real Decreto-Ley núm. 10/1976, de 30 de julio («Boletín Oficial del Estado» del 4 de agosto), se ha concedido amnistía para todas las infracciones de intencionalidad política y de opinión comprendidas en el Código Penal y Leyes Penales especiales, así como para determinados delitos definidos en las Leyes Penales militares y para las infracciones administrativas.

de la misma intencionalidad; medida de notoria trascendencia y que responde al noble y generoso afán de la Corona de promover la pacífica convivencia entre los españoles.

Para la aplicación del Real Decreto-Ley por los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, es decir, en lo que se refiere a los delitos y faltas comprendidos en el Código Penal y Leyes Penales especiales, se confiere a los organismos judiciales en gran parte la responsabilidad de determinar el alcance de su aplicación.

Dirigida la medida de gracia hacia los llamados «delitos políticos», con la natural excepción de aquellos que por su carácter atroz no pueden ni deben ser dados al olvido, no ha querido el legislador precisar con objetiva exactitud las infracciones amnistiadas y las que son excluidas, sustituyéndolo por la referencia general a la existencia o no de «intencionalidad política», por lo que los Tribunales habrán de determinar si concurre ese elemento subjetivo en la motivación y finalidad de la infracción a efectos de la amnistía.

Plausiblemente el legislador ha rehusado establecer una formulación general del «delito político» e incluso ha rehuído el empleo de esa locución, pues sabida es la dificultad de definición de tal forma de delincuencia por obstáculos de toda índole —filosóficos, sociológicos y técnicos— que la doctrina considera insalvables o que, por lo menos hasta hoy, no ha conseguido salvar la técnica jurídico-penal.

Sin embargo, en las operaciones interpretativas y de aplicación del Real Decreto-Ley los Fiscales habrán de auxiliarse con criterios técnicos para discernir, en razón de la relevancia del dato subjetivo de la intencionalidad del sujeto, lo que es delito común y lo que es delincuencia política.

Los criterios objetivos, reflejados en las Leyes de 15 de febrero de 1873 y 2 de diciembre de 1963, aunque aparentemente signifiquen el mejor y más seguro asidero conceptual, conducen a soluciones insatisfactorias por exceso y por defecto. No obstante, son válidos si se conjugan con el sistema subjetivista establecido por el Real Decreto-Ley para eludir de esta forma la inseguridad de base que aquél significa.

En resumen, la ausencia de un criterio normativo y el ancho margen a la interpretación judicial hace que la aplicación del Real Decreto-Ley requiera el análisis singular, caso por caso, de las infracciones individuales y de todas sus circunstancias a fin de establecer la aplicabilidad de la amnistía.

Por todo esto, así como por la variedad de cuestiones de índole procesal que se plantean, conviene dictar esta instrucción general, en uso de las facultades establecidas en el artículo 3.º del Estatuto del Ministerio Fiscal y 87 de su Reglamento, a fin de mantener la unidad de criterio y de interpretación por los Fiscales en relación con las disposiciones de tan importante Real Decreto-Ley, sin perjuicio de las instrucciones especiales que puedan suscitar, por vía de consulta, cuando la dificultad del caso o cualquiera otra circunstancia lo requiera.



## I

## AMBITO DE APLICACIÓN DE LA AMNISTÍA

Su alcance temporal no ofrece duda, puesto que viene claramente establecido en el artículo 1.6, comprendiendo las infracciones cometidas hasta el día 29 de julio de 1976 inclusive, cualquiera que sea la antigüedad del hecho y el estado procesal de las actuaciones o de la ejecutoria.

El alcance objetivo se extiende en principio a las infracciones de opinión y a aquellas otras de intencionalidad política, cualquiera que sea su naturaleza (artículo 1.1).

a) *Infracciones de opinión.*

Por «opinión», según su significado usual, habrá de entenderse la mera expresión de juicios, doctrinas, ideas o pareceres y, en tal sentido, son infracciones de opinión las que vulneran las restricciones impuestas a las libertades de manifestación del pensamiento y de expresión de las ideas que, en sentido amplio, abarcarán no sólo las transgresiones materiales, sino también las de carácter formal (por ejemplo, los impresos clandestinos, del art. 165 del Código Penal), las exteriorizaciones directas y también las indirectas (uso de lemas, banderas, símbolos o emblemas, etc.), las expresiones fríamente críticas y las de carácter peyorativo o violento (tales como gritos, denuosos, ultrajes, injurias y calumnias), las que se reducen a la esfera del pensamiento y las de propio contenido delictual trascendente (como la provocación o apología del delito).

El espíritu amplio del Real Decreto-Ley justifica la interpretación extensiva, de modo que la amnistía comprenda entre estas infracciones de opinión no sólo los delitos y faltas de prensa e imprenta, reuniones y manifestaciones ilícitas y propagandas ilegales, etc., sino también todos aquellos de exteriorización de un proceso intelectual o de un estado animico, con excepción hecha de los delitos de injuria o calumnia perseguidos a instancia del ofendido, los cuales también están comprendidos en la amnistía si mediare perdón del mismo (art. 1.5).

Particular meditación ha merecido la exigencia o inexigencia del móvil o finalidad políticos en las infracciones de opinión para que puedan ampararse en la amnistía. La literalidad del texto no incluye tal condicionamiento y su interpretación directa y gramatical habrá de prevalecer, por lo que deberán entenderse comprendidas en la amnistía, cualquiera que haya sido su intención, móvil o finalidad.

b) *Infracciones de intencionalidad política.*

Como queda dicho anteriormente, el Real Decreto-Ley confiere un ancho margen a la decisión judicial y establece la necesidad de que los Jueces y Tribunales determinen en cada caso, positiva o negativamente, si la infrac-

ción respondió a móviles o finalidades políticas y, por consiguiente, si está o no comprendida en la amnistía.

Los Fiscales al dictaminar las causas y sostener u oponerse a la aplicación de la amnistía habrán de fundarse, si se hubiese dictado sentencia, en los pronunciamientos de éstas sobre móviles o finalidades de la infracción y en los datos que resulten o se deduzcan de sus resultandos, considerandos y fallo.

En las causas en tramitación se atenderá a los pronunciamientos del auto de procesamiento y además a lo que resulte o se desprenda de todas las actuaciones del proceso, reclamándose en caso necesario la práctica de las diligencias de prueba que estimen necesarias para la caracterización del delito.

En el espíritu de amplitud que inspira la decisión de la Corona habrá de entenderse que la «intencionalidad política» no sólo habrá de ser considerada en las infracciones contra la organización del Estado, sus instituciones y magistraturas, sino también en las de carácter político-social.

A título de orientación, habrá de presumirse la intencionalidad política, salvo que la excluya la naturaleza específica de la infracción, en los delitos comprendidos en el Título I del Libro II del Código Penal —Contra la seguridad exterior del Estado— y en el Título II del mismo Libro —Contra la seguridad interior del Estado— y las correlativas faltas definidas en el Capítulo II del Título I del Libro III, así como los delitos enumerados en el artículo 3.º de la Ley de 2 de diciembre de 1963 en lo que amplíen aquellas enumeraciones. Las demás infracciones penales, aunque normalmente no son motivadas por intenciones políticas, ello no excluye que los Fiscales indaguen sobre la existencia de tales motivaciones con la minuciosidad necesaria.

### c) *Infracciones exceptuadas de la amnistía*

El Real Decreto-Ley, además de los delitos de injuria y calumnia perseguidos a instancia del ofendido, salvo que medie perdón de éste, excluye todos los que «hayan puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas».

La exclusión comprende, desde luego, los delitos contra las personas del Título VIII del Libro II del Código Penal, así como cualesquiera otras figuras de infracción en las que la muerte, lesiones, atentado, violencia o intimidación contra las personas constituya elemento del tipo penal.

Los delitos de terrorismo, en cuanto hayan causado muerte o lesiones o puesto en peligro directo la vida o integridad de las personas, quedan patentemente excluidos de la amnistía.

En este caso se encuentran las figuras comprendidas en los números 1.º y 2.º del artículo 260 y 261 del Código Penal.

Abona esta interpretación que en el artículo 1.2 del Real Decreto-Ley al determinar los delitos comprendidos en el Código de Justicia Militar a los que alcanza la amnistía, se incluyen los de rebelión y sedición, pero no los de terrorismo definidos bajo esta rúbrica en el Capítulo I bis del Título IX

del Tratado II, artículos 294 bis a), b) y c) de dicho Código, que son sustancialmente análogos a los figurados en el Código Penal, artículos 260 y 261.

En cuanto a los del número 3.º del 260, por regla general, estarán también excluidos en razón del peligro concreto para las personas que significa esa clase de atentado, pero cabe la excepción en favor de los hechos exclusivamente dirigidos a la causación de daños en las cosas que, por las circunstancias del lugar, tiempo y ocasión, excluyan abiertamente el riesgo para las personas.

Las del artículo 261 claramente se aprecia su exclusión de la amnistía por cuanto la creación de peligro directo, concreto y actual para las personas forma parte del tipo.

En el 262 y en el 263 es de considerar, lo mismo que en el número 3 del 260, la posibilidad de que la actuación delictiva excluya el riesgo de causación de lesiones a las personas.

Mayor complejidad ofrece la consideración de los delitos de tenencia y depósito de armas o municiones, de los artículos 254 a 258, y los de tenencia de explosivos, del artículo 264 del Código Penal.

Todos son delitos de peligro, pero mientras éste es de carácter potencial, abstracto o general en unos casos, otros son de riesgo actual, concreto y directo.

El simple delito de tenencia de armas, de los artículos 254 a 256, descansa en la ausencia de determinados requisitos administrativos, es una infracción formal, el propio artículo 256 previene la posibilidad de ausencia de riesgo y concreto y cabe, por consiguiente, en términos generales, comprenderlo en la amnistía, concurriendo el dato de la intencionalidad política.

No ocurre lo mismo cuando resulten patentes los fines agresivos, más o menos condicionados, como ocurre cuando el arma se utiliza tanto haciéndola funcionar o esgrimiéndola, o también cuando se porte en disposición de su uso contra quien se oponga a los propósitos ilícitos del agente.

En cuanto a las armas cuya tenencia no puede ser autorizada en ningún caso, como ocurre con las escopetas recortadas, armas de guerra y depósito de armas, así como la tenencia de artificios o materias explosivas o incendiarías, se aplicará el mismo criterio que se ha señalado en relación con el número 3 del artículo 260, esto es, será de aplicación la amnistía cuando las circunstancias de tiempo, lugar y ocasión excluyan abiertamente el riesgo para las personas.

Merece atención el hecho de que la simple tenencia de armas se ofrece generalmente sin motivación política, ya que ese elemento subjetivo o bien no concurre, o bien no se consigna en las actuaciones judiciales por su irrelevancia para la calificación penal del hecho, por eso los Fiscales prestarán especial atención a estos casos con arreglo al espíritu del Real Decreto-Ley. En la línea de generosidad que significa el Real Decreto-Ley se justificaría que si la amnistía no puede ser aplicada, concurriendo al menos las circunstancias del artículo 256, los Fiscales promuevan o apoyen el indulto particular de los reos que se encuentran en ese caso.

No es necesario señalar que por referirse la amnistía a los delitos y no a las personas, la inclusión o la exclusión de un tipo penal abarca todos los grados de su ejecución y todas las formas de participación y esto trae como

consecuencia destacable que las figuras de delito introducidas por el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, artículos 6 y 7, modificado por el Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero, que los dejó subsistentes, no estarán amparados en la amnistía cuando constituyan forma de cooperación dirigida directamente a la ejecución del delito terrorista concreto.

## II

### PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE LA AMNISTÍA

#### a) *Organo competente*

Establecido por el Real Decreto-Ley que «la amnistía se aplicará, en cada caso, por las autoridades judiciales correspondientes» (art. 4.1), resulta que, con arreglo a lo prevenido en el artículo 9 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, corresponde esa facultad al Juez o Tribunal que conozca o haya conocido de la causa.

#### b) *Tramitación*

Con arreglo al artículo 4.º del Real Decreto-Ley, la aplicación de la amnistía requiere en unos casos petición formal y en otros habrá de decretarse de oficio, haya o no petición de la parte.

Será necesaria instancia de parte en las causas sentenciadas, estando cumplida, indultada o remitida la condena, sin que quede pendiente de ejecución ninguna principal o accesoria.

No será necesaria y se aplicará de oficio en los demás casos, es decir, en las causas todavía no sentenciadas y en aquellas en que alguno o algunos de los reos estén cumpliendo condena, sea de privación de libertad o de cualquiera otra índole.

En consecuencia, la intervención del Ministerio Fiscal podrá revestir dos formas:

Solicitud de aplicación de la amnistía en los casos que estime procedente su aplicación de oficio y dictamen sobre esa procedencia o improcedencia cuando se hubiere formulado instancia de parte o el órgano judicial se propusiere aplicarla de oficio.

En el despacho de las Fiscalías se dará absoluta preferencia a las causas con preso y a aquellas en las que los reos estuvieren extinguiendo condena de privación de libertad.

También distingue el Real Decreto-Ley, respecto a la forma de aplicación de la amnistía, según el estado procesal de las actuaciones:

En las causas en período de instrucción y mientras no se haya evacuado el trámite de conclusiones —que no deberá entenderse cumplido hasta que no hayan calificado todas las partes— mediante sobreseimiento libre de las actuaciones, entendiéndose que habrá de ampararse en el número 2 del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En las causas ya calificadas o sentenciadas, mediante resolución que declare extinguida la responsabilidad penal con arreglo al número 3.º del artículo 112 del Código penal.

La fórmula procesal es distinta en uno y otro caso, pero los efectos legales son, en sustancias, los mismos. Cualesquiera que sea la forma de su aplicación la amnistía borra el delito, hace desaparecer el carácter delictual de los hechos, extingue por completo la pena y sus efectos (art. 112, 3.º, del Código penal), hace desaparecer la responsabilidad criminal, extingue la acción penal y, estando dictada sentencia, anula totalmente la condena penal y su inscripción en los registros de antecedentes.

Aunque la sustanciación del incidente de aplicación puede ser breve, sobre todo si no se suscita oposición, habrán de respetarse las garantías que deben rodear decisiones de tanta trascendencia y la referencia del Real Decreto-Ley —«con sujeción a las normas procesales en vigor» (art. 5.º del Real Decreto-Ley)— nos conduce a las reglas que para el artículo previo de amnistía establecen los artículos 666 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aplicables directamente o por analogía, según la clase y estado de los procedimientos.

Los medios de impugnación a los que hace referencia el artículo 7.1 del Real Decreto-Ley habrán de ser los normales utilizables en los respectivos casos.

Contra los autos que dicten los Jueces municipales o comarcales en los expedientes de juicio de faltas, sobreseyendo las actuaciones o declarando la extinción de la responsabilidad penal, así como los que denieguen tales medidas, con arreglo al artículo 4.º del Decreto de 21 de enero de 1977, podrán impugnarse mediante recurso de apelación ante el Juzgado de Instrucción por los trámites que señala para las apelaciones de sentencia el artículo 13 y siguientes del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

En las Diligencias preparatorias del juicio en primera instancia ante los Jueces de Instrucción, cuando hubiere sido denegada o indebidamente aplicada la amnistía, podrán utilizarse los recursos de reforma y de queja con arreglo a lo prevenido en el artículo 787 de la Ley Procesal Penal.

En los sumarios por hechos comprendidos en la amnistía, tanto sean de urgencia como ordinarios, los Fiscales, tan pronto como sea posible, harán uso de la facultad que los confiere el artículo 622 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para instar su inmediata conclusión y remisión de lo actuado al Tribunal competente para poder pedir seguidamente el sobreseimiento libre si procediere.

La decisión de los Tribunales acordando el sobreseimiento o la extinción de responsabilidad podrá impugnarse por vía de casación, de acuerdo con lo establecido en el párrafo último del artículo 676 de la Ley Procesal Penal para los supuestos de aplicación de amnistía, si la decisión de instancia fuere denegatoria no procede recurso alguno, como previene el mismo artículo, y habrá de estarse a lo dispuesto en el 678.

## III

## EFECTOS DE APLICACIÓN DE LA AMNISTÍA

a) *Respecto a las responsabilidades civiles.*

Expresamente dispone el Real Decreto-Ley que en las infracciones amnistiadas quedará siempre a salvo la responsabilidad civil frente a los particulares, que podrá exigirse por el procedimiento que corresponda, y que, en todo caso, subsistirá el comiso del cuerpo y efectos del delito (art. 2.º).

Se cancelan, pues, las responsabilidades civiles frente al Estado y demás entes públicos, si bien, por razones obvias, sólo cabe entender comprendidas en esta abolición las correspondientes a la reparación de daño causado y a la indemnización de perjuicios, pero no la restitución de la cosa, pues esto supondría un despojo y un enriquecimiento injusto, contrarios al sentido ético de la disposición.

Respecto a los particulares, las resoluciones de aplicación de la amnistía habrán de limitarse a reservar en favor de los perjudicados las acciones que les puedan corresponder para su ejercicio ante los Juzgados y Tribunales de orden civil. En lo que se refiere a las piezas de convicción que tuvieren dueño conocido habrá de observarse lo dispuesto en los artículos 634 y 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como en el artículo 48 del Código Penal en lo relativo a los efectos decomisados.

Sin embargo, cuando la amnistía se aplicare a delitos o faltas que ya estuvieren condenados por sentencia firme, los pronunciamientos de ésta sobre responsabilidad civil en favor de particulares mantendrán todo su vigor y ejecutoriedad.

Las responsabilidades civiles y pecuniarias ya ejecutadas no serán en ningún caso objeto de revisión en razón de la amnistía, pues, como establece la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley, «no procederá indemnización ni restitución alguna en razón de las sentencias penales... comprendidas en la amnistía».

b) *Respecto a los antecedentes penales.*

Como dispone el artículo 6.º del Real Decreto-Ley, la resolución aplicatoria de la amnistía ordenará la cancelación de los antecedentes penales, a todos los efectos, aunque el condenado hubiere fallecido.

Desaparecida por mandato legal la naturaleza delictiva del hecho, deberán borrarse y quedar sin ningún efecto todas las menciones de la condena penal, igual que si ésta no hubiera llegado a dictarse.

## CONSULTA NUM. 3/1976

## b) Consultas.

## ANUNCIO Y VENTA DE ANTICONCEPTIVOS

ILMO. SR.:

Se ha recibido en esta Fiscalía su Consulta motivada por la apreciación jurídico-penal que deba darse a los siguientes hechos:

A) Determinada sociedad anónima, domiciliada en Barcelona, confió a una empresa de publicidad, de la misma capital la publicación de anuncios de anticonceptivos en periódicos nacionales; tal empresa trasladó a su vez el encargo recibido a una agencia de publicidad que radica en Madrid, dirigiéndose ésta a diferentes periódicos de provincias a fin de que insertaran el anuncio. La sociedad anónima que ordenó la inserción del anuncio enviaría contra reembolso los anticonceptivos a quienes lo solicitaran; esos productos eran suministrados por una empresa autorizada para su importación.

En un periódico de esa localidad se publicó el anuncio de anticonceptivos, hecho que determinó la incoación del correspondiente sumario, amparado en el artículo 416 del Código Penal.

Consta que ninguno de los directores de las agencias de publicidad intermediarias conocían el contenido ni la redacción del anuncio.

B) Con estos antecedentes, y hallándose el sumario en tramitación, la consulta abarca los siguientes extremos:

a) Si es procedente solicitar el procesamiento del director del periódico y del director-gerente de la sociedad anónima que ordenó la inserción del anuncio por el delito definido en el artículo 416 del Código Penal. El Fiscal que formula la Consulta reconoce que tal solución halla inconvenientes:

— De un lado, supone atribuir conjuntamente un mismo delito a personas entre las que no ha habido relación alguna.

— Por otra parte, como consta que hechos semejantes se investigan en otros Juzgados podría resultar que el director-gerente de la sociedad anónima sería objeto de varios procesamientos por el dato simple de escribir una carta a la agencia de publicidad solicitando la publicación de un anuncio.

— Y, en fin, también es un obstáculo el hecho de estar implicados varios directores de periódicos, lo que podría determinar soluciones de los diversos Tribunales.

b) Si es oportuno pedir la inhibición en favor del Juzgado de Instructor Decano de Barcelona, pues aquí se inicia la actividad delictiva y es además el lugar en que se halla el producto anunciado y donde realmente se vende, conducta a subsumir en el artículo 416, 3.º, del Código Penal. Esta tesis dotaría a la causa de un contenido pleno, conociendo un mismo Tribunal de la totalidad de las conductas (tenencia, venta y anuncio de los anticonceptivos), mas también presenta la dificultad de que se juzgarían hechos acaecidos siempre fuera de Barcelona.

c) Opta, en definitiva, por la necesidad de designar un Juez especial para todo el territorio nacional.

La exacta concreción típica del hecho condiciona indudablemente tanto la presunta responsabilidad de quienes hayan realizado un auxilio indirecto, a la no procreación como la competencia para conocer de la conducta que se analiza.

El artículo 416 del Código Penal comprende supuestos delictivos de distinta naturaleza, consistentes unos en ejecutar actos encaminados a provocar el aborto y otros que van dirigidos a evitar la procreación. Sin embargo, hay algunos medios o procedimientos comunes para la consecución de aquellos distintos fines, como son los enumerados en los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del artículo en cuestión, y otros los propiamente impeditivos de la procreación (medios anticonceptivos). Para lo que interesa aquí debemos tener en cuenta lo dispuesto en los números 2, 3 y 4 del artículo 416.

Centrado el tema en los medios anticonceptivos, el artículo 416, 2.º, tipifica la conducta del «negociante que los vendiere a personas no pertenecientes al Cuerpo médico o a comerciantes no autorizados para su venta».

En la estructura del artículo 416, 3.º, se comprende la oferta de venta, la venta y también a quien los anunciare en cualquier forma.

Y, en fin, el artículo 416, 4.º, de modo específico incluye el ofrecimiento en venta de los medios destinados a evitar la procreación.

Del análisis de las normas que preceden se llega a la conclusión de que los medios ejecutivos son variados.

— De un lado, hallamos en el núcleo delictivo actos de transmisión a título oneroso, como la promesa unilateral de venta a persona determinada (oferta de venta) y la venta perfecta o efectiva.

Hay que distinguir dentro de este grupo la venta a terceros indeterminados (art. 416, 3.º) y la venta a comerciantes no autorizados para su venta (art. 416, 2.º).

En los términos expender o suministrar del artículo 416, 3.º, como necesariamente no conllevan una contraprestación por el destinatario pueden tener cabida también las transmisiones a título gratuito.

— Conserva su tipicidad autónoma frente a la promesa de venta y a la venta consumada la simple oferta al público a través de anuncios en cualquier forma.

Relacionadas estas estructuras punibles con los hechos de la Consulta obtenemos las siguientes consecuencias:

— Que la empresa importadora suministró a la sociedad anónima medios anticonceptivos. Esta conducta está inserta en el artículo 416, 2.º, pues la sociedad anónima es comerciante social; la antijuricidad del hecho para la empresa importadora sólo estaría condicionada por la existencia o no de la autorización para revender en favor de la sociedad anónima adquirente de aquellos productos. Si se acredita la ausencia de esa autorización y el conocimiento por la importadora-vendedora de ese hecho el esquema delictivo y la participación parece claro.

— Consta el ofrecimiento de venta por la sociedad anónima a terceros indeterminados merced al anuncio de los productos anticonceptivos, hecho que tiene cabida en los números 3.º y 4.º del artículo 416.



En definitiva, puede concluirse así:

— En principio nos hallamos ante un supuesto delictivo del artículo 416, 2.º —venta por la Sociedad Importadora a la sociedad anónima, entidad no autorizada para revender—, consumado en Barcelona, recayendo la autoría en los órganos de la sociedad importadora.

También aparece con suficiente claridad otro delito que puede insertarse en el número 3.º del artículo 416 del Código Penal, dados los términos «o anunciare en cualquier forma», «de dicho artículo y, así, el anuncio que se hizo en el diario de esa capital de anticonceptivos debe perseguirse como delictivo, del que es autor el que solicitara la inserción del anuncio y también el director del diario en el que se publicó, puesto que «el director es responsable de cuantas infracciones se cometan a través del medio informativo a su cargo, con independencia de las responsabilidades de orden penal y civil que pueden recaer sobre otras personas, de acuerdo con la legislación vigente», según dispone el artículo 39, 1.º, de la Ley de Prensa e Imprenta 14/1966, de 18 de marzo.

La competencia se determina en este caso en esa capital, que es donde la solicitud del anuncio tuvo efectividad y donde el anuncio fue consiguientemente publicado.

De los hechos que se dicen cometidos en Madrid y Barcelona deberá solicitarse que se deduzca testimonio para perseguirlos ante los Juzgados de Instrucción competentes.

No parece aconsejable por ahora el nombramiento de un Juez especial para conocer de esta clase de hechos en todo el territorio nacional.

#### CONSULTA NUM. 6/1976

#### RESPONSABILIDAD CIVIL DEL COMPLICE DE UNA QUIEBRA

ILMO. SR.:

En la Consulta formulada por V. I. se plantea la cuestión de las responsabilidades civiles exigibles a un supuesto cómplice de quiebra fraudulenta procesado en sumario instruido por un Juzgado de la provincia, responsabilidades que no se relacionan con los actos personales de dicho procesado, pues resultaron fallidos en los efectos económicos que perseguía, sino por su posible carácter de responsable subsidiario por insolvencia del quebrado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 107 del Código Penal.

Del relato de hechos que comunica V. I. se desprende en sustancia que el quebrado, cuya insolvencia ha sido declarada fraudulenta por el Juez civil por estar su conducta incurso en los números 2.º, 3.º y 13 del artículo 890 del Código de Comercio y 891 del mismo texto, intentó, en perjuicio de los demás acreedores, anticipar el pago de una deuda por siete millones de pesetas, simulando, de acuerdo y con la colaboración del dicho cómplice, unas letras de cambio cuya ejecución pretendieron, llegando hasta el embargo y anuncio de subasta del patrimonio de la empresa quebrada, subasta que no llegó a celebrarse por la intervención oportuna de otro acreedor,

que promovió y obtuvo la declaración de quiebra. Añade V. I. que las pérdidas sufridas por los acreedores ascienden a ochenta millones de pesetas, refiriéndose sin duda a la diferencia resultante entre el activo y el pasivo del quebrado.

La posible responsabilidad subsidiaria del cómplice, así como la de las otras personas o entidades que V. I. indica, arranca en este caso concreto de que en el proceso penal sea procedente la exigencia e imposición de la responsabilidad civil principal al quebrado por el déficit de cobertura de los créditos contra la quiebra.

Son muy complejos los intereses y derechos que ataca o lesiona la quiebra, pues estas situaciones de insolvencia afectan gravemente a la economía pública, a la buena fe comercial, a la seguridad del tráfico mercantil y a los intereses de los trabajadores de las empresas; pero su caracterización legal en nuestro Derecho positivo, como delito contra la propiedad, señala claramente la índole patrimonial del bien jurídico protegido.

Ahora bien, el objeto directo de la conducta ilícita es el propio patrimonio del quebrado destruido o menoscabado por la gestión desordenada y antisocial de su propio titular o de sus administradores, conducta que afecta a los intereses y derechos de los acreedores en cuanto ilícitamente les priva o disminuye la garantía que aquel patrimonio constituye para la satisfacción de sus créditos.

Sin perjuicio de que en determinados casos, como el que contempló la Consulta evacuada por esta Fiscalía en 16 de febrero de 1974 (*Memoria Fiscal de 1975*, página 270), en el proceso penal hayan de abordarse responsabilidades civiles específicas, en general, todas las consecuencias económicas y patrimoniales de insolvencia se sustancian y resuelven ordenadamente en el proceso civil de quiebra, donde actúan sus derechos los acreedores y donde tiene lugar el reconocimiento, graduación y satisfacción en lo posible de sus créditos. La acción civil, por consiguiente, se ha ejercitado y viene actuándose en el proceso de ejecución universal, equivaliendo a una reserva de acciones como las previstas en el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues la Ley ha querido evitar, por incompatibles, la simultaneidad en el ejercicio de una misma acción civil ante los Tribunales del orden civil y del orden penal.

Por consecuencia, y en términos generales, el proceso penal de quiebra resulta privado de contenido civil y limitado al castigo del quebrado, culpable o fraudulento, y de sus cómplices.

Por otra parte, el ejercicio de una acción civil derivada simplemente de la situación de insolvencia, ejercitada conjuntamente con la penal y referida a la cobertura de esa insolvencia respecto a cada uno de los créditos contra el quebrado, sería gravemente perturbadora de los derechos que pretende amparar en cuanto la condena por tal título supondría un trato igualatorio, en posible contradicción con el resultado de la graduación realizada en la quiebra y de los derechos de los créditos privilegiados, o una duplicación innecesaria del título de las obligaciones o de la razón de exigir.

Los derechos de los acreedores en la ejecución universal son o habrán de ser debidamente calibrados y ordenados en el proceso civil, sin que apa-

rezca necesario ni siquiera posible que el proceso penal abarque y resuelva todas esas cuestiones.

Además, en tanto no se proceda a la liquidación de la masa de bienes de la quiebra no existirá certeza sobre la porción exacta de los créditos en lo que resulte fallidos, pues los datos que se manejan en la pieza de calificación y que son base del proceso penal responden normalmente a un período intermedio de desarrollo de la ejecución universal y son meramente estimaciones aproximativas de carácter global.

La sentencia de 24 de marzo de 1955 viene a sustentar esta doctrina al consignar «que las derivaciones económicas de la quiebra se discuten y deciden en el oportuno juicio civil» y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 4 de mayo de 1968 (civil), al establecer la autonomía de la jurisdicción civil en orden a la calificación de la quiebra y a los efectos y consecuencias puramente civiles dimanantes de sus declaraciones, así como la sentencia de 3 de mayo de 1967, según la cual la declaración de quiebra fraudulenta o culpable es presupuesto de perseguibilidad indispensable para la incoación de un sumario y formación de causa criminal en exigencia de responsabilidades de tal índole; más ello no supone, sigue declarando la citada sentencia, que las decisiones de la jurisdicción penal obstan a los acuerdos y declaraciones firmes adoptadas en el procedimiento civil de quiebra por los Tribunales civiles.

Aunque otras declaraciones jurisprudenciales, como las que al efecto se citan en la mencionada Consulta de 16 de febrero de 1974, discrepan en cierto modo de la doctrina señalada, la más segura y firme para los casos generales es la que aquéllas declaran.

En su consecuencia, y en el caso consultado, conforme con su propuesta, deberá V. I. al calificar la causa abstenerse de solicitar responsabilidad civil para el procesado como cómplice del delito de quiebra fraudulenta y solamente solicitar la pena que le corresponde, en vista de la pérdida ocasionada a los acreedores, conforme a lo dispuesto en el artículo 527 y concordantes del Código Penal.

#### CONSULTA NUM. 7/1976

#### PROCESO PENAL Y SUSPENSIÓN DE PAGOS

EXCMO. SR.:

Según la exposición y documentos remitidos por V. E., un Juzgado de esa capital instruye sumario en el que se ha decretado el procesamiento de dos individuos por indicios de fraude cometido en el ejercicio de sus actividades como administradores de cuatro sociedades anónimas y un lucro o beneficio de tales empresas que actualmente se encuentran en suspensión de pagos.

En el auto de procesamiento se manda que los procesados presten fianza en cuantía de seis mil millones de pesetas para asegurar las responsabilidades pecuniarias, que, en definitiva, puedan declararse procedentes y que

de no verificarlo se proceda al embargo de sus bienes en lo suficiente para cubrir dicha cantidad.

Del informe de V. E. se desprende que posteriormente se ha declarado la responsabilidad civil subsidiaria de las cuatro compañías anónimas y se ha decretado el embargo de bienes de tales sociedades por la expresada cuantía de seis mil millones de pesetas, con carácter solidario.

Con estos antecedentes plantea V. E. importantes cuestiones que afectan, unas, al procedimiento penal y, otras, al procedimiento de las suspensiones de pagos, cuestiones que conviene examinar separadamente porque corresponden a actividades distintas del Ministerio Fiscal, aunque, por exigencias de la unidad de nuestro Ministerio, es necesario que resulten coordinadas.

A) *Cuestiones que afectan al procedimiento penal.*

1.º *Acerca de si es procedente la responsabilidad civil subsidiaria tal como se ha declarado.*

De acuerdo con el parecer de V. E., resulta improcedente, y ello por las razones que V. E. expone, así como por otras que indudablemente las refuerzan y que también se derivan de la consideración legal de la relación entre los procesados y las compañías declaradas subsidiariamente responsables.

En primer lugar, según los datos que se exponen en el auto de procesamiento, no resulta explicado el criterio del instructor que le ha llevado a cifrar el importe de los fraudes en seis mil millones de pesetas, siendo este extremo de especial trascendencia y que requiere su debido contraste por el funcionario que por delegación de V. E. lleve la inspección del sumario, para, en su caso, solicitar la modificación de la expresada cifra de responsabilidad si, por su cuantía, reflejara inexactamente el alcance presumible de las responsabilidades civiles que puedan ser exigibles a los procesados por razón de los hechos que han determinado su procesamiento.

Conviene asimismo que se reconsidere el título de la decretada responsabilidad civil subsidiaria de las compañías que V. E. entiende se ha basado en las relaciones de dependencia a que se refiere el artículo 22 del Código Penal. Con arreglo al relato de hechos del auto de procesamiento, los procesados, mediante las operaciones que se suponen fraudulentas, atrajeron al patrimonio social un lucro ilícito. Ningún dato se consigna que permita deducir que hubiera otro enriquecimiento que el de las propias sociedades anónimas, y esto calificaría el carácter de la responsabilidad civil de tales personas jurídicas como principal y directa, conforme a lo dispuesto en el artículo 108 del Código Penal.

En cuanto a la responsabilidad civil, directa o subsidiaria, de las cuatro sociedades anónimas es claro, como V. E. subraya, que no está justificada la solidaridad entre ellas, puesto que son personas jurídicas distintas y ni los hechos cometidos en la gestión de una cabe que determinen responsabilidad de las demás ni resulta explicable que se exija responsabilidad a la que no se haya lucrado en las operaciones fraudulentas o no correspondan

a la esfera de sus negocios. Deberá interesarse, en consecuencia, que se determine en concreto la cifra de responsabilidad razonablemente presumible para cada una de las sociedades, partiendo del montante del fraude y del perjuicio que racionalmente se supone sufrido por los interesados en su consecuencia directa y no del volumen global de las operaciones de las empresas, pues éste incluye partidas que evidentemente se han desenvuelto en forma correcta o no han producido perjuicio fraudulento que pueda estimarse para el cálculo de las indemnizaciones presumibles de que hayan de responder los terceros civilmente responsables.

Así, no podrán computarse en la cifra de responsabilidades derivadas de los hechos que han dado lugar a los procesamientos.

— Los beneficios pactados y dejados de percibir del 12 por 100 a favor de los participantes a que se refiere el punto 7 del primer «Resultando» del auto, puesto que tal ofrecimiento se considera que fue el elemento engañoso empleado para conseguir la entrega del principal. Es más, de ese importe del principal y en disminución del reintegro habría de deducirse lo efectivamente percibido por tal beneficio del 12 por 100.

— El valor de los apartamentos a que se refiere el punto 8 del mismo «Resultando» que hayan sido entregados o estén a disposición de sus adquirentes.

— El importe de las cantidades a que se refiere el tercer «Resultando» que respondan a operaciones consumadas o que estén ya estimadas en los «Resultandos» anteriores.

Del auto de procesamiento se desprende también que, a juicio del instructor, las cuatro sociedades, «no obstante su independiente personalidad jurídica, en la realidad funcionaban como partes de un negocio único», que era dirigido por los procesados, titulares de la totalidad o casi totalidad de las acciones y, por consiguiente, del patrimonio social de las empresas.

La trascendencia económica de este hecho tendría su consecuencia procesal si el embargo de bienes de los responsables directos ha comprendido la totalidad de su patrimonio personal y, por tanto, las acciones de las sociedades anónimas de que son titulares.

Esto hace, además, innecesario acudir al criterio de solidaridad de todas las empresas de los procesados en base a la unidad subjetiva que deduce el señor Instructor, considerando que todos «son parte de un mismo negocio».

Ese criterio de solidaridad carece de apoyo legal. Jurídicamente cada empresa es una entidad, un capital y una responsabilidad distinta.

Y esto no es solamente un aspecto formal y aparente, sino una realidad que no puede destruir el razonamiento, pues frente a los acreedores y a quienes han contratado con la sociedad, su existencia independientemente, su patrimonio y su responsabilidad constituye la garantía que enmarca todas las operaciones y que, sin agravio a los derechos de terceros, no es posible desconocer.

En la suspensión de pagos, o si se sobreseyeran los expedientes, en la situación de quiebra a que puede conducir el estado de insolvencia de las sociedades, los acreedores están garantizados hasta donde sea posible por el patrimonio propio de la empresa y sus derechos resultarían injustamente

lesionados por la supuesta solidaridad que se pretende atribuir a cada compañía en deudas que pesan específicamente sobre otras.

2.º *Acerca de la procedencia del embargo de bienes del patrimonio de las empresas en suspensión de pagos.*

Nada se opone a que el Juez Instructor de la causa, al amparo de lo dispuesto en los artículos 589 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, decrete el embargo de bienes contra los responsables presuntos del hecho penal por sus posibles responsabilidades pecuniarias y, al amparo del 615 y siguientes del mismo texto, contra cualquier otra persona o entidad que pueda aparecer responsable civil directa o subsidiariamente por aquellos hechos, siendo indiferente la situación patrimonial de tales sujetos, tengan o no la libre disposición de sus bienes. Otra cosa es que en situaciones excepcionales, como el estado de suspensión de pagos o quiebra, puedan tales situaciones influir en la efectividad del embargo. En consecuencia, es correcta la medida cautelar adoptada por el Instructor para la traba de bienes, sin perjuicio de las consecuencias que respecto a ella se derivan del estado de suspensión de pagos del presunto deudor, consecuencias que corresponde resolver al Juez de la suspensión.

3.º *Sobre la compatibilidad del proceso penal y del expediente de suspensión de pagos.*

Conforme también con el criterio expuesto por V. E., son compatibles el procedimiento penal que se instruye y los expedientes de suspensión de pagos de las compañías cuya gestión desempeñaban los procesados y cuya titularidad les corresponde por ser poseedores de la totalidad o casi totalidad de las acciones en que está dividido el capital social de dichas sociedades.

Es claro, como V. E. dice, que un procedimiento penal por las estafas que puedan haber cometido los procesados y los procedimientos de suspensión de pagos por iliquidez o insolvencia de las empresas en que éstos desarrollaban las actividades propias de sus cargos directivos no están comprendidas en la hipótesis del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal porque no versan sobre el mismo hecho, sino sobre distintos hechos.

Es más, en ningún caso los procedimientos penales pueden causar la paralización del expediente de suspensión de pagos, pues, como establece la Circular de esta Fiscalía de 16 de noviembre de 1922, no son de aplicación en tales supuestos los artículos 114 y 514 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, el espíritu como la letra de la Ley Especial de 26 de julio de 1922 prohíben que el expediente sea suspendido o interrumpido por el planteamiento de incidentes o reclamaciones de cualquier índole (arts. 9 y 13). El estado de suspensión de pagos es una situación anormal, provisoria interina y transitoria que debe durar el menor tiempo y que, por consiguiente, no tolera dilaciones ni aplazamientos. La tramitación ha de ser lo más rápida posible para que conduzca con brevedad al convenio o al sobreseimiento del expediente. No

existe precedencia /del proceso penal respecto al expediente de suspensión, pero tampoco existe subordinación del procedimiento penal al procedimiento de la suspensión como no sea en lo relativo a la efectividad de las responsabilidades civiles y de las medidas cautelares del mismo sentido.

B) *Cuestiones que afectan al expediente de suspensión de pagos.*

1.º *Acerca de si la utilización del procedimiento de suspensión de pagos constituye fraude de Ley.*

La utilización del expediente de suspensión de pagos para eludir las responsabilidades que pudieran derivarse de una situación de quiebra fraudulenta o de otras posibles ilicitudes es objeto de estudio en la *Memoria Fiscal* del presente año (págs. 174 y siguientes), a cuyo contenido nos remitimos.

No obstante, conducir el caso a la hipótesis del artículo 6.4 del Código Civil no parece que acarree ninguna consecuencia jurídica.

Conforme a lo prescrito en dicho precepto, los actos ejecutados en fraude de Ley no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir. En este caso concreto apunta uno de los informes que V. E. acompaña que, «utilizando deliberada y fraudulentamente el procedimiento de suspensión de pagos para enmascarar actos delictivos se trata de eludir la aplicación del artículo 529 del Código Penal», y es claro que, instruido sumario por los hechos que pudieran ser incriminables en dicho artículo, el supuesto fraude de Ley ha sido frustrado y la aplicación de la norma que se supone trataba de ser eludida está siendo lograda, como dispone el artículo 6.4 del Código Civil.

2.º *Sobre la eficacia en el ámbito de la suspensión de pagos de los embargos decretados en el procedimiento penal.*

Son también valederas las razones que V. E. aduce en apoyo de la limitación de efectos que el Juez civil ha de conceder a los decretados embargos, sin que, por otra parte, esté facultado para examinar el fundamento de tal medida cautelar.

Han de hacerse compatibles por el Juez de la suspensión las medidas de intervención, administración judicial y cualquiera otras cautelares que se hayan adoptado o se adopten en el expediente de suspensión de pagos con otras medidas, cualquiera que sea su índole, que sobre los bienes de la empresa en suspensión de pagos puedan ser establecidas en procedimiento penal, incluso por aplicación del Decreto-Ley de 20 de octubre de 1969.

El carácter universal del procedimiento de suspensión y el principio de igualdad de los acreedores imponen en esa restricción. De otra manera resultarían injustamente privilegiados los acreedores de las responsabilidades civiles derivadas del proceso penal. En este sentido dispone la Ley de 26 de julio de 1922 que no son ejecutables las sentencias dictadas en tanto no se haya terminado el expediente de suspensión (art. 9) y esto alcanza igualmente a las condenas civiles dictadas por los Tribunales penales. Si esto es así res-

pecto de obligaciones establecidas por sentencia firme, cuanto más a las medidas cautelares que puedan acordarse en un sumario. Es claro y tajante a este respecto lo dispuesto en el párrafo 1.º del citado artículo 9 de la Ley Especial: «Desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos todos los embargos y administraciones judiciales que pudieran haberse constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados *quedarán en suspenso* y sustituidos por la actuación de los interventores mientras ésta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado...».

Si, conforme a este precepto, los embargos anteriores a la iniciación del expediente de suspensión de pagos quedaran en suspenso, carecería de sentido que pudieran surtir sus efectos los que decretaran después de iniciado el expediente.

Conforme con esa interpretación, la Audiencia Territorial de Barcelona, en Sentencia de 7 de junio de 1952, declara improcedentes los embargos y ejecuciones iniciados después de haberse tenido por solicitada la suspensión, añadiendo en apoyo de esa improcedencia que no podría tener eficacia siquiera el previo requerimiento de pago al deudor, pues si éste lo atendiera incurriría en responsabilidad penal, conforme el artículo 6.º de la Ley de 26 de julio de 1922.

Igualmente, la Sentencia de 28 de febrero de 1959 de la misma Audiencia reitera que, solicitada la suspensión de pagos, no pueden acordarse embargos ni despacharse ejecuciones contra los bienes del suspenso porque la suspensión de los que se encuentren en trámite terminantemente excluye la posibilidad de instar otras nuevas, y la de la Audiencia de Madrid —Sala 1.ª—, de 5 de octubre de 1967, niega hasta la posibilidad en tales circunstancias de que se entablen acciones ejecutivas.

Los derechos de los acreedores del suspenso quedan suficientemente amparados con la acción de los interventores y además puede completarla el Juzgado Civil de la suspensión dictando normas al efecto.

Y esas normas que señale el Juzgado Civil pueden comprender la suspensión y sustitución del comerciante, gerente o consejo de administración (art. 6) u otras precautorias, en relación con los bienes, que pueda interesar el Ministerio Fiscal, los acreedores personales o los interventores (artículo 20).

En su consecuencia, acomodará V. S. a las anteriores consideraciones las instrucciones que dicte a los Abogados Fiscales que intervienen, por su delegación, en el sumario y en los expedientes de suspensión de pagos para que se ajusten a las mismas en sus respectivas actuaciones.



## Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal en la Universidad a Distancia

### **Artículo 9.º, 9.º. Arrepentimiento espontáneo.**

La circunstancia atenuante 9.ª del artículo 9 se compone fundamentalmente de tres requisitos, a saber: a) *el objetivo*, o de dinámica reparadora, el cual se proyecta en tres sentidos: reparar o disminuir los efectos del delito, dar satisfacción al ofendido o confesar a las autoridades la infracción; b) *el psicológico o anímico*, según el cual, de modo espontáneo, es decir, por lo general, de «motu proprio», sin mediación, interferencia, inspiración, consejo, indicación u orden ajenos—a menos que coincidiera con la propia opinión o con el genuino criterio—, sino con decisión libérrima, nacida de la intimidad psíquica del agente, éste proceda de cualquiera de los tres modos antes enunciados, obrando así porque se halla contrito—aunque cabe también dolor de atrición según algunos sectores doctrinales y jurisprudenciales—, pesaroso, apesadumbrado y afligido por la perpetración del delito, deseando no haberlo cometido y lamentando haberse dejado arrastrar a su ejecución por un «ego» desorbitado y agresivo que ahora rechaza y desautoriza su conciencia, y c) *el cronológico*, conforme al cual la conducta reparadora o autodenunciadora de la que fue motor el autoreproche y el pesar del agente se lleve a cabo, inexcusablemente, *antes* de conocer la apertura del procedimiento judicial. (S. 3 junio 1977.)

### **Artículo 10, 1.º. Alevosía.**

La alevosía, que es circunstancia concomitante con la ejecución del delito contra las personas, puede apreciarse aunque no se haya premeditado utilizar ni buscado de intento, siendo suficiente que el culpable se aproveche del momento propicio para poner en práctica la idea criminal que ha brotado en su mente valiéndose de un medio, adoptando una forma o ejecutándola de un modo que se encamine directa y especialmente a asegurar la perpetración delictuosa sin riesgo para su persona que provenga de la defensa que pudiera hacer el ofendido. (S. 10 junio 1977.)

**Artículo 10, 1.º. Alevosía (compatibilidad con enajenación mental incompleta)**

Se ha venido declarando la compatibilidad entre la circunstancia agravante de alevosía y la eximente incompleta de enajenación mental, en atención a que ambas tienen campos distintos de concepción, actuación y manifestación, ya que, mientras que aquélla se refiere a los medios, modos y formas empleados y a aprovechamiento de la ocasión de indefensión, ésta atiende o se funda en la valoración psíquica del culpable, la que no constituye obstáculo para que concurra la libertad en orden a la elección de medios y al aprovechamiento referido. (S. 30 septiembre 197.)

**Artículo 10, núm. 15. Reincidencia.**

A partir fundamentalmente de la Sentencia de 29 de mayo de 1976, la doctrina de esta Sala, en torno al concepto de la reincidencia y doble reincidencia del artículo 10, núm. 15, del Código Penal, conforme a la reforma de 28 de noviembre de 1974 y las expresiones de los artículos 516 y 530 del mencionado Código «que los culpables fueren dos veces reincidentes», ha venido a polarizarse en los siguientes puntos fundamentales: 1.º Hay doble reincidencia, según el artículo 10, núm. 15, del Código Penal, cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado en una o varias sentencias por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo título del Código Penal. 2.º Tal noción es puramente formal y matemática: dos o más delitos de los comprendidos en el mismo título del Código Penal. 3.º La noción de doble reincidencia, con las consecuencias previstas en el artículo 61, 6.º, no se ha extendido expresamente ni al artículo 516, 3.º ni en el artículo 530, que hablan de que el culpable fuera dos veces reincidente en el mismo o semejante delito. 4.º Ser dos veces reincidente en un delito o semejante, supone una primera vez, bien declarada expresamente, bien que por la naturaleza de las penas, fechas de las sentencias y demás circunstancias concretas de cada caso, debió apreciarse judicialmente y tan fundamentalmente que exista el mínimo riesgo humano de error. 5.º Los términos generales del artículo 10, núm. 15, del Código Penal, en cuanto suponen una regla rigorista y contra reo es interpretación estricta y restringida, que no puede extenderse, más que a los casos taxativamente declarados por Ley. 6.º En suma, puede haber doble reincidencia según el artículo 10, y no concurrir el hecho de ser los culpables dos veces reincidentes, por falta de la primera declaración expresa de reincidencia. (S. 10 junio 1977.)

**Artículo 52. Penalidad (tentativa).**

El artículo 52 del Código penal otorga a los Tribunales la facultad de imponer a los autores de tentativa de delito la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, arbitrio judicial que como toda facultad discrecional no puede ser sometido a la censura de la casación, según reiteradamente viene declarando esta Sala, y al haber tenido en cuenta la Sala de instancia al dictar sentencia esta facultad dis-

crecional rebajando tan sólo un grado la pena correspondiente, se ajustó estrictamente al precepto que se supone infringido. (S. 13 junio 197.)

#### **Artículo 69. Delito continuado.**

La teoría del delito continuado se aplica, aunque se interfieran faltas en su conducta y bien favorezcan o perjudiquen al reo. (S. 13 junio 1977.)

El delito continuado no obedece ya, como en principio respondía, a razones de piedad—como invoca el recurrente—ni de política criminal, ni tiende a rigorizar los preceptos penales cuando su estricta ya aplicación conduzca a soluciones excesivamente benignas, sino que convierte lo plural en unidad tan sólo cuando es procedente tal unificación atendidas las circunstancias y naturaleza del caso y la presencia de los requisitos que perfilan y caracterizan a esta institución, y estos requisitos, unos objetivos y otros subjetivos, concurren en el caso enjuiciado: así, se da la pluralidad de acciones, en todas ellas se vulnera el mismo precepto punitivo, que es el artículo 535 del Código Penal, existe cierta relación espacio-temporal de las diversas acciones entre sí y es de apreciar, asimismo, unidad de propósito o resolución en el agente. (S. 21 junio 1977.)

#### **Artículo 112, núms. 3.º y 4.º. Derecho de gracia.**

El indulto y la amnistía como manifestaciones del llamado Derecho de Gracia figuran acogidas en el artículo 112 de nuestro Código Penal en su naturaleza de formas de extinción de la responsabilidad penal, pudiendo señalarse como rasgos distintivos de ambas, entre otros, el que la verdadera amnistía, o sea, la propia o anterior a la condena, extingue o borra el delito y todos los efectos del mismo y por ello puede ser concedido antes de la sentencia como acto de clemencia impeditiva de sus consecuencias, mientras que el indulto impida total o parcialmente la aplicación de una pena ya impuesta, constituyendo, por tanto, una institución de aplicación «post-sentenciam», según tiene ya declarado esta Sala en sentencias de 14 de enero de 1931, que expresa que los Tribunales vienen obligados a dictar sentencia siempre que hubiese acusación pública o privada, absolviendo o condenando a las personas responsables del hecho perseguido aunque éste se hallare incluido entre los que comprende un decreto de indulto, cuyos beneficios se otorgarán más tarde al condenado si fuera pertinente, por lo que resulta necesaria una resolución condenatoria previa, sin que en modo alguno pueda alcanzar dicha extinción a la acción mientras se halle en ejercicio. (S. 28 junio 1977.)

#### **Artículo 303. Falsedad en documento oficial.**

En la interpretación del artículo 303 del Código Penal y en relación con la expresión del precepto *documento oficial*, ha sostenido con reiteración esta Sala, que son oficiales en primer lugar aquellos documentos que para atender a las *necesidades o conveniencias del servicio* se expiden por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones; en segundo lugar y

jurisprudencialmente se extiende el concepto, en el sentido de que un documento privado unido a unas actuaciones oficiales, toman el carácter de éstos, porque aparentemente acreditan una situación amparada por el poder público, convirtiéndose en *documento apócrifo de carácter oficial*, induce a error respecto de su autenticidad y al tener contenido falso con el añadido falaz de elementos que le dan visos de legalidad, producen un grave quebranto al interés público y a las garantías de seguridad y protección que todo servicio oficial ofrece; en *tercer lugar*, se considera en general que son oficiales los documentos cuando se extienden en impresos verdaderos, falsamente rellenos, para presentarlos en oficinas públicas, provocando una actuación de éstas, sobre la base engañosa de tal falsedad, y más cuando se concretan posteriormente en la expedición por las mismas de título, carnet, o diploma que acreditan una condición de la que realmente se carece y que se montó sobre el artificio de la falsedad de los datos sobre los impresos habituales utilizados por aquélla. (S. 10 junio 1977.)

#### **Artículo 344. Salud pública.**

El artículo 344 del Código Penal, tal como quedó redactado por Ley de 15 de noviembre de 1971 al definir y sancionar el delito contra la salud pública, cometido por medio de drogas tóxicas o estupefacientes, tipifica, según doctrina de esta Sala, un *delito de riesgo* por el peligro inminente que supone contra la salud colectiva de la sociedad humana, que se consuma por la amenaza a dicha salud, aunque no se produzca daño concreto y, por tanto, no exige resultado lesivo, por lo que en general sólo admite formas de consumación. El delito se integra, de un lado, por un *elemento negativo*: ejecutar ilegítimamente los actos que sanciona, esto es, sin autorización legal, administrativa o reglamentaria, lo que supone en el fondo una *norma en blanco*, a rellenar en cada caso con las disposiciones administrativas de control de cada producto que sean pertinentes. Un *elemento objetivo* o actividad del sujeto que se integra por el cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general de las sustancias que enumera el Código. (S. 10 junio 1977.)

#### **Artículo 399. Malversación.**

El delito de malversación impropia o quebrantamiento de depósito a que se refiere el artículo 399 del Código Penal, presupone, en la concepción legal, una doble equiparación: por un lado, la establecida entre los bienes embargados secuestrados o depositados por la Autoridad Pública, aunque pertenezcan a particulares, con los efectos o caudales públicos a los que se refieren los demás artículos incluidos en el Capítulo X del Título VII del Libro II del Código Penal y, a su vez, por otro lado los depositarios o administradores con los funcionarios públicos, de ahí, que como ha declarado este Tribunal, entre otras, en sentencias de 25 de febrero de 1974, 2 de octubre de 1975 y 21 de junio de 1976, el delito se consuma, cuando los referidos particulares, temporalmente investidos del rango de la función pública,

realizan cualquiera de las conductas enumeradas en el artículo 394 y siguientes del propio Código. (S. 28 septiembre 1977.)

#### **Artículo 422. Lesiones menos graves.**

El artículo 422 del Código Penal concede una opción al Tribunal para imponer las penas correspondientes a las lesiones menos graves: opción que se pone de manifiesto con las frases del Código: «según el prudente arbitrio de los Tribunales», y esta opción tiene dos términos: arresto mayor uno de ellos o destierro y multa de diez mil a cincuenta mil pesetas, el segundo; si el Tribunal opta por el primero, le está vedado agregar la sanción pecuniaria (Sentencia de 24 de mayo de 1948). Esto como regla general. Mas en el segundo párrafo, elimina el Código la facultad del Tribunal y señala una regla obligatoria si la lesión se causa con intención manifiesta de injuriar o con circunstancias ignominiosas «se impondrá», dice el precepto, además del arresto la multa antes indicada. Este párrafo segundo, por su carácter agravado, es de interpretación restrictiva y, por tanto, para que pueda aplicarse es obligatorio que el Tribunal de instancia no sólo ponga de relieve en los hechos, donde radica la intención manifiesta de injuriar o cuáles son las circunstancias ignominiosas, sino que además lo declare expresamente, o sean aquéllas, unas y otras, de tal entidad que no pueda por menos de concluirse—so pena de negar la evidencia—que hubo intención manifiesta de injuriar o que las circunstancias en que la agresión y las subsiguientes lesiones se produjeron eran infamantes para el que las sufrió. (S. 29 septiembre 1977.)

#### **Artículo 441. Rapto.**

Este precepto, que tutela esencialmente tanto el honor familiar como la honestidad de la víctima, supone un alejamiento de apreciable duración del hogar familiar, que unido a la edad de la mujer, fijada en el Código (más de dieciséis años, y menos de veintitrés), aunque medie su anuencia que el Código no da validez, por considerarla incapaz de consentir, a tales fines, y a la voluntad delictiva del autor, abarcando en su dolo criminal, tanto el conocimiento de la edad, como la de apartar a la menor de la esfera de protección familiar, integran el delito contemplado. (S. 5 octubre 1977.)

#### **Artículo 487. Abandono de familia.**

Tal delito ha de ser calificado como uno de los denominados permanentes, en los que la situación antijurídica creada en virtud de uno de tales actos iniciales prosigue desarrollándose sin interrupción en su consumación, ante la actitud aún pasiva del sujeto activo, quien podría en cualquier momento hacerla cesar voluntariamente, con lo cual en la vida de la infracción que nos ocupa, pueden distinguirse claramente dos fases: una la realización del hecho descrito en la Ley como inicio del ataque al bien jurídico tutelado, descrita en los números 1 y 2 del citado precepto, denominada por parte de la doctrina científica fase de comprensión, y otra de mantenimiento de la

situación creada en la que se perpetúa el abandono, con lo que en realidad no existe un momento consumativo como en el llamado delito instantáneo, sino un período consumativo que va desde el inicio de la comprensión hasta la cesación de la misma, durante el cual, al persistir los elementos objetivos y la intencionalidad, el delito se está consumando en todo momento, por lo que aparece claro que el término de la prescripción no empieza a correr hasta la cesación de tal estado o situación. (S. 2 junio 1977.)

#### **Artículo 489 bis. Omisión del deber de socorro.**

Los requisitos actuales del delito son los siguientes: a) que se halle una persona *desamparada*, es decir, que no pueda auxiliarse por sí misma ni obtener auxilio ajeno; b) en peligro *manifiesto*, esto es, ostensible, visible y fácilmente perceptible, y *grave*, es decir, que no se encuentre en estado de leve riesgo o de simple incomodidad, sino afrontándolo y sufriendolo de modo trascendente e importante, con padecimiento relevante y que ponga en evidente peligro su vida o integridad corporal; c) falta u *omisión de auxilio* o socorro por parte del agente; d) que no corra dicho agente, al prestar el auxilio, *riesgo* alguno, ni gravite dicho riesgo sobre un tercero; e) que el agente no se encuentre *imposibilitado* de prestar la ayuda necesaria por causa justificada; f) que el accidente o suceso en el que haya resultado víctima, lesionado u ofendido, haya sido ocasionado, determinado y *causado por el omitente*, y g) dolo, esto es, que el agente referido se represente o tenga conciencia de la situación de desamparo y gravedad manifiesta del ofendido y, a pesar de ello, se haya abstenido voluntaria, maliciosa e intencionadamente de socorrerle y auxiliarle o de proporcionarle ayuda ajena con todos los medios a su alcance. (S. 3 junio 1977.)

#### **Artículo 504, núm. 2.º. Robo con fuerza en las cosas.**

La fractura de *puerta o ventana* ha de interpretarse en función de todo el artículo y del sistema en que descansa la regulación actual; es decir que ante la *fractura de escaparate* como modo de perpetrar el robo llegaremos a la misma conclusión: la paridad de protección jurídica exige que si un hueco o abertura como la ventana, sea de luces o vistas, lo más genérico, la tiene en cuenta la Ley en el delito de robo, un escaparate, abertura de finalidades aún más específicas, pueda acogerse a la misma protección, y es que si la Ley protege las estructuras más elementales contra la fuerza que sobre ellas puede ejercerse (pared, techo, suelo) y sus puntos más vulnerables (puertas o ventanas), forzoso es incluir el escaparate como parte integrante del muro o pared, o como solución de continuidad del mismo. (S. 2 junio 1977.)

#### **Artículo 505. Robo (escala de penas).**

La escala de penas del artículo 505 del Código Penal tomo en cuenta: a) el valor de los objetos robados cuando se realizó la sustracción; b) en modo alguno por el lucro o beneficio obtenido por el sujeto activo del delito;

c) sino el correlativo perjuicio sufrido, cuando el delito de consumo, en el patrimonio económico del perjudicado; d) ya que la recuperación posterior de aquéllos total o parcialmente, cuando lo fue tras el desarrollo completo o la perfección del acto delictivo, repercutirá únicamente en la responsabilidad civil, pero en manera alguna trascenderá a la pena señalada para el caso respectivo, según constante doctrina de esta Sala. (S. 10 junio 1977.)

**Artículo 516 bis. Utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos (consumación).**

La consumación del delito de robo de uso, o de utilización ilegítima mediante fuerza del coche, puesta en marcha y recorrido de unos metros, en cuyo momento fue sorprendido por el dueño del vehículo y recuperado, no puede negarse que el acusado, en este peculiar delito tipificado por la «mera utilización», llegó a disponer del vehículo sustraído con el propósito finalístico de usarlo por cierto tiempo, pero no definitivamente; basta la utilización, aunque sea momentánea, pues la Ley no distingue si lo es por más o menos tiempo, por lo que viene a ser autor de delito consumado el que se apodera y utiliza el vehículo; y si se pondera que del mismo se había apoderado para usarlo y que llegó a utilizarlo, es indudable que realizó todos los actos necesarios para la consumación. (S. 13 junio 1977.)

**Artículo 535. Apropiación indebida.**

La Sala de lo Civil de este Tribunal ha venido declarando de manera constante la validez del pacto de reserva de dominio que las partes puedan insertar en un contrato de compra-venta, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil, en virtud del cual, pueden privar a la entrega material de la cosa vendida de los efectos ordinarios o normalmente traslativos de la «traditio», cuya operatividad pospone al momento en que se verifique el completo pago, de modo, que en el intermedio el comprador se constituye en mero depositario de la cosa, de ahí pues, que esta Sala, de manera reiteradísima también, haya venido sosteniendo, que cuando el comprador, antes de que se haya cumplido la condición suspensiva del completo pago, e incumpliendo la prohibición de disponer, vende la cosa, aprovechándose lucrativamente del precio obtenido, en perjuicio del vendedor que deja de percibir la parte de precio aplazada y aún no satisfecha, comete el delito de apropiación indebida, en cuanto que, poseyendo la cosa por uno de los títulos posesorios expresamente aludidos en dicho precepto transforma la lícita posesión de la misma en la ilícita propiedad, con el consiguiente perjuicio para el sujeto pasivo. (S. 11 junio 1977.)

**Artículos 565, 586 ,núm. 3.º, y 600. Imprudencia.**

El Código Penal tipifica en su artículo 565 dos modalidades delictivas de imprudencia, que completa con las simples faltas de los artículos 586, número 3.º, y 600, teniendo todas ellas análoga naturaleza, graduando su mayor

o menor intensidad y gravedad según sea el «quantum» de previsión y racional cautela dejada de observar en el obrar humano, mas como dicho cuerpo legal punitivo no define o delimita el contorno y alcance de cada una de ellas, que no se diferencian entre sí por su índole específica, sino por la relevancia y trascendencia del deber objetivo de cuidado omitido, como de consumo reconocen la doctrina y la jurisprudencia, la mensuración de la culpa ante cada supuesto enjuiciado ha de deducirse conjugando la entidad de los dos factores primordiales que la integran: *el intelectual o psicológico* dependiente del poder y facultad de precisión del agente, para conocer y evitar el riesgo o peligro susceptible de producir un resultado dañoso, y, *el normativo o reglado*, constituido por la infracción de disposición o precepto reglamentariamente establecido con carácter obligatorio de observancia general. S. 10 octubre 1977.)



# De la apropiación indebida.

## Exegesis Jurisprudencial

J. HIJAS PALACIOS  
Magistrado del Tribunal Supremo

### CONSIDERACIONES PRACTICAS EN ORDEN AL CODIGO PENAL

#### INTRODUCCION

La dinámica de los tiempos en que vivimos exige del profesional tener a su mano un instrumento útil de trabajo, que en breve resumen le ofrezca el cuadro más completo de las soluciones que necesite para cada caso concreto.

Por eso esta serie de artículos y comentarios al Código Penal tienden a ofrecer al Jurista la solución rápida de sus consultas, con base de cuadros esquemáticos de todas aquellas resoluciones más modernas del Tribunal Supremo sobre cada uno de los problemas planteados. E inmediatamente, tras la solución esquemática, la solución «in extenso» desarrollada por la doctrina jurisprudencial.

Tienden, pues, estas líneas a afrezer a través de cada artículo del Código Penal, su exégesis jurisprudencial, primero en forma concisa, luego con detalle y apoyo en las sentencias más significativas, destacadas y modernas del Tribunal Supremo, con algún aporte doctrinal cuando fuere menester para que el Jurista se mueva con seguridad en cada una de las materias consultadas.

Si tras ahorrar tiempo, contribuimos a que se muevan los estudiosos prácticos del Código con firmeza, habremos logrado el objetivo propuesto, además de poner al alcance del Jurista un instrumento que sea auténticamente práctico y eficaz en su tarea.

#### **Artículo 535. De la apropiación indebida.**

*«Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528 y, en su caso, con las del 530, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión, administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.»*

*«Las penas se impondrán en el grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario.»*

# INDICE JURISPRUDENCIAL

## I. EVOLUCION LEGISLATIVA:

Códigos de 1822, 1848, 1870, 1932 y 1944: Sentencia número 1.

## II. REQUISITOS GENERALES:

- A) 1. Posesión legítima del agente.
- 2. Dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble.
- 3. Recibidas en depósito, comisión, administración.
- 4. Con ciertas facultades de autónoma disposición.
- 5. Sin cancelación restitutoria o no restitución.
- 6. Por abuso de confianza, rompiendo lealtad por acto ilícito.
- 7. Animo de lucro defraudatorio.
- 8. Con el correlativo perjuicio.
- 9. Incorporándola, antijurídicamente, al patrimonio del agente.
- B) 1. Posesión legítima de las cosas.
- 2. Trocada en propiedad antijurídica.
- 3. Infidelidad en la custodia o mandato.
- 4. Mediante enajenación, gravamen, cesión.  
Sentencias números 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 88.

## III. DOS ETAPAS EN SU PERFECCION:

- 1.º Contrato civil o mercantil válido, con base en la confianza.
- 2.º Actuación antijurídica.  
Sentencias números 15, 16, 17.

## IV. RESUMEN DE LOS REQUISITOS DEL DELITO:

- 1. Lucro ilícito.
- 2. Abuso de confianza.  
Sentencias números 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24.  
Sentencia número 24 bis.
- 3. Esta confianza no es la personal.

## V. MODALIDADES:

- 1. Es modalidad específica de la estafa.
- 2. Puede ser:
  - a) apropiarlas.
  - b) distraerlas.

- c) **negar haberlas recibido.**  
**Sentencias números 25, 26, 27.**

**VI. ANIMO DE LUCRO:**

- 1. **Se presume, como en todo delito.**
- 2. **Es elemento de la acción, más que de la culpabilidad.**
- 3. **Dolo esencial es el abuso de confianza.**  
**Sentencias números 28, 29, 29 bis, 30.**

**VII. SEMEJANZA CON LA MALVERSACION:**

**Sentencia número 31.**

**VIII. TITULOS POR LOS QUE SE DAN LAS COSAS:**

- 1. **Dueño.**
- 2. **Poseedor.**
- 3. **Mero deñentador del dominio útil.**  
**Sentencias números 32, 33, 34.**
- 4. **Casos de duda: 35.**

**IX. CONTRATOS POR LOS QUE SE RECIBEN:**

- 1. **Depósito.**
- 2. **Comisión.**
- 3. **Administración.**
- 4. **Cualesquiera otros títulos.**
  - a) **con obligación de entregar o devolver.**
  - b) **negar haber recibido las cosas.**  
**Sentencia número 36.**
- 5. **La enumeración del Código es enunciativa o abierta.**  
**Sentencias números 37, 38, 39.**

**X. DEPOSITO:**

- 1. **Empleados con misión de custodiar: Sentencia número 40.**
- 2. **Arrendatarios de coche: Sentencia número 41.**
- 3. **Usufructo de tractor: Sentencia número 42.**
- 4. **Ventas a plazos con reserva de dominio: Sentencias números 43, 44, 45, 46.**
- 5. **Bancos de descuento, depósito irregular: Sentencia número 47.**
- 6. **Procuradores de Tribunales: Sentencia número 48.**

**XI. COMISION:**

- 1. **Comisión mercantil: Sentencias números 49, 50, 51, 52, 53.**
- 2. **Apoderamiento de muestrarios: Sentencia número 54.**
- 3. **Comisión de venta: Sentencia número 55.**

**XII. ADMINISTRACION:**

1. **Presidentes y Secretarios de Consejo de Administración:** Sentencia número 56.
2. **Gerentes de Empresas:** Sentencia número 57.
3. **Gestores de Cooperativas:** Sentencias números 58, 59, 60.
4. **Condominio. Cuándo un condominio es administrador o depositario:** Sentencia número 61.
5. **Sociedad.—Si un socio es administrador:** Sentencias números 62, 63, 64, 65.

**XIII. OTROS TITULOS:**

1. **En traspaso de local:**
  - a) el precio del traspaso.
  - b) si el arrendador ejerce el derecho de tanteo.
  - c) el arrendatario tiene obligación de devolver: Sentencia número 66.
2. **Prestaciones de la Seguridad Social:** Sentencia número 67.
  - a) no abordar al beneficiario: Sentencia número 68.
  - b) retenida la cuota obrera por la Empresa.
  - c) si no la ingresa en el Instituto Nacional de Previsión: Sentencia número 69.
3. **Décimo de lotería:**
  - a) luego premiado.
  - b) sobre el valor del décimo.
  - c) la esperanza del premio: Sentencia número 70.
4. **Promoción viviendas y Ley 27 julio 1968:**
  - 1) Incumplimiento de afianzar.
  - 2) De crear cuenta separada.
  - 3) No iniciar obras en plazo.
  - 4) No entregar obras en plazo.
  - 5) No devolución intereses.
  - 6) Insolvencia total.  
Sentencias números 71, 72, 73, 74, 75, 76.

**XIV. CONSUMACION DEL DELITO:**

1. **En el acto de disposición de dinero o cosas.**
2. **Aunque posteriormente se devuelvan.**
3. **Sólo afectaría a la responsabilidad civil.**  
Sentencias números 77, 78, 79, 80, 81, 82.
4. **Por medio de letras de cambio:** Sentencia 82 bis.

**XV. COAUTOR DE APROPIACION:**

1. **Aunque no se hayan recibido las cosas por los títulos indicados.**
2. **Se coopera a la apropiación del que las recibió.**
3. **Coautor necesario:** Sentencia número 83.

**XVI. NO SE DA APROPIACION INDEBIDA:**

1. **Cuando hay pendiente liquidación de cuentas: Sentencias números 84, 85.**
2. **En arrendamiento de obras: Sentencia número 86.**
  - a) **si recibido el precio.**
  - b) **no se aplica a la obra.**
  - c) **habría incumplimiento civil: Sentencia número 87.**

**XVII. DIFERENCIAS DEL HURTO CON ABUSO DE CONFIANZA:**

**Apropiación: Necesita posesión previa. Recibir la cosa para un fin dejándolo de cumplir.**

**Hurto: No hay traspaso de la posesión. Las cosas tienen que ser sustraídas. Sin o contra la voluntad del dueño. Tomar cosas que no se poseían. Sentencias números 88, 89.**

**Los empleados con misión de custodia cometen apropiación, no hurto. Sentencia número 90.**

**XVIII. APROPIACIONES DE MERO USO:**

- a) **Es atípica.**
- b) **Porque no hay ánimo de retención definitiva.**
- c) **Siempre que conste de manera concreta.**
- d) **Que hay una simple morosidad. Sentencias números 91, 92, 93.**

**XIX. REINTEGRO POSTERIOR:**

**Sólo afecta a la responsabilidad civil. Sentencia número 94.**

**I. EVOLUCION LEGISLATIVA**

1. Que el delito de apropiación indebida, confundido con frecuencia en la doctrina y en las legislaciones con el delito de estafa o con el de hurto, tuvo alguna manifestación de autonomía en el *Derecho histórico español*, como en la *Partida Quinta*, donde, con trascendencia meramente civil, en la Ley VII, de su título VII, se habla de «aquel que niega que recibió los condesijos» y con la terminología afrancesada o gala de «los abusos de confianza» adquirió sustantividad en el *Código Penal de 1822*, que le dedicó los artículos 773 a 779, perdiéndola después en el *Código de 1848*, donde una figura se incluyó en el artículo 441, núm. 1.º, entre las estafas y otras en el artículo 426, párrafo 2.º, entre los delitos de hurto y en los *Códigos de 1870 y 1932*, donde ocupaba el quinto número del artículo equivalente al actual 529 (548 y 523, respectivamente), reputándose por tanto como una figura de estafa, hasta que en el Código de 1944, aunque dentro de las defraudaciones se independizó de las dichas estafas, pasando a constituir un delito autónomo y a integrar el artículo 535, si bien con el «nomen», tomado del Derecho italiano, de apropiación indebida. (Sentencia de 25 de febrero de 1974.)

## II. REQUISITOS GENERALES

2. Supone el delito de apropiación indebida: *una posesión legítima otorgada sobre dinero, efectos o cosas muebles en favor del agente y recibida por título de depósito, comisión o administración u otro que produzca obligación de entregarlas o devolverlas, con ciertas facultades de autónoma disposición, que al llegar el momento de la cancelación restitutoria, no se produce como resultaba obligado, porque aquél, abusando de la confianza en él depositada y rompiendo la lealtad debida, con ánimo de lucro defraudatorio* determinante del correlativo perjuicio, dando vida a un injusto enriquecimiento, la incorpora antijurídicamente a su patrimonio por acto de despojo impropio que transmuta definitivamente la posesión legítima en propiedad ilegítima con detrimento del verdadero dueño. (Sentencia de 30 de junio de 1970.)

3. *Contra el injusto enriquecimiento* que supone el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal se articula sobre la necesaria presencia de un *acto antecedente del sujeto pasivo* que en medio de su libre voluntad *transfiere su derecho de señorío, de mera tenencia o material posesión* sobre la cosa, al agente que la reciba en medio de ciertas facultades de autónoma disposición, precisamente en *posesión resolutoria* temporalmente y por uno de los *títulos* que señala la norma, *incumpléndose* posteriormente la normal *restitución*, porque por acto ilícito o de autoridad propia, prohibida, *transmota el sujeto activo su precaria posesión en dominio antijurídico* o adueñamiento, rompiendo la confianza depositada *con ánimo defraudatorio* y correlativo perjuicio, que significa un injusto despojo. (Sentencias de 1 de junio de 1970 y 3 de octubre de 1973.)

4. **Requisitos esenciales:** 1.º Que el sujeto activo del delito *reciba dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble*, en calidad de *depósito, comisión, administración* o por cualquier otro título que le obligue a realizar cualquiera de los actos que se especifican a continuación. 2.º Que esta *obligación sea conservarlos o devolverlos* a la persona o entidad concreta y determinada. 3.º Que una vez en su poder el dinero o los efectos sobre los que recae el delito —con tenencia y posesión lícita en virtud de título obligatorio, aunque sin facultades de disposición—, el sujeto mediante *actuación antijurídica, se apropia o distrae lo recibido*, o niega haberlo recibido, interviniendo ánimo de lucro en semejante operación. 4.º Que la actuación dolosa del agente se causa o produzca un perjuicio ajeno; es decir, un quebranto patrimonial determinado o susceptible de determinarse. (Sentencias de 15 de junio de 1970, 19 de enero de 1971, 10 y 19 de mayo de 1972, 15 de junio de 1972 y 31 de enero de 1973.)

5. **Un vínculo jurídico básico. Contrato civil o mercantil.**—El texto del artículo 535 es de tan meridiana claridad que fluyen de su letra y de su espíritu, de manera natural aquellos requisitos que integran el delito de apropiación indebida y que, por orden de concreción en el tiempo se pueden

establecer así: 1.º Que el sujeto activo del delito esté *ligado por vínculo jurídico* con otra persona en virtud de títulos como el de depósito, comisión, administración o cualesquiera otros de donde dimanen sus obligaciones. 2.º Que en virtud de tales contratos *reciban* de la persona con la que se vincularon jurídicamente dinero, efectos o cualesquiera otra *cosa mueble*. 3.º Que *su obligación*, respecto de tales efectos, *sea la de conservarlos o devolverlos* a su dueño o *entregarlos* a persona o entidad, para fines concretos y determinados, que se derivan de la naturaleza del contrato. Hasta este punto *nos encontramos ante un contrato* civil o mercantil, válida y perfectamente constituido, por virtud del cual el depositario, comisionista, administrador u otro titular de obligaciones reciben y poseen las cosas lícitamente, porque se las entrega el titular legítimo que tiene facultades de desplazamiento de la posesión y haciendo uso de las mismas y descansando ordinariamente en la confianza propia de los contratos y relaciones jurídicas enumeradas, hace pasar aquéllas a los mismos con las limitaciones propias de la esencia de los contratos y con las obligaciones al conservar, devolver o entregar. Así cubierta esta primera etapa, de encaje jurídico adecuado, el sujeto activo del delito comienza su antijurídica actuación que desemboca en el 4.º de los requisitos precisos para la producción del delito: *Se apropia o distrae lo recibido o niega* que lo haya recibido convirtiendo así su posesión legítima en disposición antijurídica. 5.º Guiado, como es natural, del *ánimo de lucro*, elemento subjetivo de la culpabilidad. 6.º Produciendo un perjuicio patrimonial al dueño, poseedor o persona de quien recibió los efectos distraídos. (Sentencia de 20 de marzo de 1973.)

**6. Un contrato laboral.**—Que si el recurrente, como dicen los hechos, prestaba sus servicios a XXX en calidad de encargado del almacén de exportación y por tal título vendió en enero de 1972 dos camiones de uva de desecho por precio de 28.756 pesetas uno y 20.356 pesetas el otro, y en lugar de abonar su precio al dueño se quedó con el importe de la compraventa, es claro que se ha cometido el delito previsto y penado en el artículo 535 del Código Penal que inútilmente se combate, puesto que, en virtud del *contrato laboral que unía al encargado* con el dueño, aquél procede, con plenas facultades jurídicas, a la venta indicada y a la percepción del precio, y hasta este instante las relaciones son normales, desenvolviéndose en el campo del Derecho mercantil de acuerdo con la naturaleza del contrato que les vinculaba. En virtud de ello, el recurrente poseía tal precio legítimamente; más consecuencia de su conducta ilícita y antijurídica tuerce dolosamente el destino natural que al precio debía dar e interviniendo *lucro ilícito y abuso de confianza* procede a adueñarse del dinero, viciando la posesión legítima que transforma en propiedad antijurídica, con el consiguiente perjuicio para su legítimo dueño, cuya confianza recibida se ve defraudada por la infidelidad de su administrador que se apropia de aquél. Y así quedan perfilados cuantos requisitos son precisos, según el artículo 535 del Código Penal para surgir el delito de apropiación indebida, con lo cual debe concluirse que se aplicó rectamente, y ello motiva la desestimación del recurso. (Sentencias de 7 de noviembre de 1973, 12 de diciembre de 1973 y 28 de febrero de 1974.)

**7. Cosas de ajena pertenencia.**—El delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal se comete cuando la *persona que recibió la posesión legítima* sobre dinero o *cosa mueble* por alguno de los títulos fiduciarios determinados, no exhaustivamente en la norma dicha, *con facultades de autónoma disposición* al llegar el momento de la cancelación restitutoria, no la efectúa, por haber *transmutado ilegítimamente* la mera tenencia en *propiedad antijurídica, con ánimo de lucro*, rotura de la lealtad debida y *enriquecimiento injusto*.

El cambio esencial que el agente ha de realizar en la apropiación indebida, trocando la posesión diferida en dominio prohibido, supone, aunque de forma directa, no lo precise el artículo 535, que el *dinero, efectos o cosas tengan que ser ajenas* o pertenecientes al perjudicado, pues se trata de un presupuesto del injusto típico, de imperativa o necesaria manifestación, *yá que no es posible adueñarse* de cosa propia, y únicamente de la que pertenece a otro, por lo que indudablemente la *ajeneidad de los objetos* es el núcleo del antijurídico penal de este delito. (Sentencia de 11 de diciembre de 1973.)

**8. Ruptura de la lealtad o de la fidelitas, con ánimo de lucro.**—En el delito de apropiación indebida, el agente comienza ordinariamente su contacto con la cosa apropiada por una *posesión legítima* sobre dinero o cosa mueble, por *título* de depósito, comisión, administración o cualquier otro que produzca la obligación de entregarlo a tercero o devolverlo al dueño legítimo, teniendo por tanto ciertas facultades de disposición autónoma sobre aquéllos, nacidas de su *posesión autorizada* por el verdadero *domino* de las cosas y dinero; pero al llegar el momento de la cancelación, entrega o devolución no se produce el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato o título por el que se recibió la posesión; antes por el contrario, el agente *abusa de la confianza debida y con ruptura total de la lealtad* que de su conducta se esperaba, con ánimo de lucro fraudulento, que ocasiona el correlativo perjuicio del destinatario o dueño de las cosas o el dinero, lo incorpora antijurídicamente a su patrimonio, operando de esta forma una transformación de la posesión legítima, en propiedad antijurídica en perjuicio del dueño. (Sentencias de 14 de diciembre de 1973, 5 de abril, 8 de abril, 21 de mayo, 15 de junio y 19 de diciembre de 1974.)

**9. Requisitos esenciales.**—Esta figura delictiva, a la que la doctrina germánica conoce con el nombre de «infidelidad», *precisa para que concurra*: 1.º Que en cuanto *al objeto*, se trate de dinero, efectos u otra cosa mueble. 2.º Que éstos se entreguen al futuro agente, el que los *recibe en calidad de comisión, depósito, administración o cualquier otra título* de igual o parecida significación, que le convierta en poseedor inmediato y por regla general en nombre ajeno, pero siempre legítimo. 3.º Que *subvirtiendo las facultades que como poseedor* le corresponden y *abusando o traicionando la confianza* en él depositada y aprovechando las facilidades que el contacto físico con la cosa de que se trate y la apariencia jurídica le deparan, *asuma facultades de disposición* que sólo son genuinas y propias del dominio, haciendo suyas las cosas recibidas de su principal, incorporándolas a su patrimonio, dispo-



niendo de ellas en provecho propio, o dándoles un destino diferente del convenido y dispuesto a virtud del título constitutivo de la relación jurídica de que se trate o negaren haber recibido tales bienes. 4.º *Un perjuicio económico* para el dominus principal, comitente, mandatario, comodante o, en general, persona dueña o poseedora de superior rango de los objetos que confiadamente se entregó al agente. 5.º *Animo de lucro* o intención de obtener cualquier clase de beneficio, ventaja o utilidad. (Sentencias de 25 de febrero de 1974 y 28 de febrero de 1975.)

**10. Disposición de las cosas.**—Reiteradamente viene exponiendo esta Sala, en constante doctrina que el delito de apropiación indebida, supone esencialmente y en *primer lugar un desplazamiento* de dinero, efectos y cosas muebles en virtud de contrato de los que el Código Penal enumera *en forma no exhaustiva*, el depósito, la comisión o la administración, añadiendo en forma muy amplia «otro título», con tal que produzca obligación de entregarlos, o devolverlos, bien sea al interviniente en el contrato, con el receptor de los efectos o a tercero. La segunda nota típica del delito, deducible de forma inequívoca de la anterior, es que esta primera fase, perfectamente legítima de la conducta de los contratantes, *descansa en la confianza* que el segundo interviniente otorga al primero, puesto que le hace entrega de cosas, dinero o efectos que son de su propiedad, *concediéndole una posesión de ciertas facultades* de autónoma disposición e iniciándose así una relación contractual normal. En una *fase posterior* —y ésta podía señalarse como tercer requisito del delito— el tenedor de los efectos, quebrantando tal confianza y faltando a sus obligaciones, con un proceder notoriamente anti-jurídico y abusando de su privilegiada situación de tenedor, procede con ánimo de lucro, *disponiendo de las cosas decididas*, bien en favor propio, incorporándolas a su patrimonio, bien en favor de tercero, sobre el que recae el lucro produciéndose, en ambos casos, así como cuando niega haberlas recibido, un perjuicio a su legítimo dueño. (Sentencias de 20 de marzo de 1974, 5 de abril de 1974, 7 de mayo de 1975 y 29 de septiembre de 1975.)

**11. Contenido del texto legal.**—El contenido del texto legal, de gran amplitud descriptiva, por el orden de la literalidad de su expresión, exige una *serie de requisitos* que se expresan así: 1.º Perjuicio de otro. 2.º Apropiación o distracción de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. 3.º Haberlos recibido en depósito, comisión o administración o cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. 4.º Negar el haberlos recibido. La descripción es tan suficientemente expresiva que la *doctrina jurisprudencial* apenas ha tenido que hacer, sino ligeras puntualizaciones para matizar el delito que nos ocupa. Tales son las siguientes: 1.ª Las *titularidades contractuales*, indicadas en el precepto, son señaladas «*numerus apertus*», operando en cualquier caso el título posesorio, como elemento objetivo normativo, con tal que en cualesquiera de los títulos reseñados en el Código u otros títulos se haya recibido, lo que es objeto de la apropiación o distracción. 2.ª Tal recepción supone una *posesión legítima* con ciertas facultades de autónoma disposición. 3.ª El *modus operandi* del

sujeto activo tanto puede ser apropiarse, esto es, incorporar a su patrimonio los objetos muebles recibidos, como distraerlos de los fines concretos y determinados, para los cuales se reciben ordinariamente de entrega a terceros o negar, para ocultar su apropiación o distracción, que se hayan recibido, negativa en este caso fraudulenta. 4.ª *Abuso de confianza con ánimo de lucro* que es el ánimo subjetivo del injusto o dolo específico del delito. 5.ª Relación de causalidad entre ambos elementos. 6.ª *Un enriquecimiento injusto propio o ajeno*, con el consiguiente perjuicio real o efectivo, bien para el destinatario de las cosas, efectos o dinero, bien para el dueño de las mismas. (Sentencia de 14 de mayo de 1974.)

**12. Facultades de autónoma disposición.**—Conviene recordar los puntos esenciales sobre los que descansan la figura delictiva de apropiación indebida, que son, según reiterada doctrina de esta Sala: 1.º) Que el sujeto activo del delito *reciba dinero, efectos o cualquier otra cosa* mueble. 2.º) Que esta *recepción tenga lugar, mediante contrato de depósito, administración o cualquier otro título* que imponga determinadas obligaciones. 3.º) Por tanto, esta posesión es legítima, nacida de título jurídico, recibida del dueño de la cosa o de sus representantes legales o de quien sea titular simple de la posesión y concede al recipiendario de los mismos *ciertas facultades de autónoma disposición, aunque el título le obligue a cumplir determinadas obligaciones con los efectos*, cosas o dinero, mas con tal destino o vocación de la cosa *las poseen durante algún tiempo con autonomía material*, aunque con *obligación jurídica*, bien sea de *entregarlas* a persona o entidad determinada o devolverlas a la persona de quienes las recibieron. 4.º) En esta situación de tenencia material legítima el sujeto activo del delito, *puede cometerlo de tres maneras* perfectamente diferenciadas: a) *apropiárselas*, esto es, incorporarlas ilegítimamente a su patrimonio. b) *Distraerlas* del destino para el que se le entregará, esto es, hacer uso distinto de aquel para el que las recibió, apartarlas o desviarlas del destino convenido. c) *negar el haberlas recibido*, faceta ésta que puede abarcar a las otras dos: apropiación, distracción o enmascaramiento para evitar una devolución obligada. 5.º) *Perjuicio patrimonial* o detrimento económico que generalmente se ocasiona, bien al dueño de las cosas o efectos recibidos, su poseedor primitivo, fiadores, etcétera, en suma, *perjuicio de otro* distinto del sujeto activo del delito. 6.º) *Un ánimo de lucro* que bien beneficie al propio agente del delito o un tercero. Y sobre tales elementos campea de manera notoria el *abuso de confianza* que el sujeto activo del delito, recibe del pasivo, defraudada al no dar a los efectos la finalidad natural y jurídica convenida. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

**13. Objeto.—Títulos.—Dinámica.—Perjuicio.—Lucro.**—A la vista del artículo 535 del Código Penal y de las sentencias de este Tribunal de 25 de febrero, 27 de marzo y 19 de diciembre de 1974, entre otras muchas, es indudable que para la concurrencia del delito de apropiación indebida, es *indispensable la constancia conjunta* de los siguientes requisitos: a) en cuanto al *objeto* que se trate de dinero, efectos o cualquier otra clase de multa; b) en cuanto al *título* que la posesión de los objetos mencionados se reciba en concepto de:

*depósito, comisión, administración, comodato, arrendamiento* de obras o de servicios o cualesquiera otro que transmita legítimamente la posesión referida, pero que no atribuya el dominio o la propiedad de dichas cosas; c) en cuanto a la *dinámica comisiva*, que el agente receptor de los referidos objetos, aprovechando las facilidades que la tenencia o contacto físico o inmediato con ellos le proporcionan, convierta, trueque o transmute la posesión legítimamente adquirida en propiedad antijurídica, o, al menos, que asuma facultades incorporando las cosas a su patrimonio, disponiendo de ellas en provecho propio distrayéndolas de lo pactado o natural destino o negando haberlas recibido; d) *perjuicio patrimonial* para el depositante, comitente, mandante, comodante, arrendador o «dominus» en general, o para un tercero; e) *ánimo de lucro*, entendiéndose por tal el deseo o el propósito de obtener cualquier clase de provecho, beneficio, o acrecentamiento patrimonial, enriquecimiento, ventaja o utilidad, aunque fueran meramente contemplativas, o de ulterior liberalidad o beneficencia. (Sentencia de 6 de febrero de 1975.)

**14. Resumen de los requisitos fundamentales y sentencias que los recogen.**—Que la doctrina legal y la jurisprudencia sobre el artículo 535 del Código Penal, viene exigiendo para la integración del delito de apropiación indebida un *serie de requisitos sustanciales* que fundamentalmente se han fijado así: 1.º) En cuanto al *objeto* que se trate de dinero, efectos o cualquier otra clase de cosas muebles. 2.º) En cuanto *al título* que la posesión de los objetos mencionados se reciba por contrato, arrendamiento de obras o servicios o cualesquiera otro que transmita la posesión referida, pero sin atribuir el dominio o la propiedad de las cosas. 3.º) En cuanto a la *dinámica comisiva* que el agente receptor de referidos objetos, aprovechando las facilidades que la tenencia física e inmediata de las cosas, convierta la posesión legítimamente adquirida, con ciertas facultades de autónoma disposición, en propiedad antijurídica o, al menos, que asuma facultades de disposición que sólo al dueño competen, incorporando las cosas a su patrimonio, disponiendo de ellas en provecho propio o ajeno, distrayéndolas del destino que debería darlas, según el título por el que las recibió. 4.º) *Perjuicio patrimonial* para el dueño, depositante, comitente, mandante, arrendador o «dominus» en general, o para un tercero. 5.º) *Animo de lucro* o propósito de obtener un beneficio propio o ajeno, elemento esencial de la culpabilidad (Sentencias de 25 de febrero, 25 de marzo y 19 de diciembre 1974, 6 de febrero, 28 de febrero, 12 de marzo, 29 de septiembre, 13 de octubre, 11 de noviembre y 19 de noviembre de 1975, 13 de diciembre de 1976, 28 de marzo, 12 de mayo y 17 de mayo de 1977).

### III. DOS ETAPAS EN LA PERFECCION DEL DELITO

**15.** El delito de apropiación indebida tiene una mecánica harto clara en el artículo 535 del Código Penal y va recorriendo una *serie de etapas* que tienen, ordinariamente, *su origen en un contrato civil, mercantil u otro título* con entrega de cosas o dinero, y *termina*, con la *incorporación anti-*

*jurídica* de lo recibido al patrimonio del poseedor legítimo que hace un acto de disposición ilícita de las cosas o dinero recibidos con determinada finalidad. Así pueden marcarse los *siguientes episodios* en el delito que nos ocupa: 1.º) El sujeto activo del delito *se liga voluntariamente por vínculo jurídico con otra persona*, en virtud de títulos como el depósito, comisión, administración o cualesquiera otros que le imponen determinadas obligaciones. 2.º) En virtud de tales contratos, en amplio sentido, *ha recibido dinero, efectos o cosas muebles*, respecto de los cuales es mero depositario, comisionista, administrador o, en fin, *poseedor legítimo*. 3.º) El título constitutivo de su posesión, a su vez, le *obliga a conservar los efectos, devolverlos* a sus dueños o *entregarlos* a persona o entidad determinada, para un fin concreto, previsto y derivado de la naturaleza del contrato. Hasta ese instante, el sujeto activo del delito se ha movido, con toda normalidad, en el campo del Derecho civil, amparado por el título legítimo y con una situación jurídica, plenamente normal. Pero en una *cuarta fase*, se desvía de sus obligaciones, del cauce ordinario y normal del título que le ligó a las cosas y a las personas y *rompiendo sus obligaciones*, aprovechándose de la situación y abusando de la confianza recibida, en virtud de la cual poseyó las cosas lícitamente *decide intencionadamente* apropiarse, *disponer o incorporar antijurídicamente a su patrimonio*, el dinero o las cosas desviándolas de la cancelación restitutoria a que venía obligado. Si a ello se une el *ánimo de lucro* y el perjuicio sufrido por el destinatario de las cosas, queda totalmente dibujada, la figura de la apropiación indebida, tanto cuando *sea delito* como cuando *sea falta*, puesto que su naturaleza jurídica es la misma y su única diferencia es la cuantía de lo apropiado.

(Notas de estudio de un asunto que no llegó a sentencia. Diciembre de 1973).

**16. Situación inicial lícita.—Abuso.—Animo.—Perjuicio.**—El artículo 535 del Código Penal, al definir y sancionar el delito de apropiación indebida, marca *dos etapas* perfectamente diferenciadas; una de ellas, la primera supone una *situación inicial lícita*, ordinariamente contractual, en la que determinado sujeto, *recibe en depósito*, comisión, administración o cualquier otro título, siendo esta expresión de grande amplitud, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, con un destino concreto y determinado: devolverlos, entregarlos a quien los recibe para una finalidad concreta, entregarlos a tercero, también con finalidad concreta. Esta *primera fase descansa en el vínculo contractual, en la confianza y lealtad* de las partes y las cosas se reciben en posesión plena y legítima, quedando en la esfera de la autonomía del receptor, a su merced, con el abandono del titular en la garantía que le merece la persona o el vínculo jurídico, por virtud del cual recibe las cosas. Así se inicia una posesión pacífica, legalmente protegida, válida en Derecho y legitimada por título jurídico, en favor del receptor de aquellas. *La segunda fase supone un abuso de confianza*, un ánimo de lucro, propio o ajeno, por virtud de los cuales, el poseedor de las cosas, dinero o efectos, se apropian, haciéndolos suyos, distrayéndolos para otro fin, no los devuelven o niegan haberlos recibido. Y ello supone una *consecuencia natural* o efecto inmediato de tal disposición—tercer elemento del delito—

*perjuicio de otro*, bien sea el depositante, comitente, dueño o persona en fin que deba recibir las cosas, indebidamente apropiadas. (Sentencias de 30 de junio 1970, 19 de enero 1971, 15 de junio 1972, 7 de noviembre 1973, 20 de marzo 1974, 7 de marzo 1974 y 17 de enero 1975.)

17. Este precepto contempla una situación jurídica, inicialmente lícita, cuyo contenido esencial supone un desplazamiento de dinero, efectos o cosas muebles en virtud de un *contrato* de depósito, comisión, administración —entre ellos de venta a plazos con reserva de dominio— que produce determinadas obligaciones y entre ellas fundamentalmente conservarlas, devolverlas o entregarlas, bien al contratante, o a tercero. *Esta primera fase* descansa en la fiducia, donde las partes, con notoria confianza mutua y en especial del depositante, comitente y dueño de las cosas, dinero y efectos, antes dichos, *las entrega por título obligatorio*, con obligaciones recíprocas e inician una relación contractual normal. Mas en *una fase posterior* notoriamente antijurídica, el tenedor de los efectos quebrantando tal confianza, faltando a sus obligaciones, abusando de su privilegiada situación de poseedor de los efectos, con ciertas facultades de autónoma disposición, con ánimo de lucro, procede a una disposición antijurídica de aquéllos en favor propio, incorporándolas a su patrimonio o en favor de tercero, sobre el que recae el lucro, produciéndose en ambos casos un perjuicio a su legítimo dueño. (Sentencias de 20 de marzo de 1974 y 7 de mayo de 1975.)

#### IV. RESUMEN DE LOS REQUISITOS: LUCRO ILÍCITO Y ABUSO DE CONFIANZA

18. El sujeto activo del delito, por acto ilícito o de autoridad propia prohibida, transmuta su precaria situación en dominio antijurídico *rompiendo la confianza depositada*, con *ánimo defraudatorio* y el correlativo perjuicio que significa el injusto despojo. (Sentencias de 1 de junio de 1970 y 3 de octubre de 1973.)

19. La doctrina constante de esta Sala ha venido a sintetizar tales elementos en dos esenciales: *un lucro ilícito y un abuso de confianza*. (Sentencias de 10 de mayo de 1972 y 15 de junio de 1972.)

20. Todos estos requisitos se han sintetizado por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que *basta la concurrencia del lucro ilícito y el abuso de confianza*, mediante la mecánica del adueñamiento por el poseedor del dinero, efectos o muebles a que se refiere el Código, transformando su posesión legítima en propiedad antijurídica disponiendo como dueño de algo ajeno, que se posee para fin determinado, desbordando los límites naturales y legales de la posesión. Sentencias de 15 de junio de 1970, 19 de enero de 1971, 10 y 19 de mayo de 1972, 31 de enero, 15 de febrero, 20 de marzo, 19 de mayo, 14 y 15 de junio y 7 de noviembre de 1973, 5 y 8 de abril, 21 de mayo, 15 de junio y 19 de diciembre de 1974.)

21. En suma, tales requisitos suponen un *abuso de confianza* y un *lucro ilícito*. *Abuso de confianza* porque recibiendo los efectos en virtud de las relaciones de lealtad, seguridad y firmeza que inspira al dueño de las cosas, la persona a quien las entrega, queda defraudada al transformarse por ésta la posesión legítima en propiedad antijurídica, disponiendo como dueño de algo ajeno que se posee con fines determinados, desbordando los límites naturales y legales de la posesión. *Lucro ilícito* puesto que se produce ventaja económica, provecho, satisfacción, bien en beneficio propio o de un tercero, contra la obligación contraída de entregar, devolver o negar haberlo recibido. (Sentencia de 31 de enero de 1973.)

22. El delito de apropiación indebida se comete, cuando la persona que recibió la posesión legítima, sobre dinero o cosa mueble, por *alguno de los títulos fiduciarios, determinados* no exhaustivamente, en la norma del artículo 535 del Código Penal, con facultades de autónoma disposición, al llegar el momento de la cancelación restitutiva, no la efectúa, por haber transmutado ilegítimamente la mera tenencia, en propiedad antijurídica, con *ánimo de lucro, rotura de la lealtad debida y enriquecimiento injusto*. (Sentencia de 11 de diciembre de 1973.)

23. El dolo específico... en lo ilícito penal lo *constituye el abuso de confianza*, con quebrantamiento de la lealtad debida, cuando sin causa legítima el receptor del dinero o bienes muebles por cualquier título, que le impone la obligación de devolver o administrar, lleva a efecto su ilícita retención o adueñamiento, bien incorporándolos a su patrimonio o bien, porque positivamente lo traslada al de un tercero, con *ánimo de lucro, propio o ajeno*, transformando la posesión jurídica que accidentalmente recibió en propiedad ilegítima, con real y concreto perjuicio económico del titular o dueño de los bienes, penalmente protegidos. (Sentencias de 3 de abril de 1968, 6 de noviembre de 1970, 30 de noviembre de 1971, 21 de mayo de 1973, 6 de octubre de 1973 y 19 de junio de 1974.)

24. Todos los requisitos exigidos por el artículo 535 se *resumen con frecuencia* en los *dos requisitos de lucro ilícito y abuso de confianza*, sin que el reintegro posterior, afecte a la subsistencia del delito y sí, únicamente a las consecuencias de la acción civil. (Sentencias de 28 de febrero, 20 de marzo, 7 de mayo, 13 de octubre, 11 y 19 de noviembre de 1975, 13 de diciembre de 1976, 28 de marzo, 12 y 17 de mayo de 1977.)

24 bis. **No se trata de confianza personal.**—El delito de apropiación indebida, descrito en el artículo 535 del Código Penal, tiene su *núcleo esencial* y característico en el incumplimiento por parte del sujeto activo de la obligación de entregar o devolver una cosa que hubiere recibido en depósito, comisión, administración o por cualquier otro título que produzca el mismo efecto devolutivo, convirtiendo así antijurídicamente la posesión o tenencia que, en virtud de tales contratos, le había sido legítimamente conferido en propiedad ilegítima o definitiva. Basta, por tanto, para su perfeccionamiento, tal intervención de título, *sin que sea necesario*, como sos-

tiene el recurrente *que medie* el quebrantamiento, por parte del autor, de una *relación personal de amistad o confianza*, existente entre la víctima y el apropiante, que en unos casos existirá y en otros no, pero que en todos ellos *resulta irrelevante en nuestro Derecho*, para la calificación de este delito, al no figurar concretamente exigida tal circunstancia en el mentado tipo legal; y que tampoco es reputada necesaria, aun en aquellas legislaciones que, como la francesa y la argentina, denominan ese delito con el nombre de «abuso de confianza» porque la *confianza* a que se refieren dichos textos *no es la que resulta de la relación interpersonal* entre los protagonistas del acto delictivo, *sino otra* que pudiéramos llamar *jurídica, consistente en creer que la contraparte cumplirá los pactos habidos, conforme a la buena fe* y no utilizará abusivamente el poder de hecho que temporalmente le ha sido concedido sobre la cosa; infracción que, por otra parte, ya está comprendida en la esencia del tipo. (Sentencia de 5 de marzo de 1976.)

#### V. MODALIDADES DE LA APROPIACION INDEBIDA

**25. Modalidad específica de la estafa.**—Como reiteradamente ha declarado la doctrina de esta Sala, el delito de apropiación indebida es, y constituye, una modalidad especial de la estafa de la que fue segregada, que sin perder su naturaleza genérica, adquiere plena sustantividad o autonomía, al ser tipificado por el legislador, en el artículo 535 del Código Penal, viniendo a trazar la línea divisoria entre lo ilícito criminal y lo antijurídico civil, o sea, que separa ambas esferas jurisdiccionales, conforme al *dolo específico* que caracteriza a cada una que, en la penal, *radica en el abuso de confianza* en que el culpable incide y del que se prevale, para hacer propio el dinero o cosa mueble que recibe por título que le obliga a su entrega o devolución, con el ineludible *quebranto del deber de lealtad* al disponer como dueño, de lo que transitoriamente posee como administrador, depositario o comisionista, transformando la circunstancial tenencia jurídica en propiedad ilegítima, con *real y concreto perjuicio económico para el dueño* de los bienes legalmente protegido. (Sentencias de 14 de junio de 1973 y 25 de abril de 1975.)

**26. Apropiación, distracción o negar haber recibido las cosas.**—En la situación de tenencia material legítima del dinero, efectos o cosas muebles, el sujeto activo del delito puede cometerlo de *tres maneras* perfectamente diferenciadas: a) *apropiárselas*, esto es, incorporarlas ilegítimamente a su patrimonio; b) *distraerlas* del destino para el que se las entregaron, esto es, hacer uso distinto de aquel para el que las recibió, apartarlas o desviarlas del destino convenido; c) *negar haberlas recibido*, faceta ésta que puede abarcar a las otras dos: apropiación, distracción o enmascaramiento, para evitar una devolución obligada. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

**27. Enajenación parcial.—Cesión.—Gravamen.**—Se hace preciso *distinguir* con toda nitidez, en el delito de apropiación indebida, la acción propia del tipo delictivo, descrita en el artículo 535 del Código Penal, mediante los ver-

bos nucleares de *apropiar o distraer* y que no consiste en otra cosa que en el ingreso en el propio patrimonio de la «res comendata» o cosa confiada por el «tradens» al «accipiens» y la manifestación al exterior de aquella apropiación previa que viene a revelar la voluntad de *tener la cosa ajena como propia* (Sentencias de 26 de mayo de 1962 y 1.º de abril de 1971, entre otras) y que no es menester que consista forzosamente en la plena enajenación por el apropiante, sino que *basta* que jurídicamente comporte el *ejercicio de facultades dominicales* como son la *enajenación parcial o gravamen de la cosa o la cesión* de la misma a un tercero, bien para que se haga pago con la misma, de un crédito contra el cedente (dación en pago), bien se autorice su enajenación a los acreedores, junto con los demás bienes del deudor, para extinguir sus obligaciones hasta el límite del valor de tal patrimonio (pago por cesión de bienes), pues es claro que tanto si se gravó la cosa ajena, como si se enajenó con fines de pago, o se autorizó a los acreedores a su enajenación, se da el acto dispositivo en perjuicio del que sigue siendo dueño de la cosa, lo que *explica la doctrina de esta Sala*, que afirma el delito de que se trata en los casos de *pignoración*—Sentencias de 9 y 28 de noviembre de 1964, 7 de abril y 3 de julio de 1965, entre muchas— y de *cesión en pago*—Sentencias de 12 de julio de 1930 y 2 de febrero de 1948— aun cuando en este último supuesto, que es el que ahora merece singular atención de esta Sala, la «*cessio solvendi causa*», que implica, no transfiere al acreedor o acreedores la propiedad de los bienes del deudor, sino sólo la posesión y administración, conjuntamente con un mandato para proceder a su realización o cobro, y con el producto pagarse los créditos, a diferencia de la «*datio in solutum*» o dación en pago que transfiere la propiedad de las cosas a la manera de una compraventa, ya que tales diferencias civilísticas entre tales institutos no afectan a la existencia del delito de apropiación en su dinámica activa, que como ya se dijo se consume, tanto por la enajenación inmediata de la cosa apropiada, como por la mediata, que a esto último equivale la autorización concedida a los acreedores para la venta y subsiguiente pago de sus créditos con el producto de la misma. (Sentencia de 28 de septiembre de 1973.)

## VI. ANIMO DE LUCRO PROPIO O DE TERCERO

Ver sentencias a los números 2-3-4-5-6-7-8-11-12-13-21.

**28. Concepto.**—Entendiéndose por ánimo de lucro, el deseo o el propósito de obtener cualquier clase de provecho, beneficio, acrecentamiento patrimonial, enriquecimiento, ventaja o utilidad, aunque fueran meramente contemplativas o de ulterior liberalidad o beneficencia (6 de febrero de 1975). Goce, utilidad o provecho de la indebida retención. (Sentencia de 19 de diciembre de 1975). Los fines de mediata liberalidad, a costa ajena no pueden por menos de encajar en este delito. (Sentencia d 28 de mayo de 1974.)

**29. Presunción del ánimo de lucro.**—A pesar de que el artículo 535, al tipificar el delito de apropiación indebida, no exija expresamente el factor



ideal o elemento subjetivo del injusto, que es el dolo o ánimo de lucro, es indudable que ha de entenderse que *tal requisito*, por su misma naturaleza, *se halla implícito en la infracción criminal*, por tratarse de una figura de apoderamiento y defraudación, que requiere el enriquecimiento injusto del poseedor legítimo, apropiándose o distraiendo la cosa ajena y haciéndola suya por acto de autoridad propia prohibida, que *necesita para originarse* de este elemento importantísimo de la culpabilidad, generado por el quebrantamiento económico perjudicial producido al sujeto pasivo que, finalísticamente, requiere tal norma con el «animus rem sibi habendi» del agente, que determina la antijuricidad, de condición psicológica, caracterización de la culpabilidad *por el ánimo de lucro que esta Sala exige constantemente en dicho delito*, en sus resoluciones de las que son últimos exponentes las de 9 de enero de 1956, 12 de febrero y 26 de mayo de 1962, 24 de febrero de 1968, 2 de octubre de 1969, 20 de enero de 1970, 11 de diciembre de 1973, 25 de febrero y 14 de mayo de 1974.

**29 bis.** Este *ánimo de lucro*, que supone una forma especial, *ha de existir como fin de la acción, aunque no se consiga incluso*, alcanzar la esperanza económica, perseguida por el culpable, y tiene que consistir en cualquier ventaja, goce o provecho que favorezca o puede favorecer al culpable o a tercera persona, *debiendo este dolo de lucro presumirse*, por el hecho mismo del apoderamiento o distracción de la cosa ajena en el delito de apropiación indebida, *a no constar otros móviles en contrario*, que inequívocamente lo desvirtúen y lo hagan desaparecer y por tanto con presunción «juris tantum» que elimine los riesgos del «dolus in re ipsa» y que ceda ante deseos distintos a los lucrativos; presunción la indicada que ha de soportarse en el acto mismo constituyente del apoderamiento o distracción de las cosas, bienes o dinero ajeno, y de su naturaleza jurídica y económica, pues ha de determinar, por su eficacia, el acto dispositivo de conversión de la posesión legítima otorgada, en propiedad ilegítima prohibida o ilícita, como sucederá con el pago efectuado, con dinero entregado, con destino impuesto para otra finalidad de deudas del poseedor, ya que tal actividad desleal produce perjuicio al dueño del dinero y enriquecimiento al pagador. (Sentencias de 3 de octubre de 1974 y 28 de mayo de 1974.)

**30.** *El dolo de este delito*, es elemento de la acción más que de la culpabilidad, aunque haya de fijarse, no sobre el abuso de confianza, que puede a veces faltar en la práctica, sino en el *ánimo o propósito de lucro* que se origina por la ventaja, goce, utilidad o provecho, alcanzado con la indebida retención y que aunque expresamente no se exija en el artículo 535, como para el robo y el hurto sucede en los artículos 500 y 514 del Código Penal, la doctrina de esta Sala ha venido demandando como indispensable para que pueda cometerse tal infracción. (Sentencias de 11 de diciembre de 1973, 6 de octubre de 1973, 14 y 28 de mayo de 1974.)

## VII. SEMEJANZA CON LA MALVERSACION

31. La conducta prevista y penada, como apropiación indebida en el artículo 535 del Código Penal, entraña una infidelidad por parte del depositario, administrador o comisionado que, con abuso de confianza que se le otorgó, dispone a su antojo y voluntad, como efectivo propietario, de los fondos o bienes muebles para su custodia o manejo, con fines determinados, fueron encomendados al gestor en cuestión, que lejos de conservarlos a disposición o aplicarlos a su debido destino, traiciona el encargo que asumió y ejerciendo poderes de libre disposición connaturales al dominio y esenciales del mismo, que sólo al titular o a sus delegados, con autorización bastante, incumben, se comporta arbitrariamente, como dueño de estos bienes, sea en provecho propio o ajeno, incorporándolos a su patrimonio, gastándolos según le plazca o distrayéndolos o desviándolos de su legítimo y recto destino o finalidad, sin que sea indispensable, aunque sí lo más frecuente, que el abuso se realice en provecho propio, ya que los fines de mediata liberalidad a costa ajena no pueden por menos de encajar en la figura examinada, en la que la nota de lucro egoísta es de carácter general, pero no absoluto, siendo por otra parte bien patente la semejanza entre este tipo legal y el de malversación —a salvo la distinta calidad de los fondos y del agente en cada caso—, por más que la ausencia de personal provecho no aparezca, en cuanto a consecuencias penales, específicamente valorada en la apropiación indebida, cual lo está en la malversación de caudales públicos, aunque sí podría serlo a través de la atenuante genérica que mejor convenga, que bien puede ser la de móviles altruistas, calificada o no según proceda. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

## VIII. TITULOS POR LOS QUE SE DAN LAS COSAS

32. **Dueño, poseedor, detentador.**—En este delito no es requisito indispensable que la transferencia de la cosa sea realizada por el dueño de la misma, ya que puede efectuarla también el poseedor o el mero detentador que tenga el derecho útil, para crear el título restitutorio y para su defensa jurídica, bastando que tal cosa sea ajena para el agente, pues la existencia de esta condición negativa de la no pertenencia a quien de ella se apodera es bastante para generar el delito, con tal de que la posesión con obligación de retorno, al cabo del tiempo por ambas partes marcado bilateralmente o unilateralmente impuesto por el concedente, se entrega por distinta persona que además se ha de presumir dueño mientras lo contrario no conste, o que obre para quien lo sea, en relación de naturaleza interna, no explícita o conocida, que no debe de perjudicar a la existencia de la infracción delictiva, pues queda extramuros de la investigación y no es necesario manifestarse exteriormente para la realización del delito. (Sentencias de 1 de junio de 1970 y 3 de octubre de 1973.)

33. La posesión es legítima, nacida de título jurídico recibida del dueño de la cosa o de sus representantes legales o de quien sea titular simple-

mente de la *posesión* y concede al beneficiario de los mismos ciertas facultades de autónoma disposición, aunque el título les obligue a cumplir determinadas obligaciones con los efectos, cosas o dinero, mas con tal destino o vocación de la cosa las poseen durante algún tiempo, con autonomía material, aunque con obligación jurídica, bien sea de entregarlos a persona o entidad determinada, o devolverlos a la persona de quienes se recibieran. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

34. El tipo del artículo 535 del Código Penal otorga tutela al *Derecho de dominio* contra el injusto enriquecimiento que a costa de aquél se consigue, por el sujeto, a quien el *propietario* le hubiere otorgado la posesión legítima del dinero, efectos o cosas muebles, con autónomas facultades de disposición, por alguno de los *títulos determinados en el mismo* de depósito, comisión, administración o por cualquier otro que genere la obligación de entregarlo o devolverlo, porque al llegar el instante de la restitución o entrega cancelatoria, de la situación provisional y posesoria creada, se produce el despojo injusto, por adueñamiento antijurídico, por medio de acto prohibido de autoridad, que transmuta *aquella concedida posesión en propiedad ilícita*, a medio de abuso de confianza, quebrantamiento de la lealtad debida, ánimo de lucro defraudatorio y perjuicio equivalente.

El elemento objetivo o real de este delito derivado de la voluntad del sujeto pasivo que *entrega la posesión de la cosa* o bienes al agente de manera jurídica, pero a medio de un *título fiduciario*, ha de manifestarse de manera relevante y cierta, pues lo exige el verbo «*recibir*» que utiliza el artículo 535 citado y ha de tener la estimación de mera *transferencia de la posesión*, por lo que absolutamente quedan *desconectados de esta infracción criminal todo acto o negocio jurídico que suponga la transmisión de la propiedad de tales objetos materiales*, pues si conforme al tipo han de devolverse al dueño o entregarse por cuenta de éste a otras personas en destino impuesto o concertado, resultaría imposible efectuarlo de concederse el dominio, por cuya razón es obvio que no pueden constituir apropiación indebido los negocios traslativos del dominio y sí únicamente la *mera titularidad posesoria concedida por el dominus al agente* y que se muda en propiedad antijurídica en la forma expuesta. (Sentencia de 29 de marzo de 1974.)

35. **Casos de duda.**—Las *sentencias penales han de delimitar* en los hechos probados las *titularidades contractuales* que de manera no exhaustiva y ejemplarizada, por adoptar el sistema del «*numerus apertus*», precisa el artículo 535 del Código Penal, realizando una descripción de todos los *elementos constituyentes de la situación jurídica creada* de manera directa, clara y hasta detallada, porque es el presupuesto básico sobre el que asentar la tipicidad, puesto que si falta o resulta oscura la narración o carece por su ausencia de precisión, de un contenido determinado y evidente o presenta por su inconcreción varios posibles sentidos, entre los que resulte posible *tanto la entrega posesoria como la dominical, no es posible actuar a medio de deducciones*, presunciones o meras conjeturas que integren el relato defectuoso llegando a la estimación del delito, sino por el contrario,

al no estar demostrado o ser el menos dudoso o cuestionable el presupuesto normativo de la titularidad posesoria, habrá que rechazar tal calificación por virtud de la efectividad interpretativa «in bonam partem» que elude el perjuicio del reo posible, porque en toda situación de duda procesal o de hechos soporte de la calificación jurídica ha de acogerse aquella posición que le beneficie y tutele del derecho a la inocencia, presumible en todo hombre, a no darse una demostración clara y directa. (Sentencia de 29 de marzo de 1974.)

## IX. CONTRATOS POR LOS QUE SE RECIBEN

### 36. Depósito, comisión, administración.

**Otros títulos que produzcan obligación de entregar o devolver.  
Negar haber recibido las cosas** (Del texto legal).

37. La enumeración del Código es enunciativa o abierta.—Es doctrina ya conocida y reiterada por esta Sala la de que los *títulos fiduciarios mentados en el artículo 535 del Código Penal* —depósito, comisión, administración—, siquiera sean los más típicos en orden a la perpetración del delito de apropiación indebida, *no tienen carácter cerrado* o de «*numerus clausus*», como lo demuestra la cláusula que inmediatamente los subsigue: o por otro —título— que produzca la obligación de entregar o devolver —«*ad exemplum*», Sentencia 28 de septiembre de 1971—; todo lo cual está indicando que el accipiens tiene tan sólo la posesión de la cosa confiada («*res commendata*») y que justamente por no tener la propiedad se posibilita el delito de que tratamos, lo que de inmediato obliga a un atento estudio de la relación jurídica subyacente, para, sea por su complejidad o por su carácter atípico, llegar a la conclusión —decisiva en el ámbito jurídico penal— de si el tradens llegó o no a despojarse de la propiedad, cualquiera que sea la calificación que dieran las partes al negocio jurídico-civil, con el que se ligaron. (Sentencias de 22 de octubre de 1973 y 29 de diciembre de 1975.)

38. Las titularidades contractuales indicadas en el precepto son señaladas «*numerus apertus*», operando en cualquier caso el título posesorio como elemento objetivo normativo, con tal de que en cualesquiera de los títulos reseñados en el Código u otros títulos se *haya recibido* lo que es objeto de la apropiación o distracción. (Sentencia de 14 de mayo de 1974.)

39. La posesión es legítima, nacida del título jurídico recibida del *dueño* de la cosa o de sus *representantes legales* o de quien sea *titular* simplemente de la *posesión* y concede al recipiendario de los mismos ciertas facultades de autónoma disposición, aunque el título les obligue a cumplir determinadas obligaciones con los efectos, cosas o dinero, mas con tal destino o vocación de la cosa las poseen durante algún tiempo, con autonomía material, aunque con obligación jurídica, bien sea de entregarlos a persona o entidad determinada, o devolverlos a la persona de quienes se recibieran. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

## X. DEPOSITO

**40. Empleados con misión de custodia.**—Si el recurrente era empleado del señor X con la *misión de guardar y conservar el pescado* que este recibía de Vigo y que estaba almacenado en las cámaras propiedad del titular en su calidad de agente de ventas... siendo tal la situación jurídica de ambos, patrono y empleado, y la situación de hecho del recurrente, respecto de la mercancía, encargado de su guarda y conservación, es evidente que éste tiene una *relación posesoria con la mercancía, aunque fuera en precario*, pero con cierta autonomía, porque la tiene a su disposición en las cámaras. Hay, pues, un titular jurídico, empleado que le confiere una posesión material de custodia y conservación y actuando con abuso de esta confianza, extrae de las cámaras varias partidas de pescado... que lo vende y dispone del precio en su beneficio... Por tanto, recibida la cosa, se apropió de ella. (Sentencia de 24 de abril de 1973.)

**41. Arrendatarios de coches sin conductor.**—La doctrina sentada por esta Sala—sobre apropiación indebida—cobra inusitado interés en los supuestos de alquiler de automóviles sin conductor, que tanto prolifera en nuestros días, con la consiguiente repercusión en la praxis judicial, cuando al *término del contrato se retiene indebidamente el vehículo* con correlativo impago de los alquileres, supuestos que la *doctrina de esta Sala ha considerado atípicos*, por entender que constituían mero incumplimiento de pago, a reclamar por el perjudicado en la vía civil (Sentencia de 15 de junio de 1970), o bien que *integraban*, en gran mayoría de casos, *verdaderos delitos de estafa* por haberse aparentado solvencia y crédito inexistentes que provocaron la entrega del coche arrendado con el perjuicio que de ello deriva al dejar en descubierto los alquileres devengados por el pretendido arrendatario (Sentencias de 7 de marzo de 1969, 19 de septiembre de 1969, 2 de junio de 1970, 15 de octubre de 1970 y 13 de noviembre de 1973); pero *no existiendo ese propósito inicial de fraude*, aun cabe la posibilidad de *apropiación indebida*, no del importe del alquiler, pues nadie puede apropiarse de lo que no recibe, *sino del automóvil* mismo, a condición, claro está, que *ese ánimo de apropiación definitiva, esté debidamente acreditado*, ya por acto dispositivo ya por actos igualmente inequívocos y concluyentes conforme a la doctrina antes sentada, de modo que no pueda decirse que hubo mera retención del vehículo o dilación o mora en el cumplimiento del plazo pactado para el reintegro del coche, una vez finalizado el alquiler del mismo. (Sentencia de 27 de junio de 1975.)

**42. Usufructuario de tractor.**—El primer motivo del recurso considera infringido el artículo 535 del Código Penal, porque hubo para uso y explotación del tractor, cesión que, a juicio del recurrente, es graciable y se desarrolla exclusivamente dentro del campo del Derecho civil. Pero el motivo ha de decaer, pues aunque la doctrina de esta Sala ha declarado que las *apropiaciones de mero uso son atípicas*, porque no hay ánimo de retención definitiva, siempre ha condicionado esta postura a *que conste de manera*

*concreta que se trate de una simple morosidad en la devolución. Pero cuando, como en el caso de autos, ha sido puesta de manera evidente la voluntad del recurrente de hacer suyo el tractor transformando su posesión legítima en propiedad antijurídica, es claro que se cometió el delito que inútilmente se combate. Y tal voluntad, en el presente caso se ha puesto de manifiesto de manera reiterativa, pues en una primera fase se produce un embargo del tractor al recurrente como si fuera de su propiedad, para responder de deudas propias, lo que determinó que su verdadero dueño tuviera que ejercitar la oportuna tercería de dominio, que fue fallada a su favor. Y posteriormente, pese al requerimiento notarial, para la entrega del tractor se niega a devolverlo, decidiendo finalmente hacerlo propio, incumpliendo la obligación de devolverlo, integrando así el delito de apropiación indebida, por el que se le condena justamente. (Sentencia de 30 de marzo de 1977.)*

#### 43. Ventas a plazos con reserva de dominio.

**a) Cuestiones de procedibilidad.** 1.º El artículo 12 de la *Ley de ventas a plazos de 17 de julio de 1965*, dice textualmente: El comprador que, dolosamente, en perjuicio del vendedor o de tercero que haya financiado la operación, *dispusiera de la cosa o la dañare*, será castigado con las penas previstas en el Código Penal, para los delitos de apropiación indebida o de daños, respectivamente, *persiguiéndose el hecho únicamente por denuncia del perjudicado*. Tal precepto ha de completarse, en lo que ahora respecta con el artículo 6.º, número 12 «cláusula de reserva de dominio», y 13 «prohibición de enajenar o realizar cualquier otro acto de disposición». 2.º Cuando el precepto indicado dice «denuncia» equivale a que el único que está facultado a poner el delito en conocimiento de la autoridad judicial (art. 259 de la L. E. criminal) o funcionario que, por razón de su oficio, deba proceder a su averiguación (artículos 262, 266 y 267 y siguientes de la misma Ley) es el perjudicado y por tanto la denuncia de éste es requisito inexcusable de procedibilidad. 3.º Una vez denunciado el hecho, hay que estar a la verdadera naturaleza jurídica del delito, que en este caso—apropiación indebida—es público; *se independiza de la parte* y por tanto ésta no tiene la disponibilidad del procedimiento ni de la sanción. 4.º Como esencia de ello es que la retirada de la acusación particular no tiene la trascendencia, a los efectos penales, pretendida por el recurrente y sólo los tiene a los efectos civiles. 5.º Cuando la Ley ha querido otra consecuencia o repercusión en el procedimiento o en la postura procesal lo ha establecido expresamente, como en el abandono de familia del artículo 487 del Código al que hace extensivo lo dispuesto en el artículo 443 del mismo en cuanto a la extinción de la pena y concretando cuándo se presume el perdón del agraviado; el propio artículo 443 respecto de los delitos de violación, abusos deshonestos y rapto y el perdón como medio de extinción de la acción penal, bien sea expreso o presunto, condicionando el expreso del representante legal, y el del ofendido mayor de veintiún años y menor de 23, a la aprobación del Tribunal competente. El artículo 450 y 452, sobre el adulterio—querrela para iniciar, perdón o consentimiento para extinguir—. El artículo 467 sobre el delito de calumnia e injuria, querrela de la parte ofendida, como requisito de procedibilidad y perdón de aquélla, como medio de extinción de la acción penal y de la pena impuesta en su caso. Por-

tanto, en la sistemática del Código Penal, se da de manera constante la necesidad de un perdón expreso o presunto del agraviado, como medio de extinción de la responsabilidad criminal en aquellos delitos perseguibles solamente mediante denuncia o querrela del mismo (art. 112-5.º). Pero cuando no se consagra el perdón, como medio, como en la Ley de 1965, y además no se produce, es evidente que subsisten las condiciones de perseguibilidad y puede pensarse el hecho, cuando constituyen las figuras de delitos del Código Penal, a las que otras disposiciones se refieren. (Sentencia de 14 de noviembre de 1975.)

**44. Compraventa a plazos de automóviles.**—La doctrina anterior ha sido expuesta por esta Sala en numerosas resoluciones y muy concretamente en las compraventa a plazos de automóviles, destacándose a tales efectos que en estos supuestos *no se transmitió el dominio*, que el automóvil lo *conserva el comprador, poseedor en calidad de depósito* y que de venderlo sin abonar la totalidad del precio, se *produce un quebranto de tal depósito* porque tal suspensión de la facultad de lícita disposición actúa como condición suspensiva de la transferencia dominical, porque en estos supuestos sólo hay un traslado posesorio, encontrándose aplazada la cesión del dominio con todas sus facultades íntegras y entre ellas el derecho de disposición, por lo que procediendo de otra manera el comprador quebranta el deber de guarda y custodia, cometiendo el delito de apropiación indebida. (Sentencias de 22 de enero y 19 de mayo de 1970, 3 de marzo de 1971, 20 de octubre de 1972, 14 de diciembre de 1973, 20 de marzo, 8 de abril y 19 de diciembre de 1974 y 7 de mayo de 1975.)

**45. Compraventa a plazos de automóviles.**—En relación con las compraventa a plazos de automóviles, con reserva de dominio, por parte del propietario, también la *doctrina de esta Sala es inequívocamente uniforme*, declarando que *no se transmite en tales supuestos el dominio, que éste lo conserva el vendedor; el comprador, de manera ordinaria es poseedor en calidad de poseedor* sin que pueda venderlo sin haber abonado previamente la totalidad del precio, porque hasta entonces no adquiere la propiedad del mismo. Y que de proceder de otra manera—venta sin abono del precio— se produce un quebrantamiento del depósito, por haber recibido en esta calidad un traslado posesorio, estando aplazada la cesión del dominio con todas sus facultades íntegras y entre ellas el derecho de disposición. Procediendo, pues, a la venta, el comprador, quebranta el deber de guarda y custodia, cometiendo el delito de apropiación indebida. (Sentencias de 22 de enero y 19 de mayo de 1970, 3 de marzo de 1971, 20 de octubre de 1973, 7 de mayo de 1975 y 29 de septiembre de 1975.)

**46. Aunque el vehículo se inscriba en la Jefatura de Tráfico a nombre de tercero.**—El vehículo y su titularidad, corresponde al vendedor, *sin que el hecho de la inscripción a nombre del querrelado del vehículo en la Jefatura de Tráfico, altere la realidad jurídica de sus respectivas situaciones de dueño del automóvil por parte del querellante y poseedor por parte del procesado*, como sostiene la Sentencia de 3 de febrero de 1969, invocada con acierto en

el recurso, pues la transferencia puramente administrativa podrá afectar a terceros, pero *no repercute en las relaciones internas de los contratantes* y por tanto si uno es dueño, el procesado es poseedor y al encargarle la venta, sobre la posesión, recibe una comisión de venta, procede a efectuar ésta y en lugar de abonar el precio recibido de 100.000 ptas., las retiene desde el 29 de septiembre de 1967, con el pretexto de unos servicios que sólo ascienden a 9.000 ptas., hasta el 5 de diciembre de 1972, en que según se desprende del examen de los autos, las ofrece mediante Notario, es evidente que se reúnen cuantos requisitos exige el artículo 535 del Código Penal, para estimar cometido el delito de apropiación indebida, sintentizados en innumerables resoluciones de esta Sala en el lucro ilícito y el abuso de confianza, otorgado mediante la comisión de venta, de la que el culpable se prevale para hacer propio el dinero. (Sentencia de 10 de diciembre de 1975.)

**47. Bancos de Descuento.—Depósito irregular.—Delitos Financieros.**—Que los denominados por la doctrina penal, delitos contra la economía pública o delitos financieros, *son conductas antijurídicas que lesionan el tráfico comercial*, mercantil o estrictamente financiero, porque *atacan directamente al interés social* del orden público, por ausencia de sumisión al deber propio de las sociedades mercantiles y al interés mismo del Estado, prevalentes en su valoración y defensa, sobre el mal que hacer, que los postergue indebidamente; presentando tales infracciones, como *características esenciales*: integrar el *sujeto activo*, *sociedades o grupos* de personas, que actúan a medio de sus órganos de manifestación; formar el *sujeto pasivo*, *muchas personas*, unidas entre sí, generalmente, por el vínculo común del ahorro, dando lugar al *delito-masa*; producirse una situación de *total indefensión de los perjudicados*, parte débil de la relación antecedente; y manifestar pequeña entidad el daño individual sufrido—si se pasa de la situación de riesgo—, aunque sea grande el alcance económico de la maniobra perjudicial en su integridad.

Que generalmente estos delitos, realizados a medios de sociedades anónimas mercantiles, son de *mero riesgo o peligro*, porque se consuman por el quehacer u omitir peligroso, sin que se precise la generación de un evento, o cambio del mundo exterior, requiriendo para tener vida, de una previa tipicidad específica y formal, que anticipe la punición ante el mero peligro abstracto o concreto, razón por la que, *al existir un vacío normativo o legal en nuestra patria*, ya que nuestra legislación penal *no regula*—como fuera de desear, dada la necesidad que la defensa social exige—de forma expresa y directa los *delitos financieros de riesgo*, deben aplicarse, *los dogmáticos principios de la adecuación típica, de la legalidad, y de la culpabilidad espiritualizada*, dejando de estimar su presencia, pues no pueden castigarse conductas, por anormales e incluso ilícitas que resulten, *si no son penalmente típicas*, ya que sólo al legislador y no al Juez, corresponde el arbitrio incriminatorio abstracto—previo del concreto judicial—, del que nunca se pueda prescindir, ni siquiera por la vía de la interpretación extensiva o analógica, no autorizada en el humano Derecho Penal—*«poenalia sum restringenda»*.

Que sin embargo, una parte importante de los denominados delitos financieros, que no son de mero riesgo, *sino de resultado material*, y consistentes



en maniobras tendentes a beneficiar a los directores de las empresas, en menoscabo de la sociedad misma, de sus accionistas o de sus acreedores, o aquellas otras en que se apliquen de manera fraudulenta los bienes, dándoles fin distinto de aquel para que fueron entregados, o por fin, los supuestos de abuso de los bienes sociales, si el agente obra con ánimo de fraude y produce un daño concreto, indudablemente pueden y deben encajar dentro de los tipos penales comunes, en las varias formas de delitos contra la propiedad, que han de inexorablemente aplicarse, dada su amplitud material, más aún cuando la ausencia de normas especiales, que sancionen esas conductas tan reprobables, exige la defensa a través de la tipicidad vigente, de los principios de la confianza que debe presidir la vida socio-económica, al de la inalterabilidad del capital social, el del patrimonio de destino, y el de la intermediación del crédito, que eludan y marginen, con reprochabilidad culpabilística judicial, las conductas ampliamente desleales, el aprovechamiento ilegal, y el enriquecimiento torcido, producto de claras extralimitaciones de función o poder, que lesionan intereses varios e importantes.

Que el delito de *apropiación indebida*, del artículo 535 del Código Penal, dispensa pública protección al derecho de propiedad, *contra el injusto enriquecimiento*, que a costa ajena se logra por la persona, a quien aquél hubiera transferido dinero o cosa mueble, en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, pues después de obtenerlos, con ciertas facultades de disposición autónoma, por uno de dichos títulos de posesión legítima, produce la *ilegítima retención o adueñamiento*, por acto de *autoridad propia prohibida*, con incorporación a su patrimonio, abuso de confianza, y rotura de lealtad debida, así como con ánimo de lucro defraudatorio, y correlativo perjuicio, cambiándose en definitiva la posesión legítima que se tenía, en propiedad ilegítima, que no puede consentirse, porque consiste en un acto de despojo injusto.

Que cuando el título posesorio constitutivo del elemento objetivo de tal delito, sea el denominado *comisión*, su contenido acoge tanto el *contrato mercantil* de dicho nombre, como a cuantas situaciones, en el sentido más amplio, encajan en la «comisio» romana, y sean posibles dentro de las relaciones sociales y jurídicas, incluso los meros encargos, y las entregas de dinero con finalidad determinada, de *gestión crediticia en intermediación legal*, que lleven explícita o implícita la prohibición de apropiación por el gestor, o su distracción del fin a que están adscritos, pues el verbo típico «distraer» no es sinónimo del de «apropiar»—integrantes ambos del núcleo típico—, ya que acoge el mero apartamiento del dinero del fin determinado aunque se confundan, si a ello se agrega el apoderamiento por el administrador, porque en ambos supuestos, la confianza depositada, y el deber de obrar con la «fidelitas» propia de la buena fe, defendiendo un ajeno interés, produce la criminalización de la gestión, que contradice tales principios fiduciarios, ante el acto de enriquecimiento injusto o acaecido.

Que los Bancos de Descuento, son entidades constituidas para *intermediar en el crédito*, pues los bienes que reciben y han de devolver, dada la estabilidad a través del tiempo, de las cantidades recogidas, las aplican en

operaciones de crédito, con otras personas distintas de los imponentes, lucrándose en la actividad mediadora; mas esta función prevalente e importantísima, en el orden económico, enmarcada en la confianza en ellos depositada, de una buena y honesta gestión, de leal comerciante, en defensa de los derechos de personas débiles, que incluso al margen de lo penal, se impone civilmente en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas (R. 1951), 811, 945 y Ap. 51-66, 13567), no puede nunca autorizar a convertir la intermediación en las operaciones crediticias, en actos desleales, por lesión del sistema oficial, amparado en los principios de la exacta y normal gestión, buena fe y defensa económica, realizados por los propietarios o administradores, con extralimitación abusiva de poderes, y hasta de la función encargada legalmente, a medio de conductas de «baratería», que supongan adueñamiento del dinero depositado, en provecho propio y perjuicio cierto ajeno, sin causa legitimadora para ello, aunque la apropiación se finja o simule a medio de operaciones comerciales, no prohibidas administrativamente antes del D. de 26 de abril de 1969 (R. 790), a tales directivos, pero que jamás pueden permitirse, de envolver una antijuridicidad penal, al no resultar serias, sino meramente encubridoras del exclusivo ánimo de apoderamiento, que encajan indudablemente en el delito de apropiación indebida, si continen los requisitos subjetivos y objetivos que integran tal figura típica.

Que aunque el depósito irregular y el préstamo mutuo, se ha estimado, no engendran delito de apropiación indebida, es de tener en cuenta que no puede calificarse como tales negocios, la entrega de dinero que hacen a tales Bancos los depositarios o cuentacorrentistas, porque más que efectuarse a título de transferencia de uso y propiedad ilimitada, quedando aquellos obligados, como deudor de género, a devolver no la misma cosa, sino otro tanto de la misma especie y calidad —«tantundem ejusden generis»—, se realizan a título de amplia pero exclusiva comisión, de acuerdo a la misma expresiva dicción del artículo 309 del Código de Comercio, que niega la existencia del depósito irregular, porque las entregas a tal entidad de dinero se efectúan con la condición y finalidad, implícita, pero cierta, de que se usen, por la misma en otras operaciones serias de crédito, con distintas personas, que permitan mantener su existencia y su valor, en pro de la seguridad de la devolución, y siempre con la especial limitación, debida a la honesta gestión social de buen comerciante, y defensa del impositor, de impedir la apropiación antijurídica de tales administradores, pues se trata en definitiva de un patrimonio adscrito a un fin, cuyo destino normal no puede quebrantarse con la infidelidad administrativa, que ha de surgir, no opera sobre bienes propios del dueño o administrador del Banco, sino de las personas imponentes, que no se han desprovisto en absoluto de su dominio, que pueden reivindicar instantáneamente por lo general, pues otorgaron la posesión legítima de su dinero, en muy amplia comisión dispositiva de crédito, y en buena gestión, pero nunca para la artera y defraudatoria, por lo que la entidad bancaria es a estos efectos mera poseedora con finalidad delimitada, y como se ha repetido, de amplio espectro operativo, en orden a los buenos negocios crediticios, cualquiera que sea la fortuna que éstos corran, pero jamás ilimitada y permi-

siva de tan repudiables defraudaciones; pues si se opinare de otra manera, se dejarían indefensas, por ficciones jurídicas inadecuadas, a una gran masa de personas, contra el egoísmo lucrativo de tales dueños o gestores, de entidades bancarias, lo que ni es lícito, ni equitativo, ni moral, al estar sometidos al control de la honestidad y decencia públicas, y del Derecho penal, protector de valores indeclinables contra la codicia ajena. (Sentencia de 23 de junio de 1973.)

**48. Procuradores de tribunales.**—Que legalmente, según el Estatuto de Procuradores de 19 de diciembre de 1947, en su artículo 2.º, son éstas aquellas personas que reuniendo las condiciones legales, puedan encargarse mediante poder, conferido en debida forma de *representar* los intereses ajenos ante los Tribunales de Justicia y organismos de todas clases. En el artículo 4.º del citado Estatuto se expresa que la *representación* del Procurador se acreditará por medio de la escritura de *poder*, declarada bastante para la acción o acciones que se trate de ejercitar, consignándose en la misma, además del nombre y los dos apellidos del *mandatario*. Más adelante se insiste que la *representación* podrá conferirse al Procurador mediante comparecencia ante el Juzgado llamado a conocer del Proceso. Por tanto, en el orden legal la relación cliente-Procurador, según este Estatuto, se configura como representación, apoderamiento, en suma, como contrato por el cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra. Nos encontramos ante el mandato del artículo 1.709 del C. Civil, con el carácter de remunerado, si el *mandatario* tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato (art. 1.716 del propio Código Civil). Y de aquí a los efectos del C. P. que las provisiones de fondos hechas al *mandatario* tienen por fin específico, salvo prueba en contrario, la aplicación de los mismos a los fines para los que se realizan, negocio, pleito o ejercicio de acciones, que son motivo, causa y finalidad de dicha provisión. (Sentencia de 31 de mayo de 1977.)

Que por tanto que la aplicación al propio beneficio particular del Procurador, de la provisión de fondos, salvo sus honorarios justificados y fijados en el Arancel correspondiente, sin darlos el destino de abono de los gastos de los juicios en cuya consideración, fueron concedidos, ha venido siendo considerado en la doctrina jurisprudencial de manera invariable y pacífica, como apropiación indebida, al recibirse en calidad de *mandatario* para un fin concreto y determinado y apoderarse, con ánimo de lucro de los mismos, interviniendo así los dos requisitos quintaesencia de la apropiación, cuales son el lucro ilícito y el abuso de confianza, de la que se defrauda al poderdante. Por ello la doctrina de esta Sala, en Sentencias de 30 de marzo de 1920, 30 de junio 1927, 15 de marzo 1888, 13 de enero de 1928, 11 de marzo de 1963, 4 de febrero y 30 de octubre de 1971, estiman en líneas generales y de manera unánime que el Procurador de Tribunales que recibe cantidades de su cliente para el pago de gastos judiciales, apropiándose y lucrándose con ellas, comete el delito de apropiación indebida. (Sentencia de 31 de mayo de 1977.)

## XI. COMISION MERCANTIL

49. En materia de comisión, que es el caso que, según los hechos probados unía al procesado con su comitente, la legislación civil se encarga de poner de relieve la base de confianza entre ambos existente y causa muchas veces del contrato, puesto que la esencia del mandato es prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de alguna persona, persona ésta que se acomodará en el desempeño de sus obligaciones, o falta de instrucción a lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia (arts. 1.709 y 1.719 del Código Civil). Y cuando del Código Civil se pasa al de Comercio la nota de confianza se acentúa, respondiendo de la conservación de las cosas en el estado en que las recibió y prohibiendo comprar para sí o para otro lo que se le haya mandado vender (arts. 244, 265, 267 del Código de Comercio). Y esto sentado, la doctrina penal de esta Sala, ha tenido ocasiones frecuentes de pronunciarse, calificando de apropiación indebida *cuando se reciben muestrarios para vender* en comisión y el procesado se apropia de los mismos o de su importe (Sentencia de 8 de marzo de 1965), recibir efectos en depósito para *su venta en comisión* y disponer de ellos (Sentencias de 7 de mayo de 1965 y 22 de diciembre de 1964) *cosas muebles y relojes* en comisión de ventas. (Sentencias de 15 de abril de 1964, 11 de diciembre de 1963, 3 de julio de 1961 y 20 de marzo de 1973.)

50. **Comisión civil y mercantil.**—Que el título *fiduciario de comisión* que expresamente cita el artículo 535 del C. Penal, no se limita únicamente a acoger la *comisión mercantil* regulada en el Código de Comercio, pues la utilización típica del término se efectúa más que con virtualidad técnica estricta, con absoluta abstracción conceptual y de manera totalmente práctica, y en vulgar significación, por lo que *acoge* también en su contenido *el mandato civil, la amplia representación* en cualquier condición e incluso *el mero encargo*, siempre que el dominus otorgue a otro, actuación por él mismo, con el único límite de que sean de *destino impuesto o determinado*, porque la transferencia posesoria de las cosas o valores ha de efectuarse con una concreta finalidad especificada.

Dentro de los encargos con destino impuesto y posiblemente encajada, la mayoría de las veces en la comisión mercantil se encuentra la entrega de cosas por el propietario a otro, empleado o no, para su enajenación a terceros o *comisión de venta*, con reintegro a aquél de la cosa no vendida o del precio obtenido y medie o no la concurrencia de formalidades mercantiles y el abono de un premio por la mediación, pues este quehacer se halla indudablemente protegido, como título contractual típico en el artículo 535 del Código Penal, por el riesgo que entraña para el comitente la posesión por el comisionista de la mercancía o del precio en que se subrogó con la *enajenación mediadora*, pues se estima que la propiedad de una u otra la ostenta el comitente con el deber correlativo de su entrega devolutiva o restitutiva del mismo previa conservación o depósito del comisionista y si el mismo infringe tales deberes específicos, quebranta la

facultad dominical de disposición que sigue perteneciendo al dueño y por ello incurrirá en el delito de apropiación indebida al producirse el cambio de la posesión legítima en propiedad ilegítima, por el desleal sujeto activo. (Sentencia de 29 de marzo de 1974.)

**51. Comisión mercantil.**—Entre los contratos o títulos adecuados, aptos e idóneos, para generar el delito mencionado, figura con todo merecimiento el de comisión mercantil y ello no sólo porque de modo taxativo lo menciona el artículo 535, sino porque tanto obre el comisionista en nombre y por cuenta ajenos (*comisión representativa*), como en nombre propio y por cuenta ajena (*comisión*, propiamente dicha) y según se deduce de los artículos 245, 246, 247, 264, 265 y 266 del Código de Comercio, cuantos dineros, efectos, mercaderías o cosas muebles, lleguen a su poder procedente del comitente, para el desarrollo y ejecución de su misión, intermediadora o de teceros, dentro del ámbito de las operaciones mercantiles, que constituyen el objeto de dicha comisión, y correspondan a su principal, quedarán legítimamente en posesión del comisionista, pero si éste aprovechando las facilidades que su contacto físico con las referidas cosas le deparan, trueca su contractual, justificada y legítima posesión, en antijurídica propiedad y atribuyéndose unas facultades de disposición que sólo al dueño incumben, se apropia o hace suyas tales cosas, las incorpora a su patrimonio, las distrae de su natural y convenido destino o niega haberlas recibido, comete el delito de apropiación indebida. (Sentencia de 28 de febrero de 1975.)

**52. Comisión, mandato civil, mero encargo de destino.**—El título fiduciario de comisión citado expresamente en el artículo 535 del C. Penal, por su gran laxitud y sentido vulgar, comprende la comisión mercantil, el mandato civil, la amplia representación, de cualquier condición, e incluso el mero encargo de destino impuesto o determinado para dirigir la transferencia posesoria de las cosas o valores a realizar el agente una concreta finalidad específica, sin admitir otra disyuntiva que su cumplimiento o incumplimiento y sin opciones para distintos destinos, como sucede con las comisiones de compra, específicamente precisadas de cosa cierta y concreta que deben cumplirse indeclinablemente de acuerdo a la voluntad unitaria del dueño de la «res commendata», sin extralimitaciones de ninguna clase, ni aplicación de dinero como precio recibido, a saldar deuda, del agente poseedor, por suponer *una clara desvirtuación de la comisión, un adueñamiento del dinero* y un enriquecimiento lucrativo indudable y por lo tanto el realizar el delito de apropiación indebida, a pesar de que se proteste la devolución y se reconozca el quebranto causado, *pues la infracción de censura* con el apoderamiento lucrativo y tales protestas de una conducta reparadora posterior, no tienen efectividad ni para desvirtuar el delito ni otro alcance, de producirse, que actuar en la responsabilidad civil delictual, eliminándola o rebajándola. (Sentencias de 3 de octubre y 11 de noviembre de 1974.)

**53. Comisión.**—Se hace preciso recordar la doctrina de esta Sala, según

la cual el delito de apropiación indebida entraña, por definición, un *subtractio juridico civil a virtud de los títulos fiduciarios expresados por vía enunciativa* en el artículo 535 y que confiere al «accipiens» la posesión de las cosas, pero no a la propiedad que el «tradens» sigue ostentando sobre tales cosas confiadas («res comendata»), *siendo la comisión mercantil*, en su doble faz de compra o de venta, uno de los más *típicos títulos* contractuales aludido en dicho precepto y que el legislador protege a virtud del riesgo que entraña para el comitente la posesión por el comisionista del dinero o mercancías recibidas en el ejercicio de su mediación, para lo cual, y desde el punto de vista jurídico-privado, considera que tanto si la *comisión es de venta*, como si *es de compra*, la propiedad de las cosas recibidas pertenece en todo caso al comitente, lo que engendra en el comisionista un correlativo deber de conservación y depósito (art. 266 del Código de Comercio), con el complemento del *constituto posesorio* para el caso de quiebra del comisionista (art. 909, 4.º, del Código de Comercio), lo que tiene la indeclinable consecuencia, en el ámbito penal, que por si acaso infringe el mandatario mercantil tales específicos deberes de conservación o de entrega al principal (art. 263 Código de Comercio) habrá quebrantado la facultad dominical de disposición que sigue perteneciendo a su mandante y por ende habrá incurrido en el delito de apropiación indebida (Sentencias de 9 de junio de 1971, 28 de marzo de 1973); sin que tampoco sea óbice a la doctrina sentada el hecho de que el comisionista obre en nombre propio, pues *lo decisivo es que obre por cuenta ajena*, actuación típica de la comisión mercantil, en contraste con el mandato civil, que podrá afectar a las relaciones del comisionista con los terceros, pero no a las que le ligan con el comitente, que quedan intactas (art. 240 del Código de Comercio). (Sentencia de 23 de diciembre de 1975.)

**54. Apoderamiento de muestrarios por agente de ventas.**—Y esto sentado, la doctrina penal de esta Sala, ha tenido ocasiones frecuentes de pronunciarse calificando de apropiación indebida cuando se reciben muestrarios para venta en comisión y el procesado se apropia de los mismos o de su importe (Sentencia de 8 de marzo de 1965), recibir efectos en depósito para su venta en comisión y disponer de ellos (Sentencia de 7 de mayo de 1965 y 22 de diciembre de 1964), cosas muebles en comisión de venta y relojes. (Sentencias de 15 de abril de 1964, 11 de diciembre de 1963, 3 de julio de 1961 y 20 de marzo de 1973.)

**55. Comisión de ventas.**—El título de *comisión* que «*nominatim*» se refiere el tipo y que acoge el *negocio mercantil* de dicho nombre, pero también el *mandato*, la *representación* y hasta los más varios *encargos con destino impuesto y cierto*, abarca, además, la denominada *comisión de venta*, que supone la entrega del «domino» al agente de mercancías para la enajenación a terceros y reintegración del precio obtenido al primero, ya que con tal actuación el «tradens» se reserva la propiedad y entrega la posesión al «accipiens» de la «res comendata» y que este último debe conservar mientras no la enajena, pues de acaecer este destino final, a que está abocada la cosa, ha de reintegrar el importe o precio logrado, o al

menos, dar cuenta específica, para exonerarse de responsabilidad, de la causa de su desaparición, máxime si en uno y otro caso se afirma su provecho o utilidad indebida, que incluso en casos excepcionales puede obtenerse, si lo vende a plazos y mantiene para sí el precio, sin trasladarlo al burlado dueño. (Sentencia de 18 de octubre de 1973.)

## XII. ADMINISTRACION

**56. Presidente y secretario de Consejo de Administración.**—Si los procesados, por razón de los cargos que desempeñaban en una sociedad—presidente y secretario del Consejo de Administración—abrieron una cuenta de fondos de reserva de la sociedad y disponen de la misma en provecho propio y en perjuicio de aquélla, es evidente que cometieron este delito, dada la confianza que inspiraban a los restantes socios. (Sentencia de 2 de marzo de 1969.)

**57. Gerentes de empresa.**—Por lo que los gerentes de empresa se refiere, teniendo éstos como facultades normales y ordinarias amplios poderes para extraer cantidades de Banco, en nombre de su principal, cuando se realizan estos actos de extracción, bien de la caja de la empresa, de inmediata disposición del gerente, bien de las cuentas del Banco, dada su condición de apoderado, no invirtiéndola en los fines de la empresa, beneficiándose el gerente con perjuicio de la entidad propietaria, no cabe la menor duda que se comete el delito que nos ocupa. (Sentencia de 15 de junio de 1972.)

**58. Colla de obreros panaderos.**—Lo primero que conviene aclarar es la clase de entidad de que se trata y el puesto que cada uno de los procesados tenía en ella, con determinación de sus obligaciones. Según sus estatutos de 21 de marzo de 1965 la Colla de Obreros-Panaderos es una agrupación profesional sindical, cuya finalidad es facilitar el acceso a los puestos de trabajo a los productores panaderos que trabajan por cuenta ajena, y con carácter eventual (artículo 1.º). A los efectos de Seguridad Social asume las funciones que en materia de Seguros Sociales y Mutualismo Laboral se atribuyen a dichas agrupaciones en la orden de 2 de mayo de 1963, realizando la afiliación y cotización de trabajadores encuadrados en la misma, a los Regímenes de Previsión Social obligatoria que gestiona el Instituto Nacional de Previsión y la Mutualidad Laboral de Las Palmas..., actuando, a dichos efectos, como empresa, a cuyos efectos recaudará de las empresas y trabajadores las cotizaciones que por seguros sociales les corresponda abonar (artículo 3.º). Los fondos de la Agrupación, una vez cubiertos los Regímenes de Previsión Social y Mutualidad Laboral, podrán destinarse, previa autorización superior y acuerdo de la asamblea, a propuesta de la Junta Rectora, al mejoramiento de las necesidades de los asociados, obras de carácter social, establecimiento de becas de estudio para los hijos de los asociados y atenciones administrativas (artículo 5.º). Con obligaciones gestoras para ingresar, como mandatario, en las Cajas de Seguridad Social y Mutualidad Laboral, las correspondientes cotizaciones de sus obreros,

siendo a estos efectos auténticas entidades delegadas tanto del Instituto Nacional de Previsión, como de las Mutualidades de Las Palmas, con obligación, por lo común, de llevar la contabilidad de la gestión indicada, con entera independencia de otras actividades sociales. De todo lo cual se concluye, como con razón argumenta el recurrente, que *las cuotas de cotización* se reciben por la Colla, para *entregarlas al fondo de Seguridad Social* del Instituto de Previsión y al Mutualismo Laboral, auténticos titulares dominicales de las mismas a quienes, al no entregárselas, se les irroga el correspondiente perjuicio, faltando con ello a las disposiciones de los artículos 68-1.º de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, concierto del Instituto Nacional de Previsión con la Colla de 2 de mayo de 1963 y Orden de 28 de diciembre de 1966, artículo 25-3.º y perjudicando, de un lado, a dichas instituciones sociales y de otro a los trabajadores cuyas cuotas no se abonaron, y al quedar al descubierto de las mismas pueden verse privados de los beneficios sociales previstos en nuestra legislación en el momento en que, según las previsiones de cada caso, llegue la oportunidad de percibir las. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

59. *Aunque se destinen los fondos o atenciones de carácter social u otras administrativas.*—Se infringió por la Sala sentenciadora el precepto invocado del artículo 535 del Código Penal, al *distraerse del destino* que por estatutos, por ley y por convenio, *venían obligados los directivos* de la Colla, que luego se dirán, *debían dar a las cantidades recibidas* por cotizaciones de sus afiliados, y *aplicarlas a otras atenciones de carácter social* y cubrir las atenciones administrativas de la Colla, aunque ello fuera con el beneplácito de la asamblea general. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

60. *Gestores de cooperativas.*—En el caso que nos ocupa, el especial destino y concretísima afectación de determinados cobros a fines de cotización por Seguridad Social en interés de los afiliados que, confiados en la efectividad de esta precisa aplicación, se encuentran ahora en descubierto por tales conceptos, al haber gastado los *individuos del ente gestor* estas cantidades a su arbitrio, en lo que mejor les pareció, aunque no fuera en su personal provecho hace entrar en juego como norma sancionadora adecuada, el dispositivo del artículo 535 del Código Penal referente a la apropiación indebida, ya que tales sumas, destinadas desde un principio a finalidad tan relevante, debieron ser sagradas para estos gestores que, por el contrario, y desestiéndose de este especialísimo deber, las distrajeran a sabiendas de su destino, siendo así que constituían un *fondo separado de afectación*, que en modo alguno podía fundirse con los demás caudales del ente societario, a pretexto de un vago principio de unidad de caja, aquí inaplicable. (Sentencia de 28 de mayo de 1974.)

61. *Condominio. Cuando el condomino es depositario o administrador.*—Que el trueque que el delincuente ha de efectuar en la apropiación indebida, cambiando la posesión concedida —«res commendata»— en prohibido dominio, significa, aunque no lo exprese directamente el tipo legal que *las cosas sean ajenas*, o de la titularidad del perjudicado, por no pertenecer



al que de ellas antijurídicamente se apodera, porque se trata de un presupuesto del injusto típico de dicho delito, que de inexistir totalmente impide su comisión, por no ser posible la transmutación indicada, por lo general, pues así lo proclamaba ya el viejo axioma «*rei nostrae, apropiandi non possumus*».

Que si se exige a ultranza este requisito de la ajenidad de la cosa, en la apropiación indebida, no podría aceptarse su comisión, en los casos de bienes parcialmente propiedad de ambos sujetos activo y pasivo, como en los de *condominio «iuris romani»*, en que las cosas pertenecen a todos los condominios en cuotas ideales «*pro in diviso*», y muy especialmente en los de *sociedad*, con bienes o ganancias comunes, regida por contrato, o establecida como un hecho de formación irregular, y en que el *poseedor se adueña ilegítimamente de fondos que en parte no le pertenecen*, a pesar de la obligación normativa de entrega o devolución, que incumple, en los cuales *ha de admitirse*, sin embargo, por su singularidad, la *posible generación del delito de referencia*, pues por muy coactiva que resulte en el orden doctrinal y sus efectos, la naturaleza jurídica de la comunidad como propiedad plurima total, que recae ficticia e idealmente sobre cada átomo de la cosa común, es lo cierto, que *no puede llegarse a consecuencias inmorales e ilegales*, dejándolas huérfanas de protección penal, contra los *actos de apoderamiento de lo que no es propio*, y en cuantía que sean ajenas, y pertenecientes a los *condóminos o asociados siempre y cuando se apropien subrepticamente del patrimonio de los demás*, lo que jamás autoriza el estado de comunidad o el contrato de sociedad, *salvo pacto expreso* en contrario, y cuando exista en la culpabilidad indudable mala fe en el total adueñamiento con malicia y ánimo de lucro propio, sobre la cosa común que se conoce como tal, y en la mayor parte de dominio ajeno y no propio, pues *este radical y repudable dolo finalísticamente defraudatorio y pleno de abuso de confianza*, rebasa con mucho el mero exceso o abuso en el ejercicio de las funciones comunitarias o sociales, y *no es un mero supuesto, de ilicitud de carácter civil*, sino que encaja dentro del ámbito penal, y concretamente, por existir posesión confiada, en dicho delito de apropiación indebida, al ser conocidas las porciones patrimoniales confluentes, y la ausencia de disponibilidad del agente, en dicha dirección particular de enriquecimiento personal e injusto, y en indudable perjuicio de los comuneros y socios, pues en definitiva, se apodera de cosas por él poseídas, que en su mayor parte no le pertenecen en dominio y cuyo derecho de dominio personal concurrente no puede hacer desaparecer la propiedad de los demás; dándose aún *mayor consistencia* al delito, si concurre en el sujeto activo, una *yuxtaposición de títulos*, por agregarse al de comunero o socio, *titularidades superpuestas, que le concedan el depósito de las cosas*, bienes o dinero, o su administración y se quebrante la custodia o la gestión económica, pues en tales supuestos se destrazan dos o más títulos fiduciarios por el quehacer delictual del agente, en su lucro y en su provecho, que hace más reprochable su conducta, lo que ya esta Sala en sus Sentencias de 24 de abril de 1947 (R. 549), 16 de octubre de 1951 (R. 2.194) y 17 de noviembre de 1954 (R. 2.482), había estimado suficiente, para cometer tal delito, *por adueñamiento del administrador o gerente social*, de bienes de la entidad, de la

que era además consorcio, y que no por ser de la misma dejaban de pertenecer a cada uno de los partícipes, admitiendo las Sentencias de 29 de octubre de 1954 (R. 2.417), 11 de mayo de 1955 (R. 1.298) y 15 de octubre de 1958 (R. 3.020), la presencia de igual delito, en casos de sociedad, y apoderamiento de sus bienes por consorcio, por no poderse consentir la apropiación clandestina, del patrimonio de los demás asociados. (Sentencia de 9 de febrero de 1974.)

**62. Sociedad, si el socio es depositario o administrador.**—Que en la exégesis del artículo 535 del Código Penal, sobre el delito de apropiación indebida, viene estableciendo esta Sala que de su texto bastante descriptivo y expresivo se deducen los requisitos esenciales para que tal figura punible tome relieve para la vida del derecho. Ellos son en primer lugar una recepción —por parte del subjetivo activo del delito— de dinero, efectos o cualesquiera otra cosa mueble, es decir, toda clase de muebles. En segundo lugar, esta toma de contacto del sujeto, con el objeto del delito, nace legítimamente, puesto que se recibe en calidad de depósito, comisión, administración o cualquier otro título, entendiéndose que éste ha de ser válido y legítimo. Tercero. Estos títulos le legitiman de un lado a tener ciertas facultades de autónoma disposición, por tener los efectos en su poder y de otro le obligan a entregarlos a tercero, a persona o entidad determinada, finalidad concreta y precisa o a devolverlos a su legítimo dueño y en tal condición se tienen: legitimidad en la posesión o tenencia y finalidad concreta y determinada ordinariamente por el título en virtud del cual reciben. En cuarto lugar, cuando llega ese instante que con reiteración se ha calificado de restitución cancelatoria, el sujeto abusa de la confianza recibida, rompe totalmente la lealtad en él esperada o la confianza en él depositada; en definitiva, incumple la obligación que había asumido y con ánimo de lucro fraudulento le incorpora antijurídicamente a su patrimonio, les da a los efectos recibidos destino distinto del previsto en los títulos de entrega, niega haberlos recibido, y todo ello ocasiona el correspondiente perjuicio al dueño o destinatario de las cosas. En suma, se ha producido un lucro ilícito de cosas poseídas, en principio legítimamente, y un abuso manifiesto de la confianza obtenida desde tal principio. Requisitos éstos puestos de relieve, por lo que a la situación de condominio y sociedad se refiere, en reciente Sentencia de 9 de febrero de 1974, donde el adueñamiento por condominios y socios del patrimonio de los demás mereció la calificación del delito de apropiación, por no poderse consentir la apropiación clandestina del patrimonio de los demás. (Sentencia de 30 de septiembre de 1974.)

**63.** Y por su parte, la jurisprudencia, en Sentencias de 26 de enero de 1905, 2 de octubre del mismo año, 9 de febrero de 1912, 7 de noviembre de 1914, 3 y 17 de marzo de 1927, 14 de junio y 8 de julio de 1935 (R. 1.269 y 1.501), 3 de abril de 1946 (R. 462), 28 de febrero 1951 (R. 496), 16 de febrero 1954 (R. 248), 20 de octubre del mismo año (R. 2.417), 22 de octubre 1960 (R. 3.064), 17 de octubre 1964 (R. 4.339), 21 de noviembre 1966 (R. 5.027), 5 de diciembre 1967 (R. 5.249), 23 de diciembre 1968 (R. 5.639), 2 de mayo de 1969 (R. 2.603), 20 de abril de 1970 (R. 1.875), 12 de febrero de 1971 (R. 600),

28 de septiembre de 1973 (R. 3.394), 25 de marzo de 1974 (R. 1.453) y 27 de junio de 1975 (R. 3.023), ha sentado que, para que se cometa el delito de apropiación indebida en sociedades, es preciso: 1.º que el socio se halle en poder del dinero o de la cosa mueble, objeto del adueñamiento; 2.º que dicha posesión lo sea con titularidad superpuesta a la propiamente de socio, es decir, en calidad de administrador, depositario, representante, director o gerente de la sociedad; 3.º obligación de entrega o devolución; 4.º que no exista tal indeterminación de derechos, complejidad, confusión o iliquidación que sea imposible percibir y distinguir lo que a cada uno corresponde y donde acaba el derecho propio y comienza el común o el de los demás socios, y 5.º que concurra y se constate intención o propósito de incorporación al patrimonio propio de lo que consta es ajeno, quedando excluida dicha intención cuando se obra con propósito no lucrativo de realización del propio derecho de cautela, de garantía u otro semejante. (Sentencia de 14 de enero de 1976.)

64. Que en realidad toda la argumentación del recurrente se reconduce a la consideración de que siendo el procesado miembro de una sociedad irregular pactada con el querellante, el dinero que recibía para la sociedad y del que se dice dispuso, lo percibió como tal socio o título dominical, por lo que mal podía cometer el delito de apropiación indebida que presupone la transmutación de la posesión —que se disfruta in nomine alieno— en propiedad, todo ello sin perjuicio de la cuota ideal que corresponda a cada socio a tenor de su participación; tesis la aducida que contraría la sentada por la doctrina de esta Sala, según la cual el contrato de sociedad genera situaciones jurídicas como las de mandato, administración y depósito que posibilitan la apropiación indebida de los bienes o fondos sociales, aunque el gestor de los mismos sea también socio, pues entonces el delito se entenderá cometido en la parte que proporcionalmente exceda de su participación como tal socio gestor —Sentencias de 16 de febrero y 15 de junio de 1954 (R. 248 y 1.683), 22 de diciembre de 1960 (R. 4.147), 21 de noviembre de 1966 (R. 5.027), 5 de diciembre de 1967 (R. 5.249), 23 de diciembre de 1968 (R. 5.626), 2 de mayo de 1969 (R. 2.603), 16 de octubre de 1972 (R. 4.121), y otras—; como en general se condena al apoderamiento unilateral e injusto de un socio en perjuicio de otro que reúna los caracteres de dicho delito —Sentencias de 20 de octubre de 1954 (R. 2.417), 11 de mayo de 1955 (R. 1.298), 16 de octubre de 1958 (R. 3.315)— y aun cuando se trate de sociedad irregular, pues si bien en tal caso el perjudicado no es el ente social, por carecer el mismo de personalidad jurídica, no es menos cierto que entonces el perjuicio se infiere a los demás socios en la medida en que es dañada su cuota de participación en el fondo social y sin perjuicio de que la liquidación de cuentas fije cual sea el caudal partible entre ellos —Sentencia de 28 de septiembre de 1973 (R. 3.390)—, en tanto que las aportaciones de los socios al fondo común pierden su individualidad y sólo tienen derecho a una cuota, bien de participación en el haber social, bien de liquidación si la sociedad se extingue —Sentencia de 16 de octubre de 1972 (R. 4.121)—. (Sentencia de 7 de febrero de 1975.)

65. Que entre los títulos aptos e idóneos para generar el delito estudiado que no menciona «nominatum» el artículo 535 del Código Penal, figura el contrato de sociedad, el cual ha suscitado dudas y controversias a causa de la titularidad común del acervo social y de la dificultad de distinguir lo que corresponde a uno u otro socio, es decir, lo que es propio y lo que es ajeno, pero recordando que en las sociedades legalmente constituidas se crea una persona jurídica con personalidad y patrimonio distinto al de los asociados, y reparando que en las sociedades irregularmente constituidas el socio infiel sería titular de su aportación y de la parte de las ganancias que le correspondan con arreglo a lo pactado o en defecto de pacto, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, pero no es dueño ni titular de la totalidad del patrimonio social, se puede construir el delito de apropiación indebida en los casos de contrato de sociedad, bien *sobre la base de la distinta personalidad de los socios y de la sociedad*, bien con apoyo en el fundamento de que *quien se apropia de bienes sociales está perjudicando a los demás socios* y privándoles de parte o de todo su patrimonio; por ello, la doctrina ha entendido que *comete este delito el administrador o gerente de una sociedad*, que recibiendo, con destino social, dinero o cosa muebles, lejos de ingresarlo en el acervo social lo toma para sí en beneficio exclusivo, y también lo perpetra *si tomando del caudal social dinero o cosas muebles los incorpora a su patrimonio* o los hace suyos, o les da un destino distinto al convenido o adecuado, y, finalmente, que lo mismo puede predicarse de cualquier socio que obre de idéntico modo al señalado y por su parte, la jurisprudencia, desde tiempos ya remotos en los que incluso todavía la apropiación indebida no se había independizado y figuraba en el número 5 del artículo 523 del Código Penal de 1932 o en el equivalente del Código de 1870, *reputó la posesión de bienes sociales en concepto de administrador*, de gerente o simplemente de socio, título apto e idóneo para la perpetración del delito analizado, si bien en algunos casos *limitara la cuantía de lo apropiado al compás de los derechos que correspondían al infractor* en el patrimonio social y en la misma medida en que debían repartirse los beneficios; y así pueden citarse las sentencias de 26 de enero de 1905, 2 de octubre del mismo año, 9 de febrero de 1912, 7 de noviembre de 1914, la que declaró que la venta y apropiación del valor de unas mercancías por el gerente de una sociedad después que *a su disolución fueron adjudicados a uno de los socios* integran los elementos esenciales de este delito, 3 de marzo de 1927, 17 de marzo del mismo año, 14 de junio de 1935 (R. 1.269), 8 de julio del referido año (R. 1.501), 3 de abril de 1946 (R. 462), 28 de febrero de 1951, (R. 496), 16 de febrero de 1954 (R. 248), 20 de octubre del mismo año (R. 2.417) —la que reputa apropiación indebida el apoderamiento con ánimo de lucro de la *parte no correspondiente* al acusado—, 20 de octubre de 1960 (R. 3.064), 17 de octubre de 1964 (R. 4.339), 21 de noviembre de 1966 (R. 5.027) —la que sostuvo que *el socio infiel no es propietario del caudal social, sino que sólo tiene un derecho expectante sobre el mismo y sobre los beneficios*, y que, por lo tanto, si vende madera y no ingresa el importe en las arcas sociales causa un perjuicio de la mitad del dinero importe—, 5 de diciembre de 1967 (R. 5.249), 23 de diciembre de 1968 (R. 5.639), 2 de mayo de 1969 (R. 2.603), 20 de abril de 1970 (R. 1.875), 12 de

febrero de 1971 (R. 600), 28 de septiembre de 1973 (R. 3.394) y 25 de marzo de 1974 (R. 1.453). De todas cuyas resoluciones se infiere que, para que se cometa el delito de apropiación indebida en sociedades, *es preciso*: 1.º que *el socio se halle en poder del dinero*, de la cosa objeto del apoderamiento; 2.º *obligación de entrega o devolución*; 3.º, que dicha posesión lo sea con titularidad superpuesta a la propiamente de socio, es decir, *en calidad de administrador, depositario, representante, director o gerente de la sociedad*; 4.º *que no exista tal indeterminación de derechos*, complejidad, confusión e iliquidación que sea imposible percibir y distinguir lo que a cada uno corresponde y donde acaba el derecho propio y comienza el común o el de los demás socios, y 5.º que concurra y se constate intención o propósito *de incorporación al patrimonio propio* de lo que consta es ajeno, quedando excluida dicha intención cuando se obra con propósito no lucrativo de realización del propio derecho, de cautela, de garantía u otro semejante. (Sentencia de 27 de junio de 1975.)

### XIII. OTROS TITULOS

**66. En traspaso de local, en arrendamientos urbanos. Precio del traspaso que ha de devolver el arrendatario, si el arrendador ejerce el derecho de tanteo.**—Que una de tales relaciones o situaciones, que bien cabe calificar de pendencia en el ámbito civil, con inmediata repercusión en el penal, es la que se produce dentro del derecho de arrendamientos urbanos, cuando habiendo decidido el arrendatario de un local de negocio *traspasar la posesión arrendaticia del mismo a un tercero*, conforme a la facultad que le concede el artículo 29 y con los requisitos del artículo 32 de la Ley del ramo articulada mediante Decreto de 13 de abril de 1956 (R. 652), *notificada al arrendador su decisión* de traspasar y el precio convenido, para que éste pueda *ejercitar el derecho de tanteo* que le concede el artículo 35 de la propia Ley, dentro de los treinta días siguientes al de dicha notificación; pues si con arreglo al párrafo 2.º de este último artículo, hasta que transcurra el plazo para que el arrendador pueda ejercitar tal derecho, no podrá el arrendatario concertar con un tercero el traspaso, dicho se está que lo único que cabe, en tanto pueda llegarse a dicho concierto, es *otorgar un precontrato de traspaso*, muy distinto del contrato subsiguiente, cuya diferencia ha sido puesta de manifiesto por la doctrina y jurisprudencia —Sentencias de 23 de febrero de 1948 (R. 163), 8 de mayo 1950 (R. 998), 21 de marzo 1955 (R. 1.113), 20 de octubre de 1955 (R. 3.081), 3 de julio de 1956 (R. 3.004), todas de la sala 1.ª—; *contrato preliminar que obligará al arrendatario y al tercero a concluir el futuro traspaso una vez que se cumpla la «conditio legis» de haber transcurrido el término legal sin que el arrendador del local haya ejercitado su posible derecho de tanteo o, en su defecto, haya autorizado directamente el traspaso propuesto*; situación jurídica muy distinta de la que se produce cuando, por no haber mediado la preceptiva oferta del arrendatario al arrendador, éste ha de ejercitar el *derecho de retracto*, pues mientras que en la primera oportunidad el tercero sólo tiene convenida la adquisición, aunque no realizada o efectuada,

en la ocasión del retracto, conforme al artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (R. 1.964, 2.885 y R. 1.965, 86 y Ap. 51-66, 787), se parte del supuesto de una *enajenación ya consumada* —Sentencia de la Sala 1.ª de 12 de abril de 1962 (R. 2.022)—; diferencia entre ambas situaciones que tiene decisivo reflejo en el campo punitivo, ya que mientras pende el *derecho de tanteo*, el tercero que pretende entrar en la posesión arrendaticia del local sólo *tiene una expectativa jurídica a su favor* y, por ende, si entregó al arrendatario todo o parte del *precio del traspaso* aún no realizado —puesto que legalmente no es posible hacerlo, hasta el punto de atraer la resolución del arrendamiento conforme al artículo 114-5.º de la Ley —Sentencia de la Sala 1.ª de 26 de marzo de 1953 (R. 592)—, como nada adquiere, *tampoco transmite la propiedad de dicho precio, sino tan sólo la posesión del mismo, con obligación por parte del receptor de devolverlo si no se produce la hipótesis legal que, de futuro, permita la perfección y consumación del contrato de traspaso.* (Sentencia de 22 de octubre de 1973.)

#### 67. Prestaciones de la Seguridad Social.

Ver Gestores de Cooperativas.—Sentencias números 56, 57, 58, 59 y 60.

**68. Prestaciones no abonadas al beneficiario.**—Que las empresas privadas vienen configuradas en la Ley de Seguridad Social, como entidades gestoras de la misma y colaboran con ella, conforme al artículo 208-1.º c) de la Ley de 21 de abril de 1966, *pagando* a sus trabajadores por *delegación* de la entidad gestora obligada, las *prestaciones económicas*, por incapacidad laboral transitoria, protección a la familia, desempleo y otras varias. Esta colaboración es obligatoria y consiste —reitera la Orden del Ministerio de Trabajo de 25 de noviembre de 1966— *en el pago por delegación de dichas prestaciones económicas.* Y la mecánica de dicha colaboración viene dibujada por el artículo 20 de la citada orden, expresivo de que las empresas se reintegraran de las cantidades satisfechas y referidas a los conceptos antes expresados, descontándola del importe de las liquidaciones que han de efectuar para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social que correspondan al mismo período que las prestaciones satisfechas. La propia Ley citada al principio establece en su artículo 3.º que el empresario que habiendo efectuado el descuento no lo ingrese o no lo pague, hemos de añadir, incurrirá en responsabilidad ante las entidades gestoras sin perjuicio de la responsabilidad criminal y administrativa correspondiente.

Que por tanto las cantidades debidas abonar por el Instituto Nacional de Previsión o un obrero de determinada empresa, en situación de incapacidad laboral transitoria, se descuentan de las liquidaciones al Instituto y se retienen por el empresario, con una finalidad concreta y determinada: pago por delegación del mismo de las prestaciones económicas a la persona titular del derecho a la prestación. Por tanto, tal retención, apropiación o distracción ya es de cantidad ajena, con una obligación y un destino concreto y determinado que ha de darse por delegación, representación, comisión o mandato de la entidad y que de no cumplirse supone de un lado la tenencia de dinero ajeno porque ya ha nacido la obligación de cotización.

y el derecho a la prestación con mandato y obligación de entrega, de otra la distracción o apropiación del mismo, lucro del autor, perjuicio del beneficiario, con lo que dicho se está que en tales supuestos nos encontramos ante el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, como ha sostenido esta Sala en Sentencia de 28 de mayo de 1974, entre otras. (Sentencia de 25 de febrero de 1975.)

**69. Prestaciones retenidas a los productores y no abonadas al Instituto Nacional de Previsión.**—Que el primer motivo del presente recurso alega la infracción del artículo 535 del C. P., por la Sentencia de instancia, en cuanto que en concepto del recurrente es menester recibir algo mueble, en este caso dinero, con obligación de entregar o devolver, no negar haberlo recibido. Recepción ésta que no puede equipararse con la retención de parte de jornal autorizado por la Ley por parte de la empresa, para abonar las cuotas de la Seguridad Social, y no ingresarlas. El fino argumento debe decaer en primer término por disposición legal y luego por consideraciones jurídicas de más hondura, no expresamente mencionadas en la Ley. En efecto, la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 regula sobre cotización el sujeto responsable y declara paladinamente que el empresario es el sujeto responsable de la obligación de cotización ingresando las aportaciones propias y las de sus trabajadores, según el número 1.º del artículo 68. El número 2 añade que el empresario descontará a sus trabajadores la cuota correspondiente a sus retribuciones. Y por el número 3 añade que «el empresario que habiendo efectuado tal descuento no ingrese dentro de plazo la parte correspondiente a sus trabajadores incurrirá en responsabilidad ante ellos, ante las entidades gestoras afectadas, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan». Dicho plazo, aclara la Orden de 28 de diciembre de 1966, es por «mensualidades vencidas». Luego surge de la Ley una doble obligación: descontar tales cantidades correspondientes; éstas se reciben por Ministerio de la Ley, pierde el dueño su calidad de propietario de las primas y se forma un patrimonio afectado a un destino, del que el mismo es depositario, con comisión para entregar y el no cumplimiento de tales obligaciones respecto de un dinero que ya es ajeno, con un destino legal y voluntariamente pactado, distrayéndole del mismo, lucrándose con su importe es evidente que integra el delito de apropiación indebida, según la doctrina general de esta Sala y muy en especial la contenida en las Sentencias de 28 de mayo de 1974 y 25 de febrero de 1975, en lo aplicable.

Que por consiguiente que si tanto por ministerio legal como por «conformidad de los productores» el recurrente «venía descontando de la nómina de éstos la parte correspondiente a su cotización social, con la específica obligación de abonarlo en el Instituto Nacional de Previsión y desde septiembre de 1970, en vez de cumplir esta obligación específica no lo hizo así, sino que se aprovechó en su propio beneficio aplicando ese dinero a otros menesteres y finalidades particulares, perjudicando de esta manera al Instituto Nacional de Previsión, que dejó de percibir las cuotas correspondientes», es claro que hubo lucro ilícito y abuso de confianza que son las dos notas esenciales del delito de apropiación indebida del artículo 535 del

Código Penal, según constante doctrina de esta Sala; razones todas que motivan la desestimación del primer motivo del recurso admitido, tercero del escrito de interposición. (Sentencia de 7 de mayo de 1977.)

70. **Décimo de Lotería apropiado antes del sorteo.** *Luego premiado en el sorteo. Cuantía de la apropiación se extiende al premio.*—Que así enfocado el recurso, surgen ante esta Sala dos problemas fundamentales: 1.º *Momento de la consumación del delito.* 2.º *Cuantía de lo apropiado.* El primero, que apenas tiene dificultades técnicas, debe resolverse en el sentido de que *el delito se consumó en el momento en que el procesado decide adueñarse del billete y efectivamente lo lleva a cabo*, porque es cuando su posesión legítima, con comisión de entrega, se convierte en disposición anti-jurídica, incorporándolo a su patrimonio y disponiendo del billete de lotería como si fuera propio. En tal instante el abuso de confianza y el lucro ilícito quedan perfilados de manera manifiesta y con ellos la infracción penal. Ahora bien, ¿cuál es el objeto y el valor de la apropiación? *Un billete de lotería antes del sorteo, por su importe*, desde luego, pero con algo más: *una esperanza de que sea agraciado con el premio.* En tal instante la acción del agente, como comportamiento dirigido a fin concreto, *no produce el resultado previsto y querido.* Es una actividad que *queda interrumpida hasta el sorteo*, porque entre el acto y el resultado hay un aplazamiento. *El ciclo causal de la acción se demora, debiendo complementarse la acción con otros factores de carácter objetivo*, que añadidos a aquéllos *producen el resultado*: esto es el sorteo. Desde el punto de vista de la *culpabilidad* del agente, no solamente prevee el sorteo y *el premio, sino que lo quiere y lo acepta.* Por lo tanto, el resultado, premio sustraído a su legítimo propietario, queda cubierto y *aceptado por el dolo del autor*, surgiendo así un *dolo eventual muy cualificado* en el mismo, porque en el genuino y auténtico eventual, se preve, no se quiere, pero en último término se acepta, en este especial más que eventual o cualificado, se prevé, se quiere y se acepta. Por tanto, *la apropiación versa sobre el valor del démico y la expectativa del premio*, aceptada y querida, y al completarse la acción, con el *resultado aleatorio del sorteo*, en el que el décimo resultó premiado, hay que concluir en que la intención del agente fue la de apropiarse del importe del uno y otro, y por tanto la cuantía se medirá por la del premio con el que fue agraciado. A este respecto *no importa que el lucro se desplazase a tercero*, porque existiendo tal ánimo, es indiferente que recayera en el autor del delito o favoreciera el lucro injusto a otro, por cuanto que existió y fue paralelo al perjuicio patrimonial determinado del destinatario del billete o susceptible de determinarse, como ocurrió tras el sorteo. Por tanto, prosperando ambos motivos del recurso, debe estimarse que la Sala sentenciadora infringió el artículo 535 del Código Penal por inaplicación en la Sentencia recurrida, procediendo por tanto a casarla y anularla y dictar en su lugar aquella otra que ordena el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Sentencia de 26 de diciembre de 1973.)

Que los hechos que se consideran probados integran el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, por cuanto el procesado Manuel Santos Vega tenía en depósito, con comisión de entrega a Miguel



Cabello, de un billete de Lotería Nacional de 50 pesetas, cuyo sorteo no se había celebrado, y tras de hacer alguna gestión por dar con su paradero, como no lo consiguiera, decidió adueñarse y disponer del mismo, lo que implicaba no sólo el valor facial del billete, sino la expectativa del premio, con la previsión de que fuera agraciado, aceptada y querida, y al ocurrir el evento del premio de las 150.000 pesetas no cabe la menor duda que la apropiación se extendió a esta posibilidad esperada, aunque dependiera de un factor aleatorio ajeno a su voluntad, objetivo, pero previsto y querido, produciendo un perjuicio patrimonial real a Miguel de 150.000 pesetas tras el evento del sorteo. El ánimo de lucro fue menos intenso en cuanto que dispuso del billete en favor de tercero, si bien, a cambio de otro del mismo sorteo, y por la misma cantidad, con lo que el lucro sobre el billete apropiado se desplazó a tercero, lo que no impide la configuración penal descrita.

Que en la comisión de tal hecho ha de apreciarse la circunstancia análoga al arrepentimiento espontáneo, del artículo 9 núm. 10, en relación con el número 9 del mismo precepto, en calidad de atenuante muy cualificada por las siguientes circunstancias: tan pronto como recibió la visita del perjudicado, comprendiendo el alcance de su acción y abrumado por ella, pese a que él no había cobrado el premio, le entrega 20.000 pesetas de su bolsillo y procura que el favorecido con la suerte le entregue otras 50.000 pesetas y el resto se ofrece a abonarlo mediante la aceptación de las letras de cambio que fuesen menester, con lo que el impulso de su acción, la disminución de los efectos del delito y el tiempo en que se produjo fueron los convenientes para que pueda surgir la figura análoga que se aprecia, donde quedó desdibujado el arrepentimiento íntimo, pero sus actos externos dan lugar a que de manera indudable el Tribunal pueda apreciarla. El carácter de muy cualificada ha de otorgarse en méritos a que el lucro quedó desplazado a tercero, a que la acción del autor hubo de complementarse para surgir el delito de elementos objetivos extraños, aleatorios, a la conducta del sujeto; a que el dolo del autor no merece la calificación de dolo directo, sino más bien eventual, aunque cualificado, y por fin que, pese a que no percibió el premio materialmente, reparó con sus propios medios económicos, ofreciendo saldar la responsabilidad civil por cuantos medios tenía a su alcance, que no fueron aceptados por el perjudicado. Razones todas que por aplicación de la regla 5.ª del artículo 61 del Código Penal autorizan a bajar la pena a imponer en un grado. (Sentencia de 26 de diciembre de 1973.)

**71. Promotores de viviendas. Ley de 27 de julio de 1968.**—Que la inmoral especulación efectuada por traficantes sin escrúpulo, con el dinero que les anticipaban, personas de buena fe, para adquirir las futuras viviendas que aquéllos prometían construir, quedándose con el importe de lo entregado total o parcialmente sin alcanzar el buscado dominio del bien inmueble, bien por ser víctima de un engaño o de la impericia de los constructores que no alcanzaban su objetivo, con la consiguiente alarma social y grave alteración de la normal convivencia basada en el respeto a los intereses ajenos y en la seriedad, motivó la creación de una legislación defensiva a la vez preventiva y represiva, que garantizara la aplicación real y cierta de

los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios de la vivienda, como su devolución, si no se llevare ésta a feliz término, y que cristalizó en la *Ley de 27 de julio de 1968* (R. 1.335), reguladora minuciosa de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Que esta Ley limita su ámbito normativo a las viviendas a construir que no sean de protección oficial, y que pretenden ser destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente, o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial; y exige a las personas físicas o jurídicas que promuevan su construcción cuando pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma el cumplimiento de las siguientes imperativas condiciones: a) garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual mediante contrato de seguro con entidad oficial, o por aval solidario, prestado por Banco o Caja de Ahorros reconocidas, para el caso de que la construcción no se inicie, o no se lleve a buen fin, por cualquier causa, en el plazo convenido —artículo 1.º, apartado 1.º—, y b) percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una cuenta especial exclusiva a tal fin, y dirigida a satisfacer sólo la construcción a través de entidad bancaria o Caja de Ahorros —igual artículo 1.º apartado 2.º.

Que en tipicidad legal especial el artículo 6.º de dicha Ley, *estima como delito* —o en su caso falta— de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, la no devolución por el promotor al adquirente, de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la propia Ley, imponiendo en su grado máximo las penas fijadas en el artículo 528; estimándose, por consiguiente, «ex lege», que la dación del dinero es en mera posesión y con destino impuesto, y a la vez condicionada al buen uso y adecuada finalidad, sin admitirse siquiera la inejecución de la vivienda de manera parcial, pues calificada como injusto enriquecimiento, abuso de confianza y ausencia de lealtad debida, la transmutación de la entrega del dinero en posesión por título fiduciario de comisión, en su más amplio sentido, en propiedad ilegítima, que no se consiente, por tratarse de un acto de autoridad propia prohibida y que se genera por la no devolución del dinero adelantado, luego que transcurre el plazo pactado, sin la construcción acabada de la vivienda y su entrega con cédula de habitabilidad.

Que la expresión vivienda empleada sin mayores precisiones ha de estimarse significa la morada o habitación de las personas o familias, por ser ésta la valoración léxica y semántica que precisa el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a la que es necesario atender, para calificar el alcance de las expresiones, tanto en su concepción vulgar como en la jurídica—que de ella no discrepa—; y si la Ley penal utiliza tal vocablo de vivienda, sin otras precisiones, en su ámbito se ha de comprender las que sirven de domicilio o residencia familiar de forma permanente o como residencia de temporada o circunstancial, ya que es lo propio que sucede, mientras que otra cosa expresamente no se diga, como fuere menester para dar sentido diferente a la expresión, a la vez que por ser lo normal en el ámbito comunitario, si no se precisa que la vivienda, es de:

protección oficial, ha de interpretarse que no lo es, para no contradecir la realidad de hecho generalizada. (Sentencia de 11 de octubre de 1973.)

72. Que el legislador de nuestros días ha proveído a la más enérgica tutela y protección, sin excluir la penal, del interés social ligado a la construcción de viviendas, cuya creciente demanda por una gran masa de la población ha hecho proliferar el agio y especulación más desenfrenados y aún a defraudar aquellos intereses colectivos y expectantes, destacando en esta regulación el Decreto de 3 de enero de 1963 (R. 61 y Ap. 51-66, 14.538), último dado en la materia integrada por las llamadas viviendas de *protección oficial*, con el cortejo de garantías y cautelas exigidos a los promotores de las mismas que perciben cantidades a cuenta antes de la calificación definitiva del inmueble, no menos que la Ley de 27 de julio de 1968 (R. 1.335) dirigida a las de más construcciones urbanas destinadas a habitación sin aquella cobertura oficial pero en las que sus promotores *reciben igualmente cantidades anticipadas* de los futuros titulares de la morada y en cuya disposición legal, de manera paralela a las medidas antes aludidas, se garantiza la devolución de los anticipos más el 6 por 100 de interés anual, mediante el correspondiente *contrato de seguro o aval solidario prestado por entidad bancaria* o Caja de Ahorros en los que habrán de depositarse en *cuenta especial* las cantidades adelantadas y con separación especial de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y *de las que únicamente puede disponer para atender la construcción de las viviendas* (artículo 1.º, condiciones primera y segunda); de suerte que si bien se hable desde el punto de vista civil de un reforzado depósito irregular, bien de un verdadero *patrimonio separado, de afectación o de fin*, es lo cierto que *no puede entenderse traspasada la propiedad del dinero entregado al promotor*, sino que éste tiene la mera posesión del mismo, *a fin de invertirlo en la construcción de las viviendas* o, en su caso, *devolverlo* a los frustrados titulares de las mismas; todo lo cual explica suficientemente que la propia Ley considere, ya desde el punto de vista penal, que el *incumplimiento* por el promotor de las *medidas de garantía* antes explicitadas seguidas de la *no devolución al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas* por éste, *genere el delito* o —en su caso— la falta de apropiación indebida, y aunque —dada la carestía de viviendas y la existencia del fenómeno especulador a que se ha hecho referencia— se imponga la pena en su grado máximo (artículo 6.º de dicha Ley) a semejanza y en virtud paralelismo con otras disposiciones legales destinadas a reprimir el agiotaje en esta misma materia, como la Ley de 27 de abril de 1946 (R. 699 y Dic. 1.303) sobre primas por el arrendamiento o subarriendo de viviendas.

Que a la vista de los anteriores criterios legales ya interpretados por esta Sala anteriormente —«ad exemplum»—, Sentencia de 28 de marzo de 1974 (R. 1.468), ha de estimarse totalmente correcta la calificación de apropiación indebida aplicada a la conducta del recurrente con vista de lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley de 27 de julio de 1968, una vez que consta que mentado procesado *percibió del perjudicado la suma de 35.000 pesetas a cuenta de la construcción de un piso en Móstoles, cosa que no tuvo lugar como tampoco la devolución del anticipo garantizado en la forma antedicha*

por la mencionada Ley; de manera que en fuerza de esta disposición legal *no cabe hablar*, como se pretende en el recurso de una operación de *compraventa de vivienda, sin plazo fijo para la entrega*, y que el comprador rescinde unilateralmente, sino de la posesión de un dinero por el constructor que *debió depositarse en cuenta separada para garantizar en su caso la devolución con el interés correspondiente*. (Sentencia de 18 de abril de 1975.)

73. Que para acabar con la especulación no moral realizada por traficantes sin escrúpulos sobre personas de buena fe, que les entregaban su dinero anticipadamente, para alcanzar la adquisición de viviendas familiares futuras que necesitaban, porque aquéllos se beneficiaban con todo o parte de lo entregado, *sin lograr el dominio del inmueble, por ser engañados o por la impericia de los constructores* que no conseguían su objetivo, lo que se refleja en la sociedad, alarmándola, burlándola y alterando la seriedad de la convivencia normal, que exige el respeto de tan importantes intereses de sus miembros, se hubo de publicar la Ley 27/1968 de 27 de julio (R. 1.335), regulando con detalle la *percepción de cantidades anticipadas en la construcción* y venta de viviendas a domicilio o residencia particular, y cuya normativa *es de condición preventiva y represiva* a la vez, por tratar de *garantizar, o en su caso de castigar, la aplicación real o la falta de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios de las viviendas*.

Que dicha ley, complementada por las Ordenes del Ministerio de la Vivienda, de 10 de agosto y 12 de diciembre 1968 (R. 1.501, 2.240 y 2.241), exigen a las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de dichas viviendas, *cuando pretendan de los cesionarios entregas de dinero antes o durante la construcción*, el cumplimiento de las condiciones imperativas, de *garantizar con seguro o aval bancario solidario, de Banco o Caja de Ahorro, la devolución de las cantidades entregadas, más el 6 por 100 de interés anual*, para el caso de que la construcción *no se inicie, o no se lleve a buen fin, por cualquier causa*, en el plazo convenido —artículo 1.º, apartado 1.º, Ley—, y además percibir dichas cantidades anticipadas, a través de una *cuenta especial*, y exclusiva a tal fin, por ir dirigidas a satisfacer sólo la construcción, a través de iguales entidades —artado 2.º de igual artículo—; utilizándose, en definitiva, un *sistema de creación de un patrimonio separado de afectación o fin*, porque el dinero entregado al promotor, en adecuada y *cierta comisión y destino impuesto*, posee una *individualidad patrimonial*, y se dirige sólo al *fin de la construcción* de las viviendas, que no puede ser desnaturalizado o desviado en favor del referido promotor, y en contra de los cedentes. (Sentencia de 25 de junio de 1975.)

74. Que el artículo 6 de dicha Ley 57/1968, de 27 de julio, establece una *tipicidad especial*, al estimar como delito —o en su caso falta— de apropiación indebida del artículo 535 del C. P., la *no devolución por el promotor al adquirente* de la totalidad de las cantidades anticipadas, con *infracción de lo dispuesto en artículo 1.º* de la propia Ley, imponiendo las penas fijadas en el artículo 528 del mismo cuerpo punitivo, en su grado máximo; por lo que, *en calificación «ex lege», que no puede anular las características propias del delito de apropiación* indebida ha de entenderse que la entrega

del dinero en mera posesión y con destino impuesto, de construir las viviendas, no puede desviarse, a medio de un abuso de confianza, enriquecimiento injusto y ausencia de lealtad, transmutando el fin o destino, determinado por el título fiduciario de comisión, en propiedad ilegítima, *con: adueñamiento del dinero*, en acto de autoridad propia prohibida del promotor, que generó su *no devolución*, y a la vez la *falta de entrega de la construcción con su cédula de habitabilidad*.

Que al ser el delito indicado, calificado por la Ley de apropiación indebida, es evidente que ha de estimarse como *una infracción criminal de resultado*, como todos los delitos contra la propiedad, por exigir la necesaria *defraudación económica de otra persona*, rebasando con mucho el mero delito formal o de mera actividad, por necesitar de la *presencia del dolo peculiar del mismo*, que actúa dentro del elemento objetivo de la acción más que en el de la culpabilidad y que consista en el ánimo o propósito de lucro, que es la ventaja, goce, utilidad o provecho alcanzado con el indebido apoderamiento; por todo lo que *no puede bastar para crear tal delito* del artículo 6.º de la Ley de 27 de julio 1968, el *mero incumplimiento formal de las garantías preventivas aludidas*, lo cual puede ser sancionable administrativamente según el artículo 6.º, párrafo 1.º, sino precisamente *la pérdida del dinero anticipado* al promotor, por la ausencia de devolución unida a la falta de entrega de la vivienda adquirida, pues *sin dolosa defraudación y perjuicio cierto no existe delito*, por todo lo que, si se garantiza el cumplimiento de la construcción con otras medidas adecuadas en derecho, y sólo se genera una demora en la entrega, debida a circunstancias administrativas, obrando los constructores de buena fe, sin ánimo de lucro y sin perjuicio económico, con ausencia de culpabilidad, y sin apoderamiento o enriquecimiento alguno, del dinero, o de la vivienda, que se entrega aunque sea fuera del plazo, faltan las condiciones habilitantes para la efectividad de dicha infracción criminal, por carencia de la realidad del apoderamiento enriquecedor y empobrecedor, correlativamente, para los sujetos activo y pasivo, y de la culpabilidad necesaria en el ámbito penal y en el delito de apropiación indebida, sin perjuicio de las valoraciones que en el ámbito del derecho privado pueda tener la demora de la entrega de la vivienda, totalmente ajenos a esta jurisdicción. (Sentencia de 25 de junio de 1975.)

**75. Promotores de viviendas.—Ley de 27 de julio de 1968.—Delito masa.**—Que el llamado delito masa, en su especie más caracterizada de fraude colectivo, ha venido fraguándose en la doctrina jurisprudencial al socaire de necesidades sentidas agudamente por un grupo o comunidad de personas de radio más o menos indefinido, sentimiento de *grupo captado culpabilísticamente por el dolo del autor* quien, en el planteamiento global de su conducta, atiende preferentemente a esa ganancia o lucro conjunto, por encima de los intereses personales de quienes constituyen el círculo de afectados por el premeditado plan; modo de actuación característico de *nuestro tiempo que encontró campo abonado en la construcción de las llamadas viviendas sociales*, anheladas vivamente por las clases más modestas a virtud del fenómeno de inmigración interior que determina la arribada a las ciudades.

de gentes de toda condición con la consiguiente demanda de nuevos hogares, lo que desde tiempo atrás determinó de una parte la protección oficial de viviendas llamadas por ello «protegidas» con el cortejo de garantías y cautelas exigidas a los promotores de las mismas que perciben cantidades a cuenta antes de la calificación definitiva del inmueble, garantías plasmadas para tales viviendas de renta limitada en el último y vigente Decreto de 3 de enero de 1963 (R. 61 y Ap. 51-66, 14.538); legislación que, de otra parte, se complementa por lo que respecta a las demás construcciones urbanas destinadas a habitación sin aquella cobertura oficial, pero en las que sus promotores reciban igualmente cantidades a cuenta de los futuros titulares de la morada, por la Ley de 27 de julio de 1968 (R. 1.335), en la que también y paralelamente a las medidas antes expuestas, se garantiza la devolución de los anticipos, más el 6 por 100 de interés anual, mediante el correspondiente contrato de seguro o aval solidario prestado por Entidad bancaria o Caja de Ahorros en los que habrán de depositarse en cuenta especial las cantidades adelantadas y con separación especial de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente puede disponer para atender la construcción de las viviendas (artículo 1.º-1.ª y 2.ª), de suerte que bien puede hablarse, desde el punto de vista civil, de un reforzado depósito irregular en cuanto a la fungibilidad y disposición de la cosa depositada, pero perfectamente garantizada, ya no sólo en cuanto a su devolución, sino en cuanto a la exclusividad de la inversión o, si se prefiere, de un verdadero patrimonio separado, de afectación o fin, en cuanto al dinero entregado al promotor conserva su individualidad patrimonial a virtud de la finalidad a que únicamente puede ser destinado; todo lo cual explica que desde el punto de vista penal se califica que el quebrantamiento de tal depósito por el promotor como delito o falta de apropiación indebida y que, sin duda, en gracia al amplio interés general afectado, se imponga la pena en el grado máximo (artículo 6.º de dicha Ley), interés colectivo expresamente aludido por tal ordenamiento en su preámbulo motivador al hacerse eco de la antes aludida construcción jurisprudencial o especimen de delito masa, *con lo que dicho se está que en los casos de pluralidad de perjudicados y a los que sea aplicable mentada disposición legal la contemplación de un solo delito de fraude colectivo se hace obligada en una perspectiva de interpretación ya no sólo jurisprudencial, sino de «mens legislatoris» o auténtica.* (Sentencia de 28 de marzo de 1974.)

76. *Promotores de viviendas.—Ley de 27 de julio de 1968.—No afianzamiento. No formación de cuenta separada. No inicio de las obras. Ni entrega en el plazo convenido o prorrogado. No devolución supletoria con los intereses legalmente establecidos.*

Que la normativa de la Ley de 27 de julio de 1968 ha sido glosada por esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 11 de marzo de 1973, 26 de marzo de 1974, 18 de abril, 25 de junio y 28 de octubre de 1975, manteniendo que *se trataba, en cuanto a lo anticipado, de patrimonio separado de afectación a un fin*, transfiriendo tan sólo la posesión con destino impuesto, con título fiduciario, representando la distracción de lo entregado que aparezca cometida, la apropiación indebida prevista y penada en el artículo 6.º de la

Ley de 1968 de forma remisoría en su relación con el artículo 535 del C. P. y concordantes.

Que es también de tener muy en cuenta que de los siete artículos de la tan referida Ley de 27 de julio de 1968, los números 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º son de carácter predominantemente civilístico y administrativo, mientras que el 1.º y el 6.º son de bifronte contenido, orientados en una doble vertiente de carácter civil una, y penal típicamente otra, pues mientras en el 1.º el cumplimiento estricto y completo de sus normas hará prácticamente imposible la comisión de delitos como el que aquí se enjuicia, ya que la cuenta separada y el aval de lo que procediera devolver en caso de incumplimiento, garantizaría en todo caso la devolución voluntaria o judicialmente forzada de lo adelantado como solución supletoria y optativa por la no entrega de lo contratado. Contrariamente, cuando *estas obligaciones no se cumplen ya inicialmente; la obra no se empieza y entrega; y la devolución sustitutoria no se produce, surge, por mandato y Ministerio de la Ley cometido el tipo delictivo apropiativo previsto en el artículo 535, de tal forma que el 2.º párrafo del artículo 6.º de la Ley de 1968, que es el que remisoriamente tipifica este especial injusto penal por razones de equivalencia, hay que conocerlo con el artículo 1.º de la propia Ley, teniendo que concurrir para dar vida a esta faceta delictual el incumplimiento: a) de la obligación de afianzar en la forma preceptuada la devolución. b) La creación de la cuenta separada con disposición condicionada y una y otras en relación con la no devolución cuando la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, por cualquier causa, en el plazo convenido. Esto es, que para reputar delictivos estos procederes han de concurrir conjuntamente el no afianzamiento, la no formación de cuenta separada; el no inicio de las obras o de su entrega en el plazo convenido o prorrogado y la no devolución supletoria con los intereses legalmente establecidos; sin que pueda olvidarse en cuanto a los plazos el evento extintivo del derecho a los mismos previstos en el artículo 1.129 del Código civil cuando el cumplimiento en el tiempo se advierte física o económicamente imposible. (Sentencia de 2 de mayo de 1977.)*

#### XIV. CONSUMACION DEL DELITO

77. «... El delito se consuma, por tanto, cuando se ha desarrollado la mecánica de los hechos en la forma expuesta, con independencia de que después de incoado el procedimiento se devuelvan o no la cantidad y los efectos apropiados y por tanto la devolución voluntaria de éstos o el rescate de los mismos, sin intervención de la voluntad del autor del hecho, no afecta a la perfección y consumación del delito, porque éste se integra tan pronto como se produce el acto de disposición del dinero, cosas o efectos, sustrayéndolos del patrimonio ajeno, aunque como es natural tal devolución tenga su repercusión en materia de la responsabilidad civil, proveniente del delito, que queda resarcida o atenuada en la medida en que la devolución se produzca. (Sentencia de 14 de febrero de 1973.)

78. «... *el delito se consuma en el momento de la apropiación, distracción o negación de haber recibido las cosas sobre las que recae la acción del su-*

jeto. Por tanto, a este momento de la antijurídica disposición hay que referir la consumación del delito. (Sentencia de 15 de junio de 1974.)

79. «El delito se consumó en el momento en que el procesado decide adueñarse del billete y efectivamente lo lleva a cabo, porque es cuando su posesión legítima, con comisión de entrega, se convierte en disposición anti-jurídica, incorporándolo a su patrimonio y disponiendo del billete de lotería, como si fuera propio. En tal instante, el abuso de confianza y el lucro ilícito quedan perfilados de manera manifiesta y con ellos la infracción penal. (Sentencia de 26 de diciembre de 1973.)

80. «El delito de apropiación en su dinámica activa que, como ya se dijo, se consuma tanto por la enajenación inmediata de la cosa apropiada como por la mediata, que a esto último equivale la autorización concedida a los acreedores para la venta y subsiguiente pago de sus crédito con el producto de la misma. (Sentencia de 28 de septiembre de 1973.)

81. «La infracción se consuma con el apoderamiento lucrativo, y tales protestas de una conducta reparadora posterior, no tienen efectividad, ni para desvirtuar el delito, ni otro alcance, de producirse, que actuar en la responsabilidad civil delictual, eliminándola o rebajándola. (Sentencia de 3 octubre de 1974.)

82. «Para poder estimar producida tal especie de apropiación es necesario que de manera concreta, expresa y directa, derive su presencia de la actitud del agente expuesta en los hechos probados de la sentencia, con la categórica precisión de la utilización de la cosa, dinero o efectos, intención de adueñamiento con restitución tardía, en situación realmente excepcional, pues de otra manera cuando conste proclamado el ánimo de *apoderamiento definitivo*, bien por la declaración expresa o porque así lo comporte el mismo acto de disposición realizado por el poseedor e incluso cuando sin decirlo se determine la transmutación de aquellas cosas poseídas en poder del sujeto activo, sin darle el destino impuesto con morosidad injustificada en la entrega o restitución..., ha de estimarse que la conducta constituye apropiación indebida, porque todo cambio en la situación jurídica con aprovechamiento económico sin justificación ni causa atendible encaja en tal figura criminal y no puede atribuirse a uso meramente retardatario a no declararse expresamente lo que no consta en manera alguna en el caso enjuiciado, por lo que tal doctrina no resulta aplicable al mismo. (Sentencia de 28 de febrero de 1974.)

82 bis. El momento de consumación del delito no puede ser otro que aquel en el que el procesado realizó los actos ejecutivos del hecho íntegramente del tipo, dando a la letra de cambio un destino distinto de aquel para el que le había sido entregado, incorporando a su patrimonio, y realizando actos de *disposición del importe de la misma*. (Sentencia de 20 de diciembre de 1976.)

## XV. COAUTOR DE APROPIACION

83. **Colaboración con actos necesarios.**—Que el único motivo del recurso de Juan considera infringido el artículo 535 del C. P., porque el mismo, según



conclusiones del M. Fiscal, venía acusado del delito de hurto, y resulta condenado por el de apropiación, por tanto, sin acusación sobre tal delito y porque además no hay dolo, ni perjuicio. Motivo éste que ha de desestimarse, porque *se ataca la resolución por vía inadecuada*, puesto que la correcta, en este caso hubiera sido el quebrantamiento de forma del artículo 851-4.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal. El artículo 733 de la Ley citada, *impide*, sin hacer uso de la facultad que consagra, *sancionar un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación*, según constante doctrina de esta Sala y es visto que si por el hurto solicitaba el Fiscal seis años y un día y la sentencia impuso por la apropiación indebida la misma pena, no hubo uso inadecuado de las facultades que para la apreciación jurídica de los hechos consagra la Ley a los Tribunales, moviéndose dentro de los límites de la condena solicitada, y más cuando en el hurto se propuso la agravante de abuso de confianza, que al estimar la Sala no como agravante sino como elemento del tipo, en unión del lucro ilícito, la hicieron concluir con toda corrección en la calificación de apropiación indebida. En último lugar, *como el que recibió la mercadería era el procesado Graus y el recurrente*, a sabiendas de su condición de jefe de compras por su *calidad de chófer* de la Embajada, *se puso de acuerdo con el mismo y venden a tercero* los conductores eléctricos recibidos, por precio muy inferior al real, que se repartieron, es claro que colaboró con actos necesarios para tal apropiación, con lo que su delito fue también de apropiación como el de su coprocesado. Razones que fundamentan la desestimación del motivo que se estudia, puesto que la indemnización posterior no afecta a la consumación del delito. (Sentencia de 12 de mayo de 1977.)

#### XVI. NO SE DA APROPIACION INDEBIDA

**84. Cuando hay pendiente liquidación de cuentas.**—Que cuando las relaciones entre las partes presenten una profunda complejidad y no supongan esa unilateral posesión provisional y al final restitutoria, sino que se entremezclen *obligaciones recíprocas, con efectos compensatorios* de consecuencias múltiples, amparados *por el derecho y la buena fe, tal figura desaparece*, si todo ello conduce a una indispensable liquidación de cuentas, que mientras no se realice puede amparar al poseedor, desprovistando a su vez de dolo su quehacer, si cree racionalmente que actúa lícitamente y opera de buena fe, asistido de argumentación lógica en defensa de sus intereses, pues entonces la retención de la cosa o dinero no incide en el ámbito criminal, porque las razones o motivos que exigen tal rendición y el reconocimiento de los derechos en favor del agente, que puedan ser objeto de su compensación dineraria, eliminan de antijuridicidad a su quehacer, que queda atípico y extramuros del Derecho penal. (Sentencia de 14 de octubre de 1975.)

**85. Cuando el lucro no es ilícito y hay pendiente de liquidación de cuentas.**—Por tanto de que aquellos dos elementos esenciales, que en definitiva vienen a ser la esencia de la apropiación indebida: *lucro ilícito y abuso de confianza*, falta en el supuesto que se estudia el primero de ellos. Y ello en razón a que, como tiene declarado la doctrina de esta Sala, que cuando el *apoderamiento o la retención traen como razón de ser, motivo diferente*

*del lucro tal como hacerse pago, aunque sea de modo torpe, de deudas, no se da el lucro ilícito si se da el dolo característico de los delitos contra la propiedad, sino a lo sumo se procede por vías de hecho sin violencia ni intimidación al cobro de cantidades adeudadas, ante la pasividad o la negativa del deudor a satisfacer voluntariamente lo que por él es debido.* (Sentencias de 13 de diciembre de 1905, 4 de octubre de 1935 y 22 de junio de 1976). En segundo lugar, porque también es declaración reiterada de esta Sala que cuando se entremezclan *obligaciones recíprocas con efectos compensatorios, amparados por el Derecho y la buena fe*, la figura de la apropiación desaparece, cuando *todo ello conduce a una indispensable liquidación de cuentas*, que es, en definitiva, la determinante del amparo de la actuación del deudor, que si a la vez es acreedor del supuesto perjudicado y cree que su derecho ha sido desconocido, la obligada compensación dineraria, *elimina de antijuricidad su quehacer*, dejándolo atípico y extramuros del Derecho penal (Sentencia de 14 de octubre de 1975). Por tanto *la falta de liquidación de comisiones* por el supuesto perjudicado durante más de un año; *la falta de tal liquidación total*, con posterioridad, impide determinar si al retener el recurrente el importe del cheque cobrado lo hizo lucrándose ilícitamente y por ello, al prosperar el motivo, debe casarse la sentencia recurrida, dictando en su lugar y de acuerdo con el artículo 902 de la L. E. Criminal, otra más ajustada a Derecho. (Sentencia de 13 de diciembre de 1976.)

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

**87. En incumplimiento de contratos civiles.**—Que si bien el delito de apropiación indebida y el incumplimiento de un contrato civil o mercantil, pueden aparecer confundidos, porque toda apropiación de cosas, efectos o dinero, cuando se genera luego de concertarse tal vínculo contractual, resulta ser un incumplimiento, según la normativa privada, pues ambos tienen en común el requisito objetivo de la no realización del acto debido efectuar, e impuesto con la entrega de las cosas, como puede ser el pago, la venta, la compra, la devolución o el servicio; sin embargo, dicha infracción criminal, enmarcada en el ámbito penal, y tal incumplimiento de negocio jurídico peculiar del campo privado, *se distinguen, valorando el elemento culpabilista y subjetivo*, que denota la actitud psicológica del agente, pues si únicamente *demora o retrasa, de forma maliciosa o por culpa*, durante algún espacio de tiempo, el exigible cumplimiento, pero queriendo realizar la prestación, como lo determina su actividad, al menos parcial en tal sentido, *sin hacer distracciones definitivas de valores, se estará ante una mera irregularidad civil* o mercantil, pero si no actúa de manera absoluta, en pro de la efectividad de lo acordado, que le vinculaba, no iniciando o desistiendo sin razón de toda actividad, y poniendo de relieve sólo *su deseo de lucrarse antijurídicamente, por el adueñamiento definitivo realizado* de dinero o cosas entregadas en posesión, *llevándolos a su patrimonio, con deseo evidente de hacerlas definitivamente suyas, enriqueciéndose ilegalmente y perjudicando al propietario, por no hacer la entrega o devolución pactada, es obvio que comete el delito de referencia*, porque esta conducta contiene por su inmoralidad y antijuricidad, valores de culpabilidad más altos, que se enmarcan en el artículo 535 del C. P., necesitando de una reprochabilidad judicial más intensa, en condición delictual, siendo en definitiva el criterio diferenciador de dicho ilícito civil y penal, la intensidad del dolo del agente—según sea «bonus» o «malus»—unido a la gravedad intrínseca y alcance de la acción de incumplimiento. (Sentencia de 11 de noviembre de 1974.)

## XVII. DIFERENCIAS DEL HURTO CON ABUSO DE CONFIANZA

**88. Los cajeros pagadores que se apropian de dinero cometen apropiación.**—*Elementos.*—Supone el delito de apropiación indebida:

a) *Una posesión legítima* otorgada sobre dinero o cosa muebles en favor del agente.

b) *Por título de depósito, comisión, administración* u otro que produzca obligación de *entregarlo o devolverlo*.

c) *Con ciertas facultades de disposición autónomas*, que al llegar el momento de la *cancelación* restitutoria *no se produce* como resultaba obligado, porque aquél

d) *abusando de la confianza en él depositada* y rompiendo la lealtad debida,

e) *con ánimo de lucro defraudatorio* determinante del correlativo perjuicio, dando vida a injusto enriquecimiento.

f) *La incorpora antijurídicamente* a su patrimonio, por acto de despojo impropio, que transmuta definitivamente la posesión legítima en *propie-*

*dad ilegítima*, con detrimento del verdadero dueño. (Sentencia de 30 de junio de 1970.)

*Aplicación de esta doctrina.—Caso concreto.*—De conformidad con la posición última de este Tribunal Supremo en relación con el *signo diferencial entre apropiación y hurto con abuso de confianza*, establecido entre otras en Sentencias de 24 de febrero, 11 de marzo y 8 de junio de 1968, *hay apropiación indebida*, cuando un *cajero pagador* disfrutaba de posesión con facultades dispositivas del dinero que tenía en caja y custodia para realizar pagos y rendir cuentas sobre el mismo y se apodera y no era *detentador precario*, por lo que la transmutación de su posesión legítima en dominio ilegítimo dio lugar a la comisión de est delito (*idem* anterior, 3167-70 Aranzadi). (Sentencia de 14 de abril de 1973.)

**89. En el hurto no se traspasa voluntariamente la posesión, cosa que ocurre en la apropiación.**—Que la línea que permita la diferencia o distinción práctica de ambos delitos, *de hurto*—máxime si se comete con abuso de confianza—, y el de apropiación indebida, se deduce de ambos conceptos, y requisitos que respectivamente, el *dueño* o poseedor, *no traspasa por su voluntad las cosas*, a la posesión del agente, sino que continúa ostentándola de manera absoluta, directa o indirectamente, y aquéllas son sustraídas por el sujeto pasivo, tomando por su espontánea decisión la «res furtiva», que quiere hacer suya, en contra del deseo y autorización del legítimo propietario, o poseedor autónomo, *mientras que en el segundo delito*, o sea, en el de apropiación indebida, *el sujeto activo ha tenido previamente que confiar la cosa al agente*—«res comendata»—, transfiriéndole su posesión, en virtud de alguno de los *títulos fiduciarios*, que de forma enunciativa determina el citado artículo 535, con ciertas facultades de autónoma disposición sobre las cosas entregadas, por lo que, al hacerse dueño de las mismas, deslealmente, el delincuente no toma la cosa ajena, que no posee, sino que distrae o se apropia de la que no es suya, pero que legítimamente posee, sirviendo a efectos de dicha distinción, al alcance de los verbos típicos, que delimitan el contorno de las figuras referidas, precisando su contenido material, que en definitiva, en la infracción criminal del *hurto*, supone, que el sujeto activo *toma* y hace suyas las cosas que no posee anticipadamente, y sin que la voluntad del titular jurídico lo autorice, mientras que en la *apropiación indebida*, opera esta voluntad para transmitir la posesión, y de la *recibida posesión* se aprovecha quien la adquiere legítimamente, para distraer o apoderarse de las cosas, dejando de cumplir el imperativo deber condicionante de devolverlas a su dueño, o entregarlas a otra persona, debidamente señalada y autorizada para recibirlas. (Sentencia de 23 de septiembre de 1975.)

**90. Los empleados con misión de custodia, si distraen, cometen apropiación.**—Ver sentencia núm. 40.

#### XVIII. APROPIACIÓN DE MERO USO

**91. Esta apropiación es atípica.**—Que interpretando restrictivamente la doctrina de esta Sala expuesta, entre otras, en Sentencias de 13 de noviembre de 1970 (R. 4936), 28 de septiembre de 1971 (R. 3648) y 31 de mayo de

1972 (R. 2282), el alcance de los verbos típicos «apropiarse» y «distraer», usados en el artículo 535 del C. P. y en atención también a la ausencia de normas especiales, cuales los de los artículos 396 y 397, para la malversación, y por fin atendiendo a la necesidad de que la cosa poseída sea adueñada convirtiéndola en suya como propietario el agente, *se ha venido admitiendo excepcionalmente como atípica la apropiación de mero uso, o de usos no dominicales aunque ilícitos* por utilizar la cosa *sin ánimo de retención definitiva* o apoderamiento irreversible, al margen de las facultades y obligaciones pactadas, y con el *deseo indudable de una restitución tardía*, pero a tal fin se ha exigido que *consten estas condiciones animicas internas*, de manera *concreta, expresa y directamente* recogidas en la narración fáctica, o porque así lo comporte, en «*facta concludentia*», el mismo acto dispositivo realizado por el poseedor, propio de una simple morosidad y de valorarse dentro del ámbito del Derecho civil, pues de no *aparecer así demostrado ha de entenderse siempre que la conducta es propia del delito* de apropiación indebida, porque todo cambio de la situación jurídica previa la integra si concurre el aprovechamiento económico y actuación dominical, sin justificación o causa atendible, por el originario poseedor y no puede atribuirse al mero uso con conducta retardataria en la restitución, siempre singular o excepcional. (Sentencia de 11 de diciembre de 1973.)

**92. Sin deseo de retención definitiva.**—Que aunque la doctrina de esta Sala admita excepcionalmente las apropiación de mero uso como atípicas, por simple utilización ilícita, no dominical, de los objetos confiados, cuando el poseedor los utiliza transitoriamente para sí, *sin deseo de retención definitiva*, al margen de las facultades y obligaciones pactadas, con el deseo de restitución tardía, pero sin acto de apoderamiento o distracción, que dé vida a los nucleares verbos típicos del artículo 535 del C. P., es lo cierto que lo ha hecho, como consta claramente en sus SS. de 13 de noviembre de 1970 (R. 4936), 31 de mayo de 1972 (R. 2282) y 14 de febrero de 1974 (R. 759), *de manera muy restrictiva y limitada*, si el apoderamiento o distracción de las cosas ajenas, se deriva de la actuación del culpable exigiendo rigurosamente la demostración del ánimo de mero uso que elimine el presumible lucro, lo que deberá contenerse a medio de expresa declaración o de datos que en «*facta concludentia*» la determinen, pues son situaciones muy difíciles de concebir en la realidad práctica tales supuestos, que siempre exigen, además, la consecución del reintegro del objeto. (Sentencia de 3 de octubre de 1974.)

**93. La apropiación precisa la distracción definitiva por el poseedor.**—Que el título fiduciario de comisión, específicamente citado en el artículo 535, con sentido vulgar y laxo y, por tanto, comprensivo de la comisión mercantil, del mandato, de la representación e incluso de los meros encargos, con fin determinado, acoge indudablemente en su seno la actuación gestora de determinadas actividades administrativas beneficiosas, a realizar por cuenta del «*domini negoti*» cuando se ha concretado por éste, para su única realización por el agente, la finalidad específica, sin admitir otra conducta que *su total cumplimiento, y sin opciones para distinto destino, por lo que si el dinero recibido a cuenta de la gestión*, y para el pago de los desembolsos

que se necesitaba hacer, *se distrae definitivamente por el poseedor*, en su exclusivo provecho no autorizado, pagando deudas propias, con origen o causa distinta, sin realizar la más mínima actuación contratada, *es evidente que consume un apoderamiento* lucrativo, por el dolo «subsequens» determinantes del acto de adueñamiento, que inviste tan desleal como provechosa conducta. (Sentencia de 11 de noviembre de 1974.)

#### XIX. REINTEGRO POSTERIOR

**94. Sólo afecta a la responsabilidad civil.**—Sin que el reintegro posterior de parte de la suma apropiada afecte a la subsistencia de éste, sino únicamente al ejercicio y consecuencias de la acción civil—Sentencias de 28 de junio de 1934, 14 de junio de 1935 (R. 1269), 17 de octubre de 1942 (R. 1136), 15 y 16 de octubre de 1951 (R. 2056 y 2058), 2 de junio de 1953 y 13 de junio de 1960 (R. 2529)—, opinión también sostenida por esta Sala en las Sentencias de 28 de septiembre de 1971 (R. 3654) y 13 de noviembre de 1970 (R. 4936), invocadas en favor de su tesis por el recurrente, aunque fragmentariamente, por lo que para restaurar su auténtico sentido de exclusión de la extrañamente denominada apropiación de mero uso, se reproduce aquel siguiente considerando de la última de ellas, en el que se expresa que para *poder estimar producida tal especie de apropiación* «es necesario que de manera concreta, expresa y directa, derive su presencia de la actitud del agente expuesta en los hechos probados de la sentencia, con la categórica precisión de la utilización de la cosa, dinero o efectos, intención de adueñamiento con restitución tardía, en situación realmente excepcional, pues de otra manera cuando conste proclamado el único de *apoderamiento definitivo*, bien por la declaración expresa o porque así lo comporte el mismo acto de disposición realizado por el poseedor e incluso cuando sin decirlo se determine la transmutación de aquellas cosas poseídas en poder del sujeto activo, sin darle el destino impuesto con morosidad injustificada en la entrega o restitución..., ha de estimarse que la conducta constituye apropiación indebida, porque todo cambio en la situación jurídica con aprovechamiento económico sin justificación ni causa atendible encaja en tal figura criminal y no puede atribuirse a uso meramente retardatorio a no declararse expresamente lo que no consta en manera alguna en el caso enjuiciado, por lo que tal doctrina no resulta aplicable al mismo. (Sentencia de 28 de febrero de 1975.) (Ver sentencias números 77 y 81).

**BAJO FERNANDEZ, Miguel:** "La realización arbitraria del propio derecho". Editorial Civitas. Colección Civitas Monografías. Madrid, 1976. 89 páginas.

Esta monografía es la primera que sobre el tema se escribe en nuestro país. Constituye un estudio dogmático-jurisprudencial de la trascendencia penal de la realización arbitraria del propio derecho.

A la hora de fijar el objeto de trabajo, el autor entiende la realización arbitraria del propio derecho como "la actuación propia de derechos subjetivos, cuando es obligado esperar a la tutela estatal", para señalar, a continuación, el limitado alcance que tiene el artículo 337 del Código Penal, dado que en él sólo se recoge el supuesto concreto de realización arbitraria del derecho al pago, existiendo en todos los demás casos de ejercicio arbitrario de un derecho subjetivo dificultades de calificación jurídico-penal.

El trabajo consta de una introducción y dos partes claramente diferenciadas. En la introducción, tras hacer una primera aproximación a los problemas que suscita el contenido del artículo 337, se señala la dificultad que entraña el hallar una solución bajo todo punto de vista satisfactoria a todos los casos de realización arbitraria de un derecho, debido a la deficiente regulación positiva que en nuestro Código Penal se da a este comportamiento.

La primera parte del trabajo está integrada por dos secciones distintas. Una primera dedicada a la realización arbitraria del derecho al pago, donde, como señala el autor, se "determina cuándo el hecho ha de entenderse como delito contra la propiedad y cuándo como delito del artículo 337" y una segunda dedicada a la realización arbitraria de cualquier otro derecho. Dentro de la primera sección se apunta, en primer lugar, la necesidad de distinguir entre ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago con el fin de conocer si aquellos supuestos en los que existe ánimo de hacerse pago, pero que quedan excluidos del ámbito del artículo 337, pueden ser castigados como delitos contra la propiedad, debido a que en éstos la ley exige ánimo de lucro y el autor obra con ánimo de hacerse pago. A este respecto se parte de la idea de que ambos elementos tienen de común la intención de incorporar la cosa al propio patrimonio, aclarándose que no existe ánimo de hacerse pago cuando el autor lo único que persigue es asegurar su crédito. Tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen la tesis de que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro basando su argumentación en las consecuencias que la tesis contraria acarrearía. Lo cual no es sostenible, ya que las consecuencias insatisfactorias pueden encontrar solución por otras vías, y las situaciones a que da lugar mantener tal distinción son también insatisfactorias. Por ello el autor califica el ánimo de hacerse pago como una modalidad del ánimo de lucro, enten-

diendo por tal "la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico".

A continuación el autor trata de confrontar el ánimo de hacerse pago con otros elementos subjetivos de gran relieve en la doctrina de lengua alemana, como el ánimo de apropiación, el ánimo de enriquecimiento o el ánimo de obtener una ventaja patrimonial, llegando a la conclusión de que lucro y apropiación son sinónimos, si bien la doctrina alemana los distingue debido a la necesidad de diferenciar las estafas de los demás delitos contra la propiedad.

Llegado a este punto, el siguiente paso es ver si una vez admitido que hacerse pago es lucrarse, significa ello que el comportamiento arbitrario de propio pago cumple todos los requisitos típicos de los distintos delitos contra la propiedad. Y la respuesta es afirmativa excepto en el caso del supuesto en que siendo la deuda exigible el acreedor se apodera de la cosa debida, en cuyo caso la cuestión se plantearía sólo frente al artículo 337. A esta conclusión se llega a través de una interpretación histórica del precepto. De otro lado, existen una serie de supuestos similares a los contemplados en el artículo 337, pero que, sin embargo, se salen fuera de su órbita. Se encuadran en este grupo, por una parte, la conducta prevista en el artículo 337 cuando no se da violencia ni intimidación, y por otra el supuesto de prenda extrajudicial cuando el acreedor toma la cosa del deudor para asegurar el cumplimiento de una obligación pendiente. En el primer supuesto, es voluntad del legislador dejar impune tal conducta, mientras que en el segundo, hay que distinguir si el apoderamiento se realiza con el fin de poner la cosa a disposición judicial, en cuyo caso se aboga por la impunidad, o si se realiza para retenerla como prenda con el fin de obtener el pago, en cuyo caso no cabe el artículo 337, por faltar el ánimo de hacerse pago, pudiendo calificarse a lo sumo de "falta de amenazas bajo la condición de pago".

En la segunda sección de esta primera parte del trabajo se recogen los supuestos más significativos de realizaciones arbitrarias de derechos distintos al pago que carecen de regulación específica, optándose por las soluciones más convenientes tanto desde el punto de vista dogmático como de justicia material.

La segunda parte de este estudio está compuesta por seis apartados, cinco de los cuales van dirigidos al estudio pormenorizado de los elementos que componen el artículo 337, mientras que en el sexto se incluyen unas consideraciones de "lege ferenda". El bien jurídico protegido en el artículo 337 es "la defensa del interés político de monopolización por parte del Estado de la actividad de la Justicia", así como "la posesión". Ello implica que nos encontremos ante un delito pluriofensivo. La conducta típica consiste en el apoderamiento con violencia o intimidación de una cosa perteneciente al deudor, no cayendo en ese ámbito la concurrencia de engaño. Dentro del marco de la antijuricidad se señala que no se pueden apreciar las eximentes de estado de necesidad ni de legítima defensa, y en el campo de la culpabilidad se hace un estudio detallado del tema del "error" en relación con los distintos supuestos que pueden darse. Por último, y tras analizar las diferentes formas de aparición del delito, en el



capítulo dirigido a consideraciones de "lege ferenda" se subraya la necesidad de considerar el ejercicio arbitrario del propio derecho, a lo sumo, como una atenuante en relación con algunas figuras delictivas, suprimiendo el actual artículo 337.

Sólo nos resta decir que el libro del profesor Bajo Fernández constituye una excelente contribución al estudio de la Parte Especial del Derecho Penal que debe ser tenida en cuenta, no sólo por el estudioso de esta rama del ordenamiento jurídico, sino también por el intérprete judicial. El tema, a pesar de la enorme complejidad que presenta, es tratado con suma claridad, llamando la atención al lector la sobriedad del trabajo, así como el cuidado que se ha puesto en la presentación del mismo.

Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ

**CAMPO ELIAS MUÑOZ R. y AURA E. GUERRA DE VILLALAZ: "Derecho Penal Panameño (Parte General)". Ed. Panamá Viejo. Panamá, 1977, 570 págs.**

La obra de los profesores Elías Muñoz y Guerra de Villalaz, viene a llenar la carencia de estudios dogmáticos-penales de la ciencia jurídica panameña. Se trata del primer análisis sistemático y con pretensiones científicas que aborda los temas fundamentales que integran la Parte General del Derecho penal. Para acometer este empeño, la obra aparece estructurada, más que dividida, en las cuatro partes que son tradicionales en los estudios de esta naturaleza: a) Una primera dedicada a los conceptos generales del Derecho penal y al examen de su evolución histórica. b) La segunda que se ocupa de la ley penal. c) Una tercera destinada a la teoría del delito; y d) En último término, el examen de la pena y las medidas de seguridad.

Las primeras páginas se abren con la definición de Derecho penal, denominación que, terciando en la polémica etiquetativa, entienden preferible a la de Derecho criminal. Tras mostrar un repertorio de las definiciones más significativas que del mismo se han hecho, agrupándolas en tres apartados: objetivas, subjetivas y descriptivas, optan por no ofrecer ellos ninguna "conscientes de la poca utilidad que proporciona un concepto apriorístico de una materia jurídica". La noción del mismo, no obstante, queda precisada concibiéndolo como una rama del Derecho público de carácter normativo, imperativo, valorativo, sancionatorio y autónomo. De estas características, conviene precisar que la cualidad sancionatoria debe ser entendida en sentido diferente al de los que quieren indicar con ella la naturaleza secundaria de nuestra disciplina jurídica; la sanción impone una nueva forma al precepto, que, aunque pueda proceder de otro ordenamiento jurídico, adquiere naturaleza propia y otorga independencia al conjunto normativo que es el Derecho penal. El concepto queda perfectamente delineado mediante el deslinde de su contenido con respecto al que corresponde a otras disciplinas más o menos conexas. De entre ellas, la Criminología, muy brevemente tratada, se concibe como

ciencia autónoma, al entender que posee un objeto y un método peculiar.

La Historia, arrancando desde las más primitivas formas de punición, recoge la evolución de la Ciencia del Derecho penal, con atenta referencia a las escuelas penales y situación actual de la dogmática jurídica. La visión histórica se completa con el proceso de formación del Derecho panameño, que necesariamente ha de iniciarse con el español y continuar con el período colonial. Los códigos de 1916, claramente influenciados por el español de 1870 a través del hondureño de 1906, el de 1922 cortado según el patrón del italiano de 1889, y el Proyecto Royo de 1970, terminan con esta primera parte de la obra.

La teoría de la ley penal se abre con el examen de las fuentes del derecho. Dos son las clases de fuentes que se distinguen: sustanciales y formales. En el campo penal, sin embargo, la ley es la única fuente de conocimiento, no teniendo ese carácter ni la costumbre ni la jurisprudencia y doctrina. La ley ha de ser obligatoria, ineludible, exclusiva, igualitaria y constitucional; formada estructuralmente por un precepto y una sanción, que deben ser entendidos unitariamente, sin que ello impida que uno y otra se encuentren en distintos cuerpos penales (leyes penales en blanco). La ley, para poder ser aplicada, ha de interpretarse. Es preciso poner de acuerdo la norma penal, abstracta y genérica por naturaleza, con lo concreto y variable del caso particular. La esencia de la interpretación es cognoscitiva, con cierta función creadora encaminada a establecer la finalidad del precepto en el momento de su aplicación. Las clasificaciones de la misma son las tradicionales en el tema, debiendo destacarse únicamente que si a pesar de la cuidadosa pesquisa literal y finalista no se llega a un resultado concluyente, la ley debe interpretarse restrictivamente cuando es perjudicial para el reo y extensivamente cuando le es favorable. La analogía se halla proscrita por imperativo del principio de legalidad, aunque deberán tenerse muy en cuenta las diferencias que median entre ella y la interpretación analógica y extensiva, que, lejos de ser prohibidas, están autorizadas por la misma ley. El concurso de normas penales se resuelve según los criterios usuales, con excepción del de alternatividad que no se menciona.

En el tiempo, la ley penal se halla regida por los principios de “no retroactividad” y “no ultraactividad”; es decir, la ley penal no puede aplicarse sino a los hechos que se produzcan durante su vigencia. La única excepción la constituye la retroactividad de la ley penal más favorable al reo, determinación que habrá de hacerse en el caso concreto. La territorialidad, extradición y aplicación de la ley penal a las personas, ponen fin a esta segunda parte.

Bajo el esquema causalista “por razones didácticas y de adecuación, necesarias a las exigencias programáticas, más que por convicción particular”, se estudia la teoría jurídica del delito. Examinadas las concepciones del mismo formuladas por el positivismo jurídico, el normativismo, y la doctrina finalista, definen el delito, siguiendo a Mezger y la dirección normativa, como “acción típicamente antijurídica y culpable”. Al término “típicamente” se le reconoce la función de calificar los demás elementos del delito. Por eso, toda acción u omisión, por el hecho de ser

típica es antijurídica; salvo que concurra alguna causa de justificación. Ante la objeción de que si así ocurriera la acción sería típica sin ser antijurídica contestan los autores, que entonces no se trataría de una acción típicamente antijurídica "ya que como hemos dejado expresado, la acción debe ser antijurídica y la antijuricidad, a su vez, típica". La culpabilidad, asimismo, también se halla calificada por la tipicidad. La punibilidad, por último, aunque no está incluida en la definición, es también elemento del delito.

La acción se concreta como "actitud corporal del ser humano" prefiriéndose hablar de "actitud" a "comportamiento", por entenderse que queda mejor comprendida la omisión. Sus elementos son la manifestación de voluntad y el resultado. No lo es la relación de causalidad aunque su estudio corresponda hacerlo dentro de ella. El resultado puede actuar como elemento constitutivo de la estructura del tipo o como circunstancia agravante, dando lugar a las figuras agravadas. Las causas que excluyen la acción son el sueño, el sonambulismo, la sugestión, la hipnosis, la inconsciencia y la fuerza irresistible.

La tipicidad es para los profesores panameños el punto de unión de todos los caracteres del delito, al que han de conectarse subordinadamente. En los tipos penales se contiene la descripción normativa de todos los elementos constitutivos de una figura delictiva, es decir, la conducta humana desvalorada. La relación tipicidad y antijuricidad se examina en dos situaciones: cuando se crea la ley, toda conducta típica es antijurídica, pues ésta es la que justifica su existencia como delito. Cuando se aplica la norma, su adecuación típica no la convierte en antijurídica, sino que habrá que determinar si la conducta es contraria al ordenamiento en su conjunto.

Dentro de la estructura del tipo se distingue el verbo rector, los sujetos y los objetos material y jurídico (en el que debe diferenciarse entre objeto jurídico genérico, que corresponde al Estado, y específico, del que es titular el sujeto pasivo). El estudio de las características del tipo ("complementos del verbo rector") y las clasificaciones de los mismos, concluyen este segundo elemento del delito.

La dificultad de precisar la esencia de lo antijurídico en reglas positivas, motivaron que los Códigos se limitaran a adoptar el sistema de regla-excepción. Pero, en opinión de los autores, el criterio se ha mostrado insuficiente, por lo que, siguiendo a Welzel, entienden que antijuricidad es la contradicción de una realización típica con el ordenamiento en su conjunto, y, por tanto, una conducta es antijurídica cuando la realización del tipo no está amparada por una causa de justificación. Estas, de las que hay que excluir las "causas supralegales de justificación", son las siguientes: legítima defensa, estado de necesidad (que es subsidiario respecto a la legítima defensa), el cumplimiento de la ley, obediencia jerárquica y consentimiento del ofendido.

Dentro de la culpabilidad, la imputabilidad se concibe como concepto criminológico que determinará la capacidad de culpabilidad del sujeto. Causas de inimputabilidad son la enfermedad mental (que puede provenir tanto de afecciones físicas como psíquicas), la embriaguez (que ha

de ser casual y completa), ser menor de dieciocho años, y la sordomudez, que hace al sujeto completamente inimputable si es menor de catorce años, y debiéndose probar que obró sin discernimiento si está comprendido entre catorce y veintiuno. El dolo se configura según la teoría del asentimiento, pues es bastante que en la representación del sujeto el resultado aparezca como posible consecuencia de su conducta. La culpa se conforma según los elementos que señalara von Liszt, destacándose el aspecto de falta de precaución, de previsión, en la manifestación de voluntad. Causas de exclusión de las formas de culpabilidad son el error y la coacción. Dentro del estudio del primero se incluyen las eximentes putativas, ya que el sujeto cree, por error, que actúa de modo legítimo. La coacción elimina la culpabilidad tanto a título de dolo como de culpa. Respecto a la exigibilidad, se destacan las dificultades que entraña hablar de ella en el Código panameño, sin que se reconozca ninguna causa concreta de no exigibilidad.

Acaban aquí los elementos del delito (no se hace referencia a la punibilidad), pasándose al estudio de las formas de aparición. Se empieza desarrollando el contenido del "iter criminis" y poniendo de relieve las dificultades que entraña separar los actos preparatorios de los de ejecución, sin que se arriesgue ningún criterio. Las formas imperfectas son consideradas, siguiendo a Jiménez Huerta, como dispositivos amplificadores del tipo penal, siendo, por eso, una norma accesoria de la principal. Dentro ya de la tentativa, el desistimiento se considera como causa personal de exclusión de la penalidad. Con respecto al delito imposible, que entienden no puede apreciarse en el Derecho panameño, se excluyen del mismo los casos de falta o inidoneidad del objeto (sujeto pasivo cadáver, por ejemplo), pues se trata, dicen, de supuestos de carencia de tipo. Se justifica que es aquí, y no en la teoría del error, en donde debe estudiarse el delito putativo, por cuanto éste no es otra cosa que una ausencia total de tipicidad.

Con base en el Derecho panameño, se afirma que no es preciso un concepto general de autor, pues cada tipo delictivo equivale a una forma de autoría. La coautoría, dicen, no es una forma de participación, declarando, también, la inutilidad de la autoría mediata en su Derecho. No obstante, a nivel teórico, se reconocen como casos de ella los de utilización de un sujeto que actúa por error, bajo coacción, o de un inimputable. Formas de participación son la instigación, consistente en determinar directa y eficazmente a otro a cometer un delito doloso, y una de cuyas modalidades es el encubrimiento (que no es forma de participación autónoma), y las diversas clases de complicidad, cooperación y auxilio. Los concursos, que prefieren llamar "unidad y pluralidad de delitos", junto con el delito continuado —materias que no requieren ninguna particularidad que destacar aquí—, cierra esta tercera parte de la obra.

En la cuarta y última se llega, por fin, a la pena —de la que se acompaña una visión histórica y la evolución de las ideas penales sobre la misma—, se la entiende como de naturaleza retributiva, lo que no impide que cumpla diversas funciones: a nivel normativo, en cuanto amenaza, satisface una función de prevención general; cuando es aplicada, la pena

es retribución; y cuando se ejecuta, atiende a objetivos de prevención especial. Se presta cuidado, a continuación, al estudio de las penas que conoce la legislación penal panameña, con una panorámica general sobre la situación actual de las teorías abolicionistas y antiabolicionistas de la pena de muerte, erradicada en Panamá, y sin que los autores dejen ver sus preferencias sobre el tema. La individualización de la pena, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, los sistemas penitenciarios, las causas de extinción de la acción penal y de la pena, las excusas absolutorias, las medidas de seguridad y una breve referencia a la responsabilidad civil derivada del delito, acaban el libro dando contenido a sus últimas páginas.

En conjunto, se trata de un estudio, digno, de la Parte General del Derecho penal, en el que se ha sacrificado la profundidad en el tratamiento de los temas en aras de una mayor claridad de exposición y análisis y que va a llenar satisfactoriamente ese vacío de la ciencia jurídico-penal panameña a que aludíamos al principio de este breve comentario.

Juan José GONZÁLEZ RUS  
(Granada)

**FERRACUTI, F. y LAZZARI, R.:** "La violencia en los medios de comunicación de masas". Trad. A. de Suárez, Maracaibo-Venezuela, s/f., 91 páginas.

Se pretende en la obra recopilar los diversos estudios en relación a la influencia que tienen los medios de comunicación de masas en la conducta juvenil, en especial las escenas violentas del cine y televisión en la delincuencia de los jóvenes. La influencia en la conducta desviada de los jóvenes parece haber sido exagerada, confirmándose tal influencia en atención a que la criminalidad aumenta considerablemente con el apogeo de la violencia en el cine y televisión. Sin embargo, este ha sido un falso espejismo, pues la delincuencia se ha incrementado en base a otros factores y no por una notable influencia de los medios de comunicación de masas.

En cuanto a la predisposición a esa influencia no cabe duda que se da en las edades más bajas, pues alrededor de los diecisiete años es cuando más tiempo suele estar el joven ante un televisor, así como también es la época en que mayor número de veces va al cine. Sin embargo, los chicos más inteligentes, entre los once y trece años, prefieren pasar a programas culturales y dejar los programas ligeros. Parece que las niñas tienen más tendencia al televisor que los chicos y la influencia es mayor, y prueba de ello es que recuerdan durante más tiempo los programas que han visto.

Para que el sujeto se identifique con el personaje, o busque su selección, es necesario la existencia de ciertos rasgos que coincidan en los de la personalidad del joven, con las relativas implicaciones motivacionales, cognoscitivas, culturales y sociales. Sin embargo, la identificación del

joven con el personaje no tiene por que ser duradera. El problema está en los sujetos con problemas de personalidad, ya que pueden producir reacciones anormales determinadas situaciones, en especial las de terror, disgusto o repulsión.

En el terreno de la criminología, parece que los efectos de los medios de comunicación solamente se dan en los sujetos particularmente predisuestos, ya que resulta una forma de aprendizaje. La mayoría de los autores vienen a sostener que esa influencia directa y constante solamente se da en casos aislados; los psiquiatras, por el contrario, se muestran más partidarios de la influencia.

Se considera de especial importancia el aprendizaje de ciertas técnicas específicas, en especial las relacionadas con el uso de armas o incluso de algunas modalidades delictivas concretas. No obstante, se reconoce que ese aprendizaje se da en sujetos que ya están iniciados en el delito. Por los interrogatorios sobre jóvenes delincuentes no se puede demostrar la influencia, ya que no suelen ser sinceros en sus respuestas. Por otra parte, son muchos los mecanismos que inciden en los factores influyentes de la delincuencia.

La investigación sobre estos temas resulta compleja y difícil; algunos esquemas presentados para investigación resultan irrealizables; las diferencias culturales, sociales, económicas, sistemas de investigación de los diversos países lleva a que no puedan aceptarse sin más los resultados que ofrecen.

En vista de lo anterior, se llega a la conclusión de que no se puede demostrar la influencia directa de los medios de comunicación —en especial de escenas violentas del cine y televisión— en la delincuencia juvenil, como hasta ahora se ha venido sosteniendo. Por ello, es necesario la necesidad de iniciar investigaciones serias sobre este tema.

La verdad es que todos conocemos la repetición de alguna forma de criminalidad después de que el cine o televisión ha lanzado el procedimiento con cierta originalidad. También hay que reconocer que estos casos son aislados. Pese a que todas las formas de criminalidad desarrolladas en el cine o televisión son imitadas, el mayor o menor porcentaje depende de las posibilidades de éxito y de las condiciones del autor. Esto nos demuestra, que aunque en pequeños porcentajes, y aun tratándose en algunos casos de sujetos con problemas de personalidad, la influencia existe. La propia prensa tiene efectos negativos en algunos casos, cuando expone la forma de ejecución de nuevas técnicas; no obstante, también tiene su parte positiva, en cuanto previene a los ciudadanos, posibles víctimas, de esas formas, frente a las que se pueden prevenir. No cabe duda que normalmente los imitadores son ya delincuentes; sin embargo, ese aprendizaje sirve para perfeccionar sus técnicas, lo que les hace más peligrosos; otras veces, el aprendizaje lleva a iniciar en el delito a sujetos que dudan delinquir, pero que el cine o la televisión termina por animarles.

Alfonso SERRANO GÓMEZ

GARCIA RADA, D.: "El delito tributario". Lima, 1975, 366 págs.

Se divide la obra en dos partes, ocupándose la primera de conceptos generales del deber tributario en base a la obligación que tiene el contribuyente de aportar su colaboración económica al Estado. Esta obligación ha de establecerse por ley, pues su creación corresponde al Derecho público, ya que la voluntad de los individuos expresada mediante un contrato no puede dar origen a un tributo. Se establecen una serie de limitaciones al poder tributario, en base a los principios de legalidad, igualdad ante el tributo y no confiscación; por otra parte, también debe negarse la posibilidad de la doble imposición, en cuanto que no se pueden pagar dos veces impuestos por el mismo concepto.

Considera el autor que el delito fiscal se consuma en el momento de la declaración falsa, sin ser necesario que se llegue a no pagar el impuesto. Distingue la infracción tributaria del delito tributario en base a la intención; el delito ha de ser siempre voluntario; en aquéllas lo que se tienen en cuenta es el resultado, ya que se presume que la conducta no es dolosa. El delito fiscal tiene sus peculiaridades en relación con los delitos recogidos en el Código penal, por lo que conviene su regulación en ley especial.

En relación a las penas se estima que en el delito tributario es posible la pluralidad de sanciones. El principio "non bis in idem" no es tan rígido en lo tributario como en el campo estrictamente penal. Se recogen algunas excepciones a ese principio en el Código tributario peruano; en el artículo 165 del mismo se establece que las sanciones penales son independientes del cobro de los tributos y de las medidas administrativas que procedan, con ello se acepta la sanción penal y la administrativa. En materia tributaria el fin principal de la sanción es la de compensar el fraude, de ahí que a veces la sanción no sea privativa de libertad, sino el pago de una cantidad que puede ser hasta diez veces la que fue objeto de fraude. En el derecho peruano las sanciones por delito fiscal son: prisión; multa o confiscación.

La segunda parte se ocupa principalmente del desarrollo del delito tributario positivo, para lo que se estudia el Código tributario peruano de 1966. Cabe destacar: el delito fiscal se encuentra recogido en el artículo 174, donde se establece "el que valiéndose de cualquier artificio, astucia o engaño, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, en provecho propio o de tercero, incurrirá en el delito de defraudación y será reprimido con prisión no mayor de seis años, ni menor de un mes". Solamente se admiten las formas dolosas, por lo que se excluyen las culposas (art. 163).

Dentro de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, figura como atenuante o agravante, según los casos, el grado de cultura del defraudador, así como su conocimiento en relación con su deber tributario; también la conducta observada durante la investigación del fraude (art. 167, 2 y 4). La responsabilidad solidaria se establece para los síndicos, interventores o liquidadores de quiebras y los de sociedades y otras entidades, "cuando por su acción u omisión se produce el incum-

plimiento de las obligaciones tributarias de las personas o entidades correspondientes" (art. 7, 3).

Como derecho supletorio del Código tributario rige el Código penal, lo mismo que en materia de procedimiento. Sin embargo, es la jurisdicción ordinaria la competente en materia de delito fiscal.

Alfonso SERRANO GÓMEZ

**GERLAND, Heinrich: "Bemerkungen zum Begnadigungsrecht"** ("Observaciones sobre el derecho de gracia"), en "Festgabe für Reinhard von Frank", Band II, Tübingen, 1930 (p. 215-228).

La recensión de este artículo se justifica, a pesar de los años transcurridos desde su publicación, porque expone una problemática que se encuentra hoy en España de plena actualidad: la excepción de la concesión de amnistía a ciertos sectores o personas. Además de los años pasados desde su salida a la luz, hemos de tener en cuenta que el texto se refiere al Derecho alemán, a pesar de lo cual es válida su aplicación en términos generales a nuestro Derecho.

El trabajo se halla dividido en dos partes. En la primera, su autor hace una aproximación al tema y sienta las bases de lo que después aplicará, en la segunda parte, a un caso concreto.

Distingue dos categorías de sentencias por su contenido: sentencias imperativas (imperative Urteile) y ejecutivas o constitutivas (exekutive oder konstitutive Urteile).

Las primeras son aquellas que infligen un "mal" o castigo sobre el sentenciado y contienen una orden a los órganos competentes para que ejecuten la condena. La sentencia no afecta, en sí mismo, directamente al sentenciado. Pertenecen a esta categoría las condenas que suponen penas privativas de libertad o las que imponen sanciones pecuniarias. Las sentencias ejecutivas, por el contrario, afectan de forma directa al condenado, ya que el "mal" o sanción se hace realidad automáticamente con la fuerza normativa de la sentencia, sin que sea necesaria la intervención de otro órgano. A esta categoría pertenecen las sentencias que implican una disminución de la capacidad de obrar del condenado o la pérdida del cargo (revocación o destitución) que detentaba.

El autor parte de estas dos categorías para establecer el concepto de gracia, por lo que divide a ésta en imperativa y constitutiva.

La gracia imperativa se refiere siempre a sentencias imperativas y consiste en una orden emanada de un órgano superior (Gobierno) dirigida a los órganos ejecutores para que la condena "no sea ejecutada o no siga ejecutándose, o por lo menos que se ejecute en otra forma más suave" (pág. 218).

La gracia constitutiva actúa sobre las sentencias ejecutivas. "No contiene ningún tipo de órdenes dirigidas a otros órganos" (pág. 218). Es ella misma quien suprime el efecto de la condena. Restituye en el plano de hecho y de derecho el primitivo estado de las cosas, en lo que sea po-



sible. Este efecto restitutivo está unido al acto de gracia, de tal forma que entra en vigor automáticamente con él.

Gerland resalta el hecho de que las dos clases de gracia, tanto la imperativa como la constitutiva, dejan la condena en sí misma intacta.

A la vista de lo hasta aquí expuesto, propone el autor una nueva definición de la gracia; gracia es un acto de gobierno a través del cual un órgano constitucionalmente competente revoca la obligación estatal de penar o los efectos que afectan a la posición jurídica del condenado (p. 216). En esta definición quedan incluidos todos aquellos casos que se refieren a las penas privativas de libertad como a otras sanciones privativas o restrictivas de derechos.

En la segunda parte del presente trabajo objeto de nuestra atención expone Gerland el caso de un notario de Prussen en el cual encuentran desarrollo las ideas anteriormente citadas.

La problemática gira en torno a la destitución que sufre un notario de su cargo. Posteriormente es perdonado, pero a pesar de repetidas peticiones no le es confiada una notaría por decisión del ministro de Justicia. El autor se pregunta si puede el ministro tomar esta decisión.

Tras un detallado estudio de la situación planteada, llega a la conclusión de que el notario ha de ser repuesto en su cargo.

Gerland estudia el tema con profundidad y aunque en el ejemplo que nos presenta se trata de un indulto particular, las ideas vertidas al respecto son aplicables a las otras manifestaciones del derecho de gracia: la amnistía y el indulto general, y en especial a la primera por lo que tiene hoy de actual.

Fernando VON CARSTENN-LICHTERFELDE

**MORILLA CUEVA, Lorenzo:** "Los delitos electorales. Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20/1977 de 18 de marzo sobre normas electorales". Granada, 1977.

La finalidad de la presente obra, segundo volumen de la Coeción de Estudios Penales del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, es la de prestar un servicio a la comunidad poniendo al alcance del ciudadano medio el conocimiento del complicado contenido de las normas penales electorales. Esta característica fundamental del trabajo, en el que se compatibilizan la claridad expositiva con la profundidad y autoridad científicas, resulta lógica si se tiene en cuenta la personalidad del autor que, como afirma el profesor Sáinz Cantero en el Prologo a la obra, es ante todo una persona preocupada por la vida comunitaria, sensible a los temas políticos y deseosa de poner al servicio de los demás la calidad de unos conocimientos científicos penales fruto de su entrega absoluta a la Universidad.

En los planteamientos previos al presente trabajo se evidencia cómo en cualquier país —máxime en España, donde a pesar de cuarenta y un años de forzado silencio político la corrupción electoral tiene largo abo-lengo—, para asegurar en una confrontación electoral la libertad de los

ciudadanos y el respeto a las reglas del juego electoral “es premisa indispensable la presencia del Derecho penal”. Así parece haberlo entendido también el segundo Gobierno de la Monarquía al introducir en el Real Decreto-Ley sobre normas electorales (Título VIII) una serie de preceptos constitutivos de auténticas leyes penales especiales impropias bajo la rúbrica de “delitos e infracciones electorales”.

El autor expone como dicho Título VIII se encuentra dividido en dos capítulos, el segundo de los cuales —(referente a las infracciones electorales)— goza de indudable naturaleza administrativa, lo que hace obligado circunscribir al Capítulo I (de los “delitos electorales”) el análisis del auténtico contenido penal del citado Decreto-Ley.

Objeto de estudio en la obra va a ser, en consecuencia, el mencionado Capítulo 1.º del Título VIII en su tres Secciones: disposiciones generales, los delitos en particular y procedimiento para su sanción. La ausencia de debate público en cuanto a la elaboración del Decreto-Ley ocasiona graves dificultades en torno a su interpretación en algunos puntos. Por ello, advierte finalmente el autor, acudir a los antecedentes históricos del mismo (Leyes Electorales de 28 de diciembre de 1878, 26 de junio de 1890 y 8 de agosto de 1907) y a la jurisprudencia, se hace de todo punto indispensable.

El estudio de los delitos electorales se inicia distinguiendo unas determinaciones previas de carácter general de lo que posteriormente va a ser el análisis de los delitos en particular.

En cuanto a las determinaciones previas se refiere, se pone de manifiesto, de una parte, la ausencia de un concepto de “delito electoral” en el Real Decreto-Ley de 1977, y, de otra, la posibilidad de acudir a los artículos 101 y 78 de las Leyes Electorales de 1890 y 1907, respectivamente, para su obtención. Se trata, en todo caso, de un concepto formal que está muy en consonancia con el tenor del artículo 82 del Decreto en el que se hace declaración expresa del carácter subsidiario del Código penal con respecto a las normas del Decreto-Ley.

Se analizan a continuación los conceptos de “documento oficial” y “funcionario público” a efectos del Decreto-Ley. Se evidencia la mayor amplitud del concepto de funcionario público establecido por el artículo 78, 1.º del Decreto en relación con el establecido por el artículo 119 del Código penal. Fruto de esta mayor amplitud son determinadas imprecisiones terminológicas (“quienes desempeñen alguna función relacionada con las elecciones”) que son objeto de detenido análisis.

Tras estudiarse la problemática que en relación con el concurso aparente de normas penales presenta el artículo 79 del Decreto, centra el autor su atención en los artículos 80 y 81 del mismo. Si bien la circunstancia de agravación general del artículo 81 —sin precedente en las anteriores leyes electorales— no presenta problema interpretativo alguno, no ocurre lo mismo con la penalidad de inhabilitación especial establecida en el artículo 80. Se trata de un problema de ejecución acumulativa o simultánea de penas de muy difícil y arriesgada solución, por lo que es objeto de minuciosa atención.

Se cierra esta primera parte del trabajo con el estudio de las normas

procedimentales que hacen posible la efectividad de las sanciones que en el Decreto se establecen y el posterior, y detenido análisis de las formas de extinción de la responsabilidad criminal: el indulto (pieza clave de la antigua picaresca electoralista) y la prescripción (respecto de la cual el Decreto-Ley guarda absoluto silencio).

El estudio de la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo 1.<sup>o</sup> del Título VIII (de los delitos electorales en particular), centro neurálgico de todo el trabajo, presenta notables dificultades dada la abundancia de tipos que establece el Decreto, su extremado casuismo y la abundante narración de hechos considerados punibles. El primer esfuerzo del autor en este orden es puramente clasificatorio y le lleva a distinguir: delitos relativos al procedimiento electoral, delitos realizados con ocasión de la campaña electoral, coacciones electorales y falsedades electorales.

En lo referente a los delitos relativos al procedimiento electoral, se hace un minucioso estudio de los nueve apartados del artículo 83 para continuar con el análisis del artículo 85 (denegación de auxilio) y el artículo 88 (perturbación del orden electoral).

En cuanto a los delitos cometidos con ocasión de la campaña electoral se hace objeto de estudio al artículo 84 del Decreto que, sin concordancia legislativa anterior alguna, distingue tres figuras bien diferenciadas: realizar actos de propaganda una vez finalizado el plazo de la campaña electoral, infringir las normas electorales en materia de carteles y espacios reservados a los mismos para las diversas candidaturas e infringir las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral.

Las actividades delictivas encaminadas a privar al voto de sus condiciones mínimas de libertad se tipifican en los artículos 86 y 87 del Decreto. Tras el análisis de estos delitos se pasa, por último, al estudio de las falsedades electorales en todas sus modalidades (artículo 89). Merece especial interés para el autor la posibilidad, prevista expresamente en el Real Decreto-Ley, de su comisión a título de imprudencia temeraria y la degradación del delito a "infracción electoral" en aquellos supuestos en los que en la comisión de la conducta típica medie cualquier otro tipo de imprudencia.

Toda esta parte del trabajo dedicada al estudio dogmático de los diferentes tipos penales que se contienen en el Decreto está presidida por la claridad expositiva e interpretativa. Para el logro de esta última finalidad se ha acudido a la ayuda de abundante material jurisprudencial. Advirtamos también que no están ausentes del trabajo abundantes y muy acertadas críticas acerca de las normas que se estudian.

Nos encontramos, en definitiva, ante una obra de gran actualidad, dado el proceso político por el que atraviesa nuestro país. Estamos también plenamente convencidos de que la celebración de las elecciones no restará actualidad a esta obra. Creemos que ocurrirá todo lo contrario ya que, puesto que el trabajo está pensado, ante todo, para servir de información y defensa de sus derechos a los ciudadanos, será sumamente útil acudir a él siempre que quepa la posibilidad de considerar cometido un delito de tipo electoral, bien con anterioridad, bien con posterioridad

a la consulta. Precisamente por ello constituye la obra, además, un poderoso instrumento de trabajo para los científicos del Derecho penal y para los profesionales del Derecho en general.

Agustín José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR  
Profesor Ayudante. Granada

**MORILLAS CUEVA, Lorenzo:** "Los delitos contra la libertad religiosa (Especial consideración del artículo 205 del Código penal español)". Prólogo del profesor Sáinz Cantero. Colección monográfica. Universidad de Granada. Granada, 1977, 327 págs.

El libro que vamos a comentar, que en su día fue la tesis doctoral de su autor, galardonada con el Premio Extraordinario del Doctorado, se inserta dentro de la serie de publicaciones que viene realizando el Departamento de Derecho Penal que dirige el profesor don José Antonio Sáinz Cantero en la Universidad granadina.

El estudio se inicia con una visión histórica general de la evolución seguida por el pensamiento penal y las ideas de política criminal sobre los delitos religiosos. Por estas primeras páginas de la obra pasan los más grandes pensadores y forjadores de la filosofía y la dogmática penal: Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Filangieri, Bentham, Carmignani, Anselmo von Feuerbach, Carrara..., van mostrando el desarrollo seguido por la proyección penal del pensamiento religioso, desde que se produjera aquel cambio iniciado con el pensamiento ilustrado, hasta arribar a los tiempos históricamente más próximos de las modernas construcciones sobre el tema. Por encima de los diversos planteamientos, a veces inconcretos y enfrentados, el agudo sentido intuitivo del autor ha sabido recoger lo que fue aportación positiva de cada uno de estos autores en la conformación de las líneas directrices de los actuales planteamientos. El acercamiento a los nuevos tratamientos del tema se hace con referencia a las grandes áreas doctrinales: dogmática alemana, italiana, francesa y, por último, española.

En lo que hace a la primera, las distintas concepciones del delito religioso pueden agruparse en dos grandes apartados: a) El delito religioso como atentado a un elemento fundamental de la vida colectiva (Kalh, Meyer-Allfeld, Kohler, Wahlberg y Bott); y b) El delito religioso como atentado a la libertad de creencias religiosas (fundamentalmente von Liszt). Junto a estas dos grandes direcciones doctrinales se manifiestan otras posturas autónomas mantenidas por la más reciente doctrina de aquel país (Merkel, Mezger-Blei, Maurach, Welzel Schönke-Schröder), que también son examinadas.

En el pensamiento italiano sobre el tema es posible apreciar dos fases perfectamente diferenciadas: la primera, de claro carácter liberal —inspirado en las concepciones ideológicas de la Revolución Francesa— que abocaría en la redacción dada por el Código Zanardelli (1889), en el sentido de considerar a los delitos religiosos, alojados en un título indepen-

diente, como atentados a la libertad individual de la persona; y la segunda, plasmada en el Código de 1930, basada en un desdoblamiento de la tutela jurídica penal para proteger, por un lado, a la religión católica como religión del Estado y, por otro, a los cultos legalmente admitidos.

El acercamiento a la dogmática francesa, personalizado en Garraud, como elemento más representativo, permite entrar en la evolución de la doctrina patria. En España, las nuevas concepciones sobre los delitos religiosos penetran con sensible retraso. Es Manuel de Lardizábal el que, rompiendo con la secular identificación delito-pecado, inicia la transformación jurídica de los delitos religiosos en nuestro país. El posterior desarrollo de este planteamiento resulta notablemente relativizado por el casi general exclusivismo que la religión católica posee en nuestra tradición legislativa. Después de Lardizábal, Pacheco es el iniciador de la verdadera tarea de elaboración jurídica de estos delitos. A partir de la Codificación, el tema va a merecer escasa atención por parte de los comentaristas. Muy parecida va a ser la tónica seguida por ensayistas y tratadistas, ocupándose del tema con notoria superficialidad; suficiente, no obstante, para poner de relieve la supremacía histórica, tanto doctrinal como legal, de la religión como elemento consustancial de la vida comunitaria española y, por tanto, como objeto de fundamentación de estos delitos. Únicamente a partir de la reforma de 1971 va a ser cuando se abran nuevas perspectivas a la contemplación del tema, orientadas hacia nuevas formas de consideración y fundamentación de los delitos religiosos.

Paso necesario en el recorrido por el tema es el recurso al Derecho comparado. Con exhaustividad y una muy atinada sistemática, se muestran las diversas regulaciones que tiene la materia en otros códigos. El autor, con una clara conciencia de cuáles han de ser los cometidos del Derecho comparado, no se contenta con una pura narración expositiva de las otras legislaciones, sino que, por el contrario, comenta y compara nuestra regulación con las otras formulaciones que el tema merece en el resto de los países a que se aproxima; mostrando, al tiempo, las influencias de unos códigos sobre otros. Ello le permite distinguir tres grandes formas de regulación, si bien, el contenido típico sea en los tres casos muy parecido: a) Sistema de influencia francesa, en el que la tipificación de los delitos religiosos se hace bajo epígrafes de naturaleza indiferenciadamente comunitaria. b) Sistema germano, que encuadra independientemente a los delitos religiosos; y c) Países que los agrupan como delitos contra la libertad o contra los derechos individuales.

El desarrollo histórico-legal de estos delitos se hace poniendo en relación la forma positiva dada por cada uno de nuestros códigos a los delitos religiosos con el contexto constitucional o que en última instancia responde. El Código de 1822, caracterizado fundamentalmente por una sistematización imprecisa y por un excesivo rigor en las penas, no hace sino continuar en la tradición fuertemente defensista del exclusivismo católico que se puede observar en nuestro Derecho medieval. El Código de 1848, en un contexto constitucional de neto carácter moderado, suprime unos tipos y crea otros nuevos, incluyéndolos ya en título independiente,

continuando, sin embargo, con la confusión e imprecisión de las figuras legales y la característica severidad de las penas. Sin ninguna modificación en la Reforma de 1850, el Código de 1870, basado en una regulación constitucional proclamadora de la tolerancia religiosa, significa, por fin, una aproximación a las ideas renovadoras. Las disposiciones legales dedicadas al tema aparecen recogidas en el Título II del Libro II, dividido en dos capítulos, siendo las particularidades más relevantes a destacar la desaparición de toda mención o privilegio a la religión católica que, a cualquier efecto penal, se equipara a las demás, en forma consecuyente con el propósito de defender todos los cultos, y la indudable inclinación por eliminar no sólo los delitos de religión, sino también los delitos contra la religión. La regulación quedaría claramente enfrentada con la constitución de 1876, en la que se recorta la tolerancia y se limita el ejercicio público del culto al no autorizar más que los actos de la religión del Estado; sin embargo, aunque hubo varios intentos, hasta 1928 no se modificaría el tratamiento penal. Con la Dictadura del General Primo de Rivera, el nuevo Código de 1928 va a ocuparse de la materia con escasa originalidad, ya que sus preceptos seguirán al de 1848 en unos casos y al de 1870 en otros. La Constitución de 1932 —declarando el laicismo del Estado y la igualdad absoluta de todas las religiones— y su Código de la misma fecha, continúa con las paredes maestras que estableciera el de 1870, con alguna ligera modificación. Por fin, el Código de 1944, incluye a los delitos religiosos dentro de los que atentan contra la seguridad interior del Estado, considerándolos como delitos contra los derechos constitucionales. Las tipicidades contenidas podrían ser divididas, según el criterio del autor, en tres grandes grupos: a) Delitos contra la confesionalidad católica del Estado (artículo 205); b) perturbaciones o impedimentos de los actos de culto (artículos 206 y 210; y c) ofensas a la religión católica (artículos 207, 208, 209 y 211).

Con la declaración "*Dignitatis humanae*" se inicia el camino que conduciría, a través de la modificación de la Ley Orgánica del Estado, el Fuero de los Españoles y la Ley de 28 de julio de 1967 reguladora del Derecho civil a la libertad en materia religiosa, a la Ley de 15 de noviembre de 1971 que, en esencia, supondría, por una parte, la extensión de la mayoría de los tipos contenidos como atentatorios a la religión católica en la redacción de 1944 a las demás confesiones reconocidas legalmente, y, de otra, la creación de nuevos preceptos encaminados a la defensa de la libertad religiosa considerada en su más pura esencia.

Tras una amplia panorámica de lo que supuso la reforma en la totalidad del título, se entra en el objeto central de estudio de la monografía: el artículo 205. Con evidente rigor científico se acomete el análisis de la esencia significativa de la infracción típica en cada uno de sus elementos estructurales. En lo que concierne al objeto de protección, se plantean por el autor cuatro distintos entendimientos del mismo: 1.º Su consideración como atentado a la religión, mirada como valor fundamental de la sociedad. 2.º Como atentado al orden público. 3.º Como atentado a los sentimientos religiosos; y 4.º Como atentado a un derecho individual. De entre ellas, la crítica muestra que la opinión más correcta ha de in-

clinarse por considerar que el artículo 205 supone un atentado a un derecho individual de la persona: la libertad religiosa. Esta, entendida como la capacidad del individuo de autodeterminarse en la investigación, adopción y ejercicio de cualquier opción religiosa, incluye tanto el creer como el no creer, pues "la incredulidad es una especie de fe para los no creyentes", que por eso mismo debe ser también respetada y protegida; aunque es dudoso que éste sea el sentido de la Ley de Libertad Religiosa. En el Código penal, la libertad religiosa aparece contemplada expresamente en una doble dimensión: a) Como libertad de creencia, entendida como el derecho del individuo de adherirse o no adherirse a una determinada confesión o creencia religiosa, y cuyos ataques están sancionados en el número 2.º del artículo 205; y b) como libertad de culto, en razón del derecho que asiste al individuo de manifestar exteriormente y con hechos concretos esa opción anteriormente elegida (art. 205, 1.º). En forma tácita, del precepto se deriva también el reconocimiento de la "libertad de proselitismo", ya que "a sensu contrario" serán lícitas todas aquellas formas del mismo que no estén tipificadas en el artículo.

Sin embargo, el concepto de libertad religiosa acuñado es objeto de varias limitaciones. En primer lugar, la limitación formal que supone la confesionalidad católica del Estado español, otorgando un trato de favor a ésta con respecto a las demás. En segundo término, las limitaciones materiales contenidas en el artículo 2, párrafo 1.º, de la Ley de Libertad Religiosa: el acatamiento a las leyes, el respeto a la religión católica y a las otras confesiones religiosas, a la moral, a la paz y a la convivencia pública y a los legítimos derechos ajenos como exigencia del orden público. La consecuencia que de todo ello se deriva es la necesidad extraer las figuras típicas a que hacemos referencia de entre los delitos contra la seguridad del Estado e incluirlos dentro de lo que realmente son: delitos contra la persona; en concreto, delitos contra la libertad o derechos individuales.

La doble vertiente observada en la libertad religiosa (de culto y de creencia) va a hacer que el autor, coherentemente con sus propios postulados, estudie con independencia, en atención a sus sustanciales diferencias formales y materiales, cada uno de los párrafos del artículo 205: primeramente, el párrafo 1.º, como "delitos contra la libertad de culto", y, en segundo lugar, el párrafo 2.º del mismo precepto, como "delito contra la libertad de creencia".

En lo que hace a los primeros, sujeto activo ha de ser persona que reúna los requisitos de imputabilidad que exige el ordenamiento penal, siendo posible que siga las directrices de una asociación confesional. Si el sujeto activo detenta la cualidad de funcionario, concepto del que se ofrece una delimitación conceptual exhaustiva, la conducta merece una agravación específica, no siendo necesario en este caso el prevalimiento de las atribuciones que del cargo se desprenden. Sujeto pasivo, congruentemente con la concepción del objeto protegido, ha de ser una persona que además tenga un mínimo de capacidad volitiva y de elección religiosa capaz de advertir y ser sometida por la amenaza, violencia o apremio.

ilegítimo. No cabe que sujeto pasivo sea una persona jurídica; sí puede serlo, en cambio, el ateo.

La conducta típica consiste en “coartar la libertad reconocida por las leyes”, lo que configura una suerte de norma penal en blanco que requiere de otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico los criterios definidores del concepto. Son tres las formas de “coartar” esa libertad: obligando a otro a asistir o practicar un acto religioso, constriéndole al cumplimiento de un deber de esa naturaleza, o, por último, inspirándose. Los medios idóneos para llevar a cabo estas conductas son la amenaza, la violencia o cualquier apremio ilegítimo. En opinión del autor, la amenaza hay que entenderla como conminación de un mal futuro, mientras que la violencia debe ser interpretada en un sentido estricto de fuerza física; pues la intimidación viene comprendida dentro de los márgenes indeterminados de los apremios ilegítimos. Por apremio ilegítimo ha de entenderse el compeler a uno a que haga prontamente una cosa; ha de ser contrario a derecho, idóneo y adecuado para doblegar la voluntad de la persona a cuya libertad se dirige, quedando incluida dentro de ellos la violencia sobre cosas ejercitada para coartar la voluntad del sujeto.

Sobre la antijuricidad, debe destacarse que es aplicable al precepto la teoría general de las causas de justificación. Es relevante el consentimiento, aunque la verificación práctica de las demás eximentes del injusto, admisible a nivel teórico, es de difícil hipotización.

Sólo es posible la comisión dolosa, que ha de contener tanto el dolo genérico de utilizar los medios comisivos señalados para “coartar” al sujeto pasivo —junto con el conocimiento del carácter religioso del acto—, como el específico de limitar la libertad religiosa del ofendido. Son posibles, no obstante, supuestos de comisión culposa en base a un error evitable de prohibición. Es admisible la exención de culpabilidad a causa de miedo insuperable y obediencia debida; no así, en cambio, el estado de necesidad subjetivo.

Al ser el delito contra la libertad de culto un delito de resultado, son factibles las formas imperfectas. El delito puede presentarse en concurso aparente de normas con las amenazas y coacciones, que se resolverá, según el principio de especialidad, siendo ley especial el artículo 205 y general los 493, 494 ó 496. Si los coartados son varios individuos estaremos en presencia de un concurso ideal homogéneo de delitos. En cuanto a las circunstancias, destacar únicamente que la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable es perfectamente compatible con la previsión de sujeto activo funcionario o autoridad establecida por el artículo 205.

Sobre la base de este esquema, realizado por el autor con el propósito de agotar las cuestiones que el tema plantea, se procede al estudio del delito contra la libertad de creencia. Para evitar repeticiones innecesarias, la técnica utilizada consiste en remitirse a lo ya tratado en todo aquello que no merezca particularidad digna de resaltar. La conducta típica consiste en “ganar adeptos para determinada creencia o confesión o desviarlos de ella”. El término “creencia” debe entenderse tanto comprensivo



de su aspecto positivo como del negativo de “descreencia”; “confesión”, en cambio, debe ser interpretado en relación a las religiones inscritas.

Medios comisivos son la amenaza, la violencia, la dávida y el engaño, no estando exenta de dificultades la posibilidad de admisión de la dávida. Tales medios comisivos han de ser empleados “con el fin de ganar adeptos”, lo que configura la presencia clara de un elemento subjetivo del injusto. No es posible ni la legítima defensa ni el estado de necesidad. Sí cabe, por contra, la posibilidad de admisión del cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y, por supuesto, el consentimiento del ofendido. La comisión dolosa —no puede darse la forma culposa—, requiere junto al dolo genérico, concebido en términos semejantes al necesario para los delitos contra la libertad de culto, el dolo específico de ganar adeptos, como exige la conexión finalística utilizada por el precepto. Se trata en este caso de un delito de mera actividad, pues basta el uso de los medios comisivos con la intención de atraerse adeptos para una confesión o creencia o desviarlos de ella. Es indiferente que se produzca o no el daño apetecido. Por lo mismo, no caben las formas imperfectas.

Con esto se pone punto final a esta interesante monografía sobre los delitos religiosos que, esencialmente científica, está inevitablemente llamada a desempeñar un papel fundamental tanto para el práctico como para el teórico del derecho que quiera aproximarse al tratamiento penal de las manifestaciones religiosas.

Juan José GONZÁLEZ RUS

**RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: “Presente y futuro del delito fiscal”. Editorial Civitas. Colección Cuadernos Civitas. Madrid, 1974, 100 páginas.**

Se aborda en la presente monografía uno de los temas más inquietantes y a la vez complejos que tiene planteada la doctrina penal española. Inquietante debido al interés que el tema ofrece a todo un amplio sector de los miembros que componen nuestra sociedad, en tanto en cuanto se ven obligados a pagar, periódicamente, ciertas cantidades de dinero al fisco en concepto de impuestos, y en caso de no hacerlo son objeto de sanciones previstas en el ordenamiento jurídico. Complejo, por la cantidad de problemas que surgen a la hora de incriminar esas conductas que tienen por fin defraudar al Erario público.

El objeto primordial del trabajo es poner de manifiesto, por una parte, la regulación del delito fiscal en nuestros país y, por otra, establecer los principios básicos que deben informar cualquier reforma que se desee llevar a cabo en este campo.

El libro está compuesto por cuatro capítulos, Si bien cada uno de ellos aborda diversas facetas de una problemática común, su interrelación necesaria es la que le da coherencia y firmeza a la obra.

Basándose en la existencia de penas de naturaleza criminal y de penas no criminales, señala el profesor Rodríguez Mourullo en el primer apar-

tado de la obra, la necesidad de distinguir entre un Derecho Penal Tributario y un derecho tributario penal; incluyendo en la primera categoría el conjunto de normas cuyo fin es proteger los intereses del Fisco y derivando la segunda de la puesta en práctica por parte de la administración de su potestad sancionadora al servicio de la relación jurídico-tributaria. No obstante ser diferentes categorías, a ambas le son aplicables por igual, los principios cardinales que informan no sólo al Derecho penal, sino también a todo el ordenamiento jurídico: el de legalidad, porque "no se puede permitir que el ciudadano se vea sorprendido "á posteriori" con penas, sean éstas de naturaleza criminal o administrativa"; el de culpabilidad, que obliga a desterrar la presunción de culpa del derecho positivo; y el de jurisdiccionalidad, referido al control que los órganos judiciales deben realizar en última instancia en la imposición de sanciones tributarias.

En el segundo capítulo de la obra, donde se pone de manifiesto la relación existente entre la criminalización de las conductas delictivas y la política criminal, se sientan las bases para una política criminal fiscal "admisible" y "eficaz". Se señala, en primer lugar, que los modos de incriminar las infracciones tributarias son: mediante la creación de delitos fiscales y por aplicación, al infractor de la norma, de figuras delictivas conexas con la infracción tributaria. Para resolver los obstáculos que surgen a la hora de poner en práctica esos medios de punibilidad, el autor nos dice que hay que tener siempre presente que la pertenencia de un hecho al ámbito del ilícito penal o al administrativo fiscal sólo puede ser resuelta atendiendo a la naturaleza de la pena que a ese hecho se le asigna.

La adopción de una política criminal en materia fiscal debe estar acorde con el papel que el Derecho penal juega dentro del marco de un Estado de Derecho. En este sentido debe ser tenido en cuenta el carácter "secundario" del Derecho penal, cuyo significado es que el legislador, sólo tras haber agotado los demás medios de que dispone para combatir el fraude fiscal debe recurrir a la sanción criminal. Debe reseñarse a su vez el carácter "fragmentario" de esta rama del ordenamiento jurídico en el sentido de incriminar sólo las conductas que atenten contra los valores más fundamentales. La esencia retributiva de la pena es otro de los postulados a tener en cuenta. Por él se exige una proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la sanción que se le asigna.

El respeto a las garantías criminales de igualdad ante la ley y culpabilidad y a los principios de legalidad y jurisdiccionalidad constituyen los últimos requisitos que deben presidir la política criminal.

También se señala en este apartado que el actual artículo 319 del Código Penal ha sido en todo momento un fracaso. Reza el referido precepto de la siguiente manera: "El que, requerido por el componente funcionario administrativo, ocultare el todo o parte de sus bienes, o el oficio o la industria que ejerciere, con el propósito de eludir el pago de los impuestos que por aquéllos o por ésta debiera satisfacer, incurrirá en una multa del tanto al quintuplo del importe de dichos impuestos, sin que en ningún caso pueda bajar de 10.000 pesetas". Desde 1870 hasta nuestros días, el Tribunal Supremo sólo aplicó el artículo 319 en dos ocasiones. La primera en la Sen-

tencia de 5 de febrero de 1898 y la segunda, en sentencia de 17 de junio de 1899. La ineficacia de este precepto es debida, por una parte, a que la administración ha recurrido a otros medios más efectivos para combatir el fraude fiscal y, por otra, a la falta de una conciencia fiscal, lo cual hace que la denuncia del fraude sea una "delación reprobable". Por lo demás, los tribunales de lo penal no actúan de oficio, pues ello supondría el incriminar a una gran mayoría de los contribuyentes.

El apartado tercero del libro va referido a las infracciones tributarias susceptibles de criminalización. A estos efectos se hace un estudio inicial y pormenorizado del artículo 319. En lo referente a su colocación en el código, se señala que la inclusión del precepto en un capítulo único dedicado a las falsedades no es del todo acertada. Algún autor es de la opinión que la "ocultación" supone una falsedad intelectual y aunque, en principio, ocultar supone engañar, el fin último que se persigue con la ocultación es defraudar al Erario Público. Esto conduce a considerar que el bien jurídico protegido en el artículo 319 es el Fisco. Los elementos del delito vienen dados, en primer lugar, por "la ocultación de todo o parte de los bienes"; en segundo lugar, por el hecho de que la ocultación se haga con el fin de eludir el pago de los impuestos y, en tercer lugar, por exigencia de que la ocultación se realice después del requerimiento.

Las limitaciones del artículo 319 son: La exigencia de un requerimiento personal limitativo del ámbito de aplicación; la exclusión de determinados impuestos; la exigencia del "propósito", que excluye tanto la comisión culposa como las ocultaciones inspiradas en otros propósitos; y el empleo del término "sus", que deja impune el fraude cometido a través de sociedades y personas jurídicas.

Todo lo anterior lleva al autor a proponer unas consideraciones de "legiferenda" entre las que merecen resaltarse: 1.º) Que la criminalización de las infracciones tributarias debe llevarse a cabo en una Ley General Tributaria. 2.º) Sólo se deben incriminar las infracciones más graves, basadas en la idea de justicia y realidad sociológica. 3.º) Por debajo de determinada cuantía ciertas infracciones deberían permanecer en el ámbito del ilícito administrativo. 4.º) Incriminación única de actuaciones dolosas. 5.º) Atender al supuesto en el que el sujeto actúa en nombre de otro. En resumen, el delito de fraude fiscal debe constituir el núcleo del "nuevo Derecho penal tributario". Por fraude fiscal entiende el autor: "Todo hecho fraudulento (comisivo u omisivo) realizado para obtener para sí o para un tercero un enriquecimiento injusto a expensas de los derechos del Estado a la percepción de los tributos", lo que supone considerarlo como un delito de daño y no de peligro.

El último apartado va dedicado al estudio de los delitos conexos con la infracción tributaria. Son tales, entre otros, la seducción o soborno del artículo 385; la suposición de nombre, profesión o cargo de los artículos 322 y 571; pudiendo ser añadidos a su vez, la simulación de contrato y la apropiación indebida. Tras analizar cada uno de estos supuestos, se reseña que las conductas delictivas nunca pueden dejar de ser tales si van dirigidas a lesionar los intereses del fisco. Los delitos no considerados expresamente como conexos con la infracción tributaria deben ser

asimilados a los así calificados. Por ejemplo, la resistencia o desobediencia a funcionarios encargados de la investigación.

Por último, hay que poner de relieve la enorme riqueza de contenido que el libro del profesor Rodríguez Mourullo posee. La claridad expositiva y la profundidad con que el tema es abordado hacen de esta obra un instrumento indispensable a la hora de realizar una reforma en este campo del Derecho penal.

Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ

**RODRIGUEZ MOURULLO, G.:** "La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo". Cuadernos de Ed. Civitas, Madrid, 1976, 99 págs.

Se inicia el trabajo exponiendo aquella posición jurisprudencial, estudiada por Córdoba, que, en contra del entendimiento doctrinal dominante, equiparaba la defensa putativa con la legítima defensa real. Hace observar Rodríguez Mourullo que en la casi totalidad de las sentencias que establecen tal equiparación el error del sujeto no versaba tanto sobre la agresión, en realidad existente, como sobre la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. En estos supuestos, los Tribunales tienen la alternativa de apreciar legítima defensa real incompleta (por exceso intensivo) del número 1 del artículo 9, o defensa putativa. La jurisprudencia opta por la segunda solución, aplicando, en virtud de la tesis expuesta, los números 4, 5 ó 6 del artículo 8.

La simpatía que Córdoba manifiesta por ésta posición jurisprudencial ha sido relacionada por Díaz Palos con la doctrina finalista. Sin embargo, Rodríguez Mourullo apunta que la equivalencia entre la defensa putativa, en los casos de creencia errónea racionalmente fundada, y la legítima defensa real es tesis que va bastante más allá de los postulados finalistas. Los finalistas rechazan expresamente la incorporación de la defensa putativa a la causa de justificación de legítima defensa, entendiendo que el error sobre las causas de justificación no eliminan la antijuricidad del hecho. Y no podía ser de otro modo porque aunque se admitan como requisitos de las causas de justificación determinados elementos subjetivos, tal admisión no priva a éstas de ningún elemento objetivo y en la defensa putativa falta precisamente este elemento.

La oposición que Rodríguez Mourullo manifiesta a la tesis jurisprudencial de la equiparación se basa en que supone confundir justificación e inculpabilidad, ya que se está haciendo depender la diferencia entre lo justo y lo injusto de una representación subjetiva del autor que, por demás, es errónea. De otro lado, las consecuencias a que conduce la tesis de la equiparación son la mejor prueba de su inviabilidad, ya que supone el reconocimiento de que quien reacciona frente a una imaginaria y —no real— agresión actúa legítimamente. Lo que a su vez significa que contra esa reacción no cabe legítima defensa, privándosele además del derecho a ser indemnizado a través del proceso penal. "En principio parece claro que el Derecho no puede condenar a quien está en lo cierto a que soporte, sin

posibilidad de defenderse legítimamente y sin derecho a indemnización, la reacción de quien obra en virtud de un error" (págs. 32-33).

Sin embargo, en la actualidad la vieja posición jurisprudencial ha cambiado como consecuencia de un cambio operado también en la concepción de la legítima defensa real como causa de justificación. Se entiende ahora la legítima defensa como una causa de justificación objetiva (páginas 43 y siguientes), fundamentada en la necesidad de defensa (págs. 56 y sigs.) y gobernada por el principio objetivo del interés preponderante (páginas 63 y sigs.). De otro lado, se exige la realidad de la agresión ilegítima (págs. 66 y sigs.) a la vez que se entiende también de modo objetivo el segundo requisito como proporcionalidad "no con arreglo al criterio subjetivo del que se defiende, sino conforme al criterio valorativo que la recta razón dicte a un observador imparcial— en definitiva, al juzgador—" (páginas 68 y sigs.). Tras caracterizar a la legítima defensa como una causa de justificación objetiva, fundada en un estado de necesidad defensivo nacido de una agresión ilegítima real y gobernada por el principio del interés preponderante, resulta lógico que el Tribunal Supremo abandone la antigua tesis de la equiparación y encuadre la defensa putativa en el ámbito de la exclusión de la culpabilidad como un supuesto de error de prohibición. Error de prohibición cuya relevancia, conforme a la interesante Sentencia 30 marzo 1976 (ampliamente comentada por el autor) "se admite ya sin recelo" tras la reforma del Código civil.

Este error ha de ser en primer lugar racional y fundado para dar lugar a la apreciación de defensa putativa, e invencible para poder ser causa excluyente de la responsabilidad criminal. Puntualiza, sin embargo, el autor en el sentido de que la defensa putativa sigue las reglas del error si la falsa creencia (racionalmente fundada) opera sobre la existencia de la agresión ilegítima. Pero si opera sobre la necesidad racional del medio empleado, cabe la disyuntiva de aplicar el número 1 del artículo 9 o la propia doctrina del error. Para que esta segunda posibilidad se dehan de concurrir, a nivel imaginario o putativo, todos los requisitos de la legítima defensa real (págs. 91-92).

Si hay exceso en la defensa putativa, porque el medio que interpone el sujeto no es racionalmente necesario frente al ataque por él imaginado, entiende Rodríguez Mourullo que habrá que estarse a lo siguiente. Si tal exceso es extensivo no cabrá, al igual que en la legítima defensa real, ni la eximente completa ni la incompleta. Si es intensivo cabrá la eximente incompleta siempre que la defensa putativa no proceda de la errónea representación de una inexistente agresión ilegítima, ya que la agresión es requisito imprescindible para aplicar el número 1 del artículo 9 (pp. 93-94).

Con estas notas sólo hemos hecho una aproximación al contenido de esta excelente monografía sobre la legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo. El autor, con la agudeza y brillantez que le caracteriza, ha tocado temas de gran interés dogmático, como pueden ser los relativos a la concepción del injusto o al error, exponiéndolos con sencillez y claridad, cosa de agradecer como lector cuando se trata de cuestiones tan enrevesadas, y tomando partido en uno u otro.

sentido con sólidas argumentaciones y detenido estudio de doctrina y jurisprudencia.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ

**SABATER SANZ, Antonio: "Prontuario de Psiquiatría Clínica". Murcia, 1975. 227 páginas.**

Probablemente alguien pueda resultar sorprendido al encontrar entre estas páginas, de puro contenido jurídico, una referencia a un Prontuario de Psiquiatría Clínica. El que así sea tiene múltiples explicaciones, pero de las que tan sólo dos bastan para justificarlo: la primera de ellas es que el jurista, y en ello ha insistido repetidamente el doctor Sabater, necesita ineludiblemente un mínimo de conocimientos psiquiátricos; la segunda, que, a pesar de que se trata de una obra referida principalmente a A.T.S. y estudiante de Medicina, la perspectiva con que está contemplada no olvida la condición de médico forense que ostenta el autor, encaminando y no perdiendo nunca de vista, por eso, la repercusión jurídica que pueda tener el análisis clínico que en cada momento ocupa la atención del libro. La obra, como indica su breve Prólogo, responde a una necesidad sentida por todos aquellos que sucesivamente han ido asistiendo a los seminarios desarrollados por el doctor Sabater, desde hace ya algunos años, en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, entonces dirigido por el doctor Sáinz Cantero, y en el que se celebraron frecuentes seminarios sobre Psiquiatría Criminal con la colaboración del autor del libro que comentamos.

La obra consta de dos partes perfectamente diferenciadas. La primera, Parte General, se dedica a la exposición breve y clara de los conceptos elementales y básicos que permitirán la aproximación a las consideraciones sobre Psiquiatría Clínica, propiamente dicha, que constituye el contenido de la Parte Especial.

Desde el concepto de Psiquiatría hasta la Terapéutica Psiquiátrica, van siendo analizados, con la pormenorización que permite un Prontuario, los conceptos básicos de la materia. En el primero de ellos, el de persona humana, se insiste en el carácter unitario de la misma; las dos facetas "corporal" y "psíquica" que pueden distinguirse, no por ello suponen una disgregación de la personalidad, que es una e indivisible. Esta, la personalidad, es aquello característico y peculiar de cada uno que le hace diferente de los demás y permanece estable, al tiempo que madura y se enriquece, en las distintas fases de la vida. Las necesidades de la persona, primarias y secundarias, conducen al concepto de frustración y los mecanismos de defensa ante ella.

Sobre este cimientto puede entrarse en la aproximación a la Biotipología. La noción de tipo se entiende como el grupo de individuos que se destaca de otros por una o varias notas comunes, siguiendo el autor la clasificación ya tradicional de Kretschner, que distingue entre asténicos, pínicos, atléticos y displásicos o atípicos, refiriéndose, a continuación, las características anatómicas y psíquicas de cada uno de ellos, para, des-

pués, ponerlos en relación con los temperamentos, según se trate de ciclotímicos, esquizotímicos o gliscoides que, normalmente, se corresponden con los tipos pínicos, asténicos y atléticos, respectivamente.

A pesar de que la personalidad es indivisible, vuelve a insistir el doctor Sabater, no por ello pueden dejar de reconocerse distintos aspectos psicológicos de la misma; distinguiéndose, a este efecto, entre sensaciones, percepciones, atención, conciencia, memoria, afectividad, pensamiento e inteligencia; cada uno de los cuales presenta características definitorias propias y también alteraciones cualitativas y cuantitativas peculiares que son analizadas en el libro.

En el descubrimiento de estas alteraciones, y en general de la personalidad, son elementos valiosísimos e insustituibles los test psicológicos, que constituyen la medida científica de alguno de los aspectos mentales del individuo. Mediante ellos, se trata de obtener una apreciación objetiva, por lo general de tipo cuantitativo y comparable, de uno o más aspectos de la conducta o personalidad, o de ambas, a través de recursos de mayor o menor dificultad y de una aplicación relativamente sencilla. De muy variadas formas, cada uno de ellos se dirige a distintos objetivos: Los "no proyectivos", destinados a la apreciación de las aptitudes mentales del sujeto; los "proyectivos", en los que, sin conocimiento del que lo realiza, se van proyectando los contenidos psicológicos de su personalidad; los "factoriales y no factoriales", de Spearman, que tratan de explicar las diferencias individuales que se observan en las actitudes humanas, mediante el menor número de factores mentales.

De entre ellos, por su más directa relación con la práctica forense, tres destacan con neta claridad: el de inteligencia, el de Rorschach y el Szondi. El de inteligencia, ideado por Binet en 1896 y difundido con la colaboración de Simón en 1905, consiste en un gran número de pruebas, fáciles de llevar a la práctica y realizables en poco tiempo, que permiten determinar la capacidad del sujeto al que se aplica. El de Rorschach se utiliza para la obtención del psicodiagnóstico del enfermo a través de la interpretación que éste hace de diez láminas en las que aparecen manchas de tinta sin una configuración determinada. El proyectivo de Szondi, del que el profesor Sabater es acreditado especialista (es autor de una obra sobre él: "El test de Szondi en Sexuología Forense"), basado en la teoría del genotropismo, facilita el descubrimiento de los planes y posibilidades de destino de una persona y las causas de la enfermedad instintiva. El sometido a él debe elegir, de entre ocho, las dos fotografías que le resulten más simpáticas y las dos más antipáticas de cada una de las series que representan los "factores instintivos" y que corresponden a sujetos que previamente han sido diagnosticados de la enfermedad instintiva de que se trate.

Los recogidos, junto con otros dos capítulos más específicamente médicos, franquean el paso a la Parte Especial. Partiendo del concepto de salud, que no es sino un estado de bienestar completo físico, mental y social, el autor va examinando cada una de las alteraciones y trastornos mentales que dan contenido a la Psiquiatría Clínica.

Trata el doctor Sabater, en primer lugar, de las Oligofrenias, que tanta trascendencia tienen en el campo de la imputabilidad, señalando las características y niveles de edad mental que corresponden a cada categoría, así como las alteraciones que producen en el campo de la afectividad, en muchas ocasiones fronterizas con las psicopatías.

A la Epilepsia son especialmente proclives aquellas personas que presentan un umbral convulsivante tan bajo que al menor estímulo reacciona con la crisis epiléptica. En algunas de sus manifestaciones distímias (epilépticas) o fases de la conocida como "gran mal" (periodos de "aura" y "post-convulsivo") son frecuentes las consecuencias delictivas del furor epiléptico. Por lo general, dice el autor, los enfermos de este tipo son capaces de las acciones más maliciosas y bajas y de combinarlas con autojustificaciones y orgullo de sí mismos. Son, por eso, frecuentes en los delitos de los epilépticos las características violentas y brutales, ya que a su especial psicología se une su peculiar perseverancia en el ataque. No son imputables los actos que un epiléptico cometa, siempre que estén determinados por la enfermedad o se produzcan durante los ataques, pues en ellos falta la libre actuación y pleno conocimiento del enfermo. Para los actos realizados entre crisis deberá ser valorado el grado de deterioro que sufre la personalidad del sujeto como consecuencia de la afección.

La esquizofrenia, así llamada por Bleuler en 1911, tiene como característica la producción de una "hendidura, escisión o disociación de las funciones psíquicas" que determina una disociación o disgresión de los lazos asociativos (disociación asociativa) y la interiorización de la afectividad (autismo). Tiene consecuencias sobre el pensamiento, afectividad, voluntad, etc., yendo algunas de sus manifestaciones, como la esquizofrenia paranoide, acompañada de alucinaciones que pueden llevar a cometer actos delictivos.

En las "psicosis maniáco-depresivas", la fricción con el ordenamiento penal puede producirse en las fases maniacas de euforia o tristeza más extrema e inexplicable, en las que el enfermo puede llegar a la conducta más extraña, antisocial o inhibida que pueda imaginarse. La última de ellas, la paranoia, es quizá la que más problemas plantea en la práctica forense. El paranoico interpreta las palabras, gestos y actitudes, y en general toda la conducta que lo rodea, de una forma tendenciosa, hasta llegar progresivamente a la formación de una serie de ideas y convicciones totalmente rígidas e inmovibles a cualquier argumentación. A menudo peligrosos, no muestran su anormalidad más que en lo relativo a su idea delirante, lo que, pone de relieve el autor, plantea problemas a la hora de llevar al ánimo del Tribunal el convencimiento de la existencia y gravedad del trastorno.

El libro se cierra con la descripción de las "psicosis sintomáticas", alcoholismo, toxicomanías, demencias, personalidades psicopáticas —que son simples anomalías y no psicosis—, neurosis y, por último, unas breves consideraciones sobre los aspectos psiquiátricos de la conducta sexual.

La utilidad de la obra se pone de manifiesto con la sola reseña de su



contenido. En ella encontrará el profano las orientaciones necesarias que le facilitarán el camino por ese mundo, las más de las veces desconocido y complejo, que es la Psiquiatría. Disciplina, por otra parte, que, no es preciso insistir en ello, tan necesaria es a la ciencia jurídico-penal.

Juan José GONZÁLEZ RUS

# REVISTA DE REVISTAS

## ITALIA

**LA CUESTIONE CRIMINALE: Rivista di ricerca e dibattito su desvianza e controllo sóciale** (anno I, núm. 1, gennaio-aprile, págs. 1-215; anno I, núm. 2, maggio-agosto, págs. 217-433; anno I núm. 3, settembre-dicembre, págs. 435-614). Bologna 1975.

En el primer cuatrimestre de 1975, el acervo bibliográfico jurídico-penal se vio enriquecido con la aparición de una nueva revista: "La questione criminale". Como el subtítulo de la misma ya deja traslucir ("Rivista di ricerca e dibattito su desvianza e controllo sociale"), la finalidad con la que nace es la de aportar una visión crítica al tema de la cuestión criminal, "sin dejarse llevar de la perseverante ideología con la cual el sistema viene justificado y mitificado como una forma de defensa social". A tal fin —como puntualiza el presentador— es necesario afrontar el tema de la delincuencia y del delincuente desde un punto de vista alternativo, ya que sólo de esta manera la clase obrera, que es la principal perjudicada en el mecanismo selectivo de la criminalización, podrá reivindicar los intereses reales para una superación de las condiciones materiales y de las contradicciones sociales, que son la base de la desviación criminal. Estas ideas son expresadas con toda claridad por Bricola, cuando en el debate: "Per una politica criminale del movimento operaio", enclavado en el fascículo tercero, dice "La questione criminale" nace sustancialmente con dos objetivos: un objetivo de carácter teórico y un objetivo de carácter práctico.

El objetivo de carácter teórico es el de profundizar e intentar individualizar una criminología de tipo marxista, o sea de colocar el fenómeno de la criminalidad en el seno de una teoría marxista del Estado y de las instituciones...

El objetivo práctico es el de individualizar las líneas de desarrollo de una política criminal del movimiento obrero, y determinar la posibilidad de que este movimiento lleve adelante su política en relación al fenómeno de la criminalidad y en relación a la cuestión criminal en su totalidad".

Bajo esta perspectiva quedan emplazados los lectores de esta revista a conocer el tratamiento que merecen problemas de tan evidente actualidad como el de las instituciones penitenciarias, el de la delincuencia de los detentadores del poder y en particular la delincuencia económica, el de los medios de masas y alarma social, el del proceso penal y la policía, el de la delincuencia juvenil y la asistencia social, el de la desobediencia civil y, en fin, el de las demás formas de desviación política. Problemas todos

ellos que serán tratados en fascículos posteriores. Para los presentes (los tres fascículos aparecidos en el año 1975) el movimiento de los estudios criminológicos y de las discusiones sobre política-criminal será el núcleo central de los mismos.

**BARATTA, Alessandro: Criminologia leberale e ideologia della difesa sociale. (Criminología liberal e ideología de la defensa social), fascículo 1.º, págs. 7-65.**

El presente trabajo constituye una aportación al movimiento de superación del concepto, hasta hoy dominante en la ciencia penal, de la defensa social. Trata de demostrar Baratta cómo en este concepto subyace toda una carga ideológica que la clase dominante se ha cuidado de elaborar. Contra esta concepción —señala el autor— no ha habido todavía una alternativa crítica seria, pues ni en von Liszt ni en la escuela positiva clásica y moderna cabe ver un intento de superación, sino en todo caso de modificación de la misma.

Después de señalar Baratta esquemáticamente los principios básicos que integran el contenido de la defensa social, pasa a analizar las insuficiencias de la base en la que descansan. Así, por ejemplo, el principio del bien y del mal, según el cual el delito es un daño para la sociedad y el criminal constituye el elemento negativo de la misma, ha sido debidamente puesto en tela de juicio por la teoría funcionalista de la "anomia" y de la criminalidad. Los puntos básicos de esta teoría son: 1.º Las causas de la desviación criminal no se encuentran ni en factores bioantropológicos o naturales (clima, raza) ni en una situación patológica de la estructura social; 2.º La desviación es un fenómeno normal de toda estructura social; y 3.º Sólo cuando sobrepasa ciertos límites el fenómeno de la desviación se vuelve negativo para la existencia y el desarrollo de la estructura social; viceversa, dentro de sus límites funcionales, el comportamiento de desviación criminal es un factor necesario y útil del equilibrio y desarrollo socio-cultural. De la misma forma, el principio de la culpabilidad mantenido por la teoría de la defensa social, según el cual el delito es expresión de un acto interior reprobable, porque es contrario a los valores y a las normas presentes en la sociedad, ha sido contrariado por la teoría de la subcultura criminal, la cual niega que el delito pueda ser considerado como expresión de un acto contrario a los valores y a las normas sociales, en la medida que existen unos valores y unas normas, desarrollados en el seno de esa misma sociedad, que pertenecen a diversos grupos sociales específicos y que constituyen lo que se ha llamado la subcultura criminal. También, en fin, los principios de legalidad y legitimidad, tales como son entendidos por la concepción dominante de la ciencia jurídico-penal, es decir, respectivamente, como violación de la ley penal por una minoría desviada y como facultad del Estado a reprimir la criminalidad en cuanto que aparece como el elemento legitimado por la sociedad para tal fin, son objeto de revisión por la incidencia de una criminalidad que está más allá de la Ley (delincuentes de cuello blanco, cifra oscura de la criminalidad) y por la teoría psico-analítica de la crimina-

lidad, de base freudiana, que viene a poner en duda en último término la razón de ser del Derecho penal mismo.

Estas líneas paradigmáticas vienen a revelar para Baratta la importancia de una teoría social que, llevada de la mano de la clase obrera, venga a desarrollar un papel crítico y constructivo en un nuevo modelo de ciencia penal. Para ello es preciso ofrecer una alternativa global, y no solamente parcial, a los diversos aspectos de la ideología de la defensa social, así como desarrollar una crítica de la criminología liberal que no sólo sea reflejo de los resultados a los que ha llegado, sino también que constituya una reinterpretación de esos resultados en un cuadro teórico correcto.

**TAYLOR, Ian; WALTON, Paul y YOUNG, Jock: Criminología crítica in Gran Bretaña. Rassegne e prospettive. (Criminología crítica en Gran Bretaña. Observaciones y perspectivas), fascículo 1.º, págs. 67-117.**

La doctrina criminológica dominante en Gran Bretaña ha venido entendiéndose que se puede explicar el fenómeno de la desviación criminal haciendo referencia exclusivamente a un estado patológico individual o social. Esta concepción queda, sin embargo, en abierta contradicción con el estado actual de cosas. A una superación, pues, de la misma y a la necesidad de elaborar una criminología materialista mira el presente artículo. Una criminología de este tipo deberá superar las divisiones académicas desarrolladas y proceder a la construcción de una adecuada "sociología" del derecho y del crimen, tratando de dar una explicación social a los mismos en función de los papeles que desarrollen en un tipo determinado de sociedad, condicionada por particulares modos de producción. En otras palabras, la criminología materialista debe estar en condiciones de explicar la permanencia, innovación o la abolición de las normas legales y sociales en referencia a los intereses que ellas defienden, así como en atención a las particulares relaciones materiales de producción en el ámbito de una sociedad basada sobre la propiedad, aclarando cómo aquéllas están inextricablemente conectadas con el desarrollo de las contradicciones sociales.

**CAMBERINI, Alessandro y STORNI, Luigi: La politica criminale della classe dominante: razionalità e ideología (La política criminal de la clase dominante: racionalidad e ideología), fascículo 1.º, págs. 121-135.**

El objeto de este trabajo de Gamberini-Stortoni es poner de relieve cómo la clase dominante ha ido elaborando una política-criminal de carácter ideológico de la que han quedado apartadas la delincuencia institucional y la delincuencia fascista. La consecuencia de esta circunstancia es la exposición del fenómeno criminal de una forma viciada, en la medida que con el referido tratamiento se trata de oscurecer el carácter político-social de su génesis y de su ulterior evolución.

**BRICOLA, Franco: Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152). (Política criminal y política penal del orden público (a propósito de la ley de 22 de mayo de 1975, núm. 152), fascículo 2.º, págs. 221-288.**

La ley de 22 de mayo de 1975 constituye un claro ejemplo de la línea hasta ahora dominante de abandonar la política-criminal en beneficio de una política-penal del orden público. Partiendo de esta referencia, Bricola trata de llamar la atención sobre la necesidad de volver la vista hacia una política-criminal, esto es a una política penal como "extrema ratio", partiendo para ello de una idea más consecuentemente política del postulado positivista de los sustitutivos penales. El principio de la igualdad de todos los ciudadanos, establecido en el artículo 3.º de la Carta constitucional italiana, debe ser el criterio que armonice la referida evolución; la región y los otros entes locales, sobre todo obviamente aquéllos en los que el poder está hoy en manos de las fuerzas de la izquierda, los centros propulsores. En este sentido, es posible pensar en una política-criminal del movimiento obrero. Para ello será preciso, además, reparar que ciertos bienes, hoy encuadrados en una perspectiva de tutela del orden público, pueden ser tutelados mejor desde una perspectiva penal más orgánica y general. Por ejemplo, para combatir la plaga de secuestros de personas que en la actualidad se cierne sobre Italia, no basta con encender la mecha del orden público, sino que es preciso, de un lado, afrontar el problema en base a la política-criminal, poniendo más difícil el terreno a los operadores del sector (interviniendo, por ejemplo, sobre el mecanismo de los seguros contra el secuestro); de otro, cortar, aunque sea en términos de política-penal, los nexos de colaboración (vergigracia, por parte de los bancos) que facilitan la idea a los autores de los secuestros.

**INSOLERA, Gaetano: La politica criminale nei discorsi dei Procuratori Generali. (La política-criminal en los discursos de los Procuradores Generales), fascículo 2.º, págs. 289-317.**

Estrechamente conectado con el recién resumido trabajo de Bricola se encuentra este de Insolera. Nuevamente aquí la Ley sobre el orden público de mayo de 1975 sale a debate. El autor del presente trabajo, sin embargo, no trata tanto de dar una visión crítica de la referida ley, como de puntualizar las conexiones existentes entre el contenido de la misma y los discursos de los Procuradores Generales sobre las medidas para prevenir la criminalidad.

**MELOSSI, Dario:** *Criminologia e marxismo: alle origini della questione penale nella società de «Il capitale».* (Criminología y marxismo: los orígenes de la cuestión penal en la sociedad de «El capital»), fascículo 2.º, págs. 319-336.

La idea de que la criminalidad y la pena no son ciencias separadas, sino expresión de las condiciones humanas bajo el dominio del capital constituye el hilo conductor del presente trabajo. Es por esto por lo que el autor se refiere a "El capital" más que a otros escritos de Marx, donde la cuestión criminal es afrontada de una forma más explícita.

**GUERINI, Umberto y TAGLIAVINI, Francesco:** *Esigenze di politica criminale e dibattito elettorale.* (Exigencias de política-criminal y debate electoral), 2 partes: fascículo 2.º, págs. 339-351 y fascículo 3.º, págs. 517-533.

Bajo el epígrafe «Esigenze di politica criminale e dibattito elettorale» se incluyen en la revista del año que comentamos dos artículos. El primero, recogido en el fascículo segundo, está dedicado a señalar la trascendencia que las tres grandes fuerzas políticas italianas (DC, PCI y PSI) conceden a la cuestión criminal durante sus respectivas campañas electorales. El segundo, enclavado en el fascículo tercero, se destina a examinar la posición asumida por los grupos de extrema izquierda en relación a la referida cuestión.

El planteamiento de política-criminal del partido dominante en Italia, la Democracia Cristiana, puede resumirse así: origen prevalentemente moral del fenómeno criminal y sólo marginalmente reconducible a causas estructurales, imposibilidad de abortar las causas que provocan el crimen por la inestabilidad política de los gobiernos, confianza en el aumento de las penas robustecimiento de los poderes a las fuerzas policiales y paralela desvalorización del control ejercido sobre ellos por parte de la magistratura, invitación a todos los órganos del Estado a ayudar a la policía en el trabajo de represión y proposición de una línea político-criminal, cuyo punto de arranque sea un derecho penal de base subjetiva en el que las garantías individuales estén consecuentemente comprendidas.

Frente a esta dirección se encuentra la línea propuesta por los partidos de izquierda (Partido Socialista Italiano y Partido Comunista Italiano). El método de análisis del fenómeno criminal es común en ambos partidos: El problema de la criminalidad no puede ser afrontado con la adopción de nuevas leyes ni con un robustecimiento de los poderes policiales. Ni tampoco cabe ver en el mismo un origen esencialmente moral. La criminalidad debe ser afrontada —según los partidos de izquierda italianos—, ante todo, individualizando las causas motivadoras de la misma. Para esto basta con examinar la situación social del país. De este análisis se colige fácilmente que el fenómeno criminal sólo puede llevarse a un plano más deseable, mediante una profunda reforma estructural.

La posición, en fin, asumida por la extrema izquierda italiana —considerada extraparlamentaria— sobre el fenómeno criminal queda explicitada bá-

sicamente en los diarios: "Il Manifesto" y "Lotta Continua". Tal posición se concreta en los siguientes puntos: denuncia a los partidos moderados por su tendencia a quitarle valor al problema de la criminalidad, a fin de conseguir una vuelta al Estado totalitario y crítica a los partidos de izquierda por no afrontar la cuestión criminal desde una perspectiva de fondo e histórica, lo cual se traduce a la larga en una aceptación del entramado tejido por la derecha. Para analizar el fenómeno criminal es preciso buscar una respuesta no mitificante, que tienda a enlazar el fenómeno del crimen históricamente examinado con los problemas de la estructura social actual. De esta confrontación se comprueba que es el sistema capitalista de la economía, el cual guía y gobierna la vida civil y política de la democracia burguesa, el que pone las causas directas del crimen.

**PRIESTER, Jean Michael: La «nuova criminologia» e la politica criminale in Germania occidentale: (La «nueva criminología» y la política-criminal en Alemania occidental), fascículo 2.º, págs. 355-378.**

Al amparo del "Arbeitskreis Junger Kriminologen" se viene desarrollando en los últimos años en Alemania una "neue Kriminologie". Sus cultivadores han elaborado con toda precisión un modo de programar la política de la ciencia y de la investigación, sobre unas bases netamente diferenciadas de las de la criminología tradicional. Los puntos de disociación entre ambas son explicitados por el autor de este trabajo del siguiente modo: rechazo por parte de la nueva criminología de la teoría orientada al autor del delito, rechazo del análisis plurifactorial, rechazo de la dependencia y del derecho penal, rechazo del carácter patológico del delito. Asimismo, la "nueva criminología" amplía su ámbito de actuación en relación a la tradicional, porque incluye en su análisis la reacción de las instancias de control social y desarrolla con más fuerza la conexión entre criminalidad y desigualdad. La consecuencia última de la misma se manifiesta sobre todo en la esfera del fenómeno de la descriminalización.

La propuesta de descriminalización es la respuesta a una investigación empírica sobre las consecuencias de la lucha contra la criminalidad: "Si la lucha contra la criminalidad es dañosa, si no tiene ninguna utilidad que se pueda probar, si protege sólo en una mínima parte las reglas verdaderamente indispensables para la vida común, entonces a través de la descriminalización es posible satisfacer los intereses de la sociedad". El fenómeno descriminalizador —señala Priester— debe ser contemplado desde tres puntos de vista: desde el punto de vista de los tipos de delitos establecidos en la ley, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas y desde el punto de vista del tratamiento. Desde el primer punto de vista, descriminalización significa que determinadas prescripciones penales queden abolidas; y esto comporta la delimitación del tipo. Por ejemplo, la reducción gradual de la criminalidad menor contra propiedad al rango de ilícitos administrativos y la introducción de un límite del valor de 100 marcos más o menos. Desde el plano de las consecuencias jurídicas, descriminalización significa tendencia a eliminar aquellos límites legislativos que impiden una continua reduc-

ción de la pena; de otra parte, significa una rigurosa delimitación de la pena de prisión. Por ello es preciso favorecer la aplicación de la suspensión condicional de la pena, eliminar la posibilidad de imponer primero la pena que la medida de seguridad, recortar mediante términos más breves las consecuencias desfavorables de los antecedentes penales... Desde el punto de vista del tratamiento, hay que insistir, una vez más, en las viejas exigencias de una superación de los establecimientos penitenciarios vejatorios y humillantes, de unas reglas generosas para el tiempo de las visitas y para el tiempo libre...

**PITCH, Tamar: Prostituzione e malattia mentale: due aspetti della devianza nella condizione femminile. (Prostitución y enfermedad mental: dos aspectos de la desviación en la condición femenina), fascículo 2.º, págs. 379-390.**

Se pone de relieve en esta comunicación cómo el problema de la desviación criminal femenina está en gran medida condicionado por el comportamiento drásticamente limitado de la mujer. Son la prostitución y la enfermedad mental dos aspectos básicos de la misma.

**SGUBBI, Filippo: Tutela penale di «interessi diffusi». (Tutela penal de «intereses difusos»), fascículo 3.º, págs. 439-481.**

El motivo de fondo que late en el tema de los “intereses difusos” o colectivos es la necesidad de una instancia antagonista o alternativa a las posiciones económico-jurídicas hoy dominantes. Se pretende, en otras palabras, que la libertad de beneficio privado no sea indiscriminada, sino que encuentre un límite infranqueable en la salvaguarda de determinados bienes.

Enmarcados en este contexto general, a la hora de reconducir el referido planteamiento al campo del derecho penal, Sgubbi centra su atención en dos temas: el del daño del delito y el del objeto del ilícito penal. En el primer sentido, se trata de cuestionar si el concepto de “daño” puede extenderse de la categoría tradicional privado-individualista para referirse también a aquellos intereses colectivos o difusos; intereses no necesariamente “alternativos”, sino eventualmente “solidarios” con aquéllos. En el segundo sentido, se pregunta si intereses, por su naturaleza antagónicos a un orden económico-político dominante, pueden llegar a constituir la objetividad jurídica específica de un ilícito penal, efectuando una intervención sobre el derecho penal vigente, que se traduciría en una sustitución de la objetividad jurídica originaria por la nueva del interés difuso.

La trascendencia —concluye Sgubbi— que la idea del interés difuso puede tener en uno y otro sentido está en función de una formulación del tipo que esté orientada sobre la “conducta”. Con un tipo de mera conducta se consigue una represión referida al peligro (también si se trata del peligro concreto, por precepto constitucional) y no condicionada a la verificación



de un daño. De esta forma, se podrá plantear con mayor facilidad una política-criminal emancipada de la visión individualista liberal.

Una reseña sobre la "National desviance conference" (Conferencia nacional sobre la desviación) al cuidado de Massimo Pararini (fasc. 1.º, páginas 139-156), un debate "Per una política criminale del movimento operaio" (Para una política criminal del movimiento obrero), en el que interviene Franco Bricola, Mario Sbriccoli, Guido Neppi Modona, Tullio Seppilli y Pietro Ingrao (fasc. 3.º, págs. 485-514) y una comunicación: "Ricerca in tema di "criminalità economica" (Investigación sobre la delincuencia económica), al cuidado de Massimo Pararini (fasc. 3.º, págs. 537-547), constituyen otros trabajos de la revista del presente año.

HORACIO ROLDÁN BARBERO

## ESTADOS UNIDOS

**FEDERAL PROBATION. A journal of Correctional Philosophy and Practice.**

Published by the Administrative Office of the United States Courts in Cooperation with the Bureau of Prisons of the Department of Justice, Washington, D. C.

MARZO, 1976.

**WILKS, Judith y MARTINSON, Robert: Is the Treatment of Criminal Offenders really necessary? (¿Es realmente necesario someter a tratamiento a los delincuentes?).** Pág. 3 a 9.

Robert Martinson y Judith Wiks, Director y Director asociado, respectivamente del Centro para «Estudio y Planificación de la Justicia Penal» de Nueva York, con gran experiencia en el estudio de la delincuencia y su tratamiento, en base al fracaso del sistema actual de penas de forma de cumplimiento de las mismas en orden a refrenar la cifra de criminalidad, nos proponen en este artículo una nueva alternativa de cumplimiento de condenas, construida sobre el principio de la importancia de la eficacia y realidad de la intimidación penal por encima de cualquier otro conjunto de medidas.

El caótico panorama que presenta la delincuencia en Estados Unidos, ha hecho surgir una fuerte corriente de opinión en favor de las penas privativas de libertad, exigiendo su aplicación extensiva, incluso para los presuntos delincuentes pendientes de sentencia. Contra esta tendencia se manifiestan enérgicamente los autores de este artículo, pero igualmente arremeten contra el sistema actual de sustitutivos de penas privativas de libertad, en cuanto al "tratamiento" obligatorio que éstos imponen: medidas educadoras,

tests psicológicos, búsqueda de empleo..., etc., tratamiento que es presentado en este artículo como ineficaz y superfluo.

En base a las investigaciones realizadas por ellos mismos y expuestas en su obra "The Effectiveness of Correctional Treatment" (1), llegan a la conclusión que la Probation y la Parole, instituciones de las que se benefician actualmente la mayoría de los delincuentes norteamericanos, no son adecuados para los fines pretendidos de rehabilitación, según se llevan actualmente, y por ello no llegan a tener un efecto perceptible en cuanto a la disminución de la tasa de reincidencia. El "exceso de tratamiento" que conllevan, no hace sino crear confusión al delincuente, y no cambiar su personalidad ni sus actitudes.

Estiman que es más efectivo el mero hecho de la puesta en libertad bajo Probation o Parole, sin más, que todo el conjunto del "tratamiento" a que se les obliga, pues el que aprendan a leer, o que se les ofrezca un empleo, o que asistan a unas reuniones, no es método para que cambie una determinada personalidad. También por supuesto aluden a la falta de personal especializado y competente que trabaja en estas instituciones. Por una causa u otra, el hecho es que actualmente constatan un "retroceso" en los posibles éxitos que pudieran derivarse de la aplicación de la Probation o de la Parole. Este fracaso, según los autores de este artículo, se debe en gran parte a que estas instituciones fueron pensadas para delincuentes primarios y seleccionados, mientras que en la actualidad se aplican casi indiscriminadamente, con lo cual fracasa este sistema que fue designado originariamente para Boy-Scouts.

Con estas afirmaciones no pretenden insinuar que la prisión sea el medio más adecuado de contestación al delito, pues la vida en prisión conlleva perjuicios excesivos, normalmente no proporcionados a la índole del delito, y que en todo caso produce un deterioro demasiado grande de la personalidad del encarcelado.

Por ello presentan una alternativa distinta de tratamiento al delincuente, que excluye tanto el sistema vigente de "tratamiento" de la Probation o la Parole, como el internamiento en prisión como regla general.

Esta propuesta se basa en un principio lógico y de aplicación diaria en la sociedad: familia, trabajo, escuela... Se centra en el "control" sujeción, o vigilancia, al igual que un padre no pierde de vista a su hijo pequeño para que no se desmande. Esta idea es asumida para la propuesta que nos ofrecen estos autores, sin ninguna pretensión de paternalismo, sino en miras a una mayor eficacia.

Concretando la alternativa que proponen, establecen una clasificación de los delincuentes, según su mayor o menor intimidabilidad o peligrosidad, en tres categorías: "suspendees", "restrainees" e "isolated", que podríamos traducir a tres niveles de "suspensión", "restricción" y "aislamiento".

La "suspensión", se aplicaría a aquellos sujetos que se consideran ya intimidados o poco peligrosos. Consiste en una condena a "custodia estatal" por un tiempo determinado, que quedará en suspenso por un período igual a la duración de la condena. Si durante este tiempo no vuelve a delinquir, se tiene por cumplida; si delinque la sentencia por la nueva infracción con-

(1) LIPTON, MARTINSON, and WILKS, "The Effectiveness of Correctional Treatment", New York: Praeger, 1975.

templará además de la condena por el nuevo delito, el doble de duración de la condena correspondiente a la infracción por la que fue sometido a la "suspensión". Y esta nueva condena, deberá cumplirla, bien en régimen de "restricción", o de "aislamiento", o en una combinación de ambas.

La "suspensión" tiene de característico frente a la Probation, que el sujeto no queda sometido a ninguna vigilancia ni "tratamiento". Simplemente se le amenaza que si vuelve a delinquir se le doblará la condena.

La "restricción" supone también un régimen de libertades, pero bajo un cierto control. Se aplicaría a personas que necesitan algo más que la mera intimidación de la ley penal para retraerse de un nuevo delito. No estarán sujetos a ningún tratamiento, pero serán vigilados por un agente destinado al efecto, que no conocerán y con el que no tendrán ningún contacto. La única misión de este agente o vigilante es detener al delincuente en caso de que cometa un nuevo delito. Para el sometido a "restricción", el saberse vigilado actuará como amenaza bastante para controlar su conducta, pues desaparecen o disminuyen grandemente las posibilidades de no ser descubierto si comete un nuevo delito. Por otro lado el hecho de ser vigilado continuamente constituye una restricción de libertad, y socialmente es considerado humillante, por lo que se puede considerar que la "restricción" cumple a la vez dos fines: el punitivo en cuanto este menoscabo de libertad y perjuicio social, y el fin de intimidación real.

Si la persona sometida a "restricción", vuelve a delinquir, pasará al régimen de "aislamiento", con una condena que será la suma de la pena correspondiente por el nuevo delito más el doble de lo que le correspondiera por el primer delito por el que quedó en "restricción". No obstante la nueva sentencia señalará qué parte de la condena cumplirá el reo en régimen de "restricción", después del "aislamiento".

El "aislamiento" se aplicaría a aquellas personas que hubieran cometido delitos atroces o violentos y que presenten fuerte peligrosidad. También se aplicará a los que vuelvan a delinquir durante período de "suspensión" o de "restricción". Supone cumplimiento de condena en régimen de prisión, aunque pueden admitirse reducciones en la duración por buen comportamiento u otros méritos. De todas formas un último período de la condena, que deberá ser fijado ya en la sentencia, se cumplirá en régimen de "restricción".

Esta tercera categoría de "aislamiento" tiene carácter punitivo, consiguiendo a la vez la separación de la sociedad de elementos peligrosos, ya que pretende asimismo proteger a la sociedad. Martnson y Wilks se declaran contrarios a las penas privativas de libertad, y admiten que aquí se da una contradicción con su postura, pero alegan no haberse ideado hoy por hoy otra fórmula posible de proteger a la sociedad contra sujetos peligrosos.

En conjunto, toda la propuesta de los autores de este artículo se basa en dar mayor fuerza a la intimidación de la ley penal, consiguiendo que ésta aparezca real y efectiva a los ojos de los delincuentes, forma más idónea de retener la criminalidad que mediante el "tratamiento" que conlleva la Probation o la Parole.

Por otro lado, la ayuda que pueda necesitar el delincuente para encontrar un trabajo, o para buscarse una formación, o cualquier otro tipo de

asistencia, deberá obtenerla si así lo quiere, a través de los organismos públicos que ofrecen sus servicios en estos aspectos a la totalidad de la población. No ha de haber discriminaciones en este sentido. Sobre la experiencia de que los organismos penales no cuentan con verdaderos y suficientes especialistas ni en el campo de la educación, salud mental, orientación profesional u otros, es absurdo crear organizaciones paralelas, una para delinquentes y otra para no-delinquentes, con la duplicidad de costos, energías, y posible discriminación que ello puede suponer. En todo caso, proponen Martinson y Wilks, podría crearse una unidad o departamento que oriente al delincuente sobre los organismos existentes de los que puede recabar ayuda. Este departamento debiera también cuidar de que se atienda en igualdad de condiciones a los delinquentes con respecto al resto de la población.

Es decir, la "suspensión" y la "restricción", no llevan aparejada la obligación de ningún "tratamiento"; ni se necesitarán órganos especiales que presten un servicio directo en este sentido. Lo único que interesa al ordenamiento penal es que el delincuente no reincida. Sólo debe estar atento a posibles conductas delictivas, pero no tiene por qué vigilar ni las compañías, ni el tipo de vida que lleve el delincuente, ni privarle de su libertad por su comportamiento más o menos provechoso siempre que no entre en conflicto con la ley. La pérdida de su libertad y de su régimen de "suspensión" o de "restricción", depende únicamente de que vuelva a delinquir, y no del parecer del Consejo de la Probation o de la Parole como viene siendo actualmente, y que en este sistema no tendrían razón de ser.

Esta propuesta, los mismos autores reconocen que no sería eficaz para toda clase de delitos, pero sí para las infracciones callejeras, hurtos, asaltos, robos, que son los más frecuentes y los que más inquietan a la población por su facilidad de comisión y su práctica impunidad.

Esta alternativa de Martinson y Wilks, puede parecerse utópica cuando todavía en España se pone el acento en un tratamiento reeducador y rehabilitador. Las condiciones de Estados Unidos, y más aún de ciudades como Nueva York son ciertamente distintas a las nuestras, pero también llevan una mayor experiencia en la aplicación de diversos tratamientos. No obstante, esta propuesta puede ser interesante a tener en cuenta en la evolución del actual sistema penal español, sobre todo respecto al énfasis en la real intimidación de la ley.

ADELA ASÚA BATARRITA

*Profesora Encargada de Curso  
Universidad de Deusto*

## FRANCIA

REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL  
COMPARE

Año 1977. Número 2.

**GASSIN, Raymond:** «De quelques tendances récentes de la criminologie anglaise et nor-américaine». Pág. 249 y ss.

Conferencia pronunciada en la Sección de Ciencia criminal del Instituto de Derecho comparado de París, el 18 de julio de 1976.

El objeto de esta conferencia es la exposición y crítica de la "labeling theory" y de la criminología crítica o racial.

A juicio del profesor Gassin el origen de ambas se encuentra en las críticas de que es objeto la criminología tradicional en EE. UU. alrededor de los años 60. Ante estas críticas las teorías que nos ocupan, cambian la perspectiva criminológica tradicional por la elaboración de nuevas teorías sociológicas de la desviación, que relegan el estudio de la personalidad del delincuente y de los mecanismos de paso al acto criminal para poner el acento en el fenómeno de la reacción social.

Para exponer la "labeling theory" o teoría de la estigmatización o etiquetado, Gassin sigue fundamentalmente a Becker, quien afirma que en contra de las concepciones tradicionales que ven en la desviación la violación de reglas de conducta social preestablecidas, ésta es una creación del grupo social, por el hecho de que éste es quien elabora las prohibiciones sociales y aplica estas reglas a ciertos individuos a los que designa como desviados. De este modo la desviación no es una cualidad del acto, sino la consecuencia de la aplicación por otros de reglas y sanciones a un individuo que es designado y etiquetado como desviado. Por ello lo que interesa saber no es por qué un individuo es alcohólico o ladrón, sino el proceso de filtración social seguido para adquirir esa identidad social.

Como pone de manifiesto Gassin, según este nuevo enfoque, no hay criminología concebible si no es criminología de la reacción social.

La "labeling theory" prepara el camino para la criminología radical o crítica, a que se refiere Gassin en segundo lugar.

El origen inmediato de esta orientación lo establece en las luchas políticas revolucionarias norteamericanas y en el redescubrimiento del marxismo por los anglosajones.

La criminología crítica se ve a sí misma como criminología explicativa y como criminología militante. Como criminología explicativa entiende que el problema de la desviación está dominado por la cuestión central de las relaciones entre el hombre y las estructuras de poder político y económico, y de la posibilidad por él de afrontar estas estructuras bajo la forma de actos criminales, de desviación y de disidencia. La acción criminal es, pues, en última instancia, el acto político por el cual el delincuente expresa su rechazo de la organización social.

Por ello los estudios que tienen por objeto la elaboración del contenido material de la criminología radical han tratado principalmente de dos órdenes de problemas: el estudio sociológico y socio-histórico de los sistemas de Derecho penal y de justicia criminal por una parte, y el establecimiento de un nuevo sistema de infracciones penales por otra.

Como criminología militante, la criminología radical entiende que la solución del problema criminal reside en la transformación revolucionaria de la sociedad y la eliminación de los sistemas económicos y políticos de explotación.

Gassin critica ambas teorías una vez realizada la exposición de las mismas. Respecto de la "labeling theory" considera que han sido dos sus aportaciones. En primer lugar, el haber puesto de relieve que la desviación no es un producto de una estructura de personalidad determinada, sino un proceso dinámico de interacción social. En segundo, el haber dado al estudio del problema de la influencia de las instituciones represivas sobre la recidiva una importancia mucho más sistemática, y el haber llamado la atención sobre la capacidad criminológica de la reacción social. No obstante, rechaza Gassin el cuerpo central de esta teoría por basarse en una concepción puramente formal de la desviación y reducir la criminología al interaccionismo.

Respecto de la criminología radical considera que su aceptación presupone el aceptar la interpretación marxista de la sociedad lo que va más allá de una adhesión a una teoría criminológica. Así mismo critica su apriorismo sobre la interpretación de la función de las leyes penales y la manera de ser aplicadas.

**ROBERT, Jacques-Henri: «L'histoire des éléments de l'infraction». (Páginas 269 y ss.)**

En el presente trabajo, Robert analiza los elementos o caracteres del delito desde una perspectiva histórica, como se anuncia en el título, ya que no han sido concebidos en el mismo momento, y tanto la denominación como el contenido de cada uno de ellos ha variado a lo largo de su existencia, que se nos presenta llena de crisis, avatares y polémicas.

Divide el trabajo en dos partes, dedicando la primera de ellas, "El nacimiento de los elementos del delito", a determinar el momento en cada uno de ellos (elemento material, moral y legal) se hace presente en la dogmática francesa con la significación actual.

La segunda titulada "Avatares de la noción de los elementos del delito", nos ofrece una panorámica de las variaciones que tanto en el número como en el contenido han sufrido estos elementos en las distintas corrientes doctrinales, para pasar finalmente al análisis de la situación doctrinal francesa actual de manera en exceso concisa.

Es preciso indicar que se limita el autor exclusivamente a la doctrina francesa, y por ello al mismo tiempo que el trabajo se nos antoja lejano por las desemejanzas de la doctrina francesa respecto de la nuestra, puede ser útil como orientación a la hora de enfrentarnos a aquélla.

La sección "Etudes et Variétés" está dedicada a la publicación de tres de las siete ponencias presentadas en las Jornadas lombrosianas que tuvieron lugar en la Universidad de París II, los días 15 y 16 de octubre de 1976, organizadas por el Centro francés de Derecho comparado y el Instituto de Criminología de París, en conmemoración del centenario de la publicación de "L'Uomo delinquente".

Las ponencias corresponden a Marc ANGEL: "Exposé introductif" (páginas 285 y ss.); Pietro NUVOLONE: "Lombroso et le droit pénal" (págs. 291 y ss.); Hans SCHULTZ: "Lombroso et la politique criminelle" (págs. 303 y ss.).

Al mismo tiempo la revista se compromete a publicar en su próximo número las cuatro ponencias restantes.

En la sección "Chronique pénitentiaire" Jean-Claude Chesnais publica el trabajo titulado "Le suicide et les tentatives de suicide en prison et en milieu libre: analyse de la crise récente" (pág. 375 y ss.), con el que se completa su estudio sobre "Suicides en milieu carcéral et en milieu libre, évolution et situation comparées (1852-1974)", publicado en esta misma revista, año 1976, págs. 465-472 y 761-776.

JUAN I. ECHANO

*Prof. Ayudante en Universidad de Deusto.*

## REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DROIT PENAL

### Año 1977. Número 1.

**MACK, J. A.:** «Le crime professionnel et l'organisation du crime». Págs. 5 y sigs.

Conferencia pronunciada el 20 de mayo de 1975 en la Sección de Ciencia criminal del Instituto de Derecho comparado de París.

En este trabajo Mack analiza un sector de la delincuencia contra la propiedad, la que actúa en forma profesional y organizada. Estos delincuentes, psicológicamente normales, destacan por la racionalidad de su comportamiento y la capacidad de evitar la prisión.

Entiende el autor que precisamente la normalidad psicológica de ellos pone en tela de juicio la criminología tradicional. Esta, debido a la tradición lombrosiana, está basada en gran parte en el delincuente-tipo, cuyas taras necesitan de diagnóstico en términos psiquiátricos y sociales, como hoy se afirma. A su juicio este planteamiento se debe a una metodología inadecuada. Los criminólogos europeos han venido utilizando como material de trabajo casi exclusivamente los delincuentes en prisión. Y en las prisiones únicamente se encuentran determinados tipos delincuenciales, quizá los que se han dejado prender, pero no se encuentran, o se encuentran en mucha menor medida otros, los aquí estudiados, por ejemplo, que no necesitan de diagnóstico por ser psicológicamente normales.

Por ello la criminología tradicional da una visión parcial de la realidad

delincuencial. Y por otra parte centrada como está en el estudio de la personalidad del delincuente, deja de lado el estudio de los elementos organizativos de la delincuencia.

Como superación de estos errores, Mack propone una criminología más cercana de la realidad delictiva; para ello habrá de estudiar, con una metodología basada en la observación de los hechos, es decir empírica, las cuestiones de importancia actual. Además ha de ser crítica respecto de las deficiencias de los sistemas legales.

Cree que esta criminología se puede desarrollar en el estudio de las nuevas formas, que en el campo de los negocios internacionales presenta la delincuencia contra la propiedad.

**PARTSCH, Karl Josef: «L'incrimination de la discrimination raciale dans les législations pénales nationales». Págs. 19 y sigs.**

Conferencia pronunciada el 12 de octubre de 1976, en la Sección de Ciencia criminal del Instituto de Derecho comparado de París.

El profesor Partsch pone de relieve en este artículo, las dificultades que plantean las obligaciones que se derivan, para los Estados miembros, de la ratificación de la Convención internacional para la eliminación de la discriminación racial (en abreviatura: C. E. R. D.) de 1969, respecto de las legislaciones nacionales propias; y las soluciones que cada uno de aquéllos les da.

En efecto, el artículo 4 de la C. E. R. D. impone a los Estados miembros la obligación de declarar delito determinadas conductas, que vayan en menoscabo de la igualdad racial o étnica. Así deberán considerarse según el apartado *a* de este artículo: la difusión de ideas fundadas en la superioridad o el odio racial; la incitación a la discriminación racial; los actos de violencia o la provocación a tales actos, dirigidos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico; la ayuda prestada a actividades racistas, comprendida la financiación. Y en el mismo artículo, apartado *b*, en relación con las organizaciones de carácter racista, impone la obligación de declararlas ilegales, y de ahí prohibidas, y de castigar también la participación en ellas como delito.

No obstante, ante el peligro que puede suponer el restringir derechos, en especial los de libre expresión y de asociación, al efecto de sancionar la discriminación racial, el artículo 5 de esta Convención establece una importante reserva, estableciendo que los Estados miembros deberán tener en cuenta de forma adecuada los principios formulados en la Declaración universal de los derechos del hombre, y los expresamente anunciados en este mismo artículo de la Convención. Se pretende con ello asegurar un equilibrio entre el respeto a los derechos ciudadanos y la obligación de castigar los actos discriminatorios antes dichos, de forma que no se puedan menoscabar otros derechos en defensa de la igualdad racial o étnica.

El autor para realizar el estudio de la forma en que se lleva a cabo la transposición de las obligaciones internacionales mencionadas al derecho penal nacional, se centra en el análisis de las legislaciones de ocho Esta-



dos, pertenecientes a grupos de diferente significación política, económica y cultural (socialistas, occidentales, afro-asiáticos y latino-americanos).

Analiza Partsch las notas diferenciales que se dan entre las concretas formas de configuración de estos delitos según los países. Primero, las diferencias respecto de las figuras que penalizan las conductas que suponen discriminación realizadas de forma individual; y en segundo lugar, las diferencias respecto de las conductas que versan sobre las organizaciones raciales y actividades de propaganda organizadas, que atenten contra el bien jurídico protegido.

No considero oportuno entrar en la exposición, ni tan siquiera de forma sintética, de las diferencias entre las distintas formas de sancionar estas conductas, por lo prolijo y concreto de la materia. Pero sí exponer el resumen final que el mismo autor realiza.

Concluye Partsch, que aun aceptando una meta común: la penalización de la discriminación racial, las profundas diferencias que se observan (en la descripción típica de la conducta, y de ahí en el respeto a los derechos de libre expresión y asociación; en la dureza de las penas, etc.), se deben al importante papel que juegan las tradiciones jurídicas nacionales y la mentalidad constitucional de cada uno de estos países.

Estos factores, pues, habrán de ser tenidos en cuenta de cara al estudio comparativo de los tipos delictivos, cuyo origen se encuentre en Convenios internacionales.

Esta materia de la penalización de la discriminación racial viene completada en la Sección "Etudes et Variétés" de este mismo fascículo, con el artículo de Jean-Pierre Brill: "La lutte contre la discrimination raciale dans le cadre de l'article 416 du Code pénal". En esta misma Sección se encuentra el trabajo de Henri Souchon: "Du crime et des représentations soliales. Etude d'un cas paticulier: la représentation picturale du crime de sang."

# NOTICARIO

## PRESIDENCIA DEL SENADO

Con fechas 9 y 10 de noviembre del presente año se han recibido en esta Presidencia dos comunicaciones del Gobierno, acompañadas, respectivamente, por los textos de los acuerdos económicos y políticos de la Moncloa, y en los que se solicita un pronunciamiento de la Cámara sobre los mismos.

Dado que el acuerdo económico fue publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes», número 26, del día 3 de noviembre de 1977, se ordena por esta Presidencia la publicación en el «Boletín Oficial de las Cortes» de los acuerdos políticos, para su general conocimiento.

Madrid, 10 de noviembre de 1977.—El Presidente del Senado,

## ACUERDOS POLITICOS DE LA MONCLOA

El consenso alcanzado en el curso de las sesiones de trabajo que se han desarrollado entre el 8 y 26 de octubre de 1977, ha permitido fijar los objetivos de política legislativa a corto plazo contenidos en el presente documento.

Los objetivos de política legislativa a corto plazo propuestos se centran en la introducción de reformas parciales y urgentes para la adaptación del ordenamiento jurídico a las exigencias propias de la nueva realidad democrática. La coincidencia se expresa en torno a las siguientes líneas directrices, que no prejuzgan ni la plenitud de competencia de las Cortes para su debate y decisión, ni los términos en que haya de producirse la regulación definitiva en ejecución y cumplimiento de los mandatos constitucionales.

### I. LIBERTAD DE EXPRESION

#### A. PRENSA

1.º Subsistirá la obligación de depósito previo de publicaciones, si bien el secuestro sólo podrá decretarse por la autoridad judicial, en virtud de denuncia del Fiscal, de la Administración Pública o de cualquier persona interesada.

2.º Cualquier denunciante podrá acompañar, con su denuncia, una propuesta de nota de rectificación, aclaración o réplica. En tal caso, la autoridad judicial dará opción a la publicación para insertar, en el número siguiente a su recepción, la nota de aclaración, rectificación o réplica. Su inserción, sin comentarios ni apostillas, comporta el perdón del ofendido y la publicación no podrá volver sobre la cuestión. En los términos indicados se entenderá cumplido el trámite de conciliación.

3.º El procedimiento judicial que, en su caso, haya de seguirse, se desarrollará en plazos breves y estrictos.

4.º La determinación de responsabilidades principales y subsidiarias se ajustará a lo establecido en el Código Penal.

5.º La Sentencia, cuando no sea absolutoria, fijará preceptivamente el importe de la indemnización por perjuicios morales. La cuantía se fijará en función de criterios objetivos.

### B. Secretos oficiales

Se revisarán los supuestos legales en que pueda una materia ser declarada reservada en función de la seguridad y defensa del Estado. Los órganos competentes para hacer la declaración serán: El Consejo de Ministros y, en materia de Defensa Nacional, las Autoridades Militares.

## II. MEDIOS DE COMUNICACION SOCIAL DE TITULARIDAD ESTATAL

1. Un Consejo provisional, integrado paritariamente por personas designadas por el Gobierno y por parlamentarios representantes de los distintos grupos con criterio proporcional:

- Elaborará y propondrá un proyecto de Estatuto Jurídico de RTVE, incluyendo criterios y normas específicas sobre tratamiento regional de los programas y, en su caso, de los servicios.
- Asumirá provisionalmente la vigilancia de la objetividad informativa y del funcionamiento general de RTVE, en especial en los aspectos referentes al gasto.

2. La Comisión de Cultura del Congreso constituirá una Subcomisión que, conjuntamente con las personas designadas por el Gobierno, propondrá a éste el tratamiento que deba darse a las Agencias de noticias, a los demás medios de comunicación social del Estado y a los procedentes de la AISS, incluyendo, respecto de las emisoras de radio, criterios y normas específicas sobre tratamiento regional de los programas y, en su caso, de los servicios.

## III. DERECHO DE REUNION

La reforma de la legislación general reguladora del derecho de reunión debería efectuarse sobre la base de las siguientes premisas:

1.º Ampliación del concepto de reuniones privadas (exentas de toda intervención administrativa) a todas aquellas cuyo número no supere las cincuenta personas; las que convoquen y celebren las personas físicas en lugares de público esparcimiento por razones familiares o de amistad, siempre que la asistencia esté limitada mediante invitación nominativa; y a las propias de los partidos políticos en su funcionamiento interno, exclusivamente, aun cuando sea fuera de sus locales sociales.

2.º Régimen de libertad para las reuniones en local cerrado, con una simple comunicación previa a la autoridad administrativa, que sólo podrá

disolver el acto si durante su transcurso se producen alteraciones graves del orden, se cometa o intente cometer algún delito.

3.º Idéntico régimen—libertad con comunicación previa—para las reuniones—concentraciones en local cerrado, entendiéndose por éstas aquellas cuyo número de asistencia exceda de quinientas personas; pero con posibilidad por parte de la Autoridad gubernativa, en este caso de suspenderlas «a priori» cuando sus fines sean manifiestamente delictivos, de modificar las condiciones de su celebración y de disolverlas en los mismos supuestos que en el caso de las reuniones en local cerrado.

4.º Mantenimiento del régimen actual para las reuniones en lugares abiertos al uso público (manifestaciones): esto es, autorización previa con silencio positivo. El régimen de suspensión y disolución será el mismo previsto en el apartado anterior.

5.º Posibilidad de limitar legalmente el ejercicio del derecho de manifestación, a fin de no perturbar en exceso el desarrollo de las actividades laborales y el tráfico viario por razones de lugar o concurrencia de otras manifestaciones.

6.º Establecimiento de un proceso judicial rápido para la tutela del ejercicio de este derecho y la impugnación de las resoluciones administrativas que recaigan en este ámbito ante los tribunales de justicia.

7.º Se configurará la responsabilidad de los solicitantes o promotores por cuyo dolo o negligencia se hubieran incumplido las normas o se hubieran producido resultados delictivos o perturbadores.

Todas estas limitaciones al ejercicio del derecho tienen como fundamento primordial la salvaguarda de los derechos de los terceros y, por lo que a las manifestaciones se refiere, la garantía de la libertad de circulación privada.

#### IV. DERECHO DE ASOCIACION POLITICA

La reforma del ordenamiento legal que disciplina en la actualidad el ejercicio de este derecho (Ley 21/1976, de 14 de junio, y el Real Decreto-ley 12/1977, de 8 de febrero) debería acomodarse a los principios siguientes:

1.º Regulación sucinta de la estructura elemental de las asociaciones de este carácter, con el fin de que su organización y funcionamiento se acomoden a criterios democráticos.

2.º La inscripción en el Registro de Partidos Políticos se producirá por el transcurso de un plazo breve desde el depósito de los Estatutos, salvo que dentro de él se haya ejercitado acción por el Ministerio Fiscal pretendiendo la declaración judicial de su ilegalidad y el Juez haya decretado la suspensión de la inscripción.

3.º Competencia judicial exclusiva para la suspensión o disolución de las asociaciones.

4.º Establecimiento de un proceso judicial sumario para conocer y resolver todos estos supuestos ante los Tribunales de Justicia.

5.º Regulación de un sistema de financiación estatal a los partidos políticos, mediante el establecimiento de un sistema objetivo de subvenciones en función de los resultados electorales obtenidos.

## V. CODIGO PENAL

Con carácter urgente se absorberán las siguientes reformas:

### A. Relacionadas especialmente con la mujer:

1.º Despenalización del adulterio y el amancebamiento (artículos 449 a 452 y último párrafo del artículo 443 con modificación de concordantes en el Código Civil).

2.º Regulación de la expedición de anticonceptivos, límites de publicidad y consiguiente despenalización.

3.º Modificación de las edades de la mujer tomadas en consideración para la tipificación del rapto (artículos 440 y siguientes) y del estupro (artículos 434 y siguientes).

### B. Relacionadas con las Leyes Fundamentales y referencias al Movimiento Nacional:

1.º Despenalización en general y particularmente las referencias del Capítulo I, Título II.

2.º Supresión de la Sección 4.ª (delitos contra las Leyes Fundamentales).

### C. Relacionadas con las libertades públicas:

1.º Reuniones y asociaciones ilícitas.

Modificación de los artículos 166, 172 y concordantes estableciendo una nueva tipificación que comprenda sólo los fines contrarios a la moral pública o en general a la comisión de algún delito. Se mencionará también especialmente la utilización de medios violentos dentro de la tipificación y se protegerá el pluralismo político.

2.º Propagandas ilegales.

Estos delitos desaparecerán como figuras sustantivas. La protección penal de la libertad de prensa se hará a través del Código Penal en general, reintroduciendo la figura de la apología del delito y con las especialidades imprescindibles en la tipificación de delitos de prensa e imprenta.

3.ª Nueva tipificación de las conductas contrarias al ejercicio de las libertades públicas y al respeto de la persona en la actuación de los funcionarios públicos.

### D. Revisión de cuantías:

En línea semejante a lo prevenido en la Ley 39/1974, de 28 de noviembre, se elevarían las cifras consignadas en el Código Penal como cuantía, valor o cantidad objeto del hecho punible, lo que llevaría indirectamente una rebaja general de las penas ya impuestas o por imponer en los delitos tipificados en virtud de dichas cifras. La desvalorización del dinero en los últimos tres años justifica, además, esta medida, que irá unida a una reconsideración de las cuantías de las multas al alza, pero no automáticamente, sino en virtud de los nuevos criterios de política criminal.

## VI. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

1.º Asistencia letrada del inculcado desde el momento en que se adopte una medida restrictiva de la libertad.

2.º Restablecimiento de la libre decisión de los Jueces respecto de la situación del procesado, con modificación consiguiente del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## VII. CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

Reconsideración de sus límites en relación con la competencia de la jurisdicción militar:

1.º Por razón de delito: resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose éste al ámbito de los delitos militares.

2.º Por razón de lugar: limitar la competencia de la jurisdicción militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares.

3.º Por razón de la persona: revisar los supuestos de desafuero y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyan delito militar.

4.º *Sometimiento a los Tribunales Ordinarios de las Fuerzas de Orden Público*, cuando actúen en el mantenimiento del mismo.

5.º Fortalecimiento de las garantías procesales y de defensa en los procedimientos de la jurisdicción militar.

## VIII. ORDEN PUBLICO

1.º Revisión parcial de la Ley de Orden Público, de acuerdo con los criterios que a continuación se expresan. Su vigencia temporal será limitada, dado que una nueva regulación global y sistemática deberá ser en su momento adoptada, en función de las previsiones que figuren en la Constitución.

2.º Nueva definición del concepto de orden público, depurándolo de contenidos no democráticos y asentando su fundamento esencial en el libre, pacífico y armónico disfrute de las libertades públicas y el respeto de los derechos humanos.

El orden público tendrá una proyección concreta y actual en cuanto protección del avance en la consolidación de la democracia y defensa frente a las agresiones de todo orden y especialmente las terroristas. La tipificación del terrorismo figurará en el Código penal común, con eliminación de lo que al respecto figure en leyes especiales y se operará con los criterios generalmente aceptados en los Convenios Internacionales y en los países de Occidente.

3.º Se fortalecerá la protección penal de que deben ser objeto las Fuerzas de Orden Público.

4.º La potestad sancionadora en materia de orden público se ajustará a los principios siguientes:

- El acto sancionador no podrá dictarse sin previa audiencia del interesado.
- Se evitará la doble sanción por un mismo acto, tanto entre sanciones administrativas como entre éstas y las penales.
- Se eliminará toda exigencia de pago previo como requisito para recurrir contra la sanción.
- No habrá responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas.
- Serán meramente potestativos los recursos administrativos previos a la impugnación jurisdiccional de la sanción. El procedimiento de revisión jurisdiccional será breve y la autoridad judicial ante la que se interponga el recurso podrá decretar la suspensión de la ejecución del acto en tanto se sustancia el procedimiento.
- Las autoridades gubernativas con facultad sancionadora para la protección del orden público serán los Gobernadores Civiles, el Director General de Seguridad y el Ministro del Interior.

5.º Se potenciará la capacidad de acción de los poderes públicos y la participación ciudadana para la protección y defensa civil en supuestos de emergencia (funcionamiento de servicios públicos esenciales, desabastecimiento de productos de primera necesidad, emergencias sanitarias, catástrofes naturales, etc.).

6.º En cuanto exigen partir de la regulación constitucional sobre suspensión de garantías, se excluyen de esta temática los estados de excepción y de guerra.

7.º Se fortalecerán los medios de prevención y defensa frente al terrorismo. A este respecto, en particular, se creará una unidad de policía judicial, dependiente de los órganos judiciales competentes para la investigación de delitos terroristas, y que bajo las órdenes directas de la autoridad judicial, y al amparo de las autorizaciones otorgadas por la misma, pueda desempeñar con eficacia y prontitud la función investigadora requerida.

## IX. REORGANIZACION DE LOS CUERPOS Y FUERZAS DE ORDEN PUBLICO

1. Estructuración de los Cuerpos y Fuerzas de Orden Público en dos grandes sectores: un Cuerpo civil (Cuerpo General de Policía) encargado fundamentalmente de la investigación criminal (prevención y persecución de los delitos y faltas); y dos Cuerpos Militares (Policía Armada y Guardia Civil), como Cuerpos operativos para el mantenimiento de la paz pública, seguridad ciudadana, ejercicio de los derechos y libertades y guarda física de los espacios urbanos y rurales.

2. El mando de las Fuerzas de Orden Público deberá recaer en el Ministro del Interior y, más inmediatamente, en un Director de Seguridad del Estado, con categoría de Subsecretario o de Secretario de Estado. El Ministerio del Interior, no obstante, ejercerá el mando sobre la Guardia Civil so-

lamente en lo que afecte al mantenimiento del orden público, dada la pertenencia de este Cuerpo a las Fuerzas Armadas y su dependencia, por consiguiente, del Ministerio de Defensa.

3. Los Cuerpos y Fuerzas de Orden Público operarían sobre la base de una distribución funcional y territorial de competencias: la policía gubernativa (esto es el Cuerpo General de Policía y la Policía Armada), en las zonas más conflictivas y en las unidades urbanas de mayor población, y la Guardia Civil en las restantes, sin perjuicio de sus misiones funcionales genéricas en orden a la disciplina del tráfico, custodia de inmuebles, armas y explosivos, resguardo fiscal y de fronteras, y de sus funciones como policía judicial y gubernativa en las primeras fases de investigación y prevención de delitos y faltas, en las zonas atribuidas a dicho Cuerpo.

4. Adopción de una serie de medidas tendentes a la progresiva intercomunicación entre los Cuerpos de la Policía Armada, Guardia Civil y Cuerpo General de Policía.

5. Reforzamiento de los Cuerpos administrativos auxiliar y subalterno de la actual Dirección General de Seguridad, que libere a los funcionarios del Cuerpo General de Policía, Guardia Civil y Policía Armada del desempeño de funciones burocráticas. Aquellos Cuerpos, sin perjuicio de los derechos adquiridos, podrían nutrirse de los miembros de los Cuerpos Militares antes mencionados, al pasar a la situación de retiro, y según su diferente categoría o graduación, con lo que se conseguiría no sólo prolongar la vida activa de un importante contingente, sino también garantizar una continuidad en la función muy deseable.

6. Perfeccionamiento del régimen de formación del Cuerpo General de Policía y establecimiento de un sistema de especialización para los oficiales del Ejército de Tierra que pasen a incorporarse a los cuadros de mando de la Policía Armada, tendiendo a una dedicación progresivamente prolongada de estos oficiales a la Policía Armada.

7. Creación de unidades especiales de policía judicial, para el servicio directo de la labor encomendada a los Jueces y Tribunales de todo orden, con sujeción a los principios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

8. Creación de unidades tendentes a dar un servicio de lo que en otros países se conoce con el nombre de «policía de barrio», para la atención directa y permanente a los vecinos.

9. Establecimiento de un régimen claro de división de competencias entre las funciones encomendadas a los Cuerpos y Fuerzas de Orden Público estatales y las atribuciones a las policías locales, sobre la base de un fortalecimiento de las competencias de estas últimas (fundamentalmente en atención al mantenimiento del orden en las vías urbanas).

10. Reforma del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, de conformidad con los principios enunciados en los apartados anteriores.

Firmado en Madrid, a 27 de octubre de 1977.—**Adolfo Suárez González, Felipe González Márquez, Joan Reventós i Carner, Enrique Tierno Galván, Juan Ajuriaguerra Ochandino, Miguel Roca Junyent, Leopoldo Calvo Sotelo y Bustelo, Santiago Carrillo Solares.**



## PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

El Pleno del Senado, habiendo conocido los textos de los referidos acuerdos, y amparándose en la facultad de examen de las comunicaciones del Gobierno que le reconoce el artículo 11 de su Reglamento, ha adoptado, en su sesión del día 11 de noviembre, y a propuesta unánime de los Portavoces de los Grupos Parlamentarios, la siguiente

## RESOLUCION

El Senado

Habiendo conocido, a través de la comunicación remitida por el Gobierno, los acuerdos económicos y políticos de la Moncloa y la resolución del Congreso de los Diputados de 27 de octubre de 1977.

Teniendo en cuenta las declaraciones de los Portavoces de los Grupos parlamentarios y del Gobierno en la sesión de hoy,

Resuelve

Estimar que los acuerdos de la Moncloa son base imprescindible para afrontar la crisis económica y consolidar la democracia.

Considerar satisfactoria la firma de los mencionados acuerdos, por juzgarlos positivos.

Instar al Gobierno a su más rápido cumplimiento, mediante la adopción de las medidas de su competencia y la remisión a las Cortes de los proyectos de ley necesarios para su ejecución.

Asumir, como Cámara colegisladora, la responsabilidad que le corresponde en el desarrollo legislativo de los acuerdos, así como la función de control sobre su debido cumplimiento.

Pedir a todos los Grupos políticos y fuerzas sociales que colaboren solidariamente y presten su apoyo para la superación de la crisis y la consolidación de la democracia.

Palacio del Senado, 11 de noviembre de 1977.

(«B. O. de las Cortes», núm. 32, de 17 noviembre 1977).

JORNADAS EUROPEAS DE DEFENSA SOCIAL SOBRE  
CRIMINALIDAD ECONOMICA

Se han celebrado en Roma las Jornadas Europeas de Defensa Social sobre la Criminalidad Económica, promovidas por la Sociedad Internacional de Defensa Social bajo el patrocinio de las Naciones Unidas y organizadas por el Ministerio de Justicia de Italia, con la colaboración del Centro Nazionale di prevenzione e Difesa Sociale.

La presidencia efectiva de las jornadas estuvo a cargo de los Ministros Bonifacio y Pandolfi, de Justicia y de Hacienda, del Senador Guido Gonnella, ex Ministro, y del Presidente Marc Ancel.

Fueron sus temas La Criminalidad Económica, Delitos Financieros Co-

metidos por Sociedades Mercantiles (aspectos jurídicos, sociológicos, económicos y criminológicos) El abuso de la financiación pública y la evasión fiscal.

Asistió medio centenar de personalidades de Europa, Africa y América, invitadas por el Ministro de Gracia y Justicia italiano. De España lo fueron el catedrático don Marino Barbero Santos y el abogado de Madrid don Pascual Meneu Monleón.

El Ministro Bonifacio, en su discurso inaugural, recordó las recomendaciones sobre el tema primero, problemática de la criminalidad económica en el mundo contemporáneo, adoptadas por la Conferencia de Ministros de Justicia del Consejo de Europa (Estocolmo 1972) y las del V Congreso sobre prevención del delito y tratamiento de delincuentes, de las Naciones Unidas.

Subrayó las profundas conexiones entre criminalidad económica, por una parte, y delincuencia común y violencia política por otro, así como el contexto social y moral en que aquélla florece más y más.

Critica el uso desviado y antisocial del poder económico, que no ha de tener nunca franquicias o inmunidades, dados los graves daños de todo orden, y en cifras astronómicas, que comporta para la sociedad Estigmatizó fenómenos ya por desgracia muy frecuentes y que han de sancionarse y evitarle a toda costa en una comunidad sana y bien organizada: delitos financieros en las empresas, criminalidad económica en general, evasión fiscal en primer lugar, abuso de la financiación pública, etc.

Sobre estos temas generales, previamente recibieron los delegados e invitados, medio centenar aproximadamente, valiosos documentos de trabajo, obra de autoridades en la materia cual los magistrados, profesores o abogados señores Di Gennaro, Tiedeman, Delmas-Marty, Zybon, Frey, Szabo, Vetere, Motzo, Dell Andro y Brancaccio; el magistrado del Tribunal de Casación francés M. Cosson hizo la síntesis de los trabajos. El Presidente de la Cámara, autoridades judiciales y académicas asistieron a los debates, de gran altura e impacto en la opinión, cual evidencian las destacadas crónicas que la prensa del Vaticano, de Roma e internacional han dedicado a estas jornadas.

En la sesión de clausura intervinieron los Presidentes de la Sociedad Internacional de Defensa Social, Fundación Internacional Penal y Penitenciaria y Sociedad Internacional de Derecho penal, cuya sección española acaba de constituirse, con veinte años de retraso sobre los proyectos de Graven (Rector de Ginebra), Bouzat (decano de Rennes) y Quintano Ripollés (Magistrado del Supremo, Madrid), entre otros.

Los invitados españoles Barbero y Menéu, veteranos en los trabajos de Defensa Social desde el famoso congreso de Lieja (1949), fueron muy felicitados en este importante evento.

MENÉU

COLOQUIO REGIONAL DE LA ASOCIACION INTERNACIONAL  
DE DERECHO PENAL

Organizado por el profesor Dr. D. Marino Barbero Santos, se ha celebrado en Madrid-Plasencia, durante los días 19 a 23 de octubre de 1977, un *Coloquio Regional de la Asociación Internacional de Derecho penal, sobre Política Criminal y Derecho penal*.

Fue Presidente de Honor el Profesor Dr. D. José Antón Oneca, y Presidente el Profesor Dr. Hans-Heinrich Jescheck, Catedrático de la Universidad de Freiburg.

Asistieron cuarenta y tres Profesores nacionales y extranjeros, así como otros participantes interesados por el tema, entre los que se encontraban algunos extranjeros.

El Coloquio, que se inauguró en Madrid, fue clausurado en Plasencia, celebrándose sesiones de trabajo en las dos ciudades. El Ministro de Justicia, que clausuró el Coloquio, hizo una exposición programática en relación a las líneas generales que se tendrán en cuenta para la reforma del Código penal.

**NOTA NECROLOGICA: DR. JOSE RAFAEL MENDOZA TROCONIS**

**MAESTRO DE PROFESORES**

Cuando se nos muere un familiar nuestros ánimos caen en un sentimiento profundo y una emoción tan grande que, a veces, llega a la desesperación ante lo inevitable. La desgracia no es menor cuando se nos va una persona tan bondadosa como el doctor Mendoza, quien, además de ser maestro indiscutible de muchas generaciones de abogados y de casi todos los profesores de Derecho penal que hoy dictan sus clases en Venezuela y algunos fuera del país, era una persona entrañable para cuantos hemos tenido la dicha de tratarle. Para su casa era el verdadero «*Pater familiae*», al que todos consultaban lo que había de hacerse en momentos difíciles y a quien todos acudían con cariño cuando, merced a su acertada dirección se lograban vencer las dificultades que siempre existen en las familias y más si son tan numerosas como la suya. Los colegas le teníamos un afecto que raras veces se alcanza cuando hay tantas cuestiones en la vida profesional que nos pone, en ocasiones de punta. El doctor Mendoza, por el contrario, tanto en los pleitos difíciles y demás controversias de la vida tribunalicia, se manifestaba siempre leal y respetuoso con la parte contraria. Como profesor llegó muy pronto a la cúspide para ser ejemplo de los compañeros en la Universidad y estímulo admirable para sus discípulos.

A los alumnos y discípulos nos ha tratado siempre con cariño y algunas veces con distinción inmensurable. Nunca le he visto enfadado, ni siquiera con un signo de desagrado en su rostro. Conocí al muy querido profesor Mendoza a fines de 1944, con ocasión del primer viaje que hacía a Venezuela don Luis Jiménez de Asúa, otro maestro insigne, también desaparecido. Dictaba

don Luis en Caracas un curso completo de la Parte General del Derecho Penal que duró hasta mayo de 1945. Actué de secretario en dicho curso y, desde entonces, el profesor Mendoza fue, además de un verdadero padre con su bondadosa amistad, un magnífico guía en todos mis estudios y quehaceres de las disciplinas penales. Sus enseñanzas —no solamente en la cátedra, sino en los consejos fuera de ella— eran inigualables.

La admiración que todos tenemos por él tiene su base en que para el doctor Mendoza no había malos alumnos, puesto que —me decía— es deber de los profesores atender mejor a los que son un poco deficientes.

Con la verdad por delante iba a todas sus defensas penales o a otras intervenciones en los tribunales de las diferentes jurisdicciones y materias. Su predilección estaba siempre por el Derecho penal, pero no desdeñaba a clientes y amigos en asuntos civiles, mercantiles, administrativos o de cualquier otra índole profesional o judicial.

Entre los asuntos que más fama le dieron como defensor de presuntos delincuentes están los llamados delitos pasionales. En casi todos estos casos basaba los andamiajes de su defensa en el análisis perfecto de los dos elementos inseparables en estos hechos: el amor y el delito. Su maestría —con éxito casi siempre— la demostraba exponiendo en sus criterios ante el Tribunal de primera o segunda instancia y mucho mejor aún ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los tres elementos fundamentales de la legítima defensa: «La agresión ilegítima por parte del que resulta ofendido por el hecho», «La necesidad de los medios empleados para impedirlo o repelerlo» «La falta de provocación suficiente por parte del que pretende haber obrado en defensa propia». Son muchos los juicios en los que salió triunfante nuestro querido doctor Mendoza simplemente por el dominio que tenía de la institución de la legítima defensa en el Código penal venezolano, que en este tema sigue la tradición del Código penal español, apartándose, como en otros pocos casos, de la influencia del Código penal italiano de Zarardelli, de 1890.

Como excelente abogado, repetimos, el doctor Mendoza intervino en todas las jurisdicciones. Sus trabajos profesionales son admirables. Hacía el estudio de los casos como si abriera una manzana y analizara su interior paso a paso para desentrañar lo que hay de verdad en el hecho concreto y los elementos que forman el acto y las personas intervinientes. Dominaba las leyes venezolanas —no sólo el Derecho penal— como muy pocos. Conocía muy detalladamente el funcionamiento de los Tribunales de Justicia y por ello «trabajaba» en los juicios como un verdadero artista del Derecho. Ha producido, aparte de su gran cantidad de libros, muchos dictámenes y otros trabajos profesionales que le fueron destacando entre los mejores para situarse en la cúspide muchos años antes de su triste desaparición.

No queremos distinguir entre el profesor, el abogado, el consultor, el defensor, el escritor o cualquiera de las múltiples ocupaciones de este insigne maestro. En todas ellas se puso a la cabeza. Sin embargo, voy a detenerme un poco más en examinar su obra como verdadero maestro del Derecho penal. En esta apasionante disciplina el doctor Mendoza destacó como primera figura en Venezuela, como uno de los más eminentes en Iberoamérica y muy conocido en el mundo entero. Como he dicho antes y tantas veces,

el doctor José Rafael Mendoza Troconis, ha sido el maestro de casi todos los que somos profesores en la actualidad, no sólo en la Central en la que él comenzó y después de muchos años se jubiló. En todas las universidades del país y en algunas del extranjero hay profesores del Derecho penal que hemos sido alumnos de él directamente o que han tenido enseñanzas a través de sus magníficas obras en las que, además del dominio absoluto de la materia tratada, están escritos manejando el español con gusto literario.

Esta obra escrita del doctor Mendoza es tan buena y extensa que su análisis ocuparía muchas páginas. Me limitaré, por tanto, a enumerar las que considero fundamentales. Se derramó en tres vertientes principales: el Derecho penal, la Sociología, y la Criminología. Fueron más de doscientas sus publicaciones entre libros, folletos, informes procesales, discursos, conferencias, ponencias en congresos nacionales e internacionales, artículos y prólogos. La básica, la más importante, a la que dedicó gran parte de su vida, es el *Curso de Derecho Penal venezolano*. Consta de tres tomos de la Parte General y el resto, hasta doce, dedicados a la Parte Especial, de la que poco le quedaba para terminar. De Sociología dejó el Manual primero y los dos tomos del *Curso de Sociología*. Adelantándose a la Universidad venezolana, dio un *Curso de Criminología* durante varios años en la Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación. Las lecciones le sirvieron para publicar un libro con el mismo título. Entre las demás publicaciones citadas destacan: *El tema de la legítima defensa*, *La legítima defensa del honor*, *la protección y el tratamiento de los menores*. Sobre diversos temas escribió prólogos a los libros de los doctores Burgos Finol, Matos Romero, Plaza Márquez, Gómez Grillo, García Iturbe, Indriago Villarroel y De Miguel Pérez.

Su formación científica evolucionó también a través de los trabajos producidos en diferentes congresos nacionales e internacionales a muchos de los cuales asistió personalmente.

La Universidad de Salamanca le otorgó el título de *Doctor Honoris causa* por patrocinio del muy ilustre catedrático don José Antón Oneca.

Este magnífico hombre e ilustre maestro nació en Maracaibo, capital del Estado Zulia, fuente principal del petróleo venezolano, el día 29 de enero de 1897 y dejó de existir en Caracas el día 24 de agosto de 1977. A su viuda, doña María Lourdes Arévalo de Mendoza, a sus seis hijos, a sus veinticinco nietos y a sus dos biznietos, hacemos llegar el testimonio de nuestras más sentidas condolencias.

25 de noviembre de 1977.

ISIDRO DE MIGUEL PÉREZ

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXX

## AÑO 1977

### TOMO XXX FASCICULO III - SEPTIEMBRE - DICIEMBRE

Páginas

#### SECCION DOCTRINAL

<i>Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de «letras vacías» o no comerciales</i> , por Miguel Bajo Fernández ... ..	525
<i>Notas sobre el Convenio de Extradición entre España e Italia, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973</i> , por Francisco Bueno Arús.	549
<i>Las posibilidades del artículo 65 del Código penal</i> , por E. Pérez Ferrer.	573
<i>Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español</i> , por José Luis Díez Ripollés ... ..	597
<i>La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones</i> , por Juan José González Rus ... ..	651

#### SECCION LEGISLATIVA

<i>Real Decreto 2.273/1977, de 29 de julio, por el que se modifica el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias («Boletín Oficial del Estado», 2-9-77) ... ..</i>	699
<i>Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía («B. O. E.», 17 de octubre).</i>	718
<i>Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal («B. O. E.» de 16-11-77) ... ..</i>	720

#### CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.

##### a) Circulares

<i>Circular núm. 3/1976.—Amnistía ... ..</i>	721
--	-----

##### b) Consultas

<i>Consulta núm. 3/1976.—Anuncio y venta de anticonceptivos ... ..</i>	729
<i>Consulta núm. 6/1976.—Responsabilidad civil del cómplice de una quiebra ... ..</i>	731
<i>Consulta núm. 7/1976.—Proceso penal y suspensión de pagos ... ..</i>	733

#### SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	739
<i>De la apropiación indebida. Exégesis Jurisprudencial</i> , por J. Hijas Palacios ... ..	747

<b>REVISTA DE LIBROS</b> ... ..	801
---------------------------------	-----

<b>REVISTA DE REVISTAS</b> ... ..	828
-----------------------------------	-----

#### NOTICIARIO

<i>Nota necrológica: Dr. José Rafael Mendoza Troconis, Maestro de Profesores</i> , por Isidro de Miguel Pérez ... ..	853
--	-----

## Sección Legislativa

<i>Real Decreto 2.273/1977, de 29 de julio, por el que se modifica el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias («Boletín Oficial del Estado», 2-9-77) ... ..</i>	699
<i>Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía («B. O. E.», 17 de octubre).</i>	
<i>Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal («B. O. E.» de 16-11-77). ... ..</i>	720

### CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.

#### a) Circulares

<i>Circular núm. 3/1976.—Amnistía ... ..</i>	721
--	-----

#### b) Consultas

<i>Consulta núm. 3/1976.—Anuncio y venta de anticonceptivos ... ..</i>	729
<i>Consulta núm. 6/1976.—Responsabilidad civil del cómplice de una quiebra ... ..</i>	731
<i>Consulta núm. 7/1976.—Proceso penal y suspensión de pagos ... ..</i>	733

## Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal, por Alfonso Serrano Gómez ... ..</i>	739
<i>De la apropiación indebida. Exégesis Jurisprudencial, por J. Hijas Palacios ... ..</i>	747

<b>Revista de Libros</b> ... ..	801
---------------------------------	-----

<b>Revista de Revistas</b> ... ..	828
-----------------------------------	-----

## Noticario

<i>Nota necrológica: Dr. José Rafael Mendoza Troconis, Maestro de Profesores, por Isidro de Miguel Pérez ... ..</i>	853
---	-----

Suscripción anual: España, 1.200 pesetas  
Extranjero, 1.350 pesetas  
Número suelto, España, 480 pesetas  
Extranjero, 600 pesetas