

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXI
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXVIII

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (†)

Directores:

ANTONIO FERRER SAMA
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARTIN
Profesor Adjunto de Derecho penal

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

Secretario:

ALFONSO SERRANO GOMEZ
Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad a Distancia

Consejo de Redacción:

JOSE ANTON ONECA
Catedrático jubilado de Derecho penal

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

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

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

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

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

FERNANDO DIAZ PALOS
Magistrado del Tribunal Supremo

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

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

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

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

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

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

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

INDICE

	<u>Páginas</u>
Sección Doctrinal	
<i>Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto, por José María Rodríguez Devesa</i>	5
<i>Evolución jurídica y ciencia penal, por Juan Córdoba Roda</i>	13
<i>La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos; El delito «sui generis», por Joaquín Cuello Contreras</i>	35
<i>«Los Tipos agravados de coacciones del artículo 496, párrafos 2.º y 3.º», por Juan Felipe Higuera Guimera</i>	97

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS
Duque de Medinaceli, 6 y 8.—Madrid.

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 1.200 ptas. Extranjero, 1.350.

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Septiembre-diciembre 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 XXXI
FASCICULO I**



**ENERO-ABRIL
MCMLXXVIII**

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

Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto*

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal

Aunque agobiado por múltiples requerimientos, no quiero que falte mi modesta contribución al homenaje a un eximio maestro de la Universidad española, ejemplar en la docencia y la investigación, de trato tan profundamente humano que conquista el afecto de quienes le rodean. Me refiero al catedrático Dr. Leonardo Prieto Castro, que para un penalista tiene el mérito particular de prestar una atención no usual a los problemas del proceso penal, tan descuidados por lo común en nuestras Facultades de Derecho donde no gozan de la independencia en los planes de estudios a que su importancia les hace acreedores. Las reflexiones que siguen no pretenden otra cosa que intentar deducir las conclusiones que se imponen de una serie de manifestaciones dispersas por las que se viene a poner algo más que en duda la bondad del difundido sistema dualista, penas y medidas de seguridad, admitido en la mayoría de las legislaciones y, también, en la nuestra.

Es de todos sabido que el *principio de legalidad* (1) se afirma en el mundo moderno como reacción a la arbitrariedad del llamado Antiguo Régimen, encarnado en un *princeps legibus solutus*. Igualmente es de dominio común que frente al predominio de las penas corporales (azotes, mutilaciones, muerte, muerte agravada) características de otros tiempos, poco a poco, pero sin retrocesos, las penas privativas de libertad han pasado, a partir del siglo XVI (2) a constituir la espina dorsal del sistema punitivo.

Con el principio de legalidad se trata de conseguir, ante todo, una *seguridad jurídica*, la de que nadie puede ser detenido ni

(*) Escrito para ser publicado en el libro que se prepara como Homenaje al Profesor Dr. D. Leonardo PRIETO CASTRO.

(1) Por todos: Cesare BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas* (1764), traducido del italiano por Juan Antonio de las Casas, Madrid, 1774 (§ III, «sólo las Leyes pueden decretar las penas de los delitos»).

(2) Véase: CUELLO CALÓN, *La moderna Penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*, I, 1958, págs. 303 y ss.

condenado a no ser por alguno de los hechos que la ley describe como delito, y la de que no se pueden imponer otras penas que aquellas previstas en la ley para el delito de que se trate. El precio que se ha pagado por esta seguridad ha sido la relativización del concepto del delito, pues para determinarlo no es posible ya operar con otros criterios que no sean los puramente legales: delito es aquella conducta que la Ley castiga con una pena (3). La dogmática jurídico-penal ha de atenerse, y trata de hacerlo desde hace casi dos siglos, a esta noción básica.

A fines del siglo XIX, la escuela positiva pone de relieve la insuficiencia de esta concepción desde el punto de vista de la lucha contra el delito (4). La delincuencia juvenil y las tasas de reincidencia aumentan, la prisión no enmienda a los delincuentes (5). Hay que cambiar, se dice, el centro de gravedad del Derecho penal. El acento ha de ponerse, no en el delito, sino en el delincuente (6); no en la retribución y en la prevención general, sino en la prevención especial (7). Las penas deben ser sustituidas por medidas de defensa social. Las nuevas ideas se abren camino, sin llegar a imponerse por completo, consiguiendo que los ordenamientos jurídicos acepten al lado de la pena, fundada, se dice, en la «culpabilidad» (8), la medida de seguridad (9) basada en

(3) Lo cual no excluye la crítica de la ley acudiendo a otras instancias ético-sociales o pragmáticas, por no hablar del señalamiento de los defectos técnicos.

(4) Véase: BERISTAIN IPIÑA, *Medidas penales en Derecho contemporáneo (Teoría, legislación positiva y realización práctica)*, con Pról. de BARBERO SANTOS, 1974, pág. 44; BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español (Estudio doctrinal y jurisprudencia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4-8-1970)*, con Pról. de RODRÍGUEZ MOURULLO, 1976, páginas 31 y ss.

(5) Véase: GARCÍA VALDÉS, *Régimen penitenciario en España (Investigación histórica y sistemática)*, con Pról. de GIMBERNAT ORDEIG, 1975, *passim*, especialmente págs. 209 y ss.

(6) Enrique FERRI, *Principios de Derecho criminal. Delincuente y delito en la legislación y en la jurisprudencia*, trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, 1933, pág. 49: El delincuente, «siendo el autor del hecho prohibido, al que debe aplicarse la pena sancionada por la ley» es «el protagonista de la justicia penal práctica» y por ello «debe serlo también de la ciencia criminal».

(7) Véase: OCAÑA RODRÍGUEZ y GUTIÉRREZ CARBONELL, *Las medidas de seguridad en la doctrina*, en *Anuario de la Escuela Judicial*, 1971, págs. 24 y ss.

(8) Cfr. CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 1977, pág. 20.

(9) El nombre genérico de «medidas de seguridad», denominación que se atribuye a Carlos STOOB, cubre un contenido muy heterogéneo, incluyendo medidas asistenciales de tipo curativo o pedagógico, al lado de otras cuya finalidad es la inocuización o segregación de aquellos delincuentes que presentan una fuerte tendencia al deli.o. Sólo las últimas merecen en sentido estricto la denominación de medidas de seguridad o asegurativas. Algunos escritores que pertenecen a sistemas jurídicos en los que las acciones penales y civiles están radicalmente separadas, propugnan ahora como novedad el que figure en el repertorio de medidas «penales» la indemnización a las víctimas del delito, la cual tiene una inequívoca naturaleza civil pese a que, en nuestro Derecho, si no hay reserva expresa de acciones el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil se haga en el procedimiento penal.

la «peligrosidad» entendida como un alto grado de probabilidad de delinquir en un futuro más o menos próximo (10).

Ya los precedentes históricos que se citan para las medidas bastarían a hacerlas sospechosas (11). Sin embargo, se difunden con el argumento, que parece poderoso, de su necesidad (12): si la pena es insuficiente en la lucha contra la criminalidad, habrá que complementarla o sustituirla por una medida de seguridad.

Mas, a lo largo del tiempo, las medidas se han mostrado también impotentes para contener el auge de la criminalidad, el aumento de la delincuencia juvenil, cada día más preocupante, y la elevación de las tasas de la reincidencia (13).

De modo paulatino vienen imponiéndose cada vez más dos verdades inconcusas. La de que el delito no es patrimonio de los desheredados, de los que se encuentran marginados socialmente (14). Y, en segundo lugar, que la criminalidad es un hecho que no se puede hacer desaparecer, borrar de la faz de la tierra (15). Los delitos de tráfico, que en algunos países alcanzan hasta el 50 por 100 del total de las infracciones criminales registradas (16) produciendo embotellamientos en la Administración de Justicia, constituyen un buen ejemplo de lo primero, al que se podrían añadir otros muchos como ocurre con los delitos relativos al tráfico de drogas. Todos somos delincuentes en potencia. Más aún, parafraseando las palabras evangélicas, me atrevería a decir que el que se halle libre de delito que tire la primera piedra. Hoy no se puede sostener que el delincuente es el otro, el antisocial, el inadaptado. Y en cuanto a la lucha contra la criminalidad, la única meta razonable es tratar de mantenerla dentro de límites tolerables, que no perturben en exceso la vida de la colectividad.

Estos fenómenos son particularmente visibles allí donde se ha perdido, o no existe, la conciencia de una reprobación moral unida a la comisión de los hechos que la ley califica como delictivos, lo cual sucede no sólo en los delitos llamados políticos, sino,

(10) Sobre el concepto de peligrosidad: COBO DEL ROSAL, *Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970*, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, 1974, págs. 107 y ss.

(11) Pues nacen en tiempos del Antiguo Régimen y algunas antes, rodeadas de los estigmas de arbitrariedad e inseguridad jurídica a los que intentó poner fin el principio de legalidad, por lo que deberían bastar estos turbios orígenes para calificarlas de regresivas cualquiera que sea el ropaje de que se las haya revestido después. Véanse: STOOIS en *Revue Pénale Suisse*, 1925, páginas 147 y ss.; BERISTAIN, *ob. cit.*, págs. 38 y s.

(12) Por todos: BERISTAIN IPIÑA, *ob. cit.*, pág. 94.

(13) Véase: RODRÍGUEZ MOURULLO, *Medidas de seguridad y Estado de Derecho*, en *Peligrosidad y medidas de seguridad*, Valencia, 1974, pág. 357.

(14) Tópico que se mantiene vivo, como sucede, por ejemplo, cuando GIMBERNAT habla en el prólogo a la obra citada de GARCÍA VALDÉS, de «sacar al delincuente de su marginación» (*ob. cit.*, pág. XIV).

(15) RODRÍGUEZ MOURULLO, *loc. cit.*, pág. 356: «un fenómeno social inextirpable».

(16) Cfr. KAISER, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, Tubinga, 1970, pág. 2 (de próxima aparición en castellano).

y muy especialmente, en aquellos delitos «sin víctima» (17) como el fraude fiscal (en los países en los que constituye delito) o en la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (18).

Por otra parte, las medidas privativas de libertad o pecuniarias no se diferencian en su ejecución de las penas del mismo género (19). Esto es evidente para las pecuniarias. Por lo que respecta a la pena privativa de libertad, no hay que olvidar que no puede reducirse de modo exclusivo a mantener al penado en una prisión. La pena privativa de libertad es como una caja vacía a la que hay que dar un contenido (20). En cuanto sea posible hay que procurar la rehabilitación, resocialización o readaptación del penado a la sociedad, aunque en el V Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra el año 1975, se puso de manifiesto que es difícil conseguir estos fines sin una actitud positiva del penado, que generalmente falta. Ello sin contar con la realidad de que muchos penados son personas que no están necesitadas de «tratamiento» alguno por encontrarse perfectamente adaptados a las exigencias de una vida ordenada y al medio social (delincuentes ocasionales, delincuentes de tráfico, etc.). Desde esta perspectiva, la pena privativa de libertad persigue fines de prevención especial o particular, se individualiza. Mientras que las medidas de seguridad de inocuización o segregación a base de un internamiento ejercen unos efectos de prevención general, a causa de su indeterminación, mucho mayores que las genuinas penas, siendo más temidas que éstas por los delincuentes habituales y profesionales a los que se aplican.

Esa es, en rasgos generales, la situación actual. De ahí se deduce, sin género alguno de duda, que las medidas de inocuización, segregación o internamiento han defraudado las esperanzas que suscitaron, y que, además, perforan, es preciso decirlo sin equívocos de ninguna clase, todo el dispositivo de legalidad. Con otras palabras: Las medidas de seguridad comportan la imposición de verdaderas penas, sumamente aflictivas por su indeterminación, por delitos que no se han cometido e incluso por la mera probabilidad, mayor o menor, de que se cometa un delito

(17) Véase: MIDDENDORFF, *Estudio criminológico de los delitos de tránsito*, en *Revista de Ciencias Sociales, Puerto Rico*, 1970, pág. 114.

(18) Podrían mencionarse otras formas, como la polución del medio ambiente, la publicidad engañosa, el abuso de informaciones, la conducción temeraria, etc.

(19) Véase: BERISTAIN, *ob. cit.*, pág. 57; OCAÑA GUTIÉRREZ y GUTIÉRREZ CARBONELL, *loc. cit.*, págs. 32 y s.

(20) PEDRAZZI, *Rapport général de synthèse du Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale*, en la *Contribución au Cinquième Congrès des Nations Unies pour la prevention du crime et le traitement des delinquants*, Genève, 1-12 septembre 1975, Milán, pág. 88, editada por la Asociación Internacional de Derecho Penal, Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, Sociedad Internacional de Criminología y Sociedad Internacional de Defensa Social.

en el futuro. Es una grosera burla del principio de legalidad el afirmar que se respeta exigiendo para la imposición de la medida que la peligrosidad se muestre a raíz de la comisión de un delito, señalando en la ley los «índices» de peligrosidad que han de fundamentar la aplicación de las medidas. Porque, en cualquier caso, sean medidas predelictuales o posdelictuales, con o sin índices de peligrosidad recogidos en la ley, la razón determinante de que se imponga una medida es siempre la «futura» posibilidad de comisión de un delito, no un delito real y efectivamente cometido.

Si los motivos que condujeron al reconocimiento del principio de legalidad en el Derecho penal siguen siendo válidos, y pienso que lo son, hay que eliminar las medidas de seguridad. Hemos de retornar a un sistema monista, en que la pena sea la única consecuencia del delito (21). Un sistema basado en la pretensión, dentro de las limitaciones humanas, de hacer justicia, castigando al que comete un delito. Un sistema de tal índole supone volver a reconocer el carácter retributivo de la pena, que a un tiempo es una nota esencial y límite infranqueable, implicando su proporcionalidad con la gravedad del hecho (22). No es lícito, en nombre de un pseudocientifismo que viene tomando hipótesis por verdades incontestables, imponer sanciones penales de duración desproporcionada a la índole del delito cometido. Y menos aún, de duración indeterminada.

La vuelta a un sistema monista no significa, como es obvio, prescindir de medidas de tipo curativo o pedagógico, con o sin internamiento coactivo (23). El tratamiento de los enfermos mentales o de los drogadictos no precisa de la comisión de un delito, porque el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas

(21) Claro es que la responsabilidad civil no es una consecuencia «penal» del delito, como se advierte *supra*, nota 9.

(22) Debiera ser innecesario insistir en que la gravedad del hecho está en función de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del delito, y no sólo de la culpabilidad. Frases como la de ROXIN: «el principio de la pena no puede traspasar, ni en su duración, el grado de culpabilidad» (*Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad* [trad. MUÑOZ CONDE], en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 2 [1977], página 146) constituyen una simplificación inadmisibles porque provocan la idea de que la gravedad material de los elementos objetivos es una cantidad despreciable. Cuando se habla de que la pena ha de ser proporcionada a la gravedad de los hechos se entiende, insisto, que esta gravedad depende en primer lugar de lo realmente sucedido y, en segundo término, de la culpabilidad. Pues no es lo mismo un homicidio que un hurto de uso, ni la pena ha de ser igual para el homicidio doloso que para el culposo.

(23) Aquí nos separamos de las propuestas radicales de una total supresión de toda clase de medidas. La derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, repetidas veces propugnada. (Véase: «Informaciones» del 22 julio 1977, «Ya» del 28 julio 1977, «El País» del 12 agosto 1977, y PEDRO CARO, *La Ley de Peligrosidad Social*, en «Informaciones» del 12 septiembre 1977), no debe conllevar la supresión de las medidas de tipo asistencial, que en realidad son de tipo administrativo.

asistenciales necesarias para velar por la salud pública. No hay, por consiguiente, reparo alguno para que se apliquen las medidas precisas cuando se comprueba oficialmente, dentro o fuera del proceso penal, que el sujeto se halla necesitado de un tratamiento curativo. Por lo que se refiere a los menores, no hay que olvidar que la educación es una tarea inherente al Estado moderno en el que, cuando menos, es obligatoria la instrucción general básica, y, como es natural, hay que apelar en ocasiones a procedimientos pedagógicos adecuados cuando se trata de sujetos afectados de alguna anormalidad que justifique, por su desvalidamiento o dificultades psicológicas, la intervención estatal. Caso asimismo de los sordomudos que carecen en absoluto de instrucción. Ahora bien, las finalidades curativas o pedagógicas son las únicas que justifican la intervención del Estado en tales supuestos, medie o no la comisión de un delito. Por consiguiente, si la curación del enfermo mental no requiere el internamiento, o éste se halla contraindicado, no debe imponerse sin más como hacen nuestros textos legales (24).

Destacar que la pena ha de ser la única consecuencia del delito, no lleva consigo ni la consagración del predominio de la pena carcelaria, ni el propugnar penas de reclusión muy prolongadas o perpetuas en los casos más graves. No podemos hoy desconocer lo que se sabe sobre los efectos nocivos de la prisión (25). Entre ellos se cuenta la destrucción de la personalidad humana, la incapacitación para volver a vivir en libertad (26). Las penas, por muy duras que sean, han de respetar la dignidad del ser humano, hecho a imagen y semejanza de Dios. El respeto a la dignidad humana veta las penas privativas de libertad de duración superior a diez o quince años (27). Para eludir en lo posible los efectos nocivos de la prisión hay que desplegar, y se está desplegando, un gran esfuerzo imaginativo, al objeto de encontrar nuevas penas que no exijan privar a quien las sufre de la libertad de movimientos (28). Pero, hoy por hoy, la pena de prisión no se puede

(24) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Valoración de las deficiencias, invalideces y perjuicios corporales desde el punto de vista jurídico-penal*, en *Anales de la R. A. N. de Medicina*, 1976, págs. 697 y s.

(25) Cfr. VON HENTIG, *La pena*, II (1968), trad. RODRÍGUEZ DEVESA, págs. 231 y siguientes.

(26) Cfr. VON HENTIG, *ob. cit.*, II, págs. 235 y ss.

(27) Sir David MAXWELL FYFE, *La peine de mort*, en *Rev. Internationale de Droit pénal*, 1948, pág. 140: «después de diez o quince años de prisión el individuo está mental y físicamente degradado».

(28) Pier ALLEWIJN, *Rapport général de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire*, en *Contribution*, cit., págs. 36 y s.: «Es igualmente posible no ver en la prisión más que una forma extrema y a menudo exagerada de la privación de libertad. Sería importante definir la privación de libertad como una medida que tiene por objeto retirar a una persona la facultad de tomar sus propias decisiones. Podría tender a no privar a una persona más que de la fracción de libertad que toca a sus actividades en el sector

suprimir; ha de subsistir como retaguardia de esas otras penas que descansan sobre la base de una colaboración del penado, como sucede, por ejemplo, con la privación del permiso de conducir, de tal modo que el quebrantamiento de la pena impuesta reconduce al cumplimiento en su lugar de una pena privativa de libertad. Por eso no es factible, ni deseable, la supresión de las penas cortas privativas de libertad pese a sus inconvenientes repetidas veces señalados (29).

Claro es que un sistema basado en la retribución no comporta el abandono de los fines de prevención especial en tanto sean compatibles con la proporcionalidad de las penas. Lo que no se puede hacer es, aduciendo que el individuo no está todavía «corregido», prolongar más allá de lo que se estima justo la duración de una pena de arresto mayor, pongamos por caso.

Como advierte con razón Rodríguez Mourullo, el destino del Derecho penal se decide «en el marco de las consecuencias jurídicas del delito» (30). Con esta óptica ha de enfocarse la reforma de nuestro ordenamiento jurídico-penal, precisado de claros criterios de política criminal que están, por desgracia, pendientes de formular (31).

de la infracción cometida. En buena parte este principio se aplica a los delitos de tráfico, cuando, por ejemplo, se retira el permiso de conducir por un período específico o determinable».

(29) PEDRAZZI, *loc. cit.*, pág. 90: «se asiste a una rehabilitación inesperada de las penas cortas privativas de libertad, en otro tiempo tan desacreditada. Bien entendido que nadie recomienda... un empleo generalizado respecto a los delincuentes primarios. Pero se ha hecho notar sobre la base de experiencia recientes, que una corta privación de libertad puede insertarse útilmente en el marco del tratamiento, como una primera intervención de choque, a título de advertencia, seguida por formas de tratamiento en el ambiente social.

(30) RODRÍGUEZ MOURULLO, Prólogo a la *ob. cit.* de BARREIRO, pág. 10.

(31) Véase: LÓPEZ-REY Y ARROJO, *Seminario sobre presente y futuro de la criminalidad y de la política criminal. 10-21 de mayo 1976*, en *Revista de la facultad de Derecho* (Universidad Católica Andrés Bello), núm. 22 (1976), Caracas (Venezuela), págs. 263 y ss., y el folleto sobre *Planificación de la Política criminal dentro de los programas de desarrollo nacional en Latinoamérica*, editado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, San José de Costa Rica, octubre 1976.

Evolución Jurídica y ciencia penal^(*)

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. Consideraciones generales.—II. El Derecho Penal como ciencia dedicada al estudio del Derecho positivo. 1. La legislación penal como objeto. 2. El método de la dogmática. A. Sus beneficios. a) La certeza consiguiente al conocimiento de la Ley. b) Elaboración de construcciones doctrinales; especial referencia *al bien jurídico y al conocimiento de la antijuricidad*. B. Sus defectos y limitaciones. a) Defectos; la exigencia de realismo en sus varias manifestaciones. b) Limitaciones; el *deber ser y el ser* de la Administración de la justicia penal. a') La determinación de los hechos. b') La determinación de los preceptos jurídicos. c') Conclusiones.—III. Las funciones atribuibles hoy al Derecho penal. 1. Consideraciones generales. 2. Referencia a algunos ejemplos de formas actuales de delincuencia. A. Delitos contra el patrimonio. B. Delitos relacionados con el Urbanismo. C. Delitos con sujeto pasivo-masa. D. Delitos de violencia. E. Consideraciones finales. 3. La función crítica de la ciencia jurídico-penal; criterios para su ejecución. A. En cuanto a los presupuestos. a) El Derecho penal como tutelador de los bienes jurídicos fundamentales. b) Exigencias extraídas del requisito de la culpabilidad. c) La renuncia a la pena innecesaria. B. En cuanto a los efectos jurídicos. a) La abolición de la pena de muerte y la rebaja del marco máximo de la pena privativa de libertad. b) Introducción de nuevas medidas y de nuevos principios en materia de ejecución penal. c) Breve referencia a la eficacia de los recursos penales. C. Cuestiones planteadas por el Derecho penal administrativo y el de las medidas de seguridad. 4. Reforma de la Ley Penal y realidad social. A. Formulación general. B. Aspectos de la cuestión. a) El incumplimiento de las Leyes penales. b) La imagen real de determinadas normas legales.

I

En la presente ponencia nos proponemos examinar algunos de los aspectos que la temática general encerrada en el título «LXXV años de evolución jurídica en el mundo» plantea en rela-

(*) Ponencia pronunciada en el Coloquio Internacional «LXXV AÑOS DE EVOLUCION JURIDICA EN EL MUNDO», celebrado en México del 20 al 30 de septiembre de 1976, bajo el patrocinio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

ción al Derecho penal. Bajo el punto de vista del área nacional a examinar, nuestra atención se centrará sobre el ámbito cultural de España y de aquellos otros países, por una u otra razón, más relacionados con la ciencia penal española.

La expresión «evolución jurídica» (1) suscita una serie de interrogantes cuya eposición estructurada no resulta fácil. La indicada expresión sugiere, ante todo, la necesidad de tomar conciencia de ciertos cambios tanto en la esfera de las ciencias de la naturaleza y de la técnica, como en el ámbito de la estructura social y de los valores, y de, sobre esta base, plantear la cuestión de si tales transformaciones, de una y otra naturaleza, han sido debidamente tomadas en consideración por el Derecho penal; realidad ésta que, en su formulación legal, comporta siempre el carácter de consolidación y, por consiguiente, de conservación de un cierto instante de la historia. En relación a lo antes expuesto observemos que las investigaciones médicas y farmacológicas sobre el hombre y su conducta, suscitan el interrogante de si debe acudir a la aplicación de nuevos recursos en la reacción frente al delito. Por otro lado, la puesta en práctica de determinadas técnicas ha provocado la aparición de ciertas acciones causantes de extraordinarios perjuicios para la sociedad. Baste a tal efecto pensar en el agotamiento de los recursos naturales, la contaminación del ambiente y, en general, el desorden ecológico. Y los cambios en la estructura social han dado, por su parte, lugar al desarrollo de determinadas conductas merecedoras de un grave juicio de reprobación social, tales como las comprendidas bajo la llamada *delincuencia económica* y las infracciones cuya víctima es una masa muy considerable de individuos, que no habían sido particular y específicamente previstas como necesitadas de punición por los autores de la mayoría de los cuerpos legales hoy vigentes, promulgados en su tiempo con una preocupación político-criminal orientada a reaccionar frente a acciones vinculadas a una estructura social distinta a la actual. La regulación de los delitos contra la propiedad ofrece un claro ejemplo al respecto.

Por último, las transformaciones en la valoración de las conductas han conducido a la formación de propuestas para la derogación —las llamadas «desincriminación» y «despenalización»— de determinados delitos; y los cambios en la valoración de las penas han llevado a la elaboración de postulados tendentes a la supresión de algunas de ellas, como la de muerte, y a la aminoración del marco máximo de las sanciones privativas de libertad.

Con el propósito de estructurar los principales aspectos de la evolución jurídica en el ámbito penal, de cuyas varias facetas

(1) Cfr. FRIEDMAN, *El Derecho en una sociedad en transformación*, México-Buenos Aires, 1966; DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, 1973, pp. 300 y ss.; NOVOA MONREAL, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, México-Madrid-Buenos Aires, 1975.

acabamos de exponer unos ejemplos, procede examinar la situación actual de la referida problemática y describir algunas de las vías a las que la presente evolución parece conducir.

II

Tras estas observaciones iniciales debemos poner de relieve que la ciencia jurídico-penal ha estado fundamental, cuando no exclusivamente, dedicada al estudio del Derecho penal positivo, conforme a las bases metodológicas establecidas por las doctrinas italiana y alemana a principios del presente siglo, que tuvieron una clara formulación en el conocido trabajo de Rocco sobre el método en la ciencia del Derecho penal (2). Con ello queremos destacar que el objeto de dicha ciencia ha estado constituido por el Derecho penal positivo, y el método, por un proceso lógico integrado por la interpretación, la dogmática o sistemática y la crítica. Recuérdese, por lo demás, que la atribución a la ciencia jurídico-penal del referido objeto y método constituyó el resultado de un proceso histórico-doctrinal que puso fin a la llamada lucha de escuelas en virtud de una construcción que supuso una decisiva clarificación de las funciones de la ciencia del Derecho penal.

1. Cuál haya sido la evolución de la legislación penal constitutiva del objeto de nuestra ciencia, resulta difícil de concretar en un corto espacio. En términos generales, los cuerpos legales hoy vigentes, tanto de Derecho material como formal, encuentran su origen en el proceso de codificación iniciado a principios del siglo XIX bajo el intenso influjo de los Códigos franceses, habiendo experimentado aquéllos, desde entonces, una transformación en función de factores y circunstancias políticas, sociales y culturales de muy heterogénea naturaleza. Las directrices y paredes maestras de las leyes hoy vigentes se remontan, pues, a leyes elaboradas hace más de siglo y medio, sobre la base de unos antecedentes y estudios de un valor aún hoy indiscutible. Muy significativo resulta el que en 1970 diversos organismos celebraran en España el centenario de una gran obra legislativa que se manifestó en textos tan distintos como el Código Penal, la ley del ejercicio del derecho de gracia y la del Registro Civil. Las reformas que, desde su origen hasta ahora, ha experimentado nuestra legislación, han supuesto, pues, la incorporación de cuerpos extraños al sistema primitivo. Resultado de ello es la existencia en los Códigos vigentes de numerosas incongruencias y contradicciones internas. Lo hasta aquí expuesto explica, asimismo, el que la imagen de la sociedad contemplada por el redactor de las disposiciones hoy vigentes, guarde una evidente discrepancia con la de la realidad actual.

(2) Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del Diritto Penale*, en *Opere Giuridiche*, T. III, 1933, pp. 297 y ss.

Además, las reformas de los referidos cuerpos legales no han respondido, frecuentemente, sino al propósito de ampliar el ámbito de las acciones previstas como delito a conductas cuya comisión se ha tratado de evitar a través de la intimidación de la pena. La política criminal que ha servido de base a dichas reformas ha adolecido, pues, en muchos casos, de un simplismo ciertamente censurable. Este proceso tiene su contrapunto en un fenómeno inverso al anterior, de gran valor sintomático, cual es el ejercicio del derecho de gracia a través de las disposiciones de amnistía e indulto. De una forma periódica el Estado, y por motivos fundamentalmente políticos (3), ha condonado, en virtud del ejercicio de un tal derecho, la responsabilidad penal, de una gran parte, en ocasiones de casi la totalidad, de la población reclusa, en virtud de un proceso que en su conjunto causa la impresión de constituir una compensación de la severidad de las leyes penales existentes o un claro reconocimiento de una situación legal evidentemente insatisfactoria y motivadora, en consecuencia, de una actitud de escepticismo en la sociedad en general y particularmente en los jueces, para los recursos y sanciones por ella creados. Todo ello explica el que, como un jurista francés contemporáneo pone de relieve, las peticiones de amnistía constituyen una de las reivindicaciones que en unión a otras atinentes a sectores sociales y económicos distintos al penal, formula de modo periódico la sociedad frente al Estado (4).

Una evolución de la legislación penal distinta a la hasta aquí expuesta, es aquella que ha respondido a la progresiva incorporación al ordenamiento jurídico positivo de preceptos cuyo origen se encuentra en los estudios y experiencias de la ciencia criminológica. Un tal fenómeno se ha manifestado, sobre todo, en la creación de *nuevas* medidas para la reacción estatal frente al delito, tales como el internamiento en establecimientos de terapéutica social, en instituciones psiquiátricas y de educación, y la prestación de actividades en favor de la sociedad. Y dicha recepción de estudios y experiencias criminológicas ha dado lugar también a la introducción de reformas en relación a los efectos jurídicos del delito, de pena y medidas de seguridad *hoy existentes*, como son la nueva ordenación de las penas pecuniarias, la supresión de prescripciones que puedan obstaculizar la readaptación social del condenado y la reestructuración del régimen de cumplimiento de las sanciones privativas de libertad. La evolución de las ciencias criminológicas ha conducido, además, a ofrecer una nueva imagen del delito como consecuencia de destacar la significación que en la determinación de las acciones perseguidas y castigadas corresponde en la realidad social a los criterios, actitudes y circunstancias concurrentes en los organismos encargados de la reacción estatal

(3) DEL TORO MARZAL, en CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, CASABO RUIZ, *Comentarios al Código penal*, II, Barcelona, 1972, pp. 627 y s.

(4) MERLE-VITU, *Traité de Droit Criminel*, T. II., París, 1973, p. 779.

frente al delito. Basten aquí estas referencias para ofrecer una sucinta imagen de los distintos aspectos de la evolución de la legislación penal, en el bien entendido de que sobre algunas de estas facetas nos volveremos a ocupar más adelante, al efectuar un balance de las tendencias a las que el Derecho penal en la actualidad apunta.

2. A. La elaboración dogmática del Derecho penal positivo, consiguiente a la aplicación del método antes referido, ha supuesto unos indudables beneficios que cabría sistemáticamente agrupar en dos categorías distintas.

a) Por un lado, ha contribuido a un mejor conocimiento de la Ley con el consiguiente efecto de aminoración de las dudas e incertidumbres que la aplicación de la misma provoca. Dicha actividad intelectual ha conducido a destacar la función de garantía que a la letra de la Ley corresponde en la determinación del ámbito de lo delictivo (5). Por otro lado, el estudio del Derecho positivo ha conducido a que la esfera de aplicación de los preceptos penales deba ser determinada en virtud de la averiguación del significado correspondiente a sus elementos integrantes, como procedimiento distinto éste al de atender, para dicha determinación, a cuáles puedan haber sido los casos o supuestos hasta la fecha incluidos en el correspondiente precepto. Consecuencia de estas premisas, lo es, v. gr., y para poner un ejemplo, el que la llamada *estafa procesal*, es decir, el perjuicio patrimonial producido en virtud de un engaño ocasionado a la Autoridad judicial, haya sido estimada como constitutiva del tipo de estafa (6). Si el referido supuesto cumple los elementos integrantes de la estafa, no cabrá oponer a su subsunción en ésta, el que los casos hasta la fecha sometidos al ámbito de dicho delito ostenten unas características muy distintas al de la referida estafa procesal.

b) Aparte de proporcionar una mayor certeza en la determinación del ámbito de los preceptos legales, el estudio dogmático del Derecho positivo ha conducido a la elaboración de una serie de exigencias, favorecedoras de una justicia penal más satisfactoria, como consecuencia de la construcción de determinadas nociones tales como, para poner dos ejemplos, las constituidas por el *bien jurídico* y el *conocimiento de la antijuricidad de la acción*. Dichas exigencias han operado en dos niveles distintos, aunque íntimamente relacionados; a saber: a) en el de la solución de las cuestiones planteadas *dentro de un cierto marco jurídico*; b) en el de postular la *reforma de dicho marco*, es decir, en el de propuesta de *modificación de la ley*. De uno y otro aspecto nos ocuparemos tanto aquí como más adelante —III, 3—.

En cuanto al bien jurídico, la doctrina ha ofrecido una elabora-

(5) GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en el Libro homenaje a Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, pp. 485 y ss.

(6) CEREZO MIR, *La estafa procesal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1966, páginas 179 y ss.

ción del mismo, no sólo como noción *inmanente* a la Ley penal, sino además como una idea situada *fuera* de ésta, destinada a explicar el proceso de incriminación llevada a cabo por el legislador (7) e incluso la actuación de la administración de la justicia penal. De especial interés resulta hoy, en efecto, la investigación del proceso que conduce, en la realidad, a la selección por el legislador de los intereses que deben ser objeto de tutela penal, así como el estudio de la indiscutible influencia ejercida en la práctica judicial por las actitudes valorativas de los Tribunales sobre lo que merece ser objeto de aquella protección.

En gran número de infracciones, de entre las que cabe aludir a los delitos contra la seguridad interior del Estado, las falsedades y los delitos contra la propiedad, argumentos atinentes al bien jurídico tutelado permitirán introducir a los Tribunales satisfactorias restricciones en el ámbito de lo que, conforme al texto legal, debe ser objeto de punición. En este sentido cabrá apreciar la existencia de un proceso lógico de elaboración de un concepto de bien jurídico que, si bien toma como *punto de partida* la redacción de la Ley, conduce a la formación de un concepto, útil a los referidos efectos, que no puede considerarse como un producto pura y simplemente de la Ley.

Por lo que al segundo de los ejemplos antes indicados se refiere, recordemos que hoy se reconoce de modo prácticamente unánime por la doctrina y la jurisprudencia, como resultado de un proceso de elaboración dogmática de nociones atinentes a la culpabilidad, que el conocimiento por el agente de la significación antijurídica de la conducta realizada constituye un requisito imprescindible para la existencia de delito (8). Un tal reconocimiento ha supuesto la superación de la doctrina tradicional que distinguía el error de hecho del de derecho, a efectos de atribuir relevancia excusante al primero y negársela al segundo, conforme al conocido aforismo *error facti excusat, error iuris nocet*. La construcción a la que de modo creciente acuden hoy la doctrina y la jurisprudencia, parte de la afirmación de que el sujeto no sólo debe conocer el sector objetivo del tipo, v. gr., que el disparo está dirigido a un ser humano en el caso del homicidio—, sino además la significación antijurídica del hecho cometido —en el ejemplo anterior que la muerte está prohibida por el Derecho—. Tanto el *error de tipo*, es decir, el que incide sobre cualquiera de los elementos integrantes de la parte objetiva de éste, como el de *prohibición*, son relevantes a los efectos de extinguir o atenuar —de una u otra forma— la responsabilidad penal. En la medida en que la parte

(7) HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973, páginas 19 y ss.

(8) CEREZO MIR, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, en Revista de Estudios Penitenciarios, julio-septiembre 1964, p. 456; CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pp. 130 y ss.

objetiva del tipo se compone tanto de elementos *descriptivos* —v. gr., el *hombre* como víctima en el homicidio, la *mujer* en el aborto, etc.—, como de *normativos* —el *pudor* o las *buenas costumbres* en el escándalo público, las cualidades de *mueble* y *ajena* de la cosa en el hurto, etc.—, resulta claro que tanto un desconocimiento del *hecho*, como uno del *derecho*, pueden dar lugar a la existencia de un error de tipo.

La significación y trascendencia prácticas de la exigencia del conocimiento de la antijuricidad son evidentes. En particular; importa poner de relieve que una de las esferas en la que dicho requisito cumple una importante función —al conducir, en su caso, a una exención de responsabilidad penal— es la correspondiente a los delitos cuya antijuricidad material manifiesta una mínima gravedad, que, en buena parte, se corresponden con las llamadas infracciones de peligro abstracto, cuyo mantenimiento en la Ley constituye un fenómeno merecedor frecuentemente de censura a la vista de las actuales exigencias de «desincriminación» y de «penalización» de conductas hoy previstas como delito, a las que ya anteriormente nos hemos referido y de las que más adelante nos volveremos a ocupar. Ejemplos de lo expuesto los ofrecen, entre otros, los delitos contra la seguridad del tráfico y determinados tipos de falsedad.

B) El mantenimiento de la dogmática como método de la ciencia jurídico-penal se halla perfectamente justificado por las razones expuestas. La formulación de este juicio debe, sin embargo, ir unido a una clara conciencia sobre los defectos en los que la aplicación del referido método ha incurrido y que importa muy mucho evitar, por un lado, y de las limitaciones a las que el mismo, en atención a su fin, está sometido, por otro. Examinemos a continuación uno y otro aspecto.

a) Frente a la evolución experimentada por la dogmática jurídico-penal, desde antiguo se ha observado la necesidad de que su estudio y atención se centraran sobre las cuestiones de trascendencia para la realidad práctica. Ilustrativo resulta lo expuesto ya hace años en la doctrina italiana por Antolisei y Nuvolone (9); y, en época mucho más reciente, por Nauke, en la ciencia alemana, al examinar cuáles han sido los temas sobre los que se ha centrado el estudio de la dogmática de dicho país y llegar a la conclusión de la existencia de una clara discrepancia entre cuáles han sido las cuestiones planteadas en la realidad social, por un lado, y aquellas otras que han merecido la atención de la doctrina penal, por otro (10).

En este orden de cosas cabría acaso, asimismo, pensar que ante una realidad social caracterizada por un desarrollo tanto en

(9) Una valoración en: STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953, pp. 122 y ss.

(10) NAUCKE, *Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis*, en ZStW, 85, 1973, pp. 399 y ss.

cantidad, como en calidad, de la criminalidad, y por una situación evidentemente insatisfactoria de la Administración de la justicia penal, como encarnación de la reacción del Estado frente a la delincuencia, es preciso establecer un orden de prioridades en la actividad científica, en el que la dogmática jurídico-penal debe ser pospuesta.

En el fondo de todas estas críticas se agita la idea de que la ciencia del Derecho penal debe centrar el objeto de su atención en las cuestiones planteadas por la realidad, siquiera bajo una tal expresión no se haga siempre referencia a una misma cosa. El que esta exigencia debe ser aceptada no ofrece, a nuestro juicio, lugar a dudas. Ello no pone en tela de juicio el que la dogmática sea necesaria para la ciencia jurídico-penal, pero conduce imperiosamente a la conveniencia de destacar los límites de la dogmática y a formular la exigencia de acudir, además, a la aplicación de otros métodos para el estudio de ciertos órdenes de problemas de un indiscutible valor para el Derecho penal.

b) La indagación de las limitaciones a las que la dogmática está sometida, debe, a nuestro juicio, centrarse en el examen de un fenómeno de una gran importancia para el tema objeto de la presente ponencia, al que interesa seguidamente dedicarle con cierta amplitud nuestra atención (11).

Recordemos, a tal efecto, que la aplicación de la Ley a la realidad, a la que toda sentencia responde, constituye un proceso, más o menos complejo, en virtud del cual tras dar como probados unos hechos y determinar los preceptos jurídico aplicable se dispone la condena o absolución. Sabido es también que las funciones de determinación de los hechos y de la norma aplicable, se hallan regidas en numerosos países, entre los que figura el español, por los principios de *oficialidad* y *legalidad*. Conforme al primero de ellos se impone a la Administración de Justicia —y a la Policía Judicial como auxiliar de la misma— el deber de perseguir y, en su caso, castigar los delitos, con exclusión de toda facultad de decidir sobre la oportunidad del ejercicio de dichas funciones. En virtud del principio de legalidad se atribuye únicamente a la Ley la cualidad de ser fuente de Derecho penal.

Si examinamos el efectivo modo de operar de la Administración de la Justicia en la *realidad*, obtendremos, sin embargo, una imagen muy distinta de aquélla que resulta de la rigurosa aplicación de los indicados principios de oficialidad y legalidad. Por un lado, los hechos que, como *probados*, se someten a la aplicación de las normas jurídicas, difieren de los hechos tal

(11) Esta materia aparece desarrollada en mi trabajo, *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, en Revista Jurídica de Cataluña, enero-marzo, 1974, pp. 119 y ss. De interés recientemente: ROXIN, *Recht und soziale Wirklichkeit im Strafverfahren*, en Kriminologie und Strafverfahren, Stuttgart, 1976, pp. 9 y ss.

como se han producido *en la realidad*. Por otro, los Tribunales al llevar a cabo su función enjuiciadora, no sólo acuden a los preceptos legales, sino, además, a otros elementos situados propiamente *fuera de la Ley*. Estudiemos con alguna atención estos dos aspectos.

a') Los hechos que *como probados* son sometidos a la función judicial, difieren en buena medida de los hechos tal como han tenido efectivamente lugar en la historia. A la descripción que de los mismos ofrecen las sentencias, se llega tras un complejo proceso de selección y de transformación de la realidad. En virtud del conjunto de actividades que se inician a partir del conocimiento por la Administración de Justicia de un determinado hecho punible y que concluyen con la descripción por el juzgador de los hechos sometidos a su conocimiento, no sólo tiene lugar un progresivo estrechamiento de la realidad que va a servir de base a la aplicación de la norma penal, sino además una mutación de esa propia realidad. En suma, la imagen de los hechos efectivamente producidos en la historia, difiere notablemente de aquélla que de los mismos nos ofrece el conjunto de sentencias integrantes de la jurisprudencia penal.

Por una serie de razones diversas, atribuibles a factores varios, tanto, v. gr., a la limitación de medios de toda clase, como a la existencia de ciertas actitudes más o menos difundidas, la persecución de los hechos punibles por la Policía, ni alcanza a la totalidad de los efectivamente producidos, ni aparece aplicada con igual intensidad a todos los delitos. Como ha sido puesto de relieve, la limitación de los medios materiales y personales frente a una delincuencia en transformación, la ausencia de denuncia por las víctimas y la distribución no satisfactoria de los recursos hoy existentes, pueden contribuir a la falta de persecución efectiva de las conductas constitutivas de delito (12). Por otro lado, la creación de estímulos en relación a la actividad policial dedicada a cierto tipo de infracciones, así como la convicción de la inutilidad del esfuerzo aplicado a la persecución de determinadas conductas —v. gr., por las dificultades de la investigación o por la naturaleza de los respectivos hechos—, motivan el que la actuación de la policía se distribuya de modo desigual en relación a las diversas infracciones penales.

Por lo que la actuación de los Tribunales se refiere, muy conocido es el fenómeno conforme al cual el juzgador invierte el orden lógico de determinar en primer lugar los hechos y, en segundo, la norma jurídica aplicable, por el de dar a los hechos aquella configuración que haga posible la subsunción de los mismos en el precepto determinante de la solución que para el juzgador se presenta como justa (13). Así, por ejemplo, el deseo de los

(12) Cfr. NORMANDEAU, PARIZEAU, SZABO, *Police et société moderne*, en *Révue Internationale de Droit Pénal*, 43, 3.º y 4.º, 1972, pp. 611 y ss.

(13) Cfr. los trabajos publicados en *Archives de Philosophie du Droit*, número 17, Paris, 1972.

Tribunales de evitar en ciertos casos la estimación del delito de robo, explica la aparición de una tendencia a evitar el dar constancia de los actos de fuerza en las cosas, integrantes del referido tipo (14). Un tal proceso de transformación de los hechos desde el momento de su producción en la realidad hasta el de la configuración de un sector de los mismos como redacción de hechos probados que sirve de base a la sentencia judicial, tiene, asimismo, otras importantes manifestaciones, no sólo en el instante de la elaboración de la correspondiente sentencia, sino además en otros momentos procesales anteriores a aquél. Así, por ejemplo, aun cuando ni el perdón de la parte ofendida, ni la satisfacción por ella de las responsabilidades civiles dimanantes de la infracción criminal, deben extinguir la responsabilidad penal proveniente del delito cometido, la reparación de los daños o la indemnización de los perjuicios en determinada clase de hechos punibles, v. gr., en ciertas modalidades de estafa y de apropiación indebida, puede dar lugar a que en la práctica no se castiguen las conductas en las que la indicada satisfacción tenga lugar.

Diversas son las razones o motivos de la progresiva transformación de la realidad histórica que el proceso de administración de la Justicia penal puede llevar consigo: En ocasiones, la selección de los hechos que van a servir de base a la condena penal y la consiguiente exclusión de otros de un tal efecto jurídico, depende, según en parte ya apuntamos, de las limitaciones orgánicas o funcionales de la Administración de la Justicia. En otros casos, la referida transformación, ya en forma de selección o en la de mutación de la realidad, responde a ciertas actitudes valorativas. Así, la estimación de que determinadas acciones no deben ser castigadas en absoluto o de que deben dejar de serlo en ciertas circunstancias, conduce a no dar como probados ciertos hechos o a conformar de modo distinto al real los producidos. La importancia e interés de un tal tipo de actitudes valorativas, resulta obvio, siquiera no puedan las mismas ser aprehendidas por el método dogmático, sino por la aplicación de otros procedimientos lógicos. En particular, dicha importancia e interés son evidentes si concebimos el Derecho penal y, en general, el Derecho, no como el conjunto de preceptos *formulados en las Leyes*, sino como el de aquéllos *que rigen en concreto los hechos de la vida social*. Y si pretendemos un conocimiento de este conjunto de preceptos, deberemos orientar nuestro examen no tan sólo a los textos legales y a los considerandos de las resoluciones judiciales, sino además al proceso por el que se opera la indicada transformación de la realidad.

b') Una vez examinado el proceso de *determinación de los hechos* que sirven de base a la resolución judicial, corresponde

(14) *Memoria elevada al Gobierno de la nación el 15 de septiembre de 1967 por el Fiscal del Tribunal Supremo, Madrid, 1967, p. 85.*

que seguidamente centremos nuestra atención —dentro del examen que estamos efectuando acerca del proceso de aplicación de la Ley a la realidad— sobre los *preceptos jurídicos*. Un tal estudio conduce a observar que, no obstante la vigencia formal del principio de legalidad, los preceptos que en concreto regulan los hechos de la vida social, no se corresponden lisa y llanamente con aquellos que aparecen formulados en las leyes. Aun cuando toda sentencia se *presenta* como una aplicación de la Ley a la realidad, lo que la sentencia *aplica* como precepto o conjunto de preceptos reguladores de los hechos, es *algo más que Ley*. En el complejo proceso dirigido a llevar ésta a la realidad, los Tribunales dan entrada, en efecto, a una serie de criterios decisorios que, en buena parte no resultan, al menos directamente, del texto legal. En virtud así de la utilización de una serie de elementos en buena medida no emanados de la Ley, sino introducidos por el propio juzgador, ésta es referida desde su formulación abstracta a los particulares casos integrantes de la práctica, formándose progresivamente, a partir del texto legal y con el concurso de doctrina y jurisprudencia, la normativa que en constante evolución, rige la conducta del hombre en sociedad. Si concebimos el Derecho penal, conforme ya indicamos, como el conjunto de preceptos que rigen en concreto determinados aspectos de la vida social, observaremos que tales preceptos no equivalen a puras emanaciones provenientes de las disposiciones formalizadas en los textos legales. Examinemos a continuación, en particular, varios aspectos en relación a lo indicado.

Ante todo, cabe apreciar la existencia de una serie de preceptos que rigen en concreto los hechos de la vida social, no obstante no resultar aquéllos directamente del texto legal, sino a lo sumo de modo *mediato*. La doctrina y la jurisprudencia al llevar a cabo sus tareas de aplicación e interpretación de las normas legales, crean con harta frecuencia propias y verdaderas regulaciones cuyo nexo con el texto legal es puramente mediato o, en rigor, inexistente. Ejemplos los ofrecen la regulación de materias tan importantes como las del error y el delito continuado. Así, la ordenación del delito continuado, conforme a la cual se entiende que siempre que concurren los requisitos de unidad de sujeto activo y pasivo, de elemento subjetivo, de ley violada, de tiempo y de ocasión, así como de indeterminación procesal de los hechos, no deben estimarse tantas infracciones cuantas acciones se han llevado a cabo, sino un solo delito, constituye una regulación elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, sin contar con base alguna en el texto del Código Penal español (15).

La existencia de ciertas actitudes en la actuación de los Tri-

(15) Distinta es la situación existente en aquellos ordenamientos jurídico-penales, que, como el italiano—art. 81 del Código Penal—, cuentan con una noción legal del delito continuado.

bunales (16) da lugar, asimismo, a la aparición de determinados criterios decisorios en la resolución de las cuestiones sometidas al conocimiento de aquéllos. Así, por ejemplo, la tendencia a una aplicación benigna de la Ley, que ha conducido a hablar de un «pietismo judicial», puede traslucirse en la inclinación de los Tribunales a aplicar de modo *automático el margen mínimo* de la correspondiente penalidad, con vulneración de la norma legal conforme a la cual en el ejercicio del arbitrio al efectuar la determinación concreta de la pena, *es preciso* atender a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente —así, el artículo 61, número 4 del Código Penal español—. El pretender dar adecuada respuesta a la cuestión de cuáles puedan ser las razones de la examinada tendencia a la aplicación benigna de la Ley, obligaría a un estudio que rebasaría los límites de la presente ponencia. En términos generales cabe pensar en que la difundida desconfianza hacia la pena, en particular a la privativa de libertad, por los perjudiciales efectos que la ejecución de la misma lleva consigo, explica, siquiera en parte, el referido fenómeno. En todo caso lo que parece claro es que los criterios de benignidad introducidos por la jurisprudencia no se explican por razones de *estricta lógica interpretativa*, sino que responden a la existencia de otros principios decisorios. Un tal fenómeno manifiesta una filosofía penal ampliamente difundida no sólo a nivel de la jurisprudencia, sino además en otros hechos de significación jurídica, tales como las disposiciones de indulto o amnistía; filosofía ésta que se define por el hecho de que frente a una legislación que en términos generales se valora como de una excesiva severidad, no se reacciona a través de la *reforma* de aquélla, sino introduciendo *compensaciones a la misma* en virtud de una serie de actos caracterizados por manifestar un sentimiento de *perdón o compasión* hacia quienes han infringido la Ley penal.

Observemos, por último, que la interpretación judicial llevada a cabo en relación a numerosas figuras de delito y circunstancias modificativas de la responsabilidad —piénsese, v. gr., en las referentes a estados emotivos o a móviles morales—, constituye, así mismo, una clara muestra de que la solución de las cuestiones sometidas al conocimiento de los Tribunales, depende no sólo de lo dispuesto en los textos legales, sino además de ciertas actitudes valorativas, dotadas de una difusión mayor o menor.

c') El somero examen llevado a cabo sobre el modo de operar de la Administración de la Justicia penal ha puesto de relieve que la jurisprudencia no equivale al simple proceso en virtud del cual la Ley es aplicada a todas aquellas acciones producidas en la realidad que son constitutivas de infracción. De una parte, el conjunto de hechos que sirven de base a las condenas penales,

(16) Sobre esta materia puede consultarse: TREVES, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, 1972; VERSELE, S. S., GOFIN, R., TSAMADOU, *Justice pénale et opinion publique*, Bruselas, 1973.

no coinciden con aquellos que han tenido lugar en la realidad, sino que responden a una transformación, tanto por selección, como por mutación, de aquélla. De otra, no sólo es la Ley lo que los Tribunales aplican al enjuiciar las acciones sometidas a su conocimiento, sino que acuden con harta frecuencia a criterios decisorios de otro orden.

El conocimiento de estos fenómenos no puede, obviamente, alcanzarse, conforme en páginas anteriores hemos ya apuntado, en virtud del método dogmático, sino que exige la aplicación de otro tipo de procedimientos lógicos. Dicho conocimiento resulta, por lo demás, imprescindible tanto para adquirir conciencia de cuáles son los preceptos que en concreto regulan las acciones humanas, como para, sobre esta base, elaborar una fundada reforma de las disposiciones necesitadas de ésta.

III

1. Ya desde antiguo y de forma más intensa en los últimos años se han ensayado distintos intentos de revisión de la ciencia jurídico-penal descrita en el apartado precedente. Ejemplos de una tal actitud las representan: la exigencia de realismo, formulada por la doctrina italiana (17); el postulado de que el método en el estudio del Derecho se desplace desde un pensamiento en función del sistema, a uno en consideración de los problemas concretos (18); y, por último, la exigencia de tener en cuenta la política criminal tanto al interpretar los preceptos, como al elaborar las nociones integrantes del sistema (19). Todas estas propuestas si bien suponen importantes revisiones del método dogmático, mantienen las líneas básicas definidoras de éste como conocimiento científico del Derecho penal positivo. Las necesidades actuales conducen a mantener dicho método por las razones y según los términos antes expuestos; pero a desarrollar, junto a él, los procedimientos destinados, por una parte, a adquirir cabal conocimiento de la realización —o falta de realización— de las normas penales en la vida social y, por otra, a estudiar cuáles deben ser las reformas a introducir en la situación hoy existente para lograr una satisfactoria evolución del Derecho penal. Del método dogmático y de la necesidad de adquirir conciencia de la realización de las normas penales en la práctica, nos hemos ocupado ya con cierta extensión anteriormente. Nuestra atención se centrará, pues, desde ahora sobre el examen del ter-

(17) Cfr. lo expuesto en nota (9) del presente trabajo.

(18) MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975. páginas 179 y ss.; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 281 y ss.

(19) ROXIN, *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, traducción de MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1972.

cero y último de los referidos aspectos, a saber, las reformas a introducir.

2. El plantear la cuestión de si la situación actual resulta satisfactoria la regulación jurídico-penal, hace necesario el hacer una referencia, por breve e incompleta que pueda resultar, a algunas formas actuales de delincuencia en España, como fenómenos vinculados a la evolución actual de la sociedad.

A) Ante todo y entre los delitos contra el patrimonio, interesa destacar, como modalidades actuales, los llamados delitos económicos, el cheque en descubierto y la sustracción de vehículos de motor.

Uno de los fenómenos que ha ocasionado una mayor inquietud en amplias esferas de la opinión pública española, es el representado por la llamada «delincuencia económica» (20). La preocupación por la misma aparece vinculada a la convicción general de que la realización de dichas acciones delictivas es relativamente frecuente en la vida mercantil y de que su punición por los Tribunales tiene lugar únicamente en un porcentaje escasísimo de supuestos. Causa, además, alarma social el que una tal impunidad conduzca, a su vez, a un incremento y proliferación de las referidas infracciones que pueden pasar a convertirse en propias y verdaderas *prácticas* mercantiles. Como ejemplos de esta clase de delincuencia las Memorias oficiales del Tribunal Supremo destacan las siguientes acciones: simulación de dividendos ficticios destinada a engañar al público; realización de operaciones tendentes a mejorar a los miembros del Consejo de Administración en perjuicio de la Sociedad, de los accionistas o de sus acreedores (21).

B) La especulación del suelo provocada por la necesidad de vivienda ha conducido a la comisión de delitos de fraude por inmobiliarias que, simulando bienes imaginarios, obtienen entregas de dinero por un número frecuentemente elevadísimo de personas que efectúan dichos pagos al objeto de ocupar una vivienda que no llega jamás a ser entregada. Un fenómeno social similar ha conducido a la frecuente comisión del delito de percepción ilegal de primas para el arriendo de viviendas.

Con la especulación del suelo se encuentra, asimismo, relacionada la práctica de conductas imprudentes en la construcción de inmuebles —piénsese en el empleo de materiales de calidad y resistencia insuficientes, con un propósito de lucro— que ocasionan el hundimiento de edificios con resultados lesivos para las personas y el patrimonio. Las estadísticas de los últimos años dan una cifra media de accidentados en el sector de la construcción superior en tres veces a la que tiene lugar en las restantes esferas labora-

(20) *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 1968, pp. 255 y ss.; *Memoria*, 1969, pp. 269 y ss.

(21) *Ob.* y *lug. cit.* en nota anterior.

les, con la particularidad, además, de que el porcentaje de accidentes mortales es muy elevado (22).

C) Un grupo de delitos cuya aparición se muestra claramente vinculada a ciertos rasgos de la sociedad actual está constituido por aquéllos que, llevándose a cabo por una pluralidad de acciones atentatorias, cada una de ellas, contra un individuo en particular, responden en su conjunto al cumplimiento de un propósito unitario, causando una lesión a una masa considerable de personas. Precisamente esta característica ha dado lugar a que dichas infracciones hayan recibido en la doctrina española, al ocuparse bajo el ángulo dogmático de ellas, la denominación de delitos-masa (23). Los intereses lesionados por dichas conductas pueden ser muy diversos; desde el patrimonio hasta la salud pública. Algunos ejemplos ilustrarán sobre este grupo de delitos.

Una primera muestra lo ofrece la acción de quien, en virtud de un engaño dirigido a un grupo, frecuentemente muy numeroso de personas, ocasiona a ellas un perjuicio económico, con la particularidad de que cada uno de los actos de estafa realizados, aisladamente considerado, ocasiona un perjuicio reducido, pero en su totalidad origina uno muy elevado. Con frecuencia estos delitos son efectuados con ocasión del ejercicio de actividades destinadas a satisfacer preteritorias necesidades de la comunidad, tal como la de vivienda. La aparición de estas infracciones está relacionada con el desarrollo de los medios de comunicación social y el nacimiento de la llamada economía de consumo.

Otro ejemplo lo ofrece la conducta del comerciante de aceites o de bebidas alcohólicas, que expende su mercancía tras haberla adulterado con un obvio propósito de lucro, ocasionando un perjuicio económico consiguiente a la deficitaria calidad del producto vendido y, eventualmente, un riesgo para la salud.

Un último caso lo puede ofrecer la acción a la que, en términos generales, hicimos ya antes referencia de la estafa en la construcción de viviendas (24), en todos aquellos casos en los que dicha conducta se materialice en una pluralidad de actos y de víctimas.

D) Finalmente, debemos hacer aquí una referencia a las acciones que, de uno u otro modo, provienen de la violencia, ya individual, ya colectiva, como conductas que en determinados casos han conducido —piénsese, v. gr., en ciertos secuestros— a una propia y verdadera capitulación por parte del Estado que, para evitar determinados males, accede a las exigencias de los autores de los delitos.

(22) *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 1966, pp. 35 y ss., 173 y ss.; *Memoria*, 1967, pp. 40 y ss.; *Memoria*, 1968, pp. 53 y ss., 218 y ss.

(23) REOL SUÁREZ, *El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1958, pp. 21 y ss.

(24) *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 1966, pp. 173 y ss.; *Memoria*, 1968, p. 55.

E) Las conductas hasta aquí expuestas representan algunas de las modalidades que mayor importancia pueden mostrar en relación a la sociedad actual. Su naturaleza y gravedad es evidentemente muy heterogénea. Y la razón de su interés también. En determinados casos constituyen acciones vinculadas a determinados hechos económicos, como los ejemplos referentes a la especulación del suelo y a los delitos-masa ponen de relieve. En otros, el interés que despiertan para el penalista no provienen acaso tanto de la forma de aparición de las mismas, cuanto de los hechos que, con ocasión de la reacción del Estado frente a dichas conductas, tienen lugar. Tal es el caso de los actos de violencia de los que antes hicimos mención. Observemos, por último, que en ciertos supuestos la reprobación social a dichas acciones no es intensa, en tanto que en otros casos ocurre precisamente lo contrario.

3. En cumplimiento del propósito antes enunciado procede seguidamente que dediquemos nuestra atención a la función que a la ciencia jurídico-penal corresponde, de crítica valoración del ordenamiento jurídico-penal. Para llevar a cabo un tal cometido será preciso que se tome en consideración dicho ordenamiento tanto en su formulación legal, es decir, en el plano del *deber ser*, como en su realización social, esto es, en el nivel del *ser* —aspecto éste que examinaremos en un apartado posterior—. Una vez examinada en los apartados sistemáticos precedentes la necesidad de lograr un acabado conocimiento de la Ley y de la realización —o falta de realización— de la misma en la vida social, nuestra atención seguidamente se centrará, pues, en la exposición, necesariamente breve, de algunas de las directrices a las que la ciencia jurídico penal debe acomodar su tarea para cumplir la referida función crítica.

A efectos sistemáticos cabe agrupar dichas directrices en torno a los presupuestos y las sanciones. A la somera exposición de uno y otro aspecto seguirán unas consideraciones finales.

A. a) Por lo que a los presupuestos del Derecho penal se refiere, interesa, ante todo, recordar el muy conocido postulado conforme al cual el legislador debe limitar el ámbito del Derecho penal a la tutela de aquellos bienes cuya salvaguarda realmente interesa a la sociedad y para cuyo mantenimiento resulta imprescindible acudir, como *última ratio*, a la conminación penal (25). El cumplimiento de esta exigencia debe, ante todo, conducir a la derogación de ciertas figuras de delito, esto es, a la llamada «desincriminación» y «despenalización» de determinadas infracciones hoy existentes. En términos generales, entendemos que un tal efecto debe alcanzar a dos grupos de delitos distintos; a saber, a aquellos cuyo castigo aparece vinculado a determinadas actitudes

(25) MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Traducción y Notas de Derecho Español por CORDOBA RODA, I, Barcelona, 1962, pp. 30 y ss.; MIR PUIG, *Introducción*, cit., pp. 124 y ss.

valorativas de la sociedad que puedan haber experimentado una transformación, como es el caso de los delitos contra la seguridad del Estado y los contrarios a la honestidad sexual, y a aquellos otros de gravedad o desvalor escaso y cuya conminación penal ha estado motivada en un propósito no alcanzado de prevención general, como sucede con las infracciones en materia de tráfico, constitutivas originariamente de infracciones administrativas.

La realización del postulado antes formulado referente al ámbito correspondiente al Derecho penal, debe, además, conducir, si es que pretende alcanzar un desarrollo y significación superior al de pura función delimitadora de la esfera de dicha rama del Derecho, a someter a la misma todas aquellas acciones que atenten contra los bienes sustanciales de la comunidad social. Esta afirmación cobra especial significado en relación a aquellas modalidades delictivas que en la actualidad sean merecedoras de una mayor reprobación social. El progreso del Derecho penal resulta ciertamente en muchos casos de una derogación de infracciones existentes, pero, en otros, de la inclusión de determinadas acciones dentro de su ámbito. Especial significación cobran aquí las palabras de un jurista contemporáneo conforme a las cuales es función del Derecho penal no sólo poner límites a la libertad, sino, además, crear libertad. El cumplimiento de esta segunda exigencia no depende tanto de la promulgación legal de nuevas figuras de delito —ya que, en términos generales, el Código contiene tipos en los que las referidas acciones resultan subsumibles—, cuanto de la remoción de determinados obstáculos, de hecho y de derecho, para la aplicación de los tipos penales. Como ejemplo de los primeros baste hacer referencia a las dificultades inherentes a las limitaciones orgánicas y funcionales de la Administración de Justicia, en relación a la persecución de determinadas conductas. Y como obstáculos de carácter legal debemos aquí aludir a la censurable existencia de determinados grupos de personas infundadamente sustraídas a la acción de la jurisdicción ordinaria del Estado y sometidas a fueros especiales.

b) El desarrollo del principio conforme al cual la pena presupone culpabilidad, requiere, según doctrina ampliamente difundida, el cumplimiento de varias exigencias que constituyen, a su vez, criterios para una evaluación crítica de la Ley y para, en su caso, una reforma de ésta. Ante la imposibilidad de analizar aquí la interesante cuestión de hasta qué punto estas exigencias pueden ser desprendidas de presupuestos distintos al de la culpabilidad, cuestión por nosotros examinada en otro lugar (26), pasemos seguidamente a estudiar dichos postulados.

a') El desarrollo de la doctrina normativa de la culpabilidad en su configuración originaria que concibe al dolo y a la culpa

(26) Para la exposición de nuestro pensamiento en relación con este punto nos remitimos a CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977, pp. 18 y siguientes.

como las dos formas de aquélla, conduce a reclamar que toda responsabilidad penal descansa en una relación de dolo o culpa entre el agente y el resultado, y a descartar, por consiguiente, que el puro y simple nexo de causalidad entre uno y otro dé lugar al nacimiento de responsabilidad penal. Esta primera exigencia es incumplida por aquellos preceptos del Código penal y de la legislación especial, que admite una responsabilidad penal en los supuestos de *preterintencionalidad o de cualificación por el resultado*. Se habla de preterintencionalidad, según es sabido, siempre que la intención del sujeto de producir un cierto resultado delictivo es superada por el efectivamente ocasionado. Y de delitos cualificados por el resultado en todas aquellas infracciones en las que la simple causación de éste —que no precisa ni haber sido querido por el sujeto, ni ser atribuible a título de culpa—, o agrava la responsabilidad penal, o da lugar al nacimiento de ella.

b') Una segunda exigencia que del principio de culpabilidad se ha derivado, se manifiesta en el criterio regulador de la pena, conforme al cual ésta no debe rebasar el marco fijado por la culpabilidad de la respectiva conducta (27).

c') Observemos, por último, que del principio de culpabilidad se ha extraído el juicio según el cual no se deben tomar en consideración presupuestos distintos al de la llamada *acción culpable* a los efectos de crear o agravar la responsabilidad penal. Con un tal juicio se pretende evitar que elementos tales como un *cierto modo de ser o comportarse* puedan motivar los referidos efectos jurídicos. Un tal principio no resulta contradicho por la circunstancia de que la Ley permita atender a datos distintos a los de la acción ejecutada, v. gr., a la personalidad del sujeto para elegir una entre las varias sanciones previstas por la Ley para una determinada conducta, o para concretar la pena entre los márgenes establecidos por el correspondiente precepto legal. Sí que resulta, en cambio, vulnerable el sentido material de garantía que al referido postulado corresponde, en aquellos casos en los que la Ley prescribe bajo el disfraz de medidas de seguridad para prevenir la peligrosidad, propios y verdaderos castigos para presupuestos constituidos por efectivos modos de ser o comportarse.

c) Uno de los postulados a los que la evolución de la doctrina penal ha conducido y al que aquí interesa hacer somera referencia, es el de la renuncia a la pena correspondiente al delito en todos aquellos casos en los que ésta deje de ser necesaria. En términos generales una tal renuncia puede manifestarse, o en la inexecución total de la pena, o en una disminución de ésta por debajo del marco fijado por el principio de adecuación entre el

(27) Para un tratamiento de esta materia que aquí no puede más que ser enunciada, cfr. el volumen monográfico de la Revista de Ciencias Penales, Instituto de Ciencias Penales, Chile, Coloquio Internacional celebrado bajo los auspicios del Instituto entre el 4 y el 12 de abril de 1973; 1. *La Pena*, enero-abril, 1973, núm. 1, T. XXXII.

desvalor del acto y la gravedad de la sanción. Y a la cuestión que con ello se plantea, de cuándo debe entenderse que la pena deja de ser *necesaria*, respondamos que la necesidad es un concepto de referencia, pues se es, o no, necesario para un cierto objeto, y que éste no puede aquí sino ser la prevención del delito (28).

B) En cuanto a los efectos jurídicos del delito, constituidos por la pena y la medida de seguridad, cabe agrupar las directrices que hoy presiden su evolución y reforma, en torno a los siguientes apartados:

a) En consideración a razones, ante todo, de humanidad se postula hoy la supresión de la pena de muerte y la sensible rebaja del marco máximo de la privación de libertad. En favor de esto último se aduce, en particular, que una permanencia en prisión por un período superior a los diez o quince años deteriora de forma irreversible la personalidad.

b) La evolución jurídica en la presente materia ha conducido también a proponer la introducción de nuevas medidas frente al delito, tales como el internamiento en establecimientos de terapéutica social, en establecimientos psiquiátricos o de educación, así como la prestación de actividades en favor de la sociedad, cuya enumeración y estudio prolijo no resulta aquí posible (29).

Y dicha evolución ha conducido también a prestar nueva atención a los principios que deben regir la ejecución de la pena. Una de las tareas que en la presente materia es preciso realizar, es la de desarrollar las manifestaciones o consecuencias a las que la admisión de los nuevos principios conduce —piénsese, v. gr., en el de respeto a la autonomía de la personalidad del condenado—, así como su ordenación y coordinación con otras exigencias que hoy rigen el cumplimiento de las penas (30).

c) Por último, entendemos oportuno formular aquí unas consideraciones sobre la eficacia de los recursos, representados por las penas y medidas de seguridad, en su reacción frente al delito. El que la Ley penal responde al fin de la lucha contra la criminalidad, resulta indiscutible. Ello no significa, sin embargo, que aquélla constituya el único medio para el cumplimiento de tal cometido, ni que el criterio de la eficacia sea el exclusivo para medir la bondad de una Ley. Ni tampoco supone el desconocer que la determinación en la realidad social del ámbito de acciones que son objeto de persecución y castigo por los órganos del Estado depende en elevada medida de factores y circunstancias

(28) Para una exposición de las cuestiones que el referido postulado plantea y que, obviamente, no pueden aquí ser desarrolladas, nos remitimos a nuestro libro *Culpabilidad y Pena*, cit., pp. 53 y ss.

(29) De interés en la doctrina española: BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Madrid, 1974.

(30) En la doctrina de habla española: BERGALLI, *¿Readaptación social: por medio de la justicia penal?*, Madrid, 1976.

extrínsecos a dichas acciones, lo que supone que la comisión de acciones idénticas bajo el punto de vista de la ley penal puede conducir a efectos tan distintos como la no persecución en un caso y la punición en otro (31). Ciertas observaciones resultan necesarias en relación a las dos primeras de las tres reservas que acabamos de formular. En relación al primero de los aspectos reseñados, debe la sociedad adquirir conciencia de que el delito es, de algún modo, un hecho unido a la evolución de aquélla, que merece la aplicación de un esfuerzo a través de medios distintos a la represión penal. Los recursos a los que la comunidad debe para ello acudir son, según es sabido, la oferta de igualdad real de oportunidades, la asistencia social, una política apropiada en materia de vivienda, etc... En cuanto a la segunda de las reservas antes aludidas, huelga decir que la eficacia no representa el único criterio para evaluar la Ley penal, pues el principio de garantía y el respeto a los derechos del hombre tienen carácter prioritario.

C) Los principios inspiradores de la evolución del Derecho penal hasta aquí expuestos han sido en la actualidad puestos en grave peligro por el desarrollo de dos conjuntos normativos integrados por el Derecho penal Administrativo y el de las medidas de seguridad. Por lo que al primero se refiere, es preciso aquí hacer referencia a la ampliación del ámbito de las acciones sometidas al mismo, a la agravación de las sanciones administrativas que, en muchos casos alcanzan una intensidad similar al de las propias penas, y a la disminución de las garantías procesales a las que la aplicación de tales sanciones está sometida (32).

En cuanto a la regulación de las medidas de seguridad ha sido justamente censurado el que éstas en su aplicación real resulten absolutamente desvirtuadas al convertirse en propios y verdaderos castigos, en relación a hechos que, por lo demás, aparecen frecuentemente previstos en la Ley como delitos (33). Criticable resulta también la laxitud con la que en muchas ocasiones se ha interpretado la peligrosidad criminal. Frente a dicha actitud interpretativa debe recordarse que la estimación de dicha peligrosidad requiere el que el juicio de probabilidad aparezca referido a la comisión futura de *delitos* (34).

(31) Recuérdense aquí las observaciones formuladas por un sector de la doctrina en relación al proceso de marginalización que la imposición de las penas privativas de libertad conlleva: BARATTA, *Sistema penale ed emarginazione sociale*, en *La questione criminale*, 1976, pp. 237 y ss.; FRAGOSO, *Marginalité sociale et justice*, Ponencia al IX Congreso Internacional de Defensa Social, Caracas, 1976, pp. 15 y s.

(32) CASABO RUIZ, en J. CÓRDOBA RODA, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *DEL TORO MARZAL, Comentarios al Código Penal*, II, Barcelona, 1972, pp. 78 y ss.

(33) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre 1965, pp. 10 y ss.

(34) De interés DE SOLA DUEÑAS, *La idea de peligrosidad*, Tesis doctoral, Barcelona, 1975, pp. 322 y ss.

4. A) De la discrepancia entre normas jurídicas y normas sociales o, lo que es lo mismo, entre el *deber ser* y el *ser*, nos ocupamos ya anteriormente al estudiar el proceso de aplicación de la Ley a la realidad. La evaluación de un tal fenómeno no puede siempre ser del mismo signo. No se olvide que gracias precisamente a la vulneración de determinadas normas jurídicas, puede llegarse en ocasiones a la solución satisfactoria de cuestiones concretas planteadas en la práctica.

En relación a estos fenómenos que acabamos de recordar, es preciso hacer referencia aquí, por último, a que el lograr una correcta respuesta frente a los problemas y cuestiones suscitadas por la sociedad actual no depende tan sólo de la formulación de una legislación cumplidora de los criterios y directrices antes expuestos. Y ello, no sólo por las limitaciones, ya antes aludidas, a las que toda obra legislativa está sometida —piénsese, v. gr., en la necesidad de acudir a recursos distintos a la pena y medida de seguridad para la reacción frente al delito—, sino además por la posibilidad de que la regulación legal dictada deje de ser cumplida en la realidad. Hagamos referencia, para concluir, a algunos aspectos de dicho fenómeno.

B. a) La escasa disposición de la sociedad a cumplir con el deber de denuncia y, en términos generales, a colaborar con la Administración de la justicia penal, estimulada por las cargas y molestias que la prestación de tales actividades conllevan y unida a los varios defectos de los que la referida administración sufre, contribuye a la frecuente impunidad de los delitos. Los organismos oficiales admiten que, en términos globales, únicamente del doce a dieciséis por ciento de los hechos producidos motivan una reacción penal (35).

b) Y, obsérvese, en segundo lugar, que determinados principios y regulaciones que en su formulación pueden resultar satisfactorios, adquieren en la realidad una imagen muy distinta. Esta consideración es aplicable a sectores muy diversos.

Así, la remisión condicional de la pena y la libertad condicional son aplicadas, no obstante el imperativo legal, de una forma estereotipada sin prestar atención a las características personales del infractor (36). La ausencia de instituciones y la insuficiencia de personal capacitado en el ámbito penitenciario representan obstáculos decisivos —amén de los defectos inherentes a la normativa jurídica— para alcanzar los fines atribuidos por la Ley a las penas. En parte como consecuencia de ello, muestran los Tribunales una cierta tendencia a disponer la aplicación de las penas en su margen mínimo y a hacer un uso indiscriminado de los beneficios

(35) *Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1966, pp. 22 y s., 32 y ss.; *Memoria*, 1968, p. 132; *Memoria*, 1969, pp. 79 y s.; 93 y s.

(36) *Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1966, pp. 21 y ss., 44; *Memoria*, 1969, pp. 143 y s.

penales (37). De un modo parecido la falta de instituciones para la ejecución de medidas de seguridad puede conducir a que los Tribunales traten de evitar la declaración de peligrosidad y la consiguiente aplicación de medidas de seguridad (38). Finalmente, el propio principio de igualdad de todos los individuos ante la Ley penal, sufre en su realización práctica considerables limitaciones.

(37) *Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1966 pp. 21 y ss.; *Memoria*, 1967, pp. 84 y s.; *Memoria*, 1969, p. 151.

(38) *Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1966, pp. 22, 41 y s. y 109.

La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito «sui generis»

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Profesor Ayudante de Derecho penal. Universidad de Sevilla

SUMARIO (*): A. EL DELITO «SUI GENERIS».—I. Introducción.—II. ¿Delito «sui generis» o jurisprudencia de conceptos?—III. El concepto de delito «sui generis»: a. El concepto de delito «sui generis» en la evolución doctrinal. b. Toma de posición: a'. Premisa metodológica: la función de la normativa concursal. b'. La prueba del delito «sui generis». 1. La participación en los delitos contra la vida. 2. La relación hurto-roboto: problemas concursales. 3. El error en el cohecho.—IV. Conclusiones.—B. LA FUNCIÓN DE LA NORMATIVA CONCURSAL.—I. Presupuesto: a. La interpretación de los tipos penales. b. El contenido del tipo como criterio de delimitación en materia concursal.—II. *El concurso de leyes*: unidad de acción y de norma penal violada.—III. *El concurso ideal de delitos*: unidad de acción y pluralidad de normas penales violadas.—IV. *La unidad jurídica de acción*: pluralidad de acciones y unidad de norma penal violada.

A. EL DELITO «SUI GENERIS»

I

En toda comunidad organizada jurídicamente existe una serie de intereses sociales que el legislador eleva a la categoría de Bienes jurídicos y a los que hace objeto de protección especial. Dicha protección la lleva a cabo el legislador mediante la creación de *mandatos y prohibiciones*. Normas, en definitiva, que vinculan a todos los miembros de la comunidad (1). El instrumento de que se va a valer el legislador para obligar a que las normas se respe-

(*) Por razones de extensión aparecerá el artículo dividido en dos partes.

(1) Véase CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, Parte general, I, Introducción, Madrid, 1976, págs. 11-13. Una exposición de la evolución de la doctrina del Bien jurídico protegido, con especial referencia a la fundamentación basada en el «funcionalismo» americano, puede encontrarse en MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, páginas 128-140.

ten es el Derecho penal, que responde con la pena a *determinados* ataques a los bienes jurídicos.

En su tarea de protección de Bienes jurídicos, habría podido proceder el legislador estableciendo que toda lesión o puesta en peligro de aquéllos sería castigada con una pena. Ello significaría que el Juez podría castigar *cualquier* atentado contra el Bien jurídico protegido, una vez demostrada la antijuricidad y la culpabilidad del autor. Sin embargo, esa manera de proceder supondría un grave atentado contra la *seguridad jurídica*, ya que el Juez podría moverse con excesivo arbitrio. Contra tal estado de cosas luchó el *liberalismo* en el siglo XVIII, a fin de conseguir que la ley estableciera de manera *precisa* los límites dentro de los cuales determinada conducta es penalmente relevante; consiguiendo delimitar con ello el campo del actuar humano en que el ciudadano puede moverse libremente. El medio de que el legislador se sirve para llevar a cabo esta tarea de garantía es el de la formación de *tipos penales*. De las muchas maneras en que el individuo puede atentar contra los Bienes jurídicos protegidos, el legislador selecciona, configurando *en abstracto* el marco o conjunto de los comportamientos que sí van a ser penalmente relevantes, y a los que hace merecedores de una sanción penal. Esta manera de proceder del legislador en materia penal, es lo que constituye el *carácter fragmentario del Derecho penal* (2).

En este trabajo empleamos el concepto *tipo penal* como determinación por parte del legislador, con carácter *abstracto* (3), de una

(2) Como estima MEIOWALD, el carácter fragmentario del Derecho penal es, a veces, el tributo que aquél debe pagar como consecuencia de su voluntad de respeto a la dignidad humana y garantía de libertad para el ciudadano, principios de rango constitucional en países democráticos. MEIOWALD, M., *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en Fest. für R. MAURACH, Karlsruhe, 1972, págs. 9-23. Por supuesto que el legislador penal se equivoca muchas veces, y el intérprete debe distinguir, a mi manera de ver, estos casos de aquellos en que el legislador ha querido deliberadamente limitar el ámbito de punición en un caso concreto. Ello no quiere decir que el intérprete sea libre para subsanar el error del legislador, extendiendo dicho ámbito de punición a su arbitrio. Muy al contrario, es el contexto más amplio de la totalidad de la ley penal y los principios de Justicia y Seguridad jurídica que la informan los que facilitarán al intérprete una solución en el caso concreto, conforme a la Idea de Justicia y a la voluntad de la ley penal. Ejemplos de lo que decimos aparecen frecuentemente en este trabajo. La interpretación aislada del artículo 409 CP, que sanciona la inducción y el auxilio al suicidio (en relación con el artículo 407), permite, en un caso de error sobre la voluntad del suicida, castigar menos severamente que mediante una interpretación conectada de ambos preceptos en la que se tenga en cuenta tanto el presupuesto del tipo como la consecuencia jurídica, es decir, la gravedad de la pena a imponer en uno y otro caso (ver *infra*, A. II. b. b'. 1.).

(3) A diferencia del tipo *concreto*, que expresa una circunstancia de hecho, el tipo *abstracto* hace referencia al presupuesto de la sanción penal, presupuesto recogido en la ley. Y frente a otros tipos «abstractos», se diferencia el empleado aquí en que aquellos hacen referencia a la «función dogmática del tipo» en la teoría del delito; mientras que éste, como dice ENGISCH, se refiere a la «estructura ontológica y lógica de cada uno de los elementos del

concreta conducta humana a la que une como consecuencia la sanción penal; pues se trata, en definitiva, de analizar la frontera entre determinados tipos de la Parte especial del Código penal, dado el parentesco o proximidad existente entre ellos.

En su función de concretar lo más posible la tarea del Juez, dispone el legislador de una pluralidad de recursos mediante los que indicarle los *límites* dentro de los cuales desea que aquél haga intervenir a la Justicia penal, a través de la aplicación de una sanción. Según la manera de proceder del legislador, es decir, el recurso empleado, pueden ser calificadas las circunstancias modificativas de la punibilidad en dos grandes grupos:

a. *Modificaciones sin el carácter de típicas.* Entre ellas están: a' Todas las causas genéricas de modificación de la punibilidad, sean de naturaleza *agravatoria* (agrupadas en nuestro Derecho en el art. 10 del Código penal), sean de naturaleza *atenuatoria* (agrupadas también en el art. 9 CP); existiendo todavía un tercer grupo, de naturaleza *mixta*, cual es el formado por las circunstancias recogidas en el artículo 11 CP. Estas modificaciones suelen encontrarse en la Parte General del Código. b' Causas especiales de modificación de la punibilidad, recogidas, a diferencia de las anteriores, en la Parte especial del Código, para un delito o grupo de delitos en concreto, que pueden ser también de carácter *privilegiado* o *cualificado* (como, por ejemplo, el art. 506 del Código que obliga al Juez a imponer la pena máxima a los robos de los arts. 504 y 505 cuando concurren una serie de circunstancias concretas y perfectamente delimitadas como las de llevar armas, verificarlo en una casa habitada, o cuando se asaltare una oficina bancaria; o el art. 511, que permite al Juez elevar a la pena superior en grado los robos de los artículos señalados, teniendo en cuenta la alarma producida, alteración del orden público, antecedentes de los delinquentes u otras circunstancias que hayan influido en el propósito criminal). c' Las *cláusulas generales*, empleadas por el legislador para la determinación de la pena, que son declaraciones de aquél con el carácter de *pseudotipo* y que contienen causas de modificación explícitas, pero de forma *vaga y generalizadora*, por lo que no pueden merecer la caracterización de típicas (4). También hay que distinguir entre aquéllas que

tipo» (ver ENGISCH, K., *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, en Fest. für E. MEZGER, Munich, 1954, págs 130-131). El concepto de tipo que aquí empleamos es aquel que hace referencia a las normas del Código penal, es decir, aquella parte de la norma que contempla una conducta humana y que sirve para determinar si unas «circunstancias de hecho» (ocurridas realmente) pueden ser consideradas como un caso que «cae» dentro del tipo en cuestión. HASSEMER, W., *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968, pág. 11.

(4) Empleamos el concepto *cláusula general* en su sentido más amplio posible, que abarca en su seno no sólo a las *cláusulas generales* en sentido estricto, sino también los *conceptos jurídicos indeterminados, reglas de determinación de la pena por el juez, conceptos necesitados de valoración y reglas*

producen efecto de privilegio (como ocurre en el art. 318 del Código que permite imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada para los delitos incluidos en el Capítulo donde aparece y en los precedentes teniendo en cuenta la «gravidad del hecho») o de *cualificación* (tal es el caso del art. 546 bis d) que permite imponer además la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión y el cierre temporal o definitivo del establecimiento de los autores del delito de receptación recogido en los artículos precedentes, cuando a juicio del Tribunal los hechos previstos en los artículos anteriores fueran de «suma gravedad»; o el art. 546 bis e) que impone a los Tribunales la obligación de graduar las penas señaladas en los artículos anteriores atendiendo a las «circunstancias del hecho»).

b. *Circunstancias modificativas con el carácter de típicas*. A diferencia de lo que ocurría en los casos anteriores, las circunstancias modificativas aparecen formando parte de un nuevo tipo, no quedándole más remedio al Juez que partir del ámbito de determinación de la pena del tipo derivado, sin necesidad de acudir en principio al tipo *básico*.

Como ya decíamos al principio, el legislador no se conforma con castigar cualquiera de las formas de conculcar el Bien jurídico protegido, sino que exige del Juez que sólo lo haga en los casos concretos a que se refiere con carácter abstracto en el respectivo tipo penal. Por otra parte, no ha creado un único tipo para cada uno de los Bienes jurídicos protegidos, como lo demuestra el hecho de que los Bienes jurídicos sean unos pocos, mientras que los tipos de la Parte especial son varios cientos. Con un simple vistazo a la Parte especial puede comprobarse la existencia de unos cuantos tipos básicos (que casi se corresponden con los Bienes jurídicos protegidos), que el legislador utiliza como punto de partida para la formación de grupos de delitos. Así ocurre que el artículo 407 del Código, que castiga el homicidio, puede ser considerado como tipo básico de los delitos contra la vida humana independiente (Capítulo primero y segundo del Título VIII), entre los cuales se encuentran como formas cuali-

de casuística (GARSTKA, H., *Generalklauseln*, en KOCH, H.-J. (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg/Ts., 1976, págs. 96-123). Así, pues, en el esquema de RICHTER, que en líneas generales hemos seguido (RICHTER, J., *Zum Begriff des «delictum sui generis»*, tesis doctoral, Munich, 1956, págs. 4-11), introducimos una doble salvedad: considerar dentro de los grupos de *circunstancias modificativas de la punibilidad*, circunstancias de carácter *descriptivo*, es decir, no necesitadas de valoración especial por parte del juez; y traer al apartado de las *cláusulas generales* las circunstancias modificativas a que acabamos de hacer referencia. Ello quiere decir que RICHTER sostiene, al igual que MAURACH, R., *Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, Tomo I, Bonn, 1954, pág. 250), un concepto abierto de *cláusula general*, obligándose a establecer una delimitación no del todo clara. Naturalmente, la diferenciación introducida por nosotros es intencionada.

ficadas, de una u otra manera emparentadas, el parricidio (artículo 405), el asesinato (art. 406), el homicidio en riña tumultuaria (art. 408), la ayuda e inducción al suicidio del artículo 409. O entre los delitos contra el patrimonio de apoderamiento, dentro de los cuales el hurto del artículo 514 es el tipo básico, tanto de otros hurtos cualificados recogidos en el Capítulo II del Título XIII del Código, como respecto a las diversas modalidades de robo del Capítulo I de dicho Título.

Para la construcción de la Parte especial, la formación de estos grupos de delitos es de especial significado, pues permite al legislador partir de determinados tipos delictivos para concebir todas y cada una de las restantes figuras delictivas mediante el fácil procedimiento de describir de forma sencilla aquellos casos que se desvían del tipo básico que sirvió de punto de partida. Puede verse cómo es utilizado este procedimiento por el legislador español en el delito de aborto (art. 411), donde recoge el tipo básico de realización del aborto por un tercero ajeno a la propia mujer, y donde ya se distingue según que aquél haya obrado con o sin el consentimiento de la embarazada, con o sin violencia, o cuando resultase la muerte de la mujer. Y a continuación, una modalidad imprudente de producción violenta del mismo por persona ajena a la mujer, en el artículo 412; el aborto ocasionado por la propia mujer y el consentido, en el artículo 413; el aborto «honoris causa», en el artículo 414, con penas atenuadas para la mujer y los padres de la misma. Para acabar finalmente con señalar una pena agravada para el facultativo que intervenga en un aborto (art. 415).

La delimitación, en particular, en estos casos de qué figura delictiva constituye el tipo básico y cuáles sus formas cualificadas no puede ser hecha «a priori» ni de una vez para siempre (5) residiendo ahí la razón de por qué la doctrina no se pone de acuerdo sobre el concepto delito «sui generis» y su eficacia para la interpretación (6). Sin embargo, es un tema en íntima conexión con la llamada «Parte general de la Parte especial», de tanto interés práctico (7).

(5) Como en este trabajo se verá con frecuencia el defecto inicial de partir de un tipo básico respecto del que pueden aparecer otros tipos cualificados (con el carácter de delito autónomo o no) puede producir efectos negativos, si se incide en el error de sólo acudir al tipo básico para interpretar el tipo cualificado y no proceder también a la inversa, es decir, tener en cuenta el tipo cualificado para interpretar el tipo básico; siendo así que el tipo cualificado siempre «se apodera» de alguna característica que deja de pertenecer al tipo básico, delimitando, por tanto, el ámbito de punición de aquél.

(6) Ver el apartado inmediatamente inferior, «¿Delito sui generis o jurisprudencia de conceptos?».

(7) La conexión de los problemas que aquí queremos estudiar con la llamada «Parte general de la Parte especial» es grande, sin que lleguen a identificarse. La relación entre ambas es paralela a la ya vista entre los tipos *abstractos* de delito. Con ello queremos decir que mientras E. WOLF (*Die Ty-*

Las circunstancias que tiene en cuenta el legislador en la formación de estos tipos *derivados* pueden ser de la más diversa naturaleza, estando basadas unas veces en criterios objetivos, como la cuantía o el valor del resultado producido (así ocurre por regla general en los delitos contra el patrimonio, donde el legislador español atiende al valor de lo sustraído para determinar la medida de la pena, por ejemplo el art. 505 CP), o en la forma de producción, como puede verse en el robo, donde la modalidad comisiva de que se haya empleado o no violencia contra las personas o fuerza en las cosas es la que determina que estemos ante un robo (arts. 500 y ss.) o ante un hurto (arts. 514 y ss.). O basada en criterios que hacen referencia a un «tipo de autor», entre los que destaca la repetición del actuar delictivo (como ocurre en materia de prostitución o en los numerosos delitos cualificados por la reincidencia de su autor, como vemos en el artículo 515, 4.º), lo representativo de su posición o una relación de autoridad (así ocurre en numerosas figuras del estupro del artículo 434 y ss., o en muchos delitos de funcionarios del Título VII del Libro II del Código), la presencia de un ánimo especial (tal es el caso del ánimo de uso en las figuras del art. 516 bis de utilización de vehículos de motor ajenos, o el ánimo de ocultar la deshonra de la madre o familiar que mata al hijo recién nacido, del art. 410).

La diversidad de efectos jurídicos que produce esta manera de proceder del legislador y la imposibilidad de obtener soluciones uniformes para todos los casos analizados, serán puestas de relieve a lo largo de este trabajo, que quiere tratar el delito «sui generis» no como un concepto fijo, sino como una constelación de casos muy diversos unidos por la característica común de que en todos ellos se plantea la interpretación de dos tipos que en cierta manera se corresponden. Si al final de nuestra exposición hubiésemos dejado claro cuál es nuestra opinión sobre la «manera» de enfrentarse con esta problemática, nuestro trabajo habría cumplido la finalidad que desde el principio nos guió.

pen der Tatbestandsmässigkeit, Breslau, 1931), W. NAUCKE (*Der Aufbau des § 330 StGB*, en Fest. für H. WELZEL, Berlín, 1974, págs. 761-774) y M. FINCKE (*Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlín, 1975) se preocupan de realizar la exposición y clasificación de una serie de delitos de la Parte especial que, por una razón o por otra, determinan una revisión, en esos casos concretamente analizados, de las categorías de la Parte general, nosotros sólo queremos ver la configuración concreta de una serie de delitos de la Parte especial, sin extraer consecuencias desde el punto de vista de la teoría general del delito, ubicada en la Parte general del Derecho penal. En las figuras analizadas aquí, el conflicto siempre se presenta entre dos tipos de la Parte especial del Código penal, estando la solución en la concreta interpretación de los tipos de injusto en cuestión, aunque, por supuesto, ello tenga una repercusión grande en categorías de la teoría del delito, como la participación, la progresión criminal o el delito continuado.

II

Tratados y Comentarios a la hora de exponer la Parte especial del StGB alemán se han visto en la necesidad de acudir al concepto delito «sui generis», en busca de ayuda para la interpretación de tantos y tantos tipos penales en alguna medida emparentados. Los resultados a que se ha llegado han sido, sin embargo, dispares. Los términos en que se realizaba su configuración variaban casi de autor a autor, siendo muy numerosos, quizá por esta razón, los impugnadores que no han aceptado la validez del concepto.

En 1956, tras el incremento de los trabajos dedicados al tema desde 1950, aparecidos sobre todo en forma de tesis doctorales (8), y especialmente tras la aportación realizada por Maurach sobre el tema entre los *Materialien* para la Reforma del StGB (9), llega E. Schneider (10) a la conclusión de que estamos ante un concepto «superficial». Parece que para Schneider todos los males del concepto se reducen a uno: el intérprete cuando se encuentra ante dos tipos de la Parte especial, en alguna medida «emparentados», sólo tiene dos alternativas, calificar de delito *especial* (sui generis) o de tipo *cualificado*. Sin acudir a un criterio fijo de decisión. Schneider quiere deducir del «error procedendi» de la doctrina una consecuencia para el delito «sui generis»: la de su inutilidad, o peor aún, la de su nocividad.

Algo, no obstante, parece claro para Schneider. El concepto delito «sui generis» no permite eludir la tarea de interpretación del contenido de sentido de un determinado tipo penal. En este aspecto, sí tiene razón Schneider. La elaboración de un concepto de delito «sui generis» no es presupuesto de la interpretación, ni un remedio para evitar su necesidad. El concepto delito «sui generis» es una consecuencia de aquélla. Siempre hay que interpretar. Lo que ocurre es que el intérprete se sirve de los elementos que el legislador le proporciona (en este caso dos tipos que se encuentran conectados de tal manera que la interpretación del contenido de uno de ellos puede ser de utilidad para la del otro, de donde se deduce la conveniencia de su interpretación simultánea) y otros que él crea, para obtener una solución adecuada a la Idea de Justicia. Por otra parte, sometiendo a comparación los resultados interpretativos a que llega en un grupo de casos con otros semejantes, obtiene conclusiones adecuadas a la Idea de Seguridad jurídica. Esa es la tarea del intérprete.

(8) HEILL, W., *Delicta sui generis*, tesis de Heidelberg, 1951; SIGLOCH, H., *Der Sondertatbestand (Delictum sui generis)*, tesis de Tübingen, 1952; HILLEBRAND, R., *Delictum sui generis oder Verbrechenfall?*, tesis de Köln, 1955; RICHTER, J., *Zum Begriff des «delictum sui generis»*, tesis de München, 1956.

(9) MAURACH, *Materialien*, tomo I, págs. 249-258.

(10) SCHNEIDER, E., *Das eigenständige Verbrechen -ein überflüssiger Begriff*, en NJW, 1956, págs. 702-703.

Como era lógico, la respuesta por parte de los partidarios del concepto no se hizo esperar. Hillebrand (11), monografista del tema, responde a las objeciones de Schneider rotundamente. El concepto y su contenido son de honda raigambre doctrinal. Las definiciones proporcionadas, frente a lo que supone Schneider, son numerosas. La función del concepto es muy concreta para Hillebrand: la respuesta a la pregunta sobre si estamos o no ante un delito «sui generis» es tarea del intérprete, que ha de aceptarlo, y deducir de él las consecuencias que se derivan, tras analizar el Bien jurídico protegido, el lugar sistemático del tipo en cuestión o la formulación legal del mismo, es decir, el sentido de la Ley o la finalidad perseguida por el legislador con esta técnica. Todos los criterios señalados son puntos de referencia a los que ha de acudir el intérprete para obtener un criterio seguro que le permita constatar la existencia de un delito «sui generis». Hecha esta constatación, no habrá ningún inconveniente en deducir las consecuencias derivadas de tal conceptualización. Con ello se obtienen resultados muy satisfactorios desde el punto de vista de la Seguridad jurídica.

Nada hay que objetar a Hillebrand sobre la importancia de los criterios a que alude para detectar la existencia de un delito «sui generis», sobre todo en lo que se refiere al criterio *teleológico*, de la finalidad perseguida por el legislador. Prueba de ello es que a dicho principio se alude en todos los trabajos de interpretación. Sin embargo, no se pueden aceptar las consecuencias a extraer de la calificación de un tipo de una manera o de otra. Deducir de dicha calificación la misma consecuencia para todos y cada uno de los problemas en torno a los cuales hay que plantear *en concreto* si estamos ante un delito «sui generis», en virtud del *telos* de la ley, es obrar en términos de la criticada *jurisprudencia conceptual*, siendo por ello rechazable (12).

La concepción de Hillebrand coincide en lo fundamental con la de los demás monografistas del tema. Por esa razón tiene sentido la crítica formulada por otros sectores de la doctrina al concepto delito «sui generis» (sobre todo los autores que recientemente se han ocupado del tema) (13), como una categoría típica de la *jurisprudencia de conceptos*. Los partidarios del concepto han discrepado mucho sobre la configuración o alcance del mismo, es decir, sobre los criterios conforme a los cuales estimar su existencia. Sin embargo, todos, salvo muy pocas excepciones, han coincidido en atribuir las mismas consecuencias una vez detecta-

(11) HILLEBRAND, *Nochmals: Das eigenständige Verbrechen ein überflüssiger Begriff?*, en NJW, 1956, págs. 1268-1270.

(12) Este sentido tiene la crítica de HAFCKE al concepto, que permite resumir todos sus defectos: partir de un presupuesto conceptual, como el título de su artículo pone de relieve. HAFCKE, B., *Delictum sui generis und Begriffsjurisprudenz*, en JuS, 1973, págs. 402-407.

(13) Además del propio HAFCKE, hay que señalar a V. HASSEMER, *Delictum sui generis*, Köln, 1974.

da su existencia, evitando la necesaria *interpretación* y prejuzgando unos efectos jurídicos que automáticamente se hacen derivar de la simple calificación delito «sui generis». De los efectos derivados de este «modus operandi» se podrían aducir un número considerable de ejemplos lamentables (14).

En su reciente trabajo sobre el tema delito «sui generis» y jurisprudencia de conceptos se plantea Haffke la utilidad de aquél desde el punto de vista a que acabamos de hacer alusión. En el artículo de Haffke, se hace particular referencia a las constelaciones de casos concretos en los que de manera ilustrativa se plantea la problemática del delito «sui generis». Consurrencia de tipos privilegiados y cualificados, participación de los delitos especiales, coautoría, delito continuado, error y tentativa, son categorías dogmáticas en torno a las cuales se cuestiona la incidencia de la conceptualización delito «sui generis», pues es allí donde está llamado a producir sus efectos. Dicho de otra manera: de un tipo de la Parte especial se dice que se encuentra en una relación de delito «sui generis» respecto a su correspondiente tipo básico, cuando en la interpretación de aquél el tipo básico no puede producir efecto alguno. Ese delito será entonces, y en ese punto en concreto, un delito «sui generis». En el caso contrario, estaremos ante un tipo cualificado, que no produce efectos especiales sobre los extremos a que acabamos de hacer referencia.

De todo ello deduce Haffke la inutilidad de un concepto como el delito «sui generis», que en ningún caso va a evitar la necesidad de una interpretación minuciosa en cada uno de los problemas en cuestión, sin que la calificación delito «sui generis» signifique ayuda alguna en la tarea del intérprete (15).

Tiene razón Haffke en señalar la manera de proceder del intérprete en su confrontación con el tema delito «sui generis». Ese método de análisis minucioso es el único que permite no caer en los errores de la *jurisprudencia de conceptos*. Conduciendo, por otro lado, a unos resultados interpretativos satisfactorios.

Sin embargo, como el propio Haffke ha puesto de manifiesto, quizá sin darse cuenta, dos son las funciones a realizar por el concepto delito «sui generis», que él rechaza: la primera es la de delimitar el campo de actuación en que dicho concepto ha de ser utilizado. Las categorías dogmáticas examinadas por Haffke son precisamente las adecuadas para tener en cuenta los efectos producidos por el llamado delito «sui generis». Por otro lado, las consecuencias a que llegue la doctrina al confrontarse con tales

(14) Uno de los ejemplos más lamentables, porque además se trata de un defecto en el que han incidido juristas de tanto prestigio como Artuhr KAUFMANN o Eberhard SCHMIDT, es el del cohecho, que en este trabajo tratamos exhaustivamente (ver *infra* A. III. b. b'. 3.). En nuestro Derecho también se podrían citar algunos ejemplos muy lamentables, como la participación en el asesinato (ver *infra* A. III. b. b'. 1.).

(15) HAFFKE, *Delictum sui generis*, pág. 407.

categorías serán el resultado de una interpretación que, en confrontación con otras teorías sobre el mismo punto, permitirán una aproximación a la Idea de Justicia. Por eso es importante tener en cuenta el concepto en cuestión.

V. Hassemer es el más reciente monografista del tema. Para Hassemer, un tipo es independiente si su consideración como tal conduce a una decisión correcta (16), de donde resulta que el método *teleológico* ofrece la posibilidad de determinar en abstracto los caracteres que constituyen la autonomía de un tipo. Sin embargo, los esfuerzos de Hassemer para lograr detectar en los típicos supuestos del delito «sui generis» esos «caracteres diferenciales» que constituyen o determinan su independencia están condenados al fracaso, y su balance sobre el valor interpretativo del concepto delito «sui generis» no tenía más remedio que ser negativo: «En ningún caso podría proporcionar el d.s.g. un concepto valorativo practicable» (17).

La regla de la *subsidiariedad* a que acude en los casos del *error* y la *participación*, con que quiere aludir a la manera de unificar ambas problemáticas, en el sentido de señalar que no estaremos ante un delito «sui generis» en esos supuestos de error y participación cuando la imposibilidad de aplicar la norma *especial* determine automáticamente la entrada en juego del tipo básico (18); como la relación *plusminus* del *delito continuado*, según la cual habrá que admitir el delito «sui generis» cuando un tipo no pueda ser realizado como delito continuado de otros tipos próximos, y negarlo en el caso contrario (19); y la valoración de la *razón de penar* en los casos de *conurrencia de tipos privilegiados y tipos cualificados*: si el tipo cualificado es independiente, no tiene preferencia el tipo privilegiado, y para que ello ocurra es necesario que posea un contenido de injusto propio (20), son formalizaciones de las soluciones dadas por el autor a los concretos grupos de casos analizados, que no le permiten generalizaciones sobre el concepto delito «sui generis».

Pretender extraer, como hace Hassemer, del delito «sui generis» un concepto valorativo, sería lo mismo que pretender obtener un criterio interpretativo de la normativa del concurso de leyes, cuya función es muy distinta, como la del propio delito «sui generis». Ambas categorías requieren siempre la interpretación previa de los tipos de la Parte especial conforme a otros criterios: la Idea de Justicia a que, en definitiva, alude Hassemer. Por esa razón, no se puede decir que la normativa del concurso de leyes no tenga una función específica en el sistema de Derecho penal. ¡Claro que

(16) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 53.

(17) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 99.

(18) HASSEMER, *Delictum sui generis*, págs. 92-93.

(19) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 94.

(20) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 94.

la tiene!, como así mismo la tiene el delito «sui generis». Lo que ocurre es que dicha función se realiza en una fase posterior del proceso de concreción de la pena.

III

a

Antes de ocuparnos directamente de nuestra concepción del delito «sui generis», es muy conveniente hacer un excursus sobre la evolución del concepto en la doctrina alemana. En él podrá verse cómo el concepto nunca ha gozado de una configuración unitaria y bien delimitada de sus características, funciones y consecuencias. Podrá verse confirmado también nuestra tesis de que el delito «sui generis» cumple la función de delimitar una serie de puntos sobre los que el intérprete ha de pronunciarse en cada caso particular (21), radicando la importancia práctica en los efectos que se deduzcan de una interpretación u otra.

Puede decirse que se inicia en Frank, en sus Comentarios al StGB, esta evolución del concepto delito «sui generis» (22). En efecto, en el tema de la tentativa y en el apartado dedicado a los supuestos de «discutible punibilidad» (*Delicta mit bestrittener Versuchsmöglichkeit*), junto a los delitos de omisión pura, delitos de tentativa y delitos cualificados por el resultado, sitúa a los llamados delitos de preparación (*Vorbereitungsdelikte*) «cuya punibilidad comienza excepcionalmente ya con una acción preparatoria» (23). Lo que Frank hace es caracterizar a los delitos de preparación en relación con la tentativa y el desistimiento por un lado, y con el concurso por otro. Frente a una serie de autores, sostiene Frank que en estos delitos no cabe la tentativa, siendo posible, por otra parte, el desistimiento, una vez consumada la fase de preparación e iniciada la auténtica tentativa. Frank acude al «argumentum a maiori ad minus». Así mismo sostiene que estos delitos no pueden entrar en concurrencia con el delito principal (*Hauptdelikt*).

En oposición al concepto de delito de preparación está el delito «sui generis», cuya esencia consiste en que la acción está amenazada con pena no por su relación con un delito principal, o como simple forma de aparición del mismo, sino a causa de su «propio significado independiente». Para la obtención de criterios que

(21) Prueba de ello es que la doctrina más reciente, representada por HAFKE y HASSEMER, se plantea los mismos problemas, que coinciden con los que consideramos en la parte analítica de este trabajo (ver *infra* A. III. b. b'). «La prueba del delito 'sui generis'».

(22) FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18 ed., Tübingen, 1931, págs. 92-94.

(23) FRANK, *Strafgesetzbuch*, pág. 93.

permitan establecer la línea divisoria entre un concepto y otro acude Frank a los siguientes puntos: hay que aceptar la existencia de un delito «sui generis» en aquellos casos en que el dolo no ha de extenderse más allá del tipo de delito en cuestión. Y aún incluso en los casos en que el dolo del delito en cuestión deba ser puesto en conexión con otro delito «situado» más allá del propio tipo, siempre ofrecerá la pena amenazada un importante punto de referencia, aunque no sea definitivo.

De la caracterización de Frank del delito «sui generis» se deduce una consecuencia importante, y es la de permitir con ella la no confusión entre el delito «sui generis», propiamente dicho, y el delito de *preparación*, con lo que eso significa de no conceder especial relevancia al hecho de que el legislador haya querido adelantar el momento de punición a un momento anterior a la tentativa de lesión del Bien jurídico protegido (24). Como afirma Hillebrand (25), emplea Frank el concepto delito «sui generis» allí donde la Ley ha tipificado independientemente determinadas acciones de preparación y de tentativa, para las que ha previsto su propia pena.

Como continuador de la obra de Frank aparece Sauermann, con su obra *Der Versuch als «delictum sui generis»* (26), si bien extiende el concepto, de la preparación y la tentativa, a las *formas de participación*.

El punto de partida, para Sauermann, es la distinción de Belling (27) entre *Tatbestand*, que se limita a describir el aspecto externo objetivo de una determinada clase de delitos (28) y *Erscheinungsform* (29), a la que considera una *Nebenfigur* o *modificación del tipo*. Quedando todavía una figura intermedia o *tipo dependiente* que se distingue externamente como tipo de las formas de aparición, a través de su punición independiente, pero que *naturalmente* representa el complemento de otro tipo.

A los efectos del delito «sui generis» es esta figura del *unselbständige Tatbestand* la que juega un papel fundamental, pues, dado su significado material autónomo, habría que cuestionar si es un delito consumado una vez que se hayan realizado todas sus características típicas, en cuyo caso sí estaríamos ante un delito «sui generis». Y, por eso, habría que extraer la consecuencia de la imposibilidad de estimar la relevancia del desistimiento, ya que jugaría la normativa de la tentativa de igual manera a como actúa frente a cualquier tipo autónomo (*selbständige Tatbestand*) (30).

(24) FRANK, *Strafgesetzbuch*, pág. 93.

(25) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 5.

(26) SAUERMAN, K., *Der Versuch als delictum sui generis*, Breslau, 1927.

(27) BELLING, E., *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, reed. Aalen, 1964, págs. 110-112.

(28) SAUERMAN, *Der Versuch als d. s. g.*, pág. 4-5.

(29) SAUERMAN, *Der Versuch als d. s. g.*, págs. 11-12.

(30) SAUERMAN, *Der Versuch als d. s. g.*, pág. 38.

Por lo que se refiere a la caracterización del concepto, y al igual que Frank, acude Sauermann a la punición del tipo en cuestión en relación con la pena correspondiente al tipo básico. Pues para él es un indicio de que estamos ante un delito «sui generis» el hecho de que la pena correspondiente al delito de tentativa o preparación sea superior a la del delito consumado. En cambio si la pena de ambos delitos es la misma, entonces habría que concluir que no estamos ante un delito «sui generis» (31), sino más bien ante una pena «sui generis», de donde se deduce que el legislador ha seguido el criterio de política criminal de equiparar las conductas de preparación, tentativa y consumación, pero nada más.

Finalmente, respecto a las *formas de participación* (inducción y complicidad), distingue Sauermann entre el abstracto *Tatbild*, como tal, y la acción de participación, subsumible de aquél. El criterio de distinción tan adecuado que se veía en la necesidad de que el dolo de tentativa tuviera que ir más allá del tipo o no para estimar el delito «sui generis», no sirve en el caso de la participación, ya que de suyo estas acciones exigen que el dolo vaya más allá, abarcando la consumación de delito por el autor principal.

Sin embargo, el criterio de la gravedad de la pena sí es relevante, pues siendo más grave la pena señalada al partícipe que la correspondiente al delito principal, ha de extraerse la consecuencia de que estamos ante un delito «sui generis» (32).

Pese a ello, el criterio más decisivo es el de la existencia o no de un tipo independiente (*selbständige Tatbestand*), frente a los tipos de tentativa y preparación, que casi siempre son *tipos dependientes*. En estos casos, estaremos ante un delito «sui generis» cuando el legislador haya configurado una conducta de participación de manera independiente. Así, pues, en los típicos casos, sobre todo en supuestos de tentativa de inducción como modalidad especial de *delito de empresa* (*Unternehmensdelikt*), en que el legislador ha configurado tipos dependientes, no se puede hablar de delito «sui generis», con la consecuencia de admitir el desistimiento y negar la posibilidad de tentativa (33).

Un paso más de la evolución del concepto delito «sui generis» es el dado por Seligmann (34), que a los casos ya estudiados de *extensión*, representados por la preparación, la tentativa y la participación, añade los *Strafänderungsfälle* (35). Por lo que se refiere a la terminología, distingue Seligmann entre *Unterdelikte* y *Eigendelikte* (o delito «sui generis») (36) entre los que estudia

(31) SAUERMAN, *Der Versuch als d. s. g.*, pág. 45.

(32) SAUERMAN, *Der Versuch als d. s. g.*, pág. 71.

(33) SAUERMAN, *Der Versuch als d. s. g.*, pág. 72.

(34) SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, Berlin, 1920.

(35) SELIGMANN, *Delictum sui generis*, pág. 29.

(36) SELIGMANN, *Delictum sui generis*, pág. 39.

casos de los delitos contra la vida y los relacionados con el robo, fundamentalmente.

Para Seligmann es muy importante el criterio de la existencia de un *doppelwertiger Tatbestand*, con lo que alude a aquellos casos que, estando tipificados con una pena propia, sin embargo, aparecen tanto como *Grunddelikte*, es decir, delito autónomo, y como forma unida a otro delito; que es lo que ocurre con muchos *delitos de peligro* en relación con el delito de lesión al que intencionadamente pueden tender (37). Ello quiere decir que aunque un determinado tipo aparezca como *Nebendlikte*, podrá ser caracterizado de delito «sui generis» siempre que proteja un Bien jurídico distinto al ya protegido en el delito principal (*Grunddelikt*). El criterio de la independencia de Bienes jurídicos protegidos es para Seligmann el único que no ofrece contradicción alguna, a diferencia de otros como el histórico, gramatical, de la conexión, de la medida de la pena, fundamento o finalidad.

El procedimiento seguido por Seligmann para derivar las consecuencias de su división entre *Unterdelikte* y *Eigendelikte* consiste en señalar, en primer lugar, una serie de características que son comunes a ambas categorías de delitos, y, a continuación, indicar las diferencias que les separan.

Entre las características comunes a ambos destaca la que hace referencia al problema concursal, ya que para Seligmann, dado el carácter de *Nebendelikte* de una y otra figura, ambos casos se hayarán siempre respecto al delito principal (*Hauptdelikt*) en una relación de *concurso de leyes*, no pudiendo encontrarse nunca en una relación de concurso ideal o real de delitos (38), extremo éste de la máxima importancia para nosotros, como más adelante se verá.

A continuación señala las diferencias entre *Unterdelikte* y *Eigendelikte*, distinguiendo según que se trate de formas típicas de preparación, tentativa y participación o casos de modificación de la pena (*Strafänderugsfälle*).

En uno y otro caso, sostiene Seligmann que si se trata de *Unterdelikte* habrá que aplicar el § 43 y el § 50, que regulaban en el Código penal del Reich toda la problemática de las llamadas «formas de extensión de la punibilidad», según las reglas dadas por la Parte general: es decir, que en los casos de preparación y participación habrá que considerar a éstos como formando ya parte de la preparación o participación del tipo principal (*Hauptdelikt*), lo que impedirá lógicamente que a la vez sean objeto de preparación o se pueda participar en estas formas de participación. Y por lo que se refiere a los *Strafänderugsfälle*, estima que normas aplicables al tipo principal, como la que sanciona

(37) SELIGMANN, *Delictum sui generis*, págs. 43-44.

(38) SELIGMANN, *Delictum sui generis*, págs. 47-50.

la reincidencia, también serán aplicables cuando se trate de casos de *Unterdelikte* (39).

Por el contrario, en los casos de *Eigendelikte* no habrá inconveniente en aplicar las normas extensivas de la punibilidad, si se trata de delitos de preparación y participación, como así mismo no se aplicarán normas como la de la reincidencia en los *Strafänderungsfälle* (40).

El nivel alcanzado, la precisión con que el concepto delito «sui generis» es configurado en la obra de Selgimann, habría caído en el vacío si no hubiera sido por la intervención de Nagler, que con motivo de la Ordenanza de 5 de septiembre de 1939 contra los abusos sobre el pueblo con motivo de la situación de guerra, castiga en el § 4 a quien dolosamente utilice aquella situación, valiéndose de relaciones especiales, para cometer un delito. La cuestión que se plantea Nagler (41) es ésta: ¿Ante qué estamos, ante un delito «sui generis» o ante un *caso de delito (Verbrechensfall)*?

El delito propio (*eigenständige*) o delito «sui generis» se caracteriza según Nagler en que pese a estar asemejado materialmente su tipo a otra forma de delito, formalmente, sin embargo, se ha distanciado de aquel caso normal (*Regelordnung*), excluyéndose y representándose a sí mismo con una configuración propia (42). La configuración del *eigenständige Verbrechen* puede ser hecha de tres formas: bien se hacen derivar determinados grupos de casos de la sustancia de un delito básico (*Grunddelikt*) ya desarrollado (como ocurre con las diversas modalidades del robo en el StGB), o bien se constituye una unidad con una pluralidad de tipos básicos (por ejemplo, el pillaje), o determinadas formas de aparición de un delito ya existente (preparación, tentativa y participación) se separan de aquél y aparecen autónomamente construidas.

La caracterización más importante del nuevo tipo de injusto es que, como unidad que forma, se distancia de las manifestaciones con que aparece emparentado, con las que entre en relación de *especialidad*. Las consecuencias que se derivan de esta manera de proceder de legislador (para Nagler que un caso concreto sea un delito propio o no ha de ser deducido del Derecho positivo) (43) no se hacen proceder de una consideración formal, como podría ser la ubicación sistemática del parágrafo en cuestión (Nagler concede gran importancia a este criterio sistemático para

(39) SELIGMANN, *Delictum sui generis*, págs. 50-53.

(40) SELIGMANN, *Delictum sui generis*, págs. 53-56.

(41) La aportación de J. NAGLER a esta materia está recogida en sus siguientes artículos: *Die Struktur des § der Verordnung gegen Volksschädlinge*, en ZAkDR, 1940, pág. 219-221; *Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation*, en ZAkDR, 1940, pág. 365-367 y *Herausgehobenes oder eigenständiges Verbrechen?*, en ZAkDR, 1940, págs 383-386.

(42) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 365.

(43) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 366.

detectar la existencia de un delito «sui generis») (44), sino que, por el contrario, a la distinción tipo básico-tipo autónomo corresponde siempre una valoración material, acuñada muchas veces por la propia sensibilidad del pueblo que ha sentido la distinción desde hace mucho tiempo, en materias como el robo respecto al hurto o la apropiación indebida (45). Así, pues, la oposición entre delito propio (*eigenständiger Verbrechen*) y caso (*unselbständiger Verbrechenfall*) ha de ser hallada, según Nagler (46), en la configuración de la nueva formación, en base a una síntesis de valor; y la continuidad, como una simple variación de valor.

Por lo que se refiere a la caracterización del concepto delito «sui generis», acude Nagler a una pluralidad de criterios (47) entre los que se encuentran: la situación en el seno de la Parte especial del StGB, la peculiaridad del objeto de ataque o la forma del mismo; como así mismo, la medida de la sanción (tan relevante desde Frank). En cualquier caso, siempre será necesario tener en cuenta la voluntad del legislador, pues, como ya hemos dicho, el delito «sui generis» es para Nagler una creación del Derecho positivo, y nunca de la voluntad subjetiva del intérprete, cuya intuición no tiene por qué convencer.

De lo acabado de exponer extrae Nagler (48) la siguiente conclusión: en los casos en que se vea claramente que la nueva figura infringe una nueva norma, que quizá se corte con otra ya existente, con la que se corresponde en parte, no hay inconveniente en apreciar delito «sui generis». En otro caso siempre habrá que suponer que estamos ante una simple modificación, pues el delito propio tiene el carácter de ser una excepción.

Con Nagler puede decirse que finaliza la primera fase de elaboración del concepto delito «sui generis». Fase marcada por el esfuerzo de la doctrina en configurar y caracterizar de una manera precisa los casos de delito «sui generis», como la manera de detectar tal figura en oposición a las simples formas calificadas; y, sobre todo, determinar los puntos donde la calificación delito «sui generis» está llamada a producir efectos especiales, como así mismo, el alcance de éstos.

Expuesta pues, en líneas generales, esta primera fase de la evolución, hemos de entrar en consideración de la segunda, caracterizada fundamentalmente por una revisión continua del concepto en cada uno de sus extremos, con un profundo sentido crítico, que hace poner muy seriamente en duda la validez de este concepto.

Para W. Heil, dos son los campos donde encontrar el criterio que nos permita estimar la concurrencia de un delito «sui gene-

(44) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 367.

(45) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 365.

(46) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 366.

(47) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 367.

(48) NAGLER, *Das Verhältnis*, pág. 367.

ris», y son el del Bien jurídico protegido y el de la formación de los tipos: la esencia, características y variaciones de un tipo han de ser determinadas en base a la función de protección del Bien jurídico propio. Variaciones típicas que poseen la misma función de protección, es decir, el mismo Bien jurídico protegido, serán sólo variaciones privilegiadas o cualificadas del tipo básico. Variaciones típicas con distinta función de protección son verdaderos delitos autónomos (*selbständiger Straftaten*), es decir, delitos «sui generis» (49). Con la referencia a la formación de los tipos quiere decirse que la delimitación obtenida con la alusión al Bien jurídico protegido puede ampliarse de la siguiente manera: el nuevo tipo construido, o bien contiene un Bien jurídico distinto al protegido por el tipo básico, o bien añade al Bien jurídico protegido en el tipo básico uno nuevo (50).

Mayor importancia concede Heil a las consecuencias a derivar del concepto delito «sui generis» en lo que se refiere al § 50, II StGB, que modifica la accesoriedad de la participación, el error sobre las circunstancias constitutivas del delito «sui generis», las relaciones concursales con el tipo básico, la aplicación de las normas que completan el tipo básico, y en relación con la clasificación de los delitos en base al § 1 StGB.

Por lo que se refiere al § 50, II StGB que rompe la accesoriedad de la participación, en el sentido de que las características personales que modifican la penalidad sólo se aplicarán a aquel partícipe en el que concurren, y en base al criterio material del que Heil parte para estimar que estamos ante un delito «sui generis», sostiene que se aplicará aquel parágrafo a delitos como el *infanticidio*, ya que éste no protege un Bien jurídico nuevo distinto al *homicidio*, conteniendo solamente una circunstancia modificativa referente a la culpabilidad de la madre. Mientras que quienes parten del carácter de delito «sui generis» del *infanticidio* se han de ver en la necesidad de no aplicar dicho parágrafo (51). Algo parecido ocurre con el error, pues las circunstancias constitutivas del delito «sui generis», al tipificar el injusto, habrán de ser sometidas al mismo tratamiento de todas las circunstancias a que se refiere el § 59 StGB, que regula el error sobre el tipo (*Tatbestandirrtum*) (52).

En materia concursal, distingue Heil según que el nuevo delito proteja un nuevo Bien jurídico, o que solamente complete el anterior. En el primer caso habrá que acudir a la normativa del concurso ideal de delitos, en el segundo bastará con la norma de la especialidad. Finalmente, sostiene que no cabe estimar delito continuado entre el tipo básico y el delito «sui generis» (53).

(49) HEIL, *Delicta sui generis*, pág. 47.

(50) HEIL, *Delicta sui generis*, pág. 53.

(51) HEIL, *Delicta sui generis*, págs. 76-79.

(52) HEIL, *Delicta sui generis*, pág. 85.

(53) HEIL, *Delicta sui generis*, págs. 57-98.

En cambio, por lo que se refiere a las normas que completan el tipo básico (reincidencia), no es partidario, a diferencia de Seligmann y Nagler, de una exclusión «a priori»; por el contrario, es necesario un examen de las particularidades de cada caso (54). A los efectos de la clasificación del § 1 StGB también habrá que considerar autónomamente las figuras de delito «sui generis», al igual que ocurre con otros tipos cualificados y privilegiados (55).

Sigloch (56) parte de dos presupuestos, que son: el rechazo de la tradición que arranca de Sauer mann, según la cual hay que prestar atención a la medida de la pena; ya que a los efectos del § 1 StGB tan delito es la forma cualificada no autónoma de un delito básico como el propio delito «sui generis», con las consiguientes consecuencias que se derivan de la calificación de delito conforme al § 1 StGB de alguno de los tipos de la Parte especial. Así pues, para Sigloch, dependiendo la producción de esos efectos jurídicos de la calificación «formal» de delito conforme al § 1 del StGB, no podrá distinguirse en base a la medida de la pena si estamos ante un delito «sui generis» o ante una simple forma cualificada (pues podríamos estar ante esta figura y no obstante se producirían los efectos que en principio querían caracterizar al delito «sui generis») (57).

Por esa razón, estima Sigloch que no hay que atender a las consecuencias jurídicas (*Strafandrohung*), sino a sus presupuestos (*Strafsatzung*) (58); según lo cual, la diferencia entre una forma de aparición (*Erscheinungsform*) y un delito «sui generis» estará en su «voluntad de ser independiente», al margen de que vaya acompañado de una sanción autónoma o no. Por eso las formas de aparición con sanción independiente no dejan de ser tales, siendo de tener en cuenta su independencia sólo a los efectos de la medida de la pena, y nada más (59).

Para Sigloch, un criterio material de distinción sólo puede proporcionarlo la dependencia en la descripción del tipo: «La configuración "quien mediante... (medio)... prepara" o "el funcionario que... permite" (dudoso en cambio: "quien con la finalidad de... un delito..."). Independiente y completo es por el contrario un delito cuya descripción no permite reconocer conexión alguna con otra norma, aunque a través de su contenido o tendencia descrita coincida más o menos verbalmente con la descripción de otra norma» (60). Pero, como el mismo Sigloch reconoce, se trata de un criterio sin valor absoluto, siendo las fronteras con las formas de calificación muy flexibles.

El punto de partida de Maurach en los *Materialien* para la

(54) HEIL, *Delicta sui generis*, pág. 102.

(55) HEIL, *Delicta sui generis*, pág. 103.

(56) SIGLOCH, *Sondertatbestand*, pág. 162.

(57) SIGLOCH, *Sondertatbestand*, pág. 164.

(58) SIGLOCH, *Sondertatbestand*, pág. 164.

(59) SIGLOCH, *Sondertatbestand*, pág. 167.

(60) SIGLOCH, *Sondertatbestand*, pág. 169.

Reforma del StGB, es muy simple. El legislador es muy libre si, en la configuración de los diversos tipos de la Parte especial del Código, se decide por una forma no independizada del tipo; o si, por el contrario, prefiere la figura del delito «sui generis». Por otra parte, una vez que se ha decidido por una de las formas a su disposición, los efectos que se derivan de su decisión, delito «sui generis» —forma cualificada, se producen automáticamente, sin que aquél pueda preveer todos los efectos producidos por su decisión: «Además, el legislador es soberano si quiere comprender la forma derivada del tipo básico como modificación dependiente o como delito propio. En cambio, una vez que se ha decidido por una u otra forma, las consecuencias prácticas que se produzcan no caen bajo su dominio» (61). «La diferencia entre forma modificada y delito propio ha de buscarse siempre sobre la base del Derecho positivo» (62).

Las razones que llevan al autor de la ley a una solución u otra pueden ser diversas, resaltando la que se refiere a la economía legislativa de no tener que repetir varias veces el núcleo de un delito, o estilística, en el mismo sentido, para evitar dificultades de interpretación. Por otra parte, las razones de Política criminal pueden jugar también un papel importante según que se quieran conseguir los efectos propios del delito especial o los de la forma derivada (*unselbständige Abwandlung*). Como ya estimase Nagler, en caso de duda habrá que pensar que estamos ante una forma derivada y no ante un delito «sui generis» (63).

Por lo que se refiere a la configuración del delito «sui generis», afirma Maurach: «En particular, es una cuestión de interpretación si estamos ante un delito propio o ante una forma derivada». Así por ejemplo en los delitos de funcionario (*Amtsverbrechen*): «Contra la naturaleza del delito impropio de funcionario como simple forma modificada, está la circunstancia de que en él han de ser protegidos dos Bienes jurídicos: de una parte el protegido en el delito común; y además, al igual que el propio delito de funcionario, el Bien jurídico especial de la confianza en la pureza de la función pública» (64).

Una vez que el intérprete ha detectado que el legislador ha querido crear una forma derivada o un delito «sui generis», se van a derivar una serie de consecuencias de su calificación. Ciertamente que el legislador es soberano de modificar ocasionalmente la consecuencia que habría de derivarse: «Naturalmente que a éste (el legislador) nadie le impide determinar una norma para el caso concreto» (65). «Contra semejantes decisiones hay que poner sobreaviso...», pues el abuso de esta técnica llevaría a una inevitable complicación del sistema, ya que el legislador no

(61) MAURACH, *Materialien*, I, pág. 249.

(62) MAURACH, *Materialien*, I, pág. 250.

(63) MAURACH, *Materialien*, I, pág. 250.

(64) MAURACH, *Materialien*, I, pág. 251.

(65) MAURACH, *Materialien*, I, pág. 252.

podrá pensar todas las soluciones a las posibles dudas que se derivarían de esta manera de proceder. La mejor forma de evitar semejante complicación estaría en que ya la determinación de la sanción penal permitiera detectar al intérprete de una manera clara si se encuentra ante un delito «sui generis» o ante una forma derivada.

Como muestra de las muchas consecuencias que Maurach deriva de una u otra calificación, seleccionamos el apartado que dedica a la problemática concursal, es decir, aquellos casos en que se encuentran circunstancias típicas de carácter privilegiado y cualificado. En este caso, distingue Maurach de la siguiente forma, según que se trate de una modificación del tipo o de un delito propio (*eigenständige Verbrechen*): a) si se trata de una modificación del tipo hay que considerar, si la consecuencia jurídica (*Rechtsfolge*) del tipo privilegiado y la del tipo cualificado se excluyen mutuamente, entonces sólo se aplicará el tipo privilegiado (*Sperrwirkung des mildereren Tatbestandes*). De manera contraria, si las consecuencias del tipo privilegiado y del tipo cualificado no se excluyen, sino que se corresponden y compensan, entonces se aplicarán ambas; b) si por el contrario se trata de un delito propio, no se podrá acudir a la solución anterior, ya que entonces juega la regla de la *exclusiva alternatividad*, es decir, sólo se aplica uno de los tipos, aunque éste no siempre sea fácil de determinar en el caso en cuestión (66).

Hillebrand, del que ya conocemos su faceta de apologista del concepto delito «sui generis» (67), parte del criterio teleológico del Bien jurídico protegido para la caracterización del «delictum sui generis», que aplica al delito de *apropiación indebida en el desempeño del cargo* del § 350 StGB, en relación con la forma simple del § 246 (68). Y más adelante añade con toda claridad: «Considero un criterio absoluto del "delictum sui generis" la novedad del Bien jurídico protegido» (69).

Sin embargo, añade esta afirmación: «La regla, sin embargo no es válida a la inversa: un tipo secundario puede ser un delito "sui generis", pese a la identidad de Bienes jurídicos protegidos de uno y otro delito». Y cita como ejemplo al *infanticidio*.

A continuación, trata de proporcionar indicios sobre varios grupos de delitos: así para los delitos de dos actos sostiene que el acto preparatorio habrá de tener influencia sobre la medida de la pena, sin que ello sea razón suficiente para estimar delito «sui generis». Sin embargo, habrá que llegar a la solución contraria en los casos «... donde el objeto del acto preparatorio ya es objeto de ataque en otro tipo. Aquí estamos próximos a la suposición de que si el motivo que se cuestiona está en condiciones de fundamentar

(66) MAURACH, *Materialien*, I, pág. 255.

(67) Ver *supra*, II. «¿Delito 'sui generis' o Jurisprudencia de conceptos?».

(68) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 166.

(69) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 168.

la pena, debe ser jurídicamente capaz de *modificarla*. Por eso protege el § 253, junto al patrimonio, el Bien jurídico de la libertad, protegido en el § 240, porque con la misma finalidad aparece en el robo, junto a la propiedad y la posesión, como tercer objeto de ataque» (70).

Por lo que se refiere a las acciones de preparación y tentativa, concede una gran importancia a la medida de la pena, lo que apoyándose en Frank y Sauermann, le lleva a decir: «La tentativa aparente debe ser de hecho un "delictum sui generis"» (71). Sin embargo, el criterio definitivo seguirá siendo la existencia de una determinada tendencia, que Hillebrand pone siempre en conexión con el Bien jurídico: «La ausencia de una tendencia proyectada más allá de la propia acción preparatoria o de tentativa obliga a interpretar que estamos ante un "delictum sui generis"». «Un tipo secundario (*Nebentypus*) que contenga como característica típica la intención de lesionar otro Bien jurídico, distinto al protegido en ese tipo objetivo, hace suponer que el tipo secundario posee un segundo Bien jurídico, junto al Bien jurídico del tipo básico. En este sentido se manifiesta la tendencia interna proyectada como un criterio positivo de diferenciación» (72).

En los supuestos de la tentativa sostiene: «Una acción de participación, para la que hay prevista una pena, que ha roto su conexión con el tipo básico, de tal manera que su punición no esté ya condicionada por la de aquél, punible aunque, no lo sea la conducta del autor principal, semejante conducta de participación produce la apariencia de que no estamos ante una acción de participación, sino por el contrario ante un hecho principal, que posee una finalidad distinta a la del tipo básico. Por eso, el celestinaje, por ejemplo, es un delito propio, como el cohecho activo del § 333» (73).

Finalmente, por lo que se refiere a las causas de modificación de la penalidad (*Strafänderungsgründe*), se limita a estimar que la ubicación sistemática de un determinado tipo en la Parte especial del Código no es criterio seguro para pronunciarse sobre su dependencia o independencia.

A continuación se dedica a analizar otra serie de criterios, de cuya resulta son de destacar dos puntos. Uno de ellos, en relación con el parágrafo 50, II del StGB, es llegar a la conclusión de que parágrafos como el anterior tienen la función de permitir reconocer que estamos ante un delito «sui generis» (74), es decir, no se trata de estimar que un delito es autónomo, para decidir que el citado parágrafo se aplica o no, sino que, por el contrario, que a un determinado tipo se le puede aplicar la caracterización de

(70) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 169.

(71) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 170.

(72) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, págs. 170-171.

(73) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 171.

(74) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 179.

delito «sui generis» si después de interpretar su contenido llegamos a la conclusión de que se ha de aplicar la disposición contenida en el § 50, II StGB.

En conexión con el punto anterior está la indecisión de establecer un criterio que con carácter general nos permita estimar la presencia de un delito «sui generis». En relación con las causas de disminución de la culpabilidad, afirma: «Hay que tener en cuenta que en los supuestos de circunstancias atenuatorias de la punibilidad independientemente tipificadas, especialmente las causas atenuatorias de la culpabilidad, como los §§ 216, 217, 218 I, 248 a, 246 a, ha sido planteada por la doctrina la cuestión sobre el "delictum sui generis". Si de aquí se puede derivar una regla, no lo tengo yo por definitivo» (75).

En la tercera parte de su Tesis doctoral (76), procede Richter a la crítica del concepto delito «sui generis», cuyas características expone en los capítulos anteriores. El punto de partida de Richter para detectar que estamos ante un delito «sui generis» es la voluntad del legislador, para lo cual se remite a Nagler, que como hemos visto propugna ese punto de partida. En este sentido pone de relieve Richter cómo frente a la voluntad del legislador, plasmada unas veces en los trabajos preparatorios y otras no, interviene siempre con posterioridad el intérprete, que va a proceder a la calificación del delito de una manera o de otra, conforme a criterios que él se proporciona, y sin que pueda acudir a un criterio estricto en la voluntad del legislador. Ello le lleva a la conclusión de que la voluntad del legislador no es un criterio unívoco que permita resolver nuestro problema (77).

Tras poner de manifiesto la dificultad de encontrar en la voluntad del legislador el criterio definitivo que nos permita detectar el delito «sui generis», acude Richter, siguiendo también a Nagler, a la labor de la Jurisprudencia: «Dentro de la función de ordenación de la Jurisprudencia se encuentra la formación de conceptos y del sistema, y nada debe objetarse a Nagler si atribuye a la teoría del "delictum sui generis" una función que persigue dinámicamente una finalidad práctica» (78). Richter no duda que la problemática del delito «sui generis», en su formulación y solución, sea tarea del intérprete: «Frente a esto, hay que sostener que la caracterización del tipo como *proprio*, no expresa más que la independencia del tipo en cuestión de algo distinto, o sea, otro tipo del Código penal. El concepto jurídico "delictum sui generis" sólo permite una relación, describir la relación de determinados tipos con otros. Esto ha sido siempre expresado claramente por los partidarios de la teoría, cuando muchas veces los tipos son llamados simplemente "delicta sui generis", sin indicar

(75) HILLEBRAND, *Delictum sui generis*, pág. 174.

(76) RICHTER, *Delictum sui generis*, págs. 52-75.

(77) RICHTER, *Delictum sui generis*, págs. 58-59.

(78) RICHTER, *Delictum sui generis*, pág. 59.

al mismo tiempo con cuáles otros tipos ha de existir esta relación de autonomía» (79). Muy al contrario, lo que Richter hace es cuestionarse la validez del concepto, tal como lo concibe la doctrina, y como veíamos en el apartado II, de proceder a la calificación de delito «sui generis» o de *Verbrechensfall*, y hacer derivar de esa calificación «a priori» una serie de consecuencias, automáticamente, sin plantearse lo adecuado de la extensión de una consecuencia semejante.

Richter no duda que la interpretación en concreto de un tipo puede arrojar el resultado de la *independencia* respecto a otro con el que aparece emparentado, en todos y cada uno de los extremos en que la doctrina hace producir determinados efectos a la calificación de delito «sui generis» (80). Lo que rechaza Richter es el empleo de un método interpretativo conceptual, en lugar de otro basado en la interpretación del tipo en cuestión, y hacer nacer una serie de consecuencias de la *independencia* declarada conforme a dicha rechazable interpretación: «El trabajo de interpretación exigido sobre el tipo en particular va a ser desplazado, imposibilitado, sustituido por un procedimiento inverso (*Inversionsverfahren*); en lugar de una interpretación del tipo de sentido se emplea un método de interpretación jurídico-conceptual, que hace derivar una decisión sumaria para todas las cuestiones particulares en el sentido de la autonomía».

Hassemer, en su ya citada monografía, comienza exponiendo una serie de casos en los que se ha planteado por la doctrina con todo rigor la problemática del delito «sui generis». Los casos presentados por Hassemer son los siguientes: 1. «¿Estamos ante una tentativa de robo si de una acción continuada de apoderamiento solamente se han realizado los primeros actos y lo robado hasta entonces no ha superado el marco del § 370 apartado I, núm. 5 StGB?». La cuestión está en que, mientras Rudolf Schmitt estima que la decisión ha de ser negativa, ya que el § 370 apartado I núm. 5 StGB (81) es un delito «sui generis», de tal manera que su consumación no puede ser a su vez la tentativa de un robo. Sin embargo, para A. Mayer hay que dudar del carácter de delito «sui generis» de esta figura, que representa más bien una diferencia *cuantitativa* que *cualitativa* respecto al robo-tipo básico, siendo la solución contraria la correcta en este caso.

2. El segundo caso está representado por el § 216 StGB, que castiga el homicidio a petición de la propia víctima (*Tötung auf Verlangen*) en relación con el asesinato (parágrafo 211) y con la

(79) RICHTER, *Delictum sui generis*, págs. 59-60.

(80) RICHTER, *Delictum sui generis*, pág. 74.

(81) El § 370, 1, 5, de la antigua redacción decía: «Con multa de hasta quinientos marcos o con pena de privación de libertad de hasta seis semanas será castigado:

5. Quien se apodere o se apropie de alimentos u otros objetos de uso casero, en pequeñas cantidades o de escaso valor, para su consumo inmediato». HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 1.

problemática de la participación «Que el § 216 predomina es mayoritariamente aceptado por partidarios y enemigos de la autonomía. Por contra para Eberhard Schmidt es esa autonomía motivo para que el § 211 predomine. También la problemática de la participación lleva a partidarios y enemigos de la autonomía del § 216 a resultados diversos. Quien tiene al § 216 por autónomo debe castigar al partícipe también accesoriamente, según ese parágrafo; quien no considere al § 216 como d.s.g. debe atender sólo al motivo de punición del partícipe. Schönke-Schröder por ejemplo rechazan que la respuesta a esta cuestión esté subordinada a la dependencia del § 216; según ellos, el partícipe ha de ser castigado accesoriamente conforme al § 216, porque esta norma no puede ser considerada como un simple privilegio de la culpabilidad» (82).

3. Finalmente, el parágrafo 331 plantea un problema típico del tema delito «sui generis», en materia de delito continuado y de error. «La tercera norma en que el empleo del d.s.g. puede mostrarse como ejemplo es el § 331 StGB. Aquí aparece como consecuencia de la naturaleza especial que un nexo de continuidad entre los § 331 y 332 no debe ser posible. Con ello se quiere decir que las dos normas se excluyen mutuamente a causa de sus presupuestos contradictorios, en relación con el ejercicio del cargo conforme a Derecho; de ahí que ambos preceptos tengan contenidos de injusto diversos. En el § 331 juega también un papel la cuestión de la calificación d.s.g. Así, reprochan Schönke-Schröder a los representantes de la autonomía la inconsecuencia de aplicar a pesar de todo el § 331 StGB si al autor le falta el saber sobre las circunstancias fundamentadoras de la contrariedad al deber de la acción del funcionario. Baldus fundamenta este resultado sobre la incompleta oposición de estos dos tipos, y Mezger-Blei no quieren hacer depender esta cuestión de la problemática d.s.g.; teniendo mucho mejor por decisivo que el funcionario se haya dejado pagar por un acto de su cargo, lo que realiza el tipo del § 331» (83).

Seguidamente expondremos la manera como Hassemer ha formalizado el problema en cuestión y las soluciones por él propuestas. En dicha exposición podrá verse cómo, consciente o inconscientemente, todos los problemas en cuestión se presentan en última instancia como un tema concursal. Cuestión concursal que Hassemer va a resolver siempre conforme a la normativa del concurso ideal de delitos en aquellos casos en que estima el delito «sui generis». Para Hassemer se da siempre una conexión directa entre delito «sui generis» y concurso ideal de delitos.

Comencemos por el supuesto del § 216 StGB. Por lo que se refiere a la participación en este delito estima Hassemer «A aquél que toma parte en un homicidio sin haber sido determinado me-

(82) HASSEMER, *Delictum sui generis*, págs. 3-4.

(83) HASSEMER, *Delictum sui generis*, págs. 4-5.

dianete la petición de la víctima se le aplicará la descripción del § 212. En este terreno, la realización de un delito no depende simplemente de la preexistencia de los elementos personales especiales del § 216 StGB. Por el contrario, existe un tipo más amplio para abarcar la punibilidad del partícipe que actúa sin reunir los caracteres personales del § 216 StGB. El apartado III y no el II del § 50 StGB, en el marco del § 216 ha de ser aplicado» (84). Es decir, a los efectos de la participación, el parágrafo 216 no es un delito «sui generis» respecto al § 212, ya que el partícipe responde directamente en base al parágrafo 212, no formalizándose un problema a resolver conforme a la norma del concurso ideal. De ahí concluye Hassemer: «Un delito autónomo ha de hallarse tan distanciado de los delitos con que aparece emparentado que el partícipe que no posee los elementos personales exigidos no pueda a su vez realizar ningún otro tipo, a parte de lo que se refiera a los párrafos 48, apartado II, 49 apartado II y 50 apartado III del StGB» (85).

Lo mismo ocurre con la relación entre el parágrafo 216 y el parágrafo 211, es decir, la relación *calificación-privilegio*. La solución de este problema dependerá de la relación en que se encuentren los tipos en cuestión. Hassemer desea partir de la base de que la razón de penar del *privilegio* predomina sobre el tipo básico y sobre las formas cualificadas: «En relación con el tipo básico, el privilegio excluye la ratio penal del tipo más genérico y estricto» (86). La consecuencia a extraer de esta premisa es evidente: «Si eso es así, entonces el privilegio del § 216 corresponde también al asesinato. Porque la muerte a petición ha sido recogida como medida de la pena frente al ocasionamiento de la muerte por otros motivos; y también el § 211, a pesar de sus modificaciones, representa esa producción de la muerte, persistiendo el predominio del § 216 StGB» (87). La conclusión a los efectos del delito «sui generis» coincide prácticamente con la del caso anterior: «La cualificación es, según la conexión anterior, autónoma si no es anulada por el privilegio, porque entonces dispone de un contenido de injusto propio. Al revés: es un delito autónomo en este sentido, entonces no se le superpondrá un delito de los emparentados que contenga un privilegio» (88). O dicho de otra manera: la cualificación es autónoma cuando la correcta medición de la pena en el caso concreto exige recurrir a

(84) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 61.

(85) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 62. Parágrafo 50, III, StGB, redacción antigua: «Los elementos personales que, según determina la ley, disminuyen o excluyen la pena, sólo tendrán validez para el autor o partícipe en quien concurren».

(86) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 65. El § 216 del StGB recoge una figura *semejante* a nuestro *homicidio-suicidio*, y el § 211 es el equivalente a nuestro *asesinato*.

(87) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 66.

(88) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 67.

la señalada en la cualificación y en el tipo básico, ya que realiza el contenido de injusto de ambos tipos, es decir, hay que recurrir a la normativa del concurso ideal de delitos. En el caso contrario, en el que hay que recurrir al concurso aparente de normas, no estaremos ante un delito autónomo, «sui generis». Conclusión: «Para la problemática en concreto, significa eso que la autonomía del § 216 no interesa; sí, en cambio, la del § 211. Según la consideración que hemos hecho llegamos al resultado de que en el sentido de esta problemática el § 211 ha de ser considerado no autónomo».

Veamos a continuación los casos relacionados con el *delito continuado*. El punto de partida es la búsqueda de un criterio distinto al del tiempo en la estimación del delito continuado. Un criterio que se base en la Idea de Justicia, y no sólo en una cuestión de oportunidad en virtud de las dificultades probatorias. Ese criterio ha de estar en la *unidad del injusto realizado* («*Einheit des objektiven Handlungsunrecht*») (89), de tal manera que esa acción continuada en el tiempo no determine la realización de un nuevo injusto: «La autorización para ello no ha de ser vista en cualquier igualdad, sino en que el tipo que no va a ser considerado, en relación con el desarrollado en la unidad de acción, no añade ningún injusto nuevo» (90). Es decir, decidirse por el delito continuado es decidirse por el concurso aparente de normas, estando condicionada esa decisión por la misma razón que lo están otras modalidades del concurso de leyes, o sea, el contenido de injusto del tipo en cuestión. Si de la interpretación del tipo se deriva que los diversos ataques realizados no rompen la unidad representada por aquél, no habrá inconveniente en estimar el delito continuado, en caso contrario sí, y estaremos ante un concurso ideal o real de delitos. El delito continuado es uno de los grandes catalizadores para detectar la autonomía o dependencia de un tipo respecto a otro, ya que quien admita la posibilidad del delito continuado no tendrá más remedio que estimar la existencia de una forma dependiente, y quien no lo acepte tendrá que concluir la presencia de un delito autónomo: «Por ejemplo Schönke-Schröder suponen el concurso de leyes, en cuanto parten de la no autonomía del § 332 StGB, mientras que los defensores de la autonomía de los §§ 331 y 332 deben estimar concurso ideal» (91). O, como conclusión propia, unas líneas más abajo: «Hay que suponer un d.s.g. si el tipo en cuestión no puede ser realizado continuadamente con aquéllos junto a los que aparece emparentado» (92). O en terminología concursal: «Como se puso de manifiesto arriba, hay que suponer un delito no autónomo, y con ello la igualdad de los tipos y la posibilidad del delito conti-

(89) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 73.

(90) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 74.

(91) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 75.

(92) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 78.

nuado, cuando los tipos en cuestión no concurren en el sentido de los §§ 73 y 74 StGB» (93).

Finalmente, el tema del error. El párrafo 332 del StGB se diferencia del 331 en que, mientras aquél cohecho incorpora la existencia de una acción contraria al deber de funcionario, éste sólo incorpora el injusto de recibir regalo o alguna ventaja en relación con una actuación propia de su cargo. Piénsese en el supuesto del funcionario que lleva a cabo una acción contraria al cargo en la creencia de que no lo es, al objeto de obtener una ventaja o regalo. ¿Puede decirse que se ha realizado el injusto del cohecho simple del párrafo 331 StGB? Continuando con nuestra argumentación sobre el delito «sui generis», en el caso de que se estimara que el § 332 es un delito autónomo (respecto del § 331) se podría deducir que su ejecución no incorpora también el injusto del párrafo 331.

Frente a ello pretende Hassemer partir de otro criterio: «Siempre se trata, en definitiva, sólo del ámbito del § 331 StGB; de si una conducta determinada que puede ser considerada como cohecho para un acto administrativo injusto cae también bajo el § 331 StGB. No es la relación de los tipos entre sí, sino el campo de aplicación de un determinado delito lo que se cuestiona» (94). De lo que se trata es de obtener la solución más justa.

Desde el punto de vista de la «Justicia material» parece absurdo que en un caso como el expuesto no se pueda castigar al funcionario en base a ninguna de las modalidades del cohecho: «Sería absurdo rechazar la realización del tipo objetivo del § 331 StGB en un autor que se deja sobornar para un acto injusto, y no se le hace responder tampoco por el cohecho simple consumado» (95). De todas formas, existe el problema dogmático de la posibilidad de subsumir el supuesto en cuestión en el tipo del párrafo 331: «A pesar de todo, la cuestión dogmáticamente decisiva es si la conducta de semejante autor es subsumible bajo el § 331 StGB. Si se parte del tenor literal, entonces no cabe duda alguna sobre la negación de esta pregunta. El carácter típico "acción no antijurídica en sí" no se da, porque se ha actuado realmente de manera contraria a deber» (96). Sin embargo, no se debe atender al *Wortlaut* aisladamente. Muy al contrario, hay que preguntar por el sentido de la norma, que sí nos permitirá la deseada subsunción: «Si se parte de este sentido del elemento típico en cuestión, entonces la subsunción no sólo es posible, sino que además la exige: el § 331 StGB sólo sería inaplicable si la punición por el más severo de los cohechos fuera posible. Si no existe el cohecho grave por ausencia del tipo sub-

(93) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 83. Los §§ 73 y 74 de la antigua redacción del StGB regulaban el *concurso ideal y real de delitos*.

(94) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 84.

(95) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 85.

(96) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 86.

jetivo o del objetivo, entonces no es anulado el § 331 StGB. El autor en cuestión ha de ser castigado entonces conforme al cohecho simple».

La conclusión a derivar sobre el concepto delito «sui generis» es la misma que en los casos anteriores. Si el conflicto entre los dos tipos puede ser resuelto en base al concurso de leyes, y no es necesario acudir al concurso ideal de delitos, no estaremos ante un delito «sui generis». O cuando la no aplicación de un precepto, no impide la posibilidad de recurrir a otro respecto del que se encuentra en relación de especialidad, como ocurre aquí. Así pues, el § 332 no es un delito «sui generis» respecto al parágrafo 331: «Si estamos ante un d.s.g., no se aplicará el tipo cualificado si un tipo especial emparentado no se realiza a causa de la insuficiencia del dolo del autor. Por contra, en caso de la no autonomía del delito especial se realiza el más genérico, en semejante constelación de casos. El § 332 no es en este sentido un tipo autónomo» (97).

b

a'

Como decíamos en la Introducción, bajo la calificación delito «sui generis» se produce siempre una tensión entre dos tipos de la Parte especial del Código (excepcionalmente uno de los tipos puede encontrarse en la Parte general). Dicha tensión da lugar a la necesidad de tener en cuenta al otro tipo en la interpretación de uno de los términos de la relación. Elemento necesario en la interpretación del tipo especial es el tipo básico. Ello quiere decir que éste limita, condiciona y posibilita la interpretación de aquél. Los resultados que se pueden obtener de unos tipos así concebidos son excelentes.

Los criterios proporcionados por la Teoría general del Derecho para la interpretación de las normas jurídicas (gramatical, lógico, histórico, sistemático y teleológico) se revelan insuficientes (98). Su procedencia del positivismo (Savigny), que concibe el Ordenamiento jurídico como un todo cerrado y autosuficiente, y la ausencia de un criterio jerárquico de aplicación de los mismos, son sólo algunos indicios de su insuficiencia. En el fondo late un problema más importante: el de la necesidad de concebir el Ordena-

(97) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 87.

(98) Véase MÜLLER, F., *Juristische Methodik*, 2.^a ed., Berlín, 1976, págs. 56-72, donde puede encontrarse una exposición crítica del positivismo jurídico desde el punto de vista de la llamada *Rechtstheorie*, que agrupa en Alemania a los partidarios de la superación del positivismo mediante la aplicación de criterios de hermenéutica en la interpretación de la norma jurídica. Aunque la *Methodik* de MÜLLER está proyectada al Derecho estatal, sus presupuestos son válidos para cualquier otra rama del Derecho.

miento jurídico de manera distinta a la realizada hasta ahora. El Ordenamiento jurídico ha de ser entendido como un sistema *abierto* de normas, queriendo expresar con ello la realidad de que el legislador no ha previsto la *complejidad* del conjunto de normas creadas por él. Las consecuencias que se derivan son importantes, destacando las que afectan a la labor del intérprete. El intérprete y el Juez no *aplican* la norma al caso concreto, sino que la concretizan (99). La labor de *hermenéutica* realizada por el intérprete es más amplia que la simple aplicación, ya que su concreción llena de *contenido de sentido* lo que en la formulación legal era equívoco o susceptible de diferentes interpretaciones (100).

En el marco de esta concepción de la labor del intérprete la relación delito «sui generis» juega un papel de ayuda fundamental. Papel al que alude, quizá inconscientemente, la doctrina sobre el delito «sui generis» con la relevancia concedida al *criterio teleológico* en la interpretación de aquél. En efecto, si el intérprete se pregunta por el «telos», por la finalidad perseguida por la ley en la tipificación específica de «algo» que ya ha previsto con carácter general, es porque intuye que en la averiguación de la finalidad perseguida por el legislador en la tipificación del delito-base va a encontrar alguna razón que le permita encontrar la razón de punir el tipo especial. Y viceversa, con la pregunta sobre el «telos» del delito especial. El resultado interpretativo a que llegue en un caso servirá para el otro, facilitando la labor del intérprete, al proporcionarle más puntos de apoyo de lo que ocurre en un supuesto normal. La labor a realizar por el Juez penal es la de aplicar la pena adecuada al caso concreto sobre el que ha de recaer su juicio. En esta labor, el Juez ha de encontrar entre los delitos de la Parte especial del Código el tipo que más se adecúe al caso enjuiciado. La idea que le servirá de guía en su labor es la de Justicia material, a cuya finalidad va encaminada su función de aplicación del Derecho. Esa *Idea* y la configuración que de los hechos concretos se haya hecho, condicionarán su tarea de buscar en la Parte especial del CP el tipo penal a aplicar constituyendo ese conglomerado un *prejuicio* (*Vorverständnis*) que determinará la búsqueda del precepto adecuado (101).

(99) Cuando hablamos de «concretar» en lugar de «aplicar», estamos entendiendo por aplicación del Derecho la tarea que el positivismo jurídico asigna al intérprete de *subsumir* el supuesto de hecho en la norma jurídica como procedimiento rígido y automático en que el «elemento fáctico» no condiciona de ninguna manera la interpretación de la norma. Es sintomático que una Metodología tan reciente y tan clásica como la de FIKENTSCHER, pese a sus reservas frente al método hermenéutico, tenga que dedicarle a los partidarios de la *Rechtstheorie* la mayor parte del capítulo donde se ocupa de la *aplicación del Derecho*. W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts, III. Mitteleuropäischer Rechtskreis*, Tübingen, 1976, págs. 736-760.

(100) ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972, pág. 8.

(101) ESSER, *Vorverständnis*, pág. 10; MÜLLER, *Methodik*, pág. 71. La vaguedad e imprecisión que estos autores atribuyen a los conceptos jurídicos.

Es entonces cuando, al llegar a plantearse el problema del delito «sui generis», tendrá que analizar el intérprete las consecuencias que se derivan de tal entendimiento del problema. Veamos cómo se desarrolla este proceso en algunos ejemplos:

1) A, funcionario, acepta la dádiva ofrecida por B, particular, que tiene pendiente con aquél la adjudicación de unos terrenos para la construcción de viviendas de protección oficial. A' es consciente de que su conducta no sólo le está prohibida como funcionario, constituyendo el delito de cohecho, sino que además dicho comportamiento es a su vez un delito de estafa respecto a los demás licitadores del concurso. En realidad se trata de un simple acto administrativo de decisión que sólo da lugar a un injusto administrativo.

En este supuesto, ¿ante qué estamos? ¿Ante una tentativa de la forma más grave del cohecho del artículo 385 CP (102), que no se consuma en virtud del *error al revés (ungekehrter Irrtum)* en que se encuentra el funcionario? o ¿ante un cohecho consumado del artículo 386 (103), donde sólo se castiga un *acto injusto*, y no un *delito* como en el artículo anterior? ¿Pese a que el funcionario ignora que se trata de un acto injusto? ¿En qué relación se encuentran los distintos cohechos del artículo 385 y ss. CP respecto al error?

Si sostenemos que se trata de una tentativa de cohecho del artículo 385 CP, a la hora de determinar la pena nos encontramos con que, en aplicación de las disposiciones de la Parte general del Código sobre la tentativa, el Juez podrá rebajar la pena del funcionario en uno o dos grados. Ello quiere decir que siendo aquélla la de presidio menor, podrá ser rebajada hasta por debajo de la pena de arresto mayor. El Juez no está *obligado* a ello, pero puede hacerlo en uso del arbitrio que le concede el artículo 52 del Código.

es el punto utilizado por los partidarios de la filosofía analítica para criticar a la *Rechtstheorie*: ROTTLEUTHNER, H., *Hermeneutik und Jurisprudenz*, en *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, págs. 7-30; KOCH, *Über Juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrechts*, en KOCH, H.-J. (Hrsg.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht (Über Grenzen von Verfassung und Gesetzesbindung)*, Frankfurt, 1977, págs. 129-133.

(102) El artículo 385 C. P. dice así: «El funcionario público que solicitare o recibiere por sí o por persona intermedia, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito, será castigado con las penas de presidio menor y multa de tanto al triple del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa».

(103) El artículo 386 señala: «El funcionario público que solicitare o recibiera, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, y que lo ejecutare, incurrirá en la pena de presidio menor y multa de tanto al triple de la dádiva; si el acto injusto no llegara a ejecutarse se impondrán las penas de arresto mayor y multa de tanto al duplo de la dádiva».

Aquí reside la importancia interpretativa de la relación delito «sui generis», pues si no existiese el artículo 386 no habría inconveniente en aceptar la interpretación propuesta. Sin embargo, puestos en relación los artículos 385 y 386 esta solución se presenta más que problemática, injusta. Porque, como el artículo 386 permite ver, se produce la paradoja de que aquel funcionario que se propone efectuar un acto relativo al ejercicio de su cargo y constitutivo de *delito*, sin que realmente lo desee, es decir, se propone realizar algo más grave que el simple acto injusto, resulta más beneficiado que quien desde un principio sabe que el acto administrativo que va a efectuar es un acto injusto, no constitutivo de delito. Ello querría decir que se castiga más atenuadamente a quien realiza un delito más grave, cual es el de efectuar un acto administrativo injusto *creyendo* que se trata de un delito.

Con ello se ponen de manifiesto los resultados injustos a que puede llevar la calificación «a priori» de delito «sui generis», en el sentido de delito autónomo o independiente. También se revela la necesidad de «calar» en el sentido de los preceptos que se encuentran entre sí en una relación de delito «sui generis» *aparente*. Porque si llegamos a la conclusión de que el artículo 385 lo único que hace es añadir alguna característica especial nueva al cohecho del artículo 386, entonces no habrá inconveniente en aplicar la normativa del *concurso de leyes* del artículo 68 CP, pues estando los artículos 385 y 386 en una relación de *especialidad*, habrá que acudir al tipo básico (art. 386) cuando no se dé la característica especial típica que acompaña al tipo agravado (artículo 385).

Pero puede que no ocurra así, y resultar que la relación de *especialidad* no se adecúe a la problemática en cuestión, ya que esa característica que acompaña al artículo 386 no representa un «plus» respecto al artículo 385, sino un «allid». Entonces la pregunta que habrá que formularse es la siguiente: ¿Puede ser aplicada la normativa del artículo 385 sin más, y no tener en cuenta que lo que el autor infructuosamente se propuso hacer no es aquello por lo que se le castiga, sino algo más grave? ¿Puede dejarse de lado a la hora de determinar la gravedad de su conducta, y por tanto la pena, el injusto de la tentativa de la forma agravada del cohecho (art. 386 CP)? Si la respuesta es negativa, entonces habrá que admitir que no estamos ante un *concurso de normas* del artículo 68 CP (104), y será en la normativa del *concurso ideal de delitos* (105) donde habrá que buscar una respuesta

(104) El artículo 68 C. P. reza así: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código lo serán por aquel que implique mayor sanción al delito o falta cometidos».

(105) El artículo 71 C. P. indica: «Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más

adecuada a nuestras exigencias interpretativas. En ese caso sí estaríamos ante un «real» y «auténtico» delito «sui generis».

2) A, amigo de B, que reiteradamente le ha manifestado su deseo de morir a causa de la enfermedad que padece, que le obliga a llevar una vida casi vegetativa «metido» en un aparato que realiza las funciones más importantes del organismo, interpreta mal lo que B le dice, procediendo a desconectar el aparato para ayudarle a morir, hasta el punto de ejecutar él mismo la acción que le quita la vida. B, en realidad no quiere morir. ¿Qué conducta integra el comportamiento de A, una tentativa de ayuda al suicidio con actos de ejecución del artículo 409 CP (106), en concurso con un homicidio imprudente, en el caso de que se den todos los elementos de la imprudencia? ¿O estamos ante un delito consumado de la forma agravada de auxilio al suicidio, aunque falte el elemento esencial a éste de la voluntad del suicida?

En este caso se presenta un problema semejante al analizado en el ejemplo propuesto con anterioridad. En efecto, de nuevo es aquí el análisis del artículo 409 CP en relación con el 407 (107) lo único que nos puede proporcionar una solución satisfactoria. Así puede verse cómo la interpretación que del artículo 409 se hiciese, en el sentido de que el auxiliador del «suicida» con actos ejecutivos errase sobre la voluntad de aquél impediría hablar de auxilio al suicidio a falta del requisito esencial del artículo 409: la propia voluntad del suicida. Entonces estaríamos ante una tentativa de auxilio al suicidio en concurso con un homicidio imprudente, lo que produciría unas consecuencias insatisfactorias en el momento de determinación de la pena. En tal supuesto, tendríamos que el auxiliador respondería por la tentativa de auxilio con una pena inferior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 409, que es la de reclusión menor en *concurso ideal* con un homicidio por imprudencia, que caso de ser temeraria, determinaría la aplicación de la pena de prisión menor (art. 565 CP). El resultado de aplicar la normativa del concurso ideal de delitos del artículo 71 CP, sería la pena de prisión menor en su grado máximo, que es inferior a la pena señalada para el delito consumado de auxilio al suicidio con actos de ejecución material.

El resultado interpretativo es insatisfactorio, porque el «auxiliador» resultará beneficiado de que el «suicida» no quería morir.

delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de las que pudieren imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena así computada exceda de este límite se sancionarán los delitos por separado».

(106) El artículo 409 C. P. dice así: «El que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor, si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión menor».

(107) El artículo 407 dice así: «El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor».

Y parece absurdo que se castigue más severamente a quien da muerte a quien quería morir, que a quien mata a alguien que en realidad no lo quería. Por supuesto que a nosotros nos parece menos grave querer matar a alguien de quien se cree desea su muerte. Pero de lo que desde luego no cabe duda es de que para el legislador español es tan grave matar a quien desea morir como matar a quien no lo desea. Al menos eso parece deducirse de las sanciones que impone en ambos casos: reclusión menor para el homicida, y reclusión menor también para quien auxilia ejecutando la muerte de quien desea morir. De lo que, pese a todo, no se encontrará dispensado el intérprete será de encontrar una solución satisfactoria para el problema anterior, pues la propuesta con inmediata anterioridad no lo es a todas luces.

La cuestión está en analizar la estructura de ambos tipos para encontrar una construcción satisfactoria que justifique la consecuencia que previamente se quiere extraer (*Vorverständnis*). El único camino que le queda al intérprete es el de examinar si los artículos 407 y 409 del Código están emparentados de tal manera que se puede decir que cabe una amplia esfera de comunicación entre ellos, hasta el punto de que quien produce la muerte de una persona (elemento común a ambas figuras delictivas) en la creencia errónea de que aquélla se quería suicidar, responda en virtud de la sanción del artículo 409; como así mismo, que en el caso contrario de quien produce la muerte de una persona sin saber que ésta se quería suicidar, siendo ayudado por el «homicida» en su finalidad, puede responder sin más por un delito consumado de homicidio. Si se puede demostrar esta hipótesis, habrá que concluir que en este punto concreto *el auxilio al suicidio no es un delito «sui generis» respecto al homicidio*; y se habrá obtenido un resultado interpretativo satisfactorio.

3) La normativa concursal de los artículos 68 y siguientes del Código penal representa el punto de conexión entre la concreción del tipo, como tarea de interpretación de la Parte especial del Código, y la determinación de la pena para el caso en cuestión. O dicho de otra manera: la normativa concursal, situada sistemáticamente entre las disposiciones del Código dedicadas a la determinación de la pena, tiene la función de facilitarla o posibilitarla en aquellos casos en que se plantea un «conflicto interpretativo» en torno a diversos tipos de la Parte especial, o cuando un mismo tipo se repite una pluralidad de veces.

Como hemos tenido ocasión de repetir en varias ocasiones, en todos los casos en que se hace necesario recurrir a la normativa concursal, es porque se presenta un problema previo de interpretación del tipo, o mejor dicho: las disposiciones establecidas por el legislador sobre el concurso están ahí para posibilitar la solución de un problema interpretativo. Las normas del concurso no tienen la misión de llevar a cabo una tarea valorativa, no exigen-

dose al intérprete, pues, la interpretación de lo que el legislador haya querido desvalorar en ellas. Por el contrario, las normas concursales se limitan a facilitar la determinación de la pena una vez resuelto el problema a que sus distintas modalidades (concurso de leyes, ideal y real de delitos) hacen referencia. Resuelto el problema interpretativo previo, podrá decidirse el recurso a la aplicación de uno u otro precepto concursal. En este sentido, es en el que queremos hablar del carácter *abierto* de la normativa concursal.

Tratemos de aclarar lo que acabamos de decir con un ejemplo: A, cerrajero y reincidente en anteriores delitos de apoderamiento, provisto de sus instrumentos y acompañado por primera vez de B, «aprendiz del oficio» se introduce en una Iglesia al objeto de forzar la cerradura del cepillo de las limosnas. Después de múltiples intentos infructuosos para forzar la caja, comprueba que el mecanismo de cierre no se encuentra cerrado, por lo que basta con un leve movimiento de la mano para abrirla sin fuerza. A y B se apoderan de cuatro mil pesetas que en ese momento se encontraban en la caja, y vuelven a dejarla en un estado primitivo, con la intención de volver al día siguiente para apoderarse de su contenido. ¿Ante qué delito estamos? ¿Ante el hurto cualificado del artículo 516, 1.º CP, en relación con el más leve de los hurtos del artículo 515, 4.º por ser el autor reincidente y la cuantía de lo hurtado inferior a cinco mil pesetas? ¿Ante una tentativa de robo con fuerza en las cosas en concurso con el anterior hurto? ¿Ante una tentativa cualificada de hurto en virtud de la doctrina del *delito continuado*? ¿De qué responde B? ¿Le afecta la reincidencia del autor principal que convierte en delito la conducta de éste, que de otra manera no sería punible como tal dada la cuantía de lo hurtado, o no?

Si de las múltiples cuestiones que acabamos de formular, y que ponen de manifiesto la riqueza de problemas concursales que se presentan en los delitos contra el patrimonio, seleccionamos sólo la segunda, es decir, la posibilidad del concurso ideal de delitos que se produce entre el hurto consumado y la tentativa de robo, por ser quizá uno de los supuestos más frecuentes a que acude la doctrina que podríamos llamar *dominante* para caracterizar el *concurso ideal de delitos* (108), tendremos lo siguiente:

Si nos fijamos en las penas correspondientes a las normas sancionadoras en cuestión, podremos observar que mientras el artículo 516 del Código, en el apartado 1.º, obliga al Juez a imponer la pena inmediatamente superior en grado a la correspondiente del artículo anterior (que en nuestro caso es la del apartado 4.º), es decir, la pena de arresto mayor habrá de convertirse en este caso, en virtud de la concurrencia de la agravante de efectuar el

(108) Ver *infra*, A. III. b'. 2.: «La relación hurto-robo: problemas concursales».

hurto en edificio destinado al culto, en su superior, o sea, prisión menor. Sin embargo, el artículo 505, 1.º, que castiga el robo, en relación con la agravante del artículo 506, 2.º, de efectuarlo en edificio destinado al culto, permite imponer al autor la pena de arresto mayor en su grado máximo; pero, por tratarse de un delito en grado de frustración (recuérdese que en el ejemplo propuesto el autor y su ayudante no lograban consumir el robo, y sí el hurto agravado), podrá el Juez, a su arbitrio, imponer la pena inferior en grado, es decir, se podrá llegar a imponer una sanción por debajo del arresto mayor. De todo lo dicho parece poder concluirse que el problema concursal, resuelto conforme a la normativa del concurso ideal de delitos, nos llevaría a imponer la pena de prisión menor en su grado máximo, que es la que corresponde al delito más grave, es decir, seis años.

La solución propuesta por la doctrina mayoritaria parece, a primera vista, justa. Sin embargo, si la comparamos con la de otros casos emparentados, podrá verse lo injusto de aquella solución. En efecto, pensemos que en el ejemplo propuesto el autor «se sale con su empeño» inicial, es decir, logra forzar la caja de las limosnas. En este caso nadie dudaría en afirmar que la pena correspondiente vendría señalada exclusivamente por el artículo 506, 2.º, y que éste impone la de arresto mayor en su grado máximo, es decir, seis meses. Esta argumentación pone de manifiesto lo injusto de la solución del concurso ideal en el caso estudiado por nosotros. Así, pues, vemos cómo el autor «sale peor parado» porque no ha logrado conseguir su objetivo de realizar la conducta más grave que se proponía realizar de robo en lugar sagrado; lo cual pone de manifiesto que la solución propuesta por la doctrina dominante no es satisfactoria desde un punto de vista de Política criminal, ya que se castiga más severamente una conducta que en la propia letra de la Ley es menos grave que la otra, que aparece con una penalidad atenuada.

Lo expuesto pone de relieve que la solución dominante no es satisfactoria, y que el intérprete ha de esforzarse en conseguir una solución adecuada que evite semejantes contradicciones de la Ley (en definitiva es la Ley la que provoca semejante interpretación defectuosa por parte de la doctrina). La normativa concursal, en este sentido, ha de desempeñar una labor estabilizadora. Como más adelante exponremos detenidamente, en casos como éste y otros que se presentan en relación parecida al hurto-robo, en la relación homicidio-lesiones, por ejemplo, la solución satisfactoria estará en recurrir a la norma del concurso de leyes, y no al concurso ideal, poniendo con ello de manifiesto la función que en nuestra opinión ha de desempeñar la normativa concursal.

b'

1. El grupo de los delitos contra la vida humana es uno de los más característicos de nuestro Código penal. En él puede verse claramente cuál es el procedimiento del legislador en la configuración de los tipos de la Parte especial; como partiendo de un tipo básico (art. 407) que recoge y sanciona la infracción del mandato: No matarás. Lo enlaza con una serie de figuras que representan formas modificadas o atenuadas de aquel tipo inicial.

La problemática que se plantea precisamente por la conexión existente entre las distintas figuras construidas por el legislador en torno al homicidio es enorme. Aquí, sin embargo, sólo vamos a ocuparnos de un par de ellas, en el buen entendimiento de que con ello no afrontamos toda la problemática de los delitos en cuestión. En los casos que vamos a estudiar analizaremos la relación *infanticidio-homicidio-asesinato*, y la relación *homicidio-inducción y ayuda al suicidio*. Comencemos por el primero.

El supuesto a que queremos aludir con la relación *infanticidio-homicidio-asesinato* es aquél en el que la conducta de la madre a los abuelos maternos del artículo 410 no sólo está encaminada a ocultar la deshonra de la madre, presupuesto típico del delito en cuestión, sino que además concurre alguna de las circunstancias constitutivas del asesinato (art. 406), por ejemplo el veneno o el envenenamiento.

La solución dada por la doctrina española a esta cuestión no es unitaria. En efecto, Rodríguez Devesa (109) y Muñoz Conde (110), que sigue en este punto a Gimbernat (111), parten del carácter de delito especial del *parricidio* y del *infanticidio* y de la no ruptura del título de imputación, por lo que se refiere a la participación del «extraneus». De ello concluyen que en el caso propuesto, el infanticidio es «*lex specialis*» respecto del asesinato (112). Dejando para más adelante el problema de la *especialidad* del infanticidio, una cosa es cierta, y es que el *infanticidio* no es *lex specialis* del *asesinato*. El infanticidio no es un asesinato al que se le añade alguna característica; y por otro lado, el infanticidio no es un caso especial del asesinato (113). Muy al contra-

(109) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español*, Parte especial, 6.ª ed., Madrid, 1975. Para RODRÍGUEZ DEVESA tanto el *parricidio* como el *infanticidio* son «*delictum sui generis*» (pág. 51 y 57).

(110) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte especial, 2.ª ed., Sevilla, 1976, págs. 34 y 38. MUÑOZ CONDE habla de *autonomía*.

(111) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, págs. 285 ss.

(112) MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, pág. 41: «En relación con el parricidio el infanticidio es *lex specialis*, al igual que frente al homicidio y el asesinato». RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte especial*, págs. 55 y 60, habla de «relación de subsidiariedad».

(113) En el mismo sentido, HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 63.

rio, la única manera de poner en conexión al infanticidio con el asesinato es la vía del *homicidio*, que sirve de puente entre ambos tipos. Así, pues, la relación del infanticidio con el asesinato es *indirecta*, a través del homicidio. En efecto, el asesinato es una *forma cualificada* del homicidio, y el infanticidio una *forma privilegiada*.

En cambio, Del Rosal, Cobo, Rodríguez Mourullo (114), con mejor criterio, partiendo de la *estructura típica* de estos delitos llegan a la teoría de la ruptura del título de imputación. Independientemente de lo criticable que pueda ser la solución de estos autores, cuyo error principal consiste en extender la solución propuesta para el infanticidio y el parricidio a los demás *delitos especiales*, algo queda claro: la conclusión de que el *extraneus* no responde por el infanticidio o el parricidio. Y la razón de ello es muy sencilla: *el infanticidio no es un delito especial*. Con esta figura delictiva lo único que quiere el legislador es *generalizar una causa de atenuación de la culpabilidad* en la madre cuya culpabilidad aparece disminuida al estar motivada por la finalidad específica de ocultar la deshonra. Algo parecido ocurre con el parricidio, aunque en este caso la causa sea de carácter agravatorio. Al ser una circunstancia que afecta a la culpabilidad de la madre, ha de ser considerada subjetivamente, en virtud del *principio de la culpabilidad* (la culpabilidad es un juicio personalizado que no afecta al injusto, no siendo transmisible a los demás partícipes, aunque haya sido recogido por el legislador en el tipo), no alcanzando pues a los demás partícipes en el infanticidio que no son la madre o los parientes indicados en el artículo 410 CP (115).

Que el *asesinato* tiene más «lugares comunes» con el homicidio de los que la doctrina española se ha empeñado en demostrar, nos llevaría mucho tiempo. Tan sólo quiero aludir en este lugar a las injusticias a que ha llevado la aplicación de las circunstancias constitutivas del asesinato, injusticias no ocultadas por la doctrina (116), como consecuencia de la consideración *autónoma* del delito de asesinato. No se puede estar de acuerdo con semejante

(114) DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español* (Parte especial), «Delitos contra las personas», Madrid, 1962, págs. 185 ss.: «La solución que hemos de adoptar parece ya prejuzgada a la vista de cuanto hemos expuesto anteriormente. A nuestro modo de ver reiteramos una vez más— el plano del cual hay que partir en busca de la solución que nos permita resolver la problemática que plantea la participación de extraños en el delito de parricidio, viene dada por las peculiares exigencias que se derivan del tipo delictivo configurado en el artículo 405. Queremos decir con esto que la reflexión técnico-jurídica sobre el problema sólo cobra sentido a la luz del tipo penal y, en consecuencia, es obligado contraer la polémica a los términos concretos en que la plantea el propio artículo 405».

(115) El artículo 410 dice así: «La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito».

(116) Véase por todos, MUÑOZ CONDE, Parte especial, pág. 30.

conclusión que tan gravemente atenta contra el principio de culpabilidad: piénsese lo absurdo que es hacer depender el castigo del partícipe, como asesinato o como homicidio, según que el Juez, arbitrariamente, tome una circunstancia u otra para determinar la caracterización del asesinato. La consideración de las circunstancias constitutivas del asesinato ha de ser realizada de manera particularizada. Mientras que puede ser discutible la posibilidad de estimar la concurrencia de las circunstancias subjetivas caracterizadoras del asesinato en el partícipe, careciendo de ellas la conducta del autor principal (en cuyo caso habría que castigar al autor como homicida y al partícipe como «asesino» en un delito de homicidio) (117), sin embargo, no basta el simple conocimiento por parte del partícipe de la concurrencia de tales circunstancias subjetivas en el autor principal para castigarle como partícipe en un delito de asesinato. Para que ello fuera posible sería necesario que aquéllas concurriesen en su persona (118). Frente a ello no existe objeción dogmática ni legal, pues las normas de la Parte general no pueden nunca forzar la concreta determinación del injusto hecho en la Parte especial (119).

(117) SCHMIDHAUSER, E., *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1958, pág. 265. Sobre esta polémica, véase por todos: HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 2, Besonderer Teil, § 211, Frankfurt, 1977, págs. 7-9.

(118) La doctrina alemana es unánime en este punto. Véase por todos: ARZT, G., *Strafrecht*, Besonderer Teil, LH 1, Delikte gegen die Person, Bielefeld, 1977, págs. 27-37. De otra manera se sostendría una teoría *culpabilista* de la participación (*Schuldteilnahmelehre*), según la cual el partícipe toma parte en la culpabilidad del autor. Esta teoría está totalmente superada. En este sentido, R. D. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1977, página 122.

(119) La doctrina alemana suele acudir al siguiente ejemplo para aclarar el juego de los distintos apartados de los §§ 28 y 29 StGB: A, sabe que su padre se encuentra gravemente herido a consecuencia de un accidente. Excitado toma un taxi y promete a B, taxista, una buena gratificación si le lleva al lugar donde se encuentra su padre lo más rápidamente posible. Como A supone, conduce B con temeridad manifiesta, con grave peligro para el tráfico, realizando maniobras prohibidas y conduciendo a excesiva velocidad. Sin estar motivado como A, sino que para él lo único importante es el dinero prometido. Para la doctrina alemana la característica *rücksichtslos* (desconsideradamente) del § 315 c I, Nr. 2, es interpretada como elemento perteneciente a la culpabilidad del autor, es un elemento especial de la culpabilidad (*spezielles Schuldmerkmal*), que no caracteriza el injusto sino la culpabilidad. El hecho de que la característica fundamental de la culpabilidad *rücksichtslos* concurra en el autor y no en el partícipe (inductor) obliga a plantearse si A puede responder como inductor de la conducta de B. Mientras que la doctrina dominante no tiene inconveniente en hacer responder a A por la conducta de B, existe un sector que se va imponiendo poco a poco, según el cual en este caso no hay que acudir al § 28, I (que permite castigar a A con una pena disminuida), sino que según el § 29 falta en el partícipe un elemento exigido para la culpabilidad de su acción. No tratamos en este lugar de ver la posibilidad de trasplantar esta polémica a nuestro artículo 340 bis a) 2.º, lo que obligaría a realizar una interpretación de la *temeridad manifiesta* distinta a la de la doctrina dominante; lo único que nos ha llevado a plantear el supuesto es su plasticidad para expresar cómo

Las precisiones hechas por los párrafos 28 y 29 del StGB alemán (antiguo § 501) van encaminadas precisamente a la finalidad arriba expuesta. En estos párrafos se establece: 1.º, en el § 29, que la culpabilidad del partícipe ha de ser constatada individualizadamente, y la regla de que al partícipe no le afecta el hecho de que la conducta del autor esté exenta de punibilidad por una causa genérica de exclusión de la culpabilidad; y 2.º, en el § 28,2 que aquellas *características personales* recogidas en los tipos de la Parte especial (independientemente de que se refieran al tipo, a la culpabilidad o a la penalidad) que sólo sirven para aumentar, disminuir o excluir la pena, sólo valen para el partícipe en quien concurren (autor o partícipe) mientras que, si aquellos caracteres personales que fundamentan la punibilidad del autor faltan en el partícipe, se ha de disminuir la pena conforme a los mismos criterios de la tentativa. (Estos son, entre otros, los casos de los delitos especiales propiamente dichos) (120). Téngase muy en cuenta que las circunstancias personales que no fundamentan la punibilidad del autor a que se refiere el párrafo 28,2, no se corresponden con nuestras circunstancias genéricas de los artículos 8, 9, y 10, no siendo aquel párrafo el equivalente de nuestro artículo 60. Es decir, que circunstancias como las recogidas en nuestro Código para caracterizar el asesinato, el infanticidio o el parricidio encajarían en el párrafo 28,2 del StGB y no en el 28,1 (121).

La cuestión es si esta solución dada por el Legislador alemán a tan compleja problemática puede o no ser la misma en nuestro Derecho, donde el Legislador no se ha preocupado de resolver este problema. Mi opinión es que sí, y que la doctrina española se ha quebrado la cabeza buscando una solución dogmáticamente correcta conforme a los criterios de la teoría jurídica del delito en materia de participación, cuando la solución estaba en la Parte especial, es decir, en los tipos concretos que describían las conductas que el Legislador quería que fueran punibles. Procediendo de otra manera forzaba el intérprete la voluntad del legis-

se puede confrontar el intérprete con los elementos constitutivos del tipo referentes a la culpabilidad. Sobre esta problemática en el Derecho alemán, véase por todos, SAMSON, en *Systematischer Kommentar*, Band 1, Allgemeiner Teil, págs. 224-227.

(120) SAMSON, SK, Allgemeiner Teil, pág. 227.

(121) HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, págs. 114-117.

Los párrafos en cuestión son éstos:

«§ 28. Elementos personales especiales. (1) Si faltan en el partícipe (inductor o cómplice) elementos personales especiales (§ 14 Abs. 1) que fundamentan la punición del autor, ha de ser disminuida la pena de aquél conforme al § 49 Abs. 1. (2) Si determina la ley que elementos personales especiales agravan, disminuyen o excluyen la pena, ello tiene validez sólo para el partícipe (autor o partícipe) en quien concurren».

«§ 29. Punición independiente del partícipe. Cada partícipe será castigado según su culpabilidad sin consideración a la culpabilidad de los demás».

lador en nombre de abstractos criterios dogmáticos. Leyendo la Parte especial del Código y respetando el principio de culpabilidad vigente aunque no lo haya formulado el Legislador de forma específica en un artículo del CP para el partícipe, se obtienen mejores resultados prácticos.

Así, pues, en conclusión, el asesinato es sólo una forma *cualificada* del homicidio y el infanticidio una forma *privilegiada* respecto del homicidio, y no un delito especial. No vamos a pretender resolver en este lugar y de una vez para siempre el problema concursal que se plantea entre el infanticidio y el asesinato. Tampoco pretendemos elaborar una teoría que nos permita decir que la *forma privilegiada* predomina sobre la *forma cualificada*, o ésta sobre aquélla. Aquí sólo pretendemos hacer resaltar que la solución requiere una valoración minuciosa de ambos tipos; y no partir de unos presupuestos artificiales como el de la autonomía o no autonomía, o de un principio estricto como sería decir que el privilegio predomina siempre sobre la cualificación, porque aunque ello quizá fuese cierto en el caso concreto aquí estudiado, puede no serlo en otros supuestos que nos planteásemos.

Finalmente, nos interesa hacer resaltar cómo el conflicto concursal que se plantea ha de ser resuelto conforme a la normativa del *concurso de leyes* y no del *concurso ideal de delitos*. Esta conclusión se impone por sí misma, no requiriendo esfuerzos argumentativos por nuestra parte: una misma conducta típica no puede ser privilegiada y cualificada a la vez. Lo uno excluye a lo otro. Y todo ello como consecuencia de la interpretación de los tipos concretos, no de una norma general cual sería la que sirve en el Código penal español (arts. 68 y ss.) para *determinar la pena* de los distintos problemas concursales, solucionados previamente mediante la interpretación de los tipos en conflicto.

Pasemos ahora a la segunda de las hipótesis que nos hemos propuesto analizar en este Capítulo de los delitos contra la vida: la relación homicidio-ayuda e inducción al suicidio del artículo 409 CP. Dejemos aparte el supuesto que acabamos de analizar en el caso anterior, la relación ayuda e inducción al suicidio-homicidio-asesinato que podría darse; basta para ello que quien estuviera dispuesto a ayudar al suicida con actos de ejecución material lo haya hecho mediante el precio o recompensa de la propia «víctima»-suicida, cuya solución habría de ser planteada en el sentido de demostrar cómo el *privilegio* representado por la voluntad de morir del suicida del artículo 409 predomina sobre el asesinato del artículo 406; es decir, quien ayuda al suicida matándolo por precio o recompensa sólo responde por el 409 y no por el asesinato del artículo 406 CP. En cuyo caso habría que concluir que el asesinato del artículo 406 CP no es un delito «sui generis» respecto a la ayuda al suicidio del artículo 409, pues no produce efecto alguno. Por supuesto que se puede realizar otra interpre-

tación del artículo 409: por ejemplo, viendo un elemento «subjetivo» especial de trasfondo que exigiera para el tipo un determinado móvil de «piedad» o «compasión» incompatible con el móvil interesado del lucro, en cuyo caso sólo produciría sus efectos la norma para el asesinato del artículo 406, retrotrayéndose la norma del artículo 409, en cuya premisa no encajaría el supuesto en cuestión. Lo que en cualquier caso queda claro es que es el tipo de injusto de la Parte especial en cuestión el único que nos puede servir para solucionar el problema concursal planteado.

Efectos semejantes a los acabados de exponer produce la hipótesis que planteábamos en forma de caso práctico al exponer nuestras premisas metodológicas. Allí presentábamos el supuesto de quien da muerte a una persona pensando que ésta se quería suicidar. Como punto de partida de nuestro planteamiento comencemos con el caso inverso, es decir, alguien mata a su enemigo sin saber que éste se quería suicidar. En este caso no habrá inconveniente alguno en estimar el homicidio del artículo 407, sin que se plantee problema concursal alguno con el artículo 409, ya que el tipo de la ayuda al suicidio no se da en ningún momento, puesto que le falta una característica personal especial que ha de acompañar siempre al sujeto en quien está pensando el artículo 409, y que obviamente no tiene el del ejemplo propuesto (122). Como consecuencia de ello parece que no hay ningún inconveniente para estimar que el sujeto en cuestión realiza la conducta del homicidio a que se refiere el artículo 407, a cuya aplicación no es obstáculo alguno que la víctima desease su propia muerte. Así, pues, y para exponer claramente lo que queremos decir sobre la compenetración mutua de diversos tipos de la Parte especial, parece que en este caso tendríamos que concluir diciendo: el homicidio del artículo 407 es un tipo de la Parte especial del Código penal español que castiga a quien matare a otra persona (aunque esta otra persona desease su propia muerte, siempre que aquél no lo supiere). En este sentido, pues, el artículo 409 no es un delito «sui generis» respecto al homicidio, puesto que para que lo fuera habría de ser autónomo, es decir, que en el caso de quien realizare los elementos objetivos del tipo careciendo de alguna de las características subjetivas, personales, se impediría que entrara en juego el otro tipo de la Parte especial (123), lo que no ocurre en el presente caso donde la ausencia de uno de los elementos de la *ayuda al suicidio* determina la aplicación automática de la norma sancionadora del *homicidio*.

Pero, volvamos al caso inicial, de quien realiza el elemento objetivo del homicidio, pensando, sin embargo, que la víctima deseó su propia muerte. Del análisis simultáneo de las normas sancionadoras del homicidio (art. 407) y de la ayuda al suicidio

(122) En el mismo sentido, HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 61.

(123) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 62.

(art. 409) se deduce que para el Legislador español merece el mismo desvalor la muerte de un hombre que no quiere morir (art. 407 CP) que la ayuda a morir del suicida que sí lo quería (art. 409), prueba de ello es que castiga ambas conductas con la misma pena: reclusión menor. Este punto de referencia de la medida de la pena creo que es un buen criterio de interpretación, sobre todo por lo que se refiere a la función de Política criminal del Derecho penal, respecto a la cual hemos denunciado los efectos negativos que se derivaban de una determinada interpretación del artículo 409, es decir, desconectada del artículo 407, ya que el «auxiliador» del «suicida» saldría más beneficiado si el suicida no quería morir que en el supuesto normal de que aquél hubiera interpretado correctamente el deseo de quien sí lo quería.

Esta premisa nos obliga a plantear la conexión que se puede establecer entre los artículos 407 y 409, al objeto de realizar una interpretación del artículo 409, en este caso concreto que tenemos entre manos, que se adecúe al criterio de Política criminal, mediante la comparación de las penas señalada a ambos delitos, sin incidir en los defectos que hemos señalado respecto a la interpretación que previamente hemos expuesto.

La solución es muy semejante a la expuesta para el caso anterior, de quien mata con ánimo homicida a quien se quería suicidar, sólo que al revés. La formulación que tendríamos que hacer para que el intérprete llegase a la conclusión correcta desde el punto de vista de Política criminal, sería la siguiente: el artículo 409 castiga la conducta de quien mata a otro hombre pensando que este hombre desea su propia muerte aunque realmente no lo quisiera, y aunque el error sobre la voluntad de morir del falso «suicida» sea debido a una conducta imprudente del autor de la muerte. Con ello se obtiene una solución satisfactoria conforme al criterio de Política criminal de la medida de la pena. Lo cual quiere decir en definitiva, y a los efectos que nos interesan, que el homicidio no es un delito «sui generis» respecto de la ayuda al suicidio por la misma razón que éste no lo es respecto a aquél. Esta solución que parece una perogrullada en el fondo no lo es, pues puede darse el caso de que un tipo de la Parte especial del Código esté en una relación de delito «sui generis» respecto a otro básico que a su vez no lo sea respecto a aquél.

En el caso que nos ocupa, es decir, *en la relación homicidio-ayuda al suicidio existe un terreno común constituido por la producción de la muerte de alguien, constituyendo la otra nota definitiva el ánimo del autor del delito, pues según que su intención sea la de matar con ánimo homicida o ayudar a morir a alguien de quien se cree desea morir estaremos ante un homicidio del artículo 407 del Código penal o ante la ayuda al suicidio del artículo 409, y ello con independencia de que el sujeto pasivo desease realmente su muerte en el primer caso y no la desease en el segundo.*

2. En un trabajo sobre la dogmática de las lesiones en el Derecho español, y comparado publicado por Beristain en el año 1971 (124), vuelve a poner de relieve el interés de la Sentencia del TS de 10 de enero de 1879 en la que se castigó como autora de un delito de mutilación del artículo 419 CP a la mujer que consiguió su propósito de castrar a su marido, quedando su efecto reducido a la pérdida de un testículo. El hecho de que la pena correspondiente al delito de castración frustrado sea inferior a la correspondiente al delito consumado de mutilación indujo al TS, con buen criterio, a recurrir a la pena correspondiente al delito consumado de mutilación, mediante la aplicación de la normativa del *concurso de leyes* (125).

El ejemplo representado por esta Sentencia y otras que se podrían aducir en materia del delito de lesiones, dada la compleja casuística con que el legislador español regula este grupo de delitos, debe ponernos en prevención contra el criterio proporcionado por la doctrina dominante para delimitar la función de la normativa del concurso ideal de delitos. La opinión dominante brevemente expuesta es la siguiente: «De ahí que la concurrencia ideal tenga también una función de clarificación (*Klarstellungsfunktion*), que ha de ser tenida en cuenta para la frontera con el concurso de leyes. Si el autor ha herido a la víctima cuando intentaba cometer un homicidio, ha de ser castigado a causa de la tentativa de homicidio en unidad de hecho (*Tateinheit*) con la lesión consumada. Además, la lesión es delito intermedio del homicidio y por tanto subsidiaria. La simple punición por el homicidio intentado no permitiría aclarar que el autor llegó a herir a la víctima. La aceptación del *concurso ideal de delitos* posibilita, por contra, esta clarificación» (126). Lógicamente este entendimiento de la función de la disposición del concurso ideal se corresponde con el sostenido por Samson para el concurso de leyes, donde los supuestos en que la normativa del concurso ideal está llamada a cumplir su *Klarstellungsfunktion* constituirán el límite de aplicación de la norma de *subsidiariedad*: «La subsidiariedad sólo existe si la acción que realiza el delito intermedio no presenta un contenido de injusto más grave que el hecho del estadio posterior. Ese no es el caso, si en estadios anteriores se realizan cualificaciones que faltan en el hecho del estadio posterior, por ejemplo, en la relación entre la tentativa de robo y hurto consumado; la subsidiariedad desaparece también si el tipo intermedio se consume, mientras que el delito subsiguiente sólo ha sido intentado, como por ejemplo en las lesiones consumadas y el homicidio intentado» (127).

(124) BERISTAIN, A., *Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado*, en RGLJ 1971, separata, págs. 36-40.

(125) MUÑOZ CONDE, Parte especial, pág. 78.

(126) SAMSON, SK, Allgemeiner Teil, pág. 358.

(127) SAMSON, SK, Allgemeiner Teil, pág. 35.

Ciertamente que no es de este lugar hacer una crítica exhaustiva de la doctrina recaída sobre la función de la normativa concursal, ni siquiera para intentar una aproximación parcial al tema del límite entre el concurso de leyes y el ideal de delitos, tema al que pensamos dedicar la segunda parte de este artículo. Aquí sólo tratamos de demostrar cómo el punto de partida propuesto para determinar la función de la normativa concursal no se adecúa a los casos que analizamos en este apartado, viendo en ello un indicio de que el criterio de la doctrina dominante no puede ser mantenido de manera absoluta. Y, lo que es más importante, puede oscurecer la función que dicha normativa ha de cumplir por encima de todo: servir de instrumento en la interpretación de los tipos de la parte especial, para evitar los resultados injustos a que llevaría en ciertos casos la aplicación estricta de los preceptos de la Parte especial. En definitiva, será el caso en concreto el que nos dirá a cuál de los recursos de la normativa concursal (concurso de leyes, ideal o real de delitos) hemos de acudir a fin de obtener una solución justa, es decir, la determinación de la pena adecuada a los fines del Derecho penal. Schünemann, en un estudio sobre determinados problemas concursales en el seno de los delitos contra el patrimonio ha recogido con acierto esta concepción de la función concursal, en el caso del acto subsiguiente impune (*Straflose Nachtat*): «Como formas de concurrencia conoce el StGB el concurso ideal y el concurso real. El acto posterior impune se considera como una forma de la concurrencia aparente (*Scheinkonkurrenz*). Esta 'concurrencia aparente' es un instrumento dogmático para salir del dilema que representa la realización de dos tipos de la Parte especial, aunque según la sensibilidad jurídica natural sólo la aplicación de uno tiene sentido. En tanto en cuanto se pueda encontrar ayuda en el pensamiento jurídico general 'lex specialis derogat legi generali' no existe problema alguno. En los restantes casos se llega a una situación difícil, pues no se puede extraer de la ley ningún criterio para la renuncia de uno de los tipos. La construcción del acto posterior impune sirve para corregir una configuración del tipo defectuosa e incompleta, evitando, por lo demás la amenazada concurrencia. De aquí se sigue que el lugar dogmático del acto posterior impune no se encuentre en el concurso, sino en la teoría del tipo, o, en todo caso, entre ambos» (128).

Una exacta comprensión del tema en el Derecho español obliga a tener en cuenta un precepto de nuestro Código penal que carece de paralelo en el StGB alemán, y que, a nuestra manera de ver, juega un papel definitivo en la solución del problema planteado. Se trata del artículo 50 CP, sobre todo su párrafo segundo. El contenido del artículo 50 de nuestro Código es uno de los más complejos de todo nuestro Derecho penal, prueba de

(128) SCHÜNEMANN, B., *Die Stellung der Unterschlagungstatbestände im System der Vermögensdelikte* -BGH St 14, 18, en JuS 1968, pág. 119.

ello es que ha atraído a juristas españoles de todos los tiempos. En este lugar no vamos a entrar en el estudio exhaustivo de los supuestos del «versare in re illicita» contemplados por el artículo cincuenta. Muy al contrario, sólo vamos a resaltar la función que su párrafo segundo cumple. Para ello, ningún ejemplo mejor que el que a nosotros nos ocupa (128 bis).

De los trabajos recientes, destaca el esfuerzo iniciado por Rodríguez Mourullo (129), y continuado por Muñoz Conde (130), de dejar claramente establecido el presupuesto y límite de aplicación de la norma del artículo 50. De los muchos ejemplos utilizados por la doctrina a éste fin, pocos han sido tan unánimemente considerados como la relación homicidio-lesiones. Más todavía, se llega a afirmar que el artículo 50, I, está pensando en típicos supuestos como el de quien con ánimo de producir lesiones ocasiona la muerte de la víctima (el llamado homicidio preterintencional). En tales supuestos, se dice, está llamado a producir sus efectos el artículo 50, apartado primero. La gravedad del resultado producido, en oposición al daño menor que el autor se propuso realizar, constituye su característica de cualificación por el resultado. Sobre la adecuación de este precepto al principio de culpabilidad y conformidad con los criterios de Política criminal no hemos de pronunciarnos aquí.

Mayor importancia tiene para nosotros el caso inverso, es decir, el supuesto de quien queriendo producir la muerte de la víctima sólo logra ocasionarle lesiones de una determinada gravedad. A mi manera de ver, no hay ningún inconveniente en pensar que tal supuesto encaja en la estructura del artículo 50, apartado II, con independencia de que se sostenga que quien actúa con ánimo homicida, abarca con aquél el dolo de lesiones, en cuyo caso no podría hablarse de delito cualificado por el resultado, ya que éste ha sido abarcado por el dolo del autor (131). Aparte de que no existe ningún obstáculo dogmático para extender a este supuesto el ámbito de aplicación del artículo 50, II, existen criterios de Política criminal que abogan a favor de esta solución. En efecto, piénsese en aquellos casos expuestos por nosotros en que el recurso a la normativa del concurso ideal de

(128 bis) No queremos pronunciarnos en este lugar sobre el «versari in re illicita» y el artículo 50. Tan sólo queremos poner de relieve cómo incluso partiendo de la tesis dominante en nuestra doctrina sobre la interpretación del artículo 50, debe absorber supuestos en los que no cabe apreciar cualificación por el resultado alguna.

(129) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Barcelona, 1970, págs. 207-214.

(130) MUÑOZ CONDE, F., *Del llamado homicidio preterintencional*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1974, págs. 164-186.

(131) Es significativo que R. SCHMITT, pese a sostener la teoría de que el dolo homicida abarca al dolo de lesiones, no obstante estima con buen criterio en estos casos la norma del concurso de leyes y no la del concurso ideal de delitos. R. SCHMITT, *Vorsatzliche Tötung und vorsatzliche Körperverletzung*, en *JZ* 1962, pág. 391.

delitos producía un absurdo privilegio del autor, sin que hubiese razón alguna de política criminal para ello, y sí sólo un defecto de técnica legislativa, a la hora de determinar las penas, por parte de nuestro Código penal.

Sería absurdo que el artículo 50, que tiene una clara finalidad de castigar más severamente aquellos supuestos en que se ha producido un resultado más grave que el deseado, no fuese aplicable a los casos en que el autor sí previó el resultado más grave. Concretamente el artículo 50, II, ha de ser aplicado al supuesto de la relación hurto-robo que exponíamos unas páginas más arriba. Allí veíamos cómo el supuesto del delito que comienza en robo y acaba en hurto producía una absurda agravación de la pena, por el simple hecho de que su autor no había podido salirse con la suya de ejecutar el delito más grave que se propuso, «teniéndose que conformar» con consumir el delito menos grave de hurto. Y todo ello en virtud de una aplicación mecánica de la norma del concurso ideal de delitos, en el sentido que le asigna la doctrina (*Klarstellungsfunktion*).

Decimos que el artículo 50, párrafo II, ha de ser aplicado a este caso porque no existe ninguna razón que se oponga a castigar de igual manera el supuesto de quien deseando cometer el delito más grave ha de conformarse con la producción de un resultado que no abarca el más grave propuesto. Y ello con independencia de que el resultado menos grave producido hubiese sido previsto o no por el autor. Como claramente se desprende de la interpretación simultánea de ambos párrafos del artículo cincuenta el Legislador español sólo ha querido castigar más severamente aquellos casos en que el resultado producido es más grave que el que su autor se propuso alcanzar, pero no en el caso inverso, en que se limita a señalar que se aplicará *única y exclusivamente* la pena correspondiente a lo realmente pretendido por el autor. Cuestión distinta sería que el Legislador hubiese tenido en cuenta de alguna manera el resultado menos grave realmente producido por la conducta de tentativa o frustración del delito más grave. Para ello hubiese sido suficiente con que, por ejemplo, hubiese determinado que la pena a aplicar fuese la correspondiente a la del delito más grave, intentado o frustrado, en su grado máximo; pero eso no lo ha querido el Legislador. Conclusión: en los casos en que el delito consumado sea menos grave que la tentativa o frustración del delito que el autor pretendió ejecutar, aquel resultado producido no es tenido absolutamente para nada en cuenta por el Legislador español, no pudiéndose hablar en estos casos de delitos cualificados por el resultado, a diferencia de lo que ocurre en el párrafo primero (132).

(132) Ver las teorías que sostienen que el dolo de homicidio abarca el dolo de lesiones, en SCHMITT *Tötung u. Körperverletzung*, págs. 389-391. Ver

Lo que queremos decir, al concluir que los supuestos de la relación hurto-robo y homicidio-lesiones encajan perfectamente en la estructura del artículo cincuenta, apartado segundo, es que con esa alternativa se evitan resultados desaconsejados desde el punto de vista de Política criminal y dogmático. Es absurdo que se castigue más severamente a quien queriendo realizar algo más grave observa cómo sus pretensiones han de quedarse en la realización de algo menos grave (en nuestro caso quien queriendo robar «ha de conformarse» con hurtar), que quien pretendiendo realizar lo mismo que el autor anterior produce sin saberlo un resultado menos grave. Y lo es porque el artículo 50, que está ahí para castigar más severamente determinados supuestos cualificados por el resultado, no puede volverse en su inverso y castigar más atenuadamente que en el caso en que el autor sí previó el resultado menos grave. Conclusión: *el límite en que actúa la normativa del artículo 50 en los delitos cualificados por el resultado ha de ser tenido también en cuenta cuando el resultado menos grave ha sido previsto por el autor. Ello quiere decir que la solución del caso analizado por nosotros encuentra apoyo legal en la interpretación propuesta del párrafo segundo del artículo 50 CP, que recogería un supuesto muy concreto del concurso de leyes.*

Veamos qué ocurre con la normativa concursal en el caso que nos ocupa: en un trabajo publicado recientemente por Günther Arzt (133), en el que estudia exhaustivamente la nueva regulación del robo y el hurto en el StGB, se plantea el mismo supuesto que nos ha servido a nosotros para el estudio de la relación hurto-robo, es decir, el delito que comienza en robo y acaba en hurto. La solución que propone Arzt es la misma que proponemos nosotros tras el estudio del delito «sui generis», es decir, el concurso de leyes, distanciándose pues de la doctrina dominante más propensa a estimar el concurso ideal de delitos. Problema peculiar del StGB es que en su nueva regulación los casos de robo con fuerza en las cosas, aparecen allí como formas agravadas del hurto, formalizados además en forma de regla-ejemplo. En efecto, tras describir y castigar en el § 242 el hurto, recoge el § 243, bajo el título de «supuestos especialmente graves del hurto», los siguientes casos: «(1) En los casos especialmente graves será castigado el hurto con pena privativa de libertad de tres meses a diez años. Un caso especialmente grave se da normalmente si el autor 1 para ejecutar el hecho, en un edificio, una vivienda, una oficina pública o de negocios, o en otro lugar cerrado, fractura, escala o penetra con una llave falsa u otro instrumento no apropiado para su apertura normal, o se mantiene escondido en tal lugar, 2. hurta una cosa

también, G. JAKOBS, *Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, Bonn, 1967, págs. 122-128.

(133) ARZT, G., *Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen. Gleichzeitig ein Beitrag zur Technik der Regelbeispiele*, en *JuS* 1972, págs. 385-390, 515-520 y 576-581.

que aparece especialmente asegurada en un depósito o bajo cualquier otra forma de protección, 3. hurta con reiteración, 4. se apodera de una cosa que se encuentra en una Iglesia u otro edificio o lugar destinado al culto o a ceremonia religiosa, 5. roba una cosa de importancia para la ciencia, el arte o la historia o para el desarrollo técnico, que se encuentre en una colección accesible en general o expuesta al público, 6. hurta abusando de la situación de desamparo de alguien, de una desgracia o de un peligro público».

Lo que Arzt quiere decir es que, por tratarse de una forma agravada, ésta, la forma agravada, sólo se tendrá en cuenta cuando haya sido consumada, y, en caso contrario, no servirá para aumentar la pena a imponer al autor, que sólo responde por el hurto básico del § 242 (134). Arzt llega a la conclusión de que los supuestos de la regla ejemplo sólo se tendrán en cuenta para el delito consumado en la forma grave, mientras que en los casos de tentativa, aunque se dé un elemento que indique que se intentó consumar el delito en la forma grave, sólo se tendrá en cuenta el tipo básico, es decir, el parágrafo 242: «El § 243 regula el caso grave (consumado) de un hurto (consumado). Los §§ 243, 43 (tentativa) no son aplicables ni en la forma del hurto (consumado o intentado) en un caso grave intentado ni en la forma del caso grave de un hurto intentado» (135).

No vamos a entrar aquí a discutir si la fórmula de Arzt es la correcta, o si en algún momento se puede tener en cuenta la tentativa de la forma cualificada. Más importante nos parece constatar que 1. La solución propuesta por Arzt es válida tanto para el caso del StGB alemán que ha querido recurrir a la forma de regla-ejemplo, para caracterizar el robo con fuerza en las cosas respecto al hurto, como para el caso del Derecho español en que se muestran como delitos distintos, apareciendo aquella figura como uno de los dos grandes grupos de delitos de robo. Ello significa, por lo que se refiere a la cuestión de la concurrencia entre ambas figuras (el hurto básico y el agravado en el StGB; el hurto y el robo con fuerza en las cosas en nuestro CP), la exclusión del concurso ideal de delitos: «Se puede además hablar de un caso grave de un hurto simple (intentado) describiendo esto en la forma: §§ 243, 43. ¿Cómo se quiere sin embargo, expresar que el autor *ha intentado* un hurto simple intentado o consumado para cometer un hurto en un caso grave? La salida pensable de un concurso ideal entre los § 242 y §§ 243, 43 nos depararía el «novum» de una concurrencia entre un auténtico tipo (§ 242) y el § 243 de dudosa ordenación como tipo o regla de medición de la pena» (136). Y 2, la constatación de que en todos estos supuestos se observa la existencia de una parte de conducta delictiva que va a quedar impune..

(134) ARZT, *Diebstahlsbestimmungen*, pág. 517.

(135) ARZT, *Diebstahlsbestimmungen*, pág. 518.

(136) ARZT, *Diebstahlsbestimmungen*, pág. 517, nota 15.

Recurrir como hace Arzt al carácter fragmentario del Derecho penal me parece un gran acierto, teniendo en cuenta, sobre todo, que la otra alternativa, concretamente la del concurso ideal de delitos, como propone la doctrina dominante, está muy próxima, si no incide de lleno, a la infracción del principio «non bis in idem», ya que por lo menos parte de la misma conducta delictiva se tiene en cuenta para llenar el contenido de injusto de dos tipos distintos, que se van a considerar realizados por el autor. Aunque mediante la norma del artículo 71 se procede a la imposición de una pena inferior a la correspondiente a los delitos considerados por separado, es presupuesto de aquella norma la realización de ambas figuras delictivas: «Por eso parece apropiado recurrir a la *naturaleza fragmentaria* del Derecho penal en la interpretación de los tipos en particular. Hemos de aceptar la necesaria laguna que se produce al renunciar a los §§ 243, 43» (137).

Conclusión: la solución del supuesto de hecho del delito que comienza a ser realizado como robo y acaba en hurto, en el caso que nos ocupa, ha de ser resuelta en favor de la norma del concurso de leyes, respondiendo el autor sólo por el delito consumado de hurto.

3. En el año 1959 realizó Arthur Kaufmann un comentario a la sentencia del BGH de 21 de noviembre de 1958 en la que se planteaba la cuestión de la posibilidad del delito continuado entre la forma simple y la agravada del cohecho en el StGB (§§ 331 y 332) (138). Para pronunciarse sobre este extremo, se vio Kaufmann en la necesidad de estudiar la naturaleza jurídica de ambos preceptos, es decir, si ambos preceptos implican la violación de la misma o diversa Norma, ya que, como argumentaba la sentencia de casación comentada, dependería de ese hecho que se pudiera o no hablar de un delito continuado entre ambas figuras: «Es suficiente que las distintas amenazas de pena manifiesten el mismo pensamiento en consideración a una fundamentación agravatoria o atenuatoria».

La sentencia del BGH y Kaufmann llegan a la conclusión de que ese presupuesto de la unidad de Norma violada no se da en el caso de los cohechos de los parágrafos 331 y 332. Kaufmann matiza más todavía, indicando que no es necesario que se realice el mismo tipo de la Parte especial, ya que basta con que en ambos casos se viole la misma Norma: «Decisiva para la igualdad de cada una de las acciones de que se trate en el delito continuado no es la igualdad del tipo penal realizado, sino la igualdad de la Norma lesionada; debe ser lesionada la misma prohibición u obligación penal, el mismo mandato jurídico». Como puede derivarse de las palabras textuales de Kaufmann, estamos prácticamente en el terreno en que la doctrina se plantea la existencia de un delito

(137) ARZT, *Diebstahlsbestimmungen*, págs. 517-518.

(138) KAUFMANN, *Artuhr, Anmerkung zu BGHSt 12, 146, 146 ff.*, en JZ 1959, páginas 375-377.

«sui generis» o una forma cualificada del mismo delito, como en la evolución doctrinal del concepto delito «sui generis» hemos tenido ocasión de ver: «Mayoritariamente se acepta, al menos, que en la relación entre el delito básico y el tipo cualificado o privilegiado hay que aceptar igualdad de infracción jurídica» (139).

Haber llevado la argumentación a este terreno obliga a Kaufmann a afirmar que las dos formas del cohecho en el StGB se encuentran en relación de delito «sui generis», lo que impide la posibilidad del delito continuado entre ambas figuras, como la doctrina ya había señalado de manera general en la caracterización del delito «sui generis»: «Una vez demostrado que el cohecho grave y el atenuado no están en relación de especialidad mutua sino que representan delicta «sui generis», no viene en consideración el delito continuado entre ellas desde el punto de vista de la distinta cualificación del mismo hecho» (140). Y al final de su comentario expresa en qué consiste la diversidad de Norma violada en ambos casos: «Mirar el sentido de este precepto simplemente en el principio de lo "incomparable" de la función pública no es suficiente. La verdadera finalidad del § 332 StGB es la protección frente a un falseamiento de la voluntad estatal mediante el incumplimiento de los deberes de sus órganos; sólo de esta manera se puede justificar la severa amenaza penal. Pero tampoco se puede aclarar desde la prohibición de aceptar regalos la naturaleza del § 331 StGB; pues semejante aceptación de regalos es en sí misma neutra. Aquella no está prohibida en sí misma, sino a causa del "enorme peligro para una acción estatal ordenada y justa"» (141).

Un año después del artículo de A. Kaufmann aparece la monografía de E. Schmidt sobre el cohecho, modelo de investigación sobre un tema de la Parte especial del Derecho penal. El trabajo tiene un doble mérito, realizar la interpretación de determinados párrafos del StGB y detectar la evolución operada por el delito en cuestión a través de la Jurisprudencia alemana.

Tema central de la obra es el estudio del cohecho del funcionario que actúa dentro de la esfera discrecional en que a veces se mueve la Administración (*Ermessensbeamte*). Para la Jurisprudencia criticada por E. Schmidt, el funcionario que se mueve

(139) Los §§ 331 y 332 de la antigua redacción del StGB decían así:

«331: El funcionario que acepta, exige o se hace prometer regalos u otras ventajas para una acción en el ámbito de su función, no antijurídica en sí, será castigado con una pena pecuniaria o privativa de libertad de hasta seis meses».

«332: El funcionario que acepta, exige o se hace prometer regalos u otras ventajas para una acción que contiene una lesión de los deberes de la función o servicio, será castigado por cohecho con una pena de privación de libertad de uno a cinco años».

(140) KAUFMANN, *Anmerkung*, pág. 376.

(141) KAUFMANN, *Anmerkung*, pág. 377.

en ese terreno y acepta la recompensa ofrecida por el particular, al objeto de que decida a su favor el asunto en cuestión, incide en el más grave de los cohechos, es decir, en el cohecho con infracción del deber del § 332 StGB. Aun con indiferencia de si en su fuero interno dicha recompensa va a influir o no en el futuro acto administrativo, ya que, se dice, el simple hecho de la aceptación de la recompensa lesiona el Bien jurídico protegido por dicho parágrafo que es la imagen de la Administración, que se ve deteriorada por el simple hecho de que «se pueda pensar» que sus funcionarios se dejan sobornar, aunque dicho soborno no influya realmente en la decisión definitiva de aquél.

Sin embargo, la interpretación realizada por la Jurisprudencia no respeta la letra de la ley, que, además, establece una diferencia de pena tan grande entre ambos preceptos del cohecho como para que no resulte adecuado castigar al *Ermessensbeamte* conforme al § 332. Para que ello sea posible es preciso que dicho funcionario obre con la intención de tener en cuenta la recompensa ofrecida en el momento de la decisión. Como afirma Bockelmann en la recensión hecha a la obra de Schmidt: «Un funcionario que es recompensado cae en el peligro de tener en cuenta la recompensa en el momento de tomar una decisión, por eso ya la aceptación o solicitud de la recompensa están prohibidas con una pena. Pero otra cosa es si aparenta la intención de adoptar una decisión antijurídica y ejecutarla, o realmente se adopta; esa diferencia no puede ser borrada, en cualquier caso no, si el olvido de la diferencia significa la entrada de una pena grave de presidio (*Zuchthausstrafe*) en lugar de una pequeña pena de prisión» (142). Y más adelante continúa caracterizando la línea seguida por la Jurisprudencia: «Según RGSt. 74, pág. 251, el § 332 no exige ni que el *Ermessensbeamte* haya cometido realmente una acción antijurídica ni que se haya decidido a ello (es decir, se haya dejado influenciar por la ventaja en la libertad de su discrecionalidad). Debe ser suficiente que acepte la ventaja o la promesa de una ventaja, en tanto que reconoce que quien realiza la promesa espera de él una acción antijurídica. Puesto que para la realización del tipo subjetivo es suficiente el dolo eventual, basta que el funcionario tenga por posible que su «Partner» cuente con una acción de funcionario contraria al deber como pago de la ventaja reservada, pedida o prometida» (143).

Una vez expuesto el criterio de la Jurisprudencia alemana, se cuestiona Schmidt si aquél es correcto, si es suficiente que el funcionario haya asentido externamente a la pretensión del particular o es necesario que realmente haya querido decidir a favor de aquél el acto administrativo, recaído o todavía por recaer. Schmidt defiende enérgicamente que el funcionario sólo puede ser

(142) BOCKELMANN, P., *Buchbesprechung*, ZStW (72), 1960, 251-259, pág. 255.

(143) BOCKELMANN, *Buchbesprechung*, pág. 256.

castigado conforme al más grave de los cohechos si realmente está decidido a realizar una acción antijurídica, es decir, contraria a su deber, no bastando con la apariencia externa. Nuevamente podemos recurrir a Bockelmann, que ha sintetizado la argumentación de Schmidt de la siguiente forma: «Además, a primera vista aparece ya una clara distinción entre el cohecho grave y el leve en el terreno de aquella concepción que considera suficiente la simple "connivencia objetiva" para llenar el tipo del § 332. Que la convención de los partícipes según aclara su contenido, hace referencia a una acción antijurídica, distancia al cohecho pasivo grave del simple. También el punto de vista de Política criminal parece exigir que la reserva mental del funcionario, de no realizar el incumplimiento del deber prometido, no debe ser considerada. ¿Pues no resulta ya gravemente dañado el prestigio de la función pública cuando el funcionario despierta la apariencia de que la decisión y las obligaciones de los funcionarios son comprables mediante pago?» (144).

La discusión en torno al *Ermessensbeamte* es de enorme interés, a nuestro entender, para la distinción entre las dos formas del cohecho de los párrafos 331 y 332 del StGB. En efecto, según se interprete la función del párrafo 332, y por ende según la solución que se le dé al problema del *Ermessensbeamte*, se sostendrá un entendimiento distinto de la relación en que se encuentran ambos cohechos, y se habrá dado un paso para la solución de los problemas que han ocasionado esta exposición. Para Eberhard Schmidt, que sigue en este punto a Arthur Kaufmann, los cohechos de los párrafos 331 y 332 no son forma simple y agravada de un mismo delito, sino distintos delitos. El párrafo 332 no representa «algo más» que el párrafo 331, sino «algo distinto»: «Pero contra ello choca que el § 332 no tiene el sentido de castigar más severamente los casos graves de soborno. Si tuviese ese sentido el cohecho grave, no sería sino un caso cualificado del simple cohecho pasivo, de tal manera que no se podría comprender la amenaza de la Ley con la pena de presidio. La diferencia entre el caso simple y el cualificado no permite aclarar el paso de una pena de prisión de uno a seis meses a otra de uno a cinco años de presidio. De ahí que el cohecho grave en comparación con el cohecho simple no sea "más" sino "otra cosa". El § 332 castiga el "falseamiento de la voluntad estatal mediante el incumplimiento de las obligaciones de sus órganos". Sólo se puede aplicar donde semejante falseamiento ha tenido lugar o se ha emprendido, donde el funcionario ha decidido realmente llevar a cabo la lesión de sus deberes públicos» (145).

Vayamos directamente al problema concursal entre ambas figuras del cohecho. Sobre la solución de los problemas planteados

(144) BOCKELMANN, *Buchbesprechung*, pág. 257.

(145) BOCKELMANN, *Buchbesprechung*, pág. 257.

por Hassemer (el funcionario realiza un acto antijurídico en la creencia de que es conforme a Derecho) y por mí (el funcionario cree que el acto es constitutivo de delito o antijurídico sin serlo) se ha pronunciado Eberhard Schmidt, conforme a la que podemos considerar doctrina dominante, es decir, partiendo del carácter *autónomo*, de delito «sui generis», de ambas figuras del cohecho.

Por lo que se refiere al primer supuesto, el ejemplo de Hassemer, afirma Schmidt: «Si desconoce el funcionario erróneamente la antijuricidad de su acción, entonces carece del dolo exigido para el delito del § 332. Su representación se corresponde con la del § 331. Por eso se ha supuesto muchas veces que el autor ha de ser castigado no conforme al § 332, sino conforme al § 331. En este sentido, la posibilidad del castigo dependen de la relación en que estén el § 331 y el 332. Para ello se mostrará abajo, en el Capítulo 3, IV, que se trata de una relación aliud-aliud. El § 332 no es un caso especial del § 331. El § 331 sólo puede venir en cuestión cuando la acción emprendida o proyectada es objetivamente adecuada a Derecho. Si la acción como ha ocurrido, o haya de ocurrir, es antijurídica, entonces estamos en el ámbito de aplicación del § 332. La consecuencia es que, con el desconocimiento erróneo de la antijuricidad, no se correspondería la punición conforme al § 331 con el sentido de este tipo. Naturalmente vendría en cuestión una sanción administrativa» (146). Ello quiere decir que la conducta del funcionario, pese a reunir *todas* las características del más simple de los cohechos, queda impune porque *además* concurre una circunstancia objetiva no prevista por el autor. La argumentación de Eberhard Schmidt no puede ser más formalista y, sobre todo, contraria a los criterios de política criminal que ya hemos denunciado en otras ocasiones.

De manera parecida argumenta Schmidt por lo que se refiere al supuesto inverso de prever subjetivamente algo que objetivamente no existe, sea la antijuricidad del acto del funcionario, sea el delito a que se refiere nuestro legislador en la forma más agravada del cohecho: «A la inversa, si el funcionario opina que la acción es antijurídica a causa de las circunstancias constitutivas de la antijuricidad que la acompañan (por ej. porque él se deja pagar) o supone la antijuricidad porque desconoce el auténtico estado de la situación que fundamenta la acción emprendida por él, entonces no puede considerarse en absoluto un delito *consumado* del § 332. Sólo hay que cuestionarse si estamos ante una tentativa imposible del § 332 o ante un delito putativo impune. Pero la antijuricidad de la acción del funcionario en el tipo del § 332 tiene como objeto de referencia la ventaja y con ello, como parte

(146) SCHMIDT, E., *Die Bestechungstatbestände in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*, München, 1960, pág. 114.

especial de la relación de equivalencia en el núcleo del tipo, el significado del elemento típico acompañante. La cuestión es que el autor supone erróneamente un elemento típico acompañante que no concurre. Esto es, según la doctrina subjetiva dominante de la tentativa, una tentativa imposible. De ahí la punibilidad conforme a los §§ 332, 43» (147). Como puede verse, E. Schmidt se pronuncia en este caso en favor de la tesis de considerar de error sobre el tipo el que afecta al «elemento normativo» constituido por la «antijuricidad» del acto administrativo que aparece en la definición del cohecho del parágrafo 332, llegando a considerar a dicho supuesto como una tentativa imposible (punible en el Derecho alemán) y no un «delito putativo» (impune), tema muy discutido y polémico en la doctrina. Sobre este supuesto no queremos pronunciarnos ahora. Tampoco queremos pronunciarnos sobre los resultados injustos y desaconsejados desde el punto de vista de Política criminal que se producen a la hora de determinar la pena con la solución propuesta por Schmidt. De ello ya hemos tenido ocasión de hablar.

Mayor importancia y motivo de la introducción de esta constelación de casos en nuestro trabajo sobre el delito «sui generis» (lo mismo podría decirse del grupo de delitos: *acusación y denuncias falsas*, libro II, Título IV, Cap. I, y *falso testimonio*, Cap. II, de estructura semejante al cohecho, por lo que se refiere a la distinción en formas graves y básicas en atención al elemento normativo contenido en ellos de que el objeto de la acción sea un delito o una falta, o se realice el falso testimonio en un procedimiento u otro) es la base argumentativa de Eberhard Schmidt, el recurso al concepto delito «sui generis» (al igual que Arthur Kaufmann), concebido de manera *rígida* y con la atribución «a priori» de una serie de consecuencias jurídicas, que se han de derivar automáticamente, sin previsión de los resultados injustos, e incluso absurdos, a que se puede llegar con semejante interpretación, como lo demuestran los supuestos concretos que hemos considerado.

De todo ello se deriva una vez más la necesidad de afrontar el tema delito «sui generis» de manera distinta a la realizada hasta ahora, dándole un carácter mucho más flexible y práctico, y utilizándolo como instrumento que permita resolver el caso concreto planteado de una manera más conforme a la Idea de Justicia, eligiendo para ello el camino más adecuado que en ningún caso es la *vaga generalización*, el conceptualismo alejado de la realidad, realidad a la que debe estar dirigida la actividad del jurista.

La solución de los problemas que en los casos de error se presentan entre las distintas figuras del cohecho de los artículos 385, 386 y 390 de nuestro Código penal (en el artículo 390 precisamente encajaría la figura del *Ermessensbeamte* que tanto ha preocu-

(147) SCHMIDT, *Bestechungstatbestände*, págs. 114-115.

pado a la doctrina alemana) requiere una mayor comunicación entre ellas, pues la vía del delito «sui generis», como hemos visto, no permite solucionar los problemas planteados.

Fritz Loos (148), recientemente, en el libro homenaje a Welzel, se ha vuelto a ocupar del tema, desde el punto de vista además del bien jurídico protegido. Acudiendo a Schröder, que ya en su día, en el momento en que la cuestión estaba más encendida (149), se pronunció aisladamente en favor de una mayor conexión entre las distintas modalidades del cohecho; y, sobre todo, al funcionalismo de la teoría sociológica y al concepto *Vertrauen* de Luhmann, establece el siguiente escalonamiento del cohecho, que a mí me parece bastante convincente: «Por contra el BGH y especialmente Schröder, que trató de poner en conexión sistemática el punto de vista desenvuelto por la jurisprudencia, observan en cada aceptación de una ventaja, indiferentemente de que aquélla sea el equivalente de una acción contraria o conforme a deber, un peligro para el funcionamiento de la Administración, mediante el deterioro de la confianza pública en la neutralidad de las decisiones administrativas. El § 332 se ve como cualificación del § 331 porque se produce una conmoción más fuerte de la confianza del público mediante la apariencia de venalidad para acciones antijurídicas» (150). Como puede verse, la tesis inicial de Schröder, remozada por Loos, permite una mayor conexión, capaz de resolver los problemas que nos ocupan, sin que por otra parte se pierda la constancia de la mayor gravedad de un cohecho respecto de los otros: «También para Schröder se parte en el § 332 de que precisamente de la disposición del funcionario para una acción antijurídica se espera un efecto negativo superior sobre la confianza del público. Que también el funcionario —es posible que actuando engañosamente—, que sólo refleja su disposición deteriora esa confianza, por supuesto de otra forma, no dice nada en contra. El ejemplo negativo de la disposición a la lesión de los deberes del funcionario como tal debe ser más grave cuanto más decidido esté el funcionario a aquella lesión» (151).

(148) LOOS, F., *Zum 'Rechtsgut' der Bestechungsdelikte*, en *Festi. für H. WELZEL*, Berlín, 1974, págs. 878-895.

(149) SCHRÖDER, H., *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten*, en *GA* 1961, págs. 289-298. A los ya citados trabajos de KAUFMANN, SCHMIDT y BOCKELMANN hay que añadir los de H. FUHRMANN (*Berechtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu § 332 über den Ermessensbeamten*, en *ZStW* 72, 1960, págs. 534-588); H. HENKEL (*Die Bestechlichkeit von Ermessensbeamten*, en *JZ* 1970, págs. 507 ss.); U. KLUG (*Psychologische Vereinfachungen und strafrechtliche Folgerungen bei der Auslegung der Bestechungstatbestände*, en *JZ* 1960, págs. 724 ss.); J. BAUMANN (*Zur Problematik der Bestechungstatbestände*, Heidelberg, 1961); F. GEERDS (*Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung*, Tübingen, 1961), y E. SCHMIDT (*Die Sache der Justiz*, Göttingen, 1961, págs. 51-86).

(150) Loos, *Bestechungsdelikte*, pág. 880.

(151) Loos, *Bestechungsdelikte*, págs. 893-894.

La diferencia, pues, entre las distintas figuras del cohecho es gradual, no habiendo por ello ningún inconveniente en estimar el delito continuado cuando dicha continuidad esté constituida por las diversas figuras del cohecho (152). Asimismo, en el supuesto de que el autor del delito yerre sobre el elemento normativo «delito» o «acto injusto» no habrá inconveniente en castigarlo por aquel de los cohechos cuyas características se den en toda su extensión, sin tener en cuenta lo realizado objetivamente pero no abarcado por el dolo del autor principal, ni lo que el autor se propuso hacer sin que se diesen los elementos objetivos necesarios. A todos estos efectos, las distintas figuras del cohecho no se encuentran en una relación de delito «sui generis», no siendo posible la consideración autónoma de cada una de ellas.

IV

Al final de lo expuesto hasta ahora creo que es necesario hacer una síntesis que impida la dispersión de los numerosos puntos que hemos tratado, que nos permita además ver la conexión existente de los problemas en cuestión. Como punto de partida de nuestra reflexión, y como el título de este trabajo reza, se encuentra el problema concursal de la distinción entre el concurso ideal de delitos y el de leyes. Y en función de este problema, que analizaremos con detalle en la segunda parte, nos hemos visto en la necesidad de señalar el «modus operandi» en el estudio de esta materia, lo que nos ha llevado a tratar el «delictum sui generis», como figura de la Parte especial donde más frecuentemente se producen los problemas fronterizos que en definitiva nos interesan. La concurrencia, el conflicto, que en toda ocasión se presenta cuando se plantea por la doctrina la presencia de dos tipos de la Parte especial que en parte se equiparan y en parte no, junto con indicarnos la presencia de problemas concursales entre ambos y la posibilidad de reducir la relación a delito «sui generis» nos está indicando algo previo y común, a los problemas concursales y de delito «sui generis», el problema más genérico de la *Interpretación de la ley penal*.

Los problemas concursales que tratamos de detectar y los referentes al delito «sui generis» son en definitiva problemas de interpretación. Una vez expuesta la conexión de estos tres problemas a lo largo de todo el trabajo, conviene que resumamos las conclusiones a que hemos llegado en cada punto.

1. Por lo que se refiere al «delictum sui generis», hay que señalar en primer lugar el *error procedendi* de la doctrina al decidirse por la calificación «delictum sui generis», delito autónomo,

(152) Loos, *Bestechungsdelikte*, pág. 895.

de manera conceptual, es decir, en base a alguna razón (que no tiene por qué ser falsa en un determinado caso) de la cual se hace depender una serie de consecuencias, deducidas automáticamente, que afectan principalmente al concurso, la participación y el error, sin plantear la cuestión de la autonomía en el extremo concreto a debate. Como ejemplo de esta manera de proceder baste señalar la polémica suscitada por Arthur Kaufmann y Eberhard Schmidt en Alemania sobre el cohecho; o la actitud de la doctrina española dominante sobre la autonomía del asesinato, parricidio e infanticidio frente al homicidio.

Muy por el contrario, la actitud del intérprete ante el tema ha de ser otra, mucho más concreta y práctica. La calificación «*delictum sui generis*» no puede ser una excusa para que el intérprete no tenga que analizar el caso concreto, el problema en cuestión y la solución que se deduce del estudio de los tipos, es decir, la posibilidad de obtener una solución justa que no entre en conflicto con la interpretación a realizar de los tipos en cuestión, en relación de delito «*sui generis*» aparente. La calificación «*delictum sui generis*» no se encuentra al principio del proceso de interpretación, condicionándola, sino al final de la misma, como conclusión de los resultados interpretativos a que se llega después de plantearse una serie de problemas que afectan fundamentalmente al concurso, la participación y el error. Esta manera de proceder que propugna la más reciente doctrina que se ha ocupado del tema, representada fundamentalmente Haffke y Hassemmer, puede resumirse de la siguiente manera: de un delito puede decirse que se encuentra en relación de «*delictum sui generis*» respecto a otro cuando en alguno de los extremos a que nos hemos referido antes la existencia de algún defecto en los elementos constitutivos del tipo cualificado no determina sin más el paso al tipo básico, es decir, cuando el tipo cualificado no es un *plus* respecto al tipo básico, sino un *aliud*, por lo que la ausencia de alguno de los elementos constitutivos de la cualificación no determina la entrada automática del tipo básico subsidiario. En otro caso no, y sólo se podría hablar de tipo cualificado no autónomo.

En nuestro trabajo sobre el «*delictum sui generis*» hemos tratado de reducir la problemática en cuestión al tema concursal, y además de la frontera entre el concurso de leyes y el ideal de delitos. Lógicamente, estando constituida la relación «*delictum sui generis*» por un *aliud*, al llegar al necesario problema concursal, habrá que inclinarse por la solución del problema interpretativo en cuestión conforme a la norma del concurso ideal de delitos, pues en definitiva estamos ante un mismo hecho que constituye más de un delito, ya que todos los caracteres de uno se hallan contenidos en el otro. Así, pues, estaremos ante una ecuación «*delictum sui generis*» = concurso ideal de delitos; mientras que en el caso inverso del delito cualificado no autónomo la norma a

aplicar (por la misma razón interpretativa) será la del concurso de leyes, ya que el tipo cualificado, al representar sólo un *plus* recoge todas las características del tipo básico y algo más; por lo cual, la ausencia de alguna de las características constitutivas del «plus» determina automáticamente la entrada del tipo básico, razón por la cual no puede decirse que el mismo hecho constituya dos o más delitos, pues sólo se realiza uno: el básico o el cualificado. Obviamente, la solución del problema interpretativo en cuestión estará en la norma del concurso de leyes y no en la del concurso ideal de delitos.

2. Todo trabajo como el que aquí hemos acometido, y que trate de conectar dos temas como el del delito «*sui generis*» con el del concurso, está abocado necesariamente a convertirse en un trabajo de *Interpretación*. A todo planteamiento sobre el tema «*delictum sui generis*» subyace una solución por vía de la interpretación. El origen y la solución de una relación entre dos tipos de la Parte especial de la que se dice reúne las características del llamado delito «*sui generis*» estará en la interpretación de los tipos en cuestión. El problema de la *relación de especialidad*, por ejemplo, es común al delito «*sui generis*», a la teoría general de la interpretación y al concurso de leyes. Ante esta realidad uno no tiene más remedio que preguntarse si no estaremos ante un único, un mismo problema.

La premisa de que hemos partido para el estudio del delito «*sui generis*», real o aparente, ha sido la de considerar no sólo la importancia del tipo básico en la interpretación del cualificado, sino que hemos procedido también al revés, en el buen entendimiento de que el tipo cualificado afecta de alguna manera al tipo básico, sea porque le arrebatara alguno de los supuestos que caerían en su ámbito si aquél no existiese, sea porque al estar pensado para un grupo de casos no incluidos en el marco del tipo básico está indicando al intérprete el límite preciso más allá del cual no puede ampliarse la aplicación del tipo básico, declarando la incommunicabilidad entre ambos. Así, pues, el tipo básico es elemento esencial en la interpretación del tipo cualificado, y el tipo cualificado lo es en la del básico. Precisamente por no haber procedido de esta manera ha incidido la doctrina, a veces, en errores lamentables. Una prueba de ello la veíamos al estudiar la ayuda al suicidio, donde concluíamos la existencia de un terreno común al homicidio y a la ayuda al suicidio constituido por la producción de la muerte de alguien con un ánimo o con otro, independientemente de cual sea la voluntad de la víctima; con lo cual se pone de manifiesto cómo puede facilitar la labor del intérprete esta manera de proceder del legislador.

El intérprete no puede limitar su labor a subsumir el supuesto de hecho en el tipo penal que considere adecuado en ningún caso, y menos en éstos, ya que los otros tipos con los que aparece empa-

rentado condicionan su interpretación. Con ello se pone de manifiesto la importancia interpretativa de ese elemento que se ha dado en llamar *contexto* (Zippelius), que en materia concursal se presenta con todo su esplendor. El intérprete no lleva a cabo una tarea de simple subsunción del supuesto de hecho en la norma jurídica, sino que más bien realiza una labor de *hermenéutica*, según la cual la consideración de la norma a aplicar no debe ser realizada aisladamente, sino en conexión con el ordenamiento jurídico en su totalidad, donde está inserta, especialmente con las más próximas. En este sentido podemos decir que la normativa concursal, como la ubicación sistemática entre los artículos del Código destinados a determinar la pena demuestra no tiene otra finalidad que la de permitir resolver un problema interpretativo, el que plantea el conflicto entre varias normas penales con vocación de ser aplicadas al caso en cuestión.

La determinación de la pena que toda norma penal contiene para el supuesto de hecho abstracto recogido en su presupuesto, forma parte esencial de la misma. Ello quiere decir que a la hora de interpretar la norma en cuestión aquélla puede y debe ser utilizada como elemento esencial. No tener en cuenta esta realidad puede llevar a resultados injustos y desaconsejados político-criminalmente. En todos los supuestos que hemos analizado para desarrollar nuestro concepto del delito «sui generis» hemos prestado especial atención a la pena como elemento esencial para determinar una u otra interpretación de la norma en cuestión, resaltando los resultados absurdos desde el punto de vista de la pena a aplicar que se deducen de una interpretación determinada de la norma penal en cuestión. Así decíamos que sería absurdo castigar más severamente a quien no puede conseguir su empeño inicial de robar, teniéndose que conformar con hurtar; o al funcionario que desde un principio quiere dejarse sobornar para realizar un acto administrativo injusto que a quien cree que se trata de un delito, etc.

3. Como acabamos de decir unas líneas más arriba y a lo largo de todo este trabajo, la normativa concursal, ubicada sistemáticamente en el Capítulo dedicado a la determinación de la pena, tiene en nuestro Código penal una función muy concreta, quizá más modesta que la misión que se le ha querido atribuir por la doctrina. La función de la normativa concursal se reduce a servir de apoyo para la solución de aquellos problemas interpretativos en que de una manera o de otra dos o más preceptos del Código pretenden ser aplicados al caso concreto. Como quiera que el conflicto en cuestión puede ser de diversa naturaleza, ya que las normas que concurren pueden excluirse totalmente, sólo en parte o ser aplicadas ambas en toda su extensión, se han habilitado las formas del concurso de leyes e ideal y real de delitos, que esta-

blecen cuál haya de ser la pena a tenor de la solución dada al conflicto.

Por lo que se refiere a la solución del conflicto, hay que decir que sólo se produce en la sede de las normas en cuestión (nunca en la norma concursal, que sólo interviene después para facilitar al intérprete la determinación de la pena justa). Es la interpretación de las normas de la Parte especial que «quieren» ser aplicadas simultáneamente la que nos permitirá encontrar la solución justa del problema.

Teniendo la normativa concursal una finalidad tan específica como la acaba de exponer, en el marco de la determinación de la pena, quiere ello decir, como es fácil suponer, que la pena que toda norma penal contiene, como consecuencia enlazada a un presupuesto constituido por la descripción típica de la norma en cuestión de la Parte especial, y a la que tan importante función asignábamos en la interpretación de la ley penal, va a jugar un papel fundamental en la solución de los problemas concursales que se puedan presentar, de tal manera que cualquier interpretación que se proponga para la solución de los problemas suscitados por el concurso de varias normas de la Parte especial debe ser verificada en relación con la pena resultante en comparación con la correspondiente a cada uno de los tipos en que parece que el supuesto de hecho puede ser subsumido, como así mismo con la pena resultante de las otras modalidades del concurso, pues será en definitiva la norma concursal que permita una solución más justa para el caso en cuestión la que será tenida en cuenta (*Vorverständnis*). La normativa concursal aparece pues completamente funcionalizada, abierta. La normativa concursal carece de autonomía, siendo un capítulo del tema más amplio de la *interpretación de la ley penal*, en conexión directa con el cual ha de ser siempre estudiada, evitando con ello la abstracción, el conceptualismo, que tan funestos efectos ha producido en toda esta materia.

Tratemos de explicar lo acabado de exponer con un ejemplo. Para nuestro interés nada más claro que comparar las dos constelaciones siguientes: la del delito que comienza en robo y acaba en hurto, supuesto que hemos analizado *in extenso* en este trabajo; y la del delito que empieza en asesinato y termina en homicidio (supuesto estudiado por Gimbernat en sus *Estudios penales*) (153). Dejando aparte la fundamentación dogmática que proporciona Gimbernat para su argumentación de la solución del *concurso ideal de delitos*, sólo queremos hacer resaltar que esta solución es la correcta (o no está en desacuerdo con la medida de la pena de los respectivos tipos en conflicto) desde el punto de vista que hemos querido contemplar el problema del concurso

(153) GIMBERNAT ORDEIG, E., *El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio*, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, págs. 153-162.

y de la interpretación de la ley penal. Punto de vista que coincide con el que nos lleva a desestimar la solución del concurso ideal de delitos en el caso del robo intentado que acaba en hurto consumado, donde, pese a la semejanza del supuesto estudiado por Gimbernat, tal solución no es armonizable con la pena correspondiente a los tipos en conflicto, lo que nos ha llevado a encontrar la solución en el *concurso de leyes*. Ello creo que, a manera de conclusión, nos pone suficientemente de relieve la función que hemos querido atribuir a la normativa concursal, y el alto significado interpretativo que contiene la pena como elemento constitutivo del tipo.

«Los tipos agravados de coacciones del artículo 496, párrafos 2.º y 3.º»*

JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERA

Profesor Ayudante de Derecho Penal en la Universidad de Zaragoza

1. EVOLUCION HISTORICA.

La ley de huelgas de 27 de abril de 1909, configuraba el delito contra la libertad de trabajo en su artículo 2.º, de la siguiente manera: «Los que para formar, mantener o impedir las coligaciones patronales u obreras, huelga de los obreros, o los paros de los patronos, emplearen violencia o amenaza, o ejercieren coacciones bastantes para compeler o forzar el ánimo de los obreros o patronos en el ejercicio libre y legal de su industria o trabajo, cuando el hecho no constituya delito más grave» (1). Pero el delito de «piquetes de huelguistas», se introdujo expresamente dentro del Código Penal de 1928 (2), en el artículo 667, que establecía: «Los que para formar, mantener o impedir coligaciones patronales u obreras, las huelgas de obreros o los paros de patronos, o con ocasión de unas u otros, emplearen la violencia, fuerza o intimidación para forzar el ánimo de obreros o patronos en el ejercicio legítimo y libre de su trabajo o industria, o les obligaren a realizar actos favorables o contrarios a la huelga, les vedaren su admisión en fábricas, o la residencia en determinadas pobla-

(*) Este estudio constituye uno de los capítulos de mi Tesis Doctoral, que sobre «El Delito de Coacciones», fue leída en la facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, el día 27 de octubre de 1977, ante el tribunal compuesto por los profesores: don José Cerezo Mir, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza y director de la tesis; don José María Rodríguez Devesa, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Madrid; don Angel Torío López, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid; don Agustín Fernández Albor, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Santiago de Compostela, y don Luis Martín Ballesteros y Costea, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza y Fiscal-Jefe de la Audiencia, siendo calificada con sobresaliente «cum laude». Esta tesis será publicada posteriormente con las valiosas observaciones efectuadas por los miembros del tribunal.

(1) Vid., Ley de Huelga de 27 de abril de 1909.

(2) JARAMILLO, A., «Comentarios al Código Penal de 1928», Comentario al artículo 677, págs. 313 y ss.

ciones, o de otro modo contraríen su libre elección y voluntad, serán castigados con la pena de tres meses a un año de prisión y multa de 1.000 a 2.500 pesetas, siempre que el hecho no constituya otro delito más grave conforme a este Código». Se castigaba asimismo a los que empleen fuerza, violencia o intimidación para obligar a los patronos u obreros a inscribirse en una asociación determinada o para abandonar la que libremente hayan escogido (3).

El Decreto-Ley núm. 5/75 de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos de trabajo, ya establecía en su artículo 6, núm. 2, que: «Se prohíbe a los trabajadores la realización de coacciones o violencia contra las personas». El incumplimiento de este precepto daba lugar a la aplicación de lo establecido en el artículo 4, núm. 2 del citado Decreto-Ley —es decir al despido—, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedan (4).

El Real Decreto-Ley núm. 17/77, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, que regula el ejercicio del derecho de la huelga, y que según la exposición de motivos está inspirado en el principio de la liberalización de las relaciones de trabajo, en consonancia con los sistemas jurídicos imperantes en los países de Europa Occidental del mismo contexto cultural que España, establece, en el artículo 6.º, núm. 4: «En el ejercicio del derecho de la huelga se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga». En el núm. 6 del citado artículo se establece que: «Los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin *coacción* alguna».

La Ley 23/76, de 19 de julio vino a sancionar penalmente y de forma expresa los comportamientos coactivos señalados más arriba. Con anterioridad a la introducción de los dos nuevos párrafos del artículo 496 los Tribunales españoles castigaban estas conductas como unas *coacciones genéricas* (5); por otra parte, muchas veces esta clase de delitos quedaban sin ser penalizados, por falta de pruebas (6), siendo la cifra oscura muy elevada. En la exposición de motivos de la citada Ley se establecía que:

(3) CUELLO-CALÓN, E., «Código Penal», edición de 1928. Librería Bosch, Barcelona, 1929.

(4) Vid. Decreto-Ley núm. 5/75, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo, «Boletín Oficial del Estado», núm. 127, de 28 de mayo.

(5) Véase, en este sentido, la Sentencia de 6 de febrero de 1973, Referencia de Aranzadi núm. marginal 635, y Sentencia de 20 de noviembre de 1973, Referencia Aranzadi núm. marginal 4.467.

(6) La Sentencia del día 28 de mayo de 1973 del extinguido Tribunal de Orden Público, absolvió del delito de coacciones, pues «no había sido acreditado suficientemente que los procesados hubieran tenido intervención alguna en los hechos referidos, por lo que quiebra la base objetiva del delito de coacciones del artículo 496».

«La presencia y la creciente actividad agresiva de grupos organizados que se autodenominan "piquetes de extensión de huelga" y que maltratan o intimidan a los trabajadores, significan no sólo una ofensa a la libertad de trabajo, sino también al mismo derecho de huelga, que descansa en la libertad personal del trabajador, constituye, sin duda, un ataque a la seguridad de los trabajadores, que se viene a sancionar en el artículo cuatrocientos noventa y seis, añadiendo dos nuevos párrafos al texto actualmente vigente.»

2. BIEN JURIDICO TUTELADO.

Como aspecto de la libertad personal, la libertad laboral queda protegida de forma expresa por la Ley de 19 de julio de 1976 («B. O. E.» de 21 de julio de 1976), que introduce dos nuevos párrafos en el artículo 496, que dicen así: «Incurrirán en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 10.000 a 100.000 pesetas los que actuando con violencia o intimidación, en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial.

Serán castigados con la pena de prisión menor los que, actuando en la forma prevista en el párrafo anterior, fueren ajenos al conflicto o portaren armas o instrumentos peligrosos».

Se establecen, por consiguiente, dos tipos agravados de la coacción, que tienen de particular el que se determina con exactitud el resultado o el contenido del compelimiento de la voluntad ajena, cual es, el iniciar o continuar una huelga, paro o cierre, cosa que no ocurre en el delito de coacción —genérica o abstracta—, del artículo 496 (ahora, párrafo primero), en el que el resultado no se determina de forma específica.

En el proceso de formación de los Anteproyectos correspondientes en los que se introducen estos tipos agravados, han existido muchas dudas y vacilaciones a la hora de determinar su localización dentro del correspondiente Título o Capítulo del Código Penal. En un principio y según la referencia de lo tratado en el Consejo de Ministros del día 18 de mayo de 1976, en el que se acordaba la remisión del Anteproyecto de Ley a las Cortes españolas, se incluían las nuevas figuras delictivas dentro de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos (sección 2.^a, del Capítulo XII del Título 2.^o, delitos contra la seguridad interior del Estado). Sin embargo, en el «Boletín Oficial del Estado», aparecieron estos delitos, dentro de los delitos contra la libertad y la seguridad del trabajo, en el artículo 499 bis (Capítulo VIII de los

delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo) (7). La ponencia modificó la situación dentro del Código Penal llevando estas figuras al artículo 496 (8) (Capítulo VI de las amenazas y coacciones, Título XII, Delitos contra la libertad y seguridad). En la Comisión de Justicia de las Cortes este artículo suscitó vivas discusiones; se pretendió llevar al artículo 247, como una clase de desórdenes públicos, pero esto no es posible en mi opinión, pues, en todo caso habría un concurso de delitos, inclusive se propuso su inclusión en el artículo 222, como una forma de sedición, lo que suponía desquiciar el problema. Se argumentaba que colocar estos nuevos tipos agravados en el artículo 496, o en el 247, suponía que interviniera el Juzgado de Instrucción o —el desaparecido— de Orden Público (9). Se propuso que antes de tipificar esta clase de coacciones de tipo laboral, sería preciso efectuar una reforma de la Ley que regula la huelga, pues hay que reconocer que no está reglada dentro del mundo sindical la coacción legítima que pueden hacer los sindicatos declarando la huelga y que, en cierto modo, obliga a los componentes del sindicato a seguir (10).

La ubicación más exacta, en mi opinión, una vez introducidos los nuevos tipos, es dentro del artículo 496, pues son figuras agravadas del artículo 496, y su descripción parte, emana, de la figura base. No se podrían comprender estos tipos agravados sin que se haga referencia al tipo básico fundamental. En los delitos que se tipifican en el artículo 499 bis (Capítulo VIII «De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo»), el sujeto activo está revestido de la cualidad de empresario, y en los nuevos tipos se hace referencia a personas que no ostentan esta cualidad, los propios trabajadores o personas que sean ajenas al conflicto. Por

(7) El Texto del proyecto de Ley enviado por el Gobierno a las Cortes decía así: Artículo 3.º. Se adiciona al Código penal el artículo 499 (bis, a) pasando el actual 499 bis, a) a tomar la enumeración del 499 bis, b). El artículo 499, bis a) quedará redactado en los términos siguientes:

«Artículo 499 bis, a). Serán castigados con la pena de prisión menor los que actuando en grupos o individualmente, pero de acuerdo con otros, mediante violencia, intimidación o amenaza, pretendan obligar a otros a iniciar o continuar una huelga, o cierre empresarial. Se impondrán las penas en su grado máximo: 1.º A los componentes del grupo que portaren armas o instrumentos agresivos. 2.º A los individuos del grupo que sean ajenos al conflicto. (Véase «Boletín Oficial de las Cortes» del día 19 de abril de 1976).

(8) La ponencia fue formada por los señores don Fernando Dancausa de Miguel, don Francisco Escrivá de Romani, don Marcelino Fernández Nieto, don Carlos Iglesias Selgas y don Manuel Madrid del Cacho. La discusión del texto no se realizó en la Comisión de Justicia, sino en el Pleno, no llegándose a aprobar. La Ponencia propuso entonces unos puntos generales —y la remisión a la Comisión de Justicia para su reelaboración en trámite de urgencia—, entre estos puntos estaba el siguiente: «Se tipificará toda coacción contra la libertad del trabajo».

(9) «Diario de sesiones de las Cortes Españolas», núm. 705. Tesis del procurador señor Díaz-Llanos.

(10) «Diario de sesiones de las Cortes Españolas». Tesis del procurador señor Díaz-Llanos.

otra parte, los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo intentan proteger la seguridad y estabilidad en el empleo, son delitos contra la seguridad del trabajador en su estabilidad social, en la empresa, y en el seno de la organización jurídica del Estado, con delitos que protegen en definitiva las condiciones del trabajo. Sáinz Cantero es de la opinión, de que los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, actualmente dentro del Título XII, deberían tener un Título específico en el Libro II, donde encontrarían albergue adecuado no sólo estos delitos, sino otros comportamientos relacionados con el mundo laboral (11).

Muñoz Conde lleva estos tipos agravados de coacción dentro de los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, sin dar una explicación fundada; se apoya para ello en la Exposición de motivos de la Ley en donde se habla de la seguridad del trabajador, pero esto no es convincente ni suficiente.

El bien jurídico protegido en estas nuevas figuras es la libertad laboral del propio trabajador, castigándose con la pena de arresto mayor en su grado máximo a los que obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial, pero se omite y por tanto no se castiga con idéntica pena a los que impidieren a otras personas declararse en huelga, habiéndose que aplicar por consiguiente el párrafo primero, del artículo 496, es decir, castigándose como una coacción genérica (12).

Muñoz Conde dice que la introducción de estas nuevas figuras agravadas era innecesaria, pues las acciones que en las mismas se especifican se podrían sancionar como coacciones (artículo 496) y de hecho así se han sancionado (13).

En Alemania estas mismas acciones se castigan como simples coacciones (párrafo 240 del Código Penal alemán), lo que ocurre es que la pena prevista para el delito de coacción es mucho más elevada en este Código que en el Código penal español, inclusive en los casos más graves de coacción se impone una pena aún más elevada (14).

3. JUSTIFICACION DEL CASTIGO.

Analizado más arriba el bien jurídico protegido en estos tipos calificados de coacciones, así como la colocación sistemática de los mismos en el Código penal, ahora es el momento de estudiar

(11) SÁINZ CANTERO, J.: «En torno a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo». Publicaciones Escuela Social de Murcia. 1972, pág. 23.

(12) MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal. Parte Especial». Universidad de Sevilla, 1976, pág. 153.

(13) MUÑOZ CONDE, E., loc. cit., pág. 155.

(14) Véase en este sentido, SCHÖNKE-SCHRÖDER, «Strafgesetzbuch Kommentar». 18. Auflage, págs. 1387 y ss.

sus elementos. Estos tipos de delitos suelen llamarse ya, «*piquetes de huelguistas*» o «*de extensión de huelga*» (15).

La repulsa social que merecen los piquetes de huelga, no está solamente fundada en su condena legal, sino por el contrario, en que pervierten las bases de la convivencia del trabajador, fundamentalmente su libertad de acción y de elección en cualquier coyuntura que se le presente en su vida profesional. Supone asimismo, una presunción de que el compañero de trabajo, por el mero hecho de no secundar una huelga, es, o un inadaptado en su profesión, o un traidor a los compañeros, o inclusive, un incapaz de decidir por sí mismo, sin la coacción de la fuerza, o del desprecio colectivo, lo que juzgue más justo para su honor personal o más conveniente para su ejecutoria profesional. Con la actuación de los piquetes se desvirtúa el propio concepto de la huelga, en lo que ésta tiene de instrumento de acción lícito, cuando, según reglas de mínima libertad, se ejercita, «*in extremis*» en defensa de unos derechos real o supuestamente conculcados, agotado el diálogo. Finalmente la actuación de los piquetes de huelga repugna por cuanto como coacción ataca la libertad personal.

En algún país como en Inglaterra, por ejemplo (16), los piquetes tienen un sentido bien distinto, pues son una especie de grupos colaboradores, incluso de la fuerza pública en el mantenimiento de las reglas de las huelgas —son consustanciales a ellas— (17).

Por otra parte debe tenerse en cuenta que el trabajador ha de quedar en condiciones de hacer cumplir la huelga frente a sus propios compañeros y que debe poder vigilar los acuerdos que a la empresa se le impongan. El Real Decreto-Ley 17/77 de 4 de marzo de 1977, sobre relaciones de trabajo, establece en el artículo 3, el preciso y necesario acuerdo expreso de declaración de huelga, creándose el llamado comité de huelga —art. 6, núm. 7— que tiene como función garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y las cosas. *En todo caso se respetará siempre la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga* —art. 6, 4—. Los trabajadores en huelga únicamente podrán efectuar publicidad de la misma, *en forma pacífica y llevar a efecto*

(15) Sobre el tema de los piquetes, véase el «Primer Simposio nacional sobre temas de Derecho del Trabajo», organizado por el Colegio de Abogados de Barcelona. Véase también PEÑA, M., «Los piquetes», *Cuadernos para el diálogo*, 3 de julio de 1976.

(16) Véase RIDEOUT, R. W., «Principles of Labour Law», 2.^a edic., Londres, 1976, pág. 328.

(17) Son los llamados piquetes pacíficos o de vigilancia, que desde luego no son sancionables. El procurador señor Fernández Sordo, en los debates de este artículo en las Cortes, decía: «La referencia a los *piquetes* sólo la podemos aceptar, como hace en gran parte el Derecho comparado, en el sentido de *piquetes pacíficos*, ya que los grupos violentos o intimidatorios no pueden tener este carácter de piquete».

recogidas de fondos sin coacción alguna —art. 6. 6—. Con ello se quiere decir que los trabajadores no estarán autorizados por la Ley para obligar a otros trabajadores a iniciar la huelga, pues según el citado Real Decreto-Ley se respetará siempre la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quieran sumarse a la huelga. Por consiguiente, la coacción será ilegítima y por tanto constitutiva del artículo 496, párrafo 2.º y 3.º. En mi opinión, el trabajador en huelga únicamente podrá hacer cumplir la huelga frente a aquellos trabajadores que no la deseen mediante una convención, pero siempre sin llegar a la intimidación o a la coacción (18) (19):

4. EL SUJETO ACTIVO EN LA PRIMERA FIGURA CALIFICADA (art. 496, párrafo 2.º).

Establece el Código penal dos alternativas: *a)* Actuación en grupo. *b)* Individualmente, pero puesto de acuerdo con otro.

En el Texto que envió el Gobierno se decía lo siguiente: «... los que actuando con violencia o con intimidación, en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otro». Un procurador (20) era de la opinión de que se ponía el énfasis en la actuación colectiva, en vez de en el hecho de la violencia o intimidación y hasta tal punto se pone este énfasis en la actuación colectiva, que incluso la actuación individual con violencia o intimidación sólo produce la ilicitud penal si se actúa de acuerdo con otro, lo cual es un hecho que desvirtúa el principio de intimidación como clave de esta tipificación y que además, en la práctica se acomoda muy poco a la realidad por cuanto bien difícil sería probar que esa actuación individual con violencia o intimidación se hace precisamente de acuerdo con otros. Se solicitó, por consiguiente, que el tipo de este delito quedara redactado de la siguiente forma: «Serán castigados con la pena de prisión menor los que mediante violencia, intimidación o amenaza, pretendan obligar a otros a iniciar o continuar una huelga empresarial».

La tesis de la Ponencia (21) era, sin embargo, que para poder darse el nuevo tipo delictivo era preciso que esta clase de coacción se hiciera en grupo o individualmente puestos de acuerdo con otros. Es preciso, por consiguiente, que el sujeto activo, en el caso de que actúe individualmente esté conectado o puesto de acuerdo con otros, pero no es preciso que el coaccionado tenga

(18) Véase, en este sentido, el Real Decreto Ley 17/77 de 4 de marzo, fundamentalmente los arts. 3, 6 y 7.

(19) Véase, «Diario de Sesiones de las Cortes Españolas», núm. 705, año 1976, págs. 35 y ss.

(20) Procurador señor Fernández Sordo, «Diario de Sesiones», núm. 705, pág. 35.

(21) «Diario de Sesiones de las Cortes», núm. 705, págs. 37 y 38.

noticia o conocimiento de que quien realiza la coacción esté conectado con unos grupos, y estos grupos son los que después puedan proceder contra él, y no sólo el portador del grupo.

La Ponencia efectuó un cambio gramatical en el Texto, pues la coma que estaba colocada delante de la preposición «pero» («... los que actuando con violencia o con intimidación, en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros...») se quita, y se coloca delante de la conjunción disyuntiva «o», para poner de relieve que se trataba de dos alternativas: en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros (22).

5. LA ACCION.

Con estas nuevas figuras agravadas, se introduce una novedad, que consistente en la equiparación de la violencia e intimidación, ya que aparecen como modalidades delictivas equivalentes, y ello plantea algún problema. El legislador español ha empleado como elementos coactivos de tipo objetivo y como términos equivalentes coactivos del tipo objetivo y como términos equivalentes o ambivalentes la violencia y la intimidación, que pertenece propiamente al campo de las amenazas («los que actuando con violencia o intimidación...») —art. 496, párrafo 2.º—, y por tanto hay que admitir la posibilidad de comisión del delito de coacciones a través de la violencia moral o la intimidación. Si el legislador ha incluido en el tipo objetivo la violencia moral, entendida como intimidación de un mal inmediato, en estos dos nuevos párrafos del artículo 496 que son figuras agravadas del tipo básico o fundamental del párrafo 1.º, hay que admitir lógicamente, la intimidación de mal inmediato como modo de comisión de este tipo básico del párrafo 1.º del artículo 496, en el que solamente se dice («El que sin estar legítimamente autorizado impidiera a otro violencia...»). Supongamos que en el párrafo 1.º del artículo 496, por establecerse solamente la violencia, no está incluida la intimidación tengamos presente también como dato, que el legislador al efectuar esta reforma penal con fines agravatorios, ha ampliado en los párrafos 2.º y 3.º los modos de comisión al decir expresamente («... Los que actuando con violencia o intimidación...»). Si no admitimos la intimidación como medio de comisión de la figura básica del párrafo 1.º, llegaremos a resultados injustos y contradictorios porque podría ocurrir lo siguiente: resultaría que la intimidación para iniciar o continuar una huelga sería castigada con la pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, por estar admitida la intimidación como medio comisivo cuando el motivo daría lugar al delito de amenaza, cuya pena, si es la amenaza de carácter condicional sería de prisión

(22) «Diario de Sesiones de las Cortes», núm. 705, pág. 337.

menor, penalidad superior a la del delito de coacción, por no apreciar la intimidación como modo de comisión del tipo básico de coacción del párrafo 1.º del artículo 496 (22 bis). Esto como se ve, sería injusto por resultar más severamente castigado el que intimida por cualquier motivo, que el que intimida para iniciar o continuar una huelga (23). Hay que convenir que si se emplea la «vis física» estaremos en presencia siempre de la figura comprendida en el artículo 496, párrafo 2.º, si se trata de la actuación de un «piquete de huelguistas», o en su caso el artículo 496, párrafo 1.º, si no se trata de la actuación de los citados «piquetes». Por el contrario si se emplea la intimidación (que en realidad tiene su ámbito de aplicación en las amenazas), en principio hay que decir que nos encontraríamos dentro de la órbita del delito de coacción, porque el legislador español en esta reforma ha equiparado la violencia y la intimidación, como medios coactivos, no cabría hablar en la actualidad, de un concurso de leyes entre las coacciones y las amenazas condicionales a solucionar por el principio de la especialidad, al considerar la intimidación como una forma de la violencia prevista especialmente por el legislador en el delito de las amenazas condicionales, porque el legislador ha equiparado en el artículo 496, párrafos 2.º y 3.º la violencia y la intimidación.

6. EL CONCEPTO DEL GRUPO. LA ACTUACION EN GRUPO.

¿Qué se entiende por grupo a los efectos de este artículo? Es la primera vez que el Código penal emplea este término. En primer lugar, no hay que confundirlo con la cuadrilla, el grupo es el género, y la cuadrilla la especie. En la agravante genérica de la cuadrilla, del artículo 10, número 3 del Código penal es preciso que concurren más de tres malhechores armados (24). En el diccionario de la Real Academia Española, se establece que grupo es una pluralidad de personas o cosas que forman un conjunto. Además es preciso que las personas que componen la cuadrilla estén armados. Mucha mayor relación guarda el grupo con la circunstancia agravante de auxilio de gente armada, prevista en

(22 bis) De esta opinión es GUALLART DE VIALA, A. En sus explicaciones de clase. Universidad de Zaragoza. Curso Académico 1976-77, que no han sido publicadas.

(23) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.º, «Derecho Penal. Parte Especial». Madrid, 1977, séptima edición, págs. 258 y 259, que mantiene la opinión de que en el caso de que se utilice una amenaza pura para conseguir alguno de los resultados del art. 496, párrafo 2.º, estamos en presencia de las amenazas condicionales.

(24) En el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, en el art. 187, núm. 11, se establece que es suficiente dos o más personas. Véase LANDÍN CARRASCO, A., «Manual de Derecho Penal y procedimientos militares», 6.ª edic. Madrid, 1967, pág. 35.

el artículo 10, número 12, pues los conceptos de «grupo» y «gente» son genéricos, pero les separa la diferencia, de que en esta circunstancia de agravación «la gente» debe de estar armada. La relación se hace más íntima al comparar el concepto de «grupo» y la circunstancia agravante de «abuso de superioridad», prevista en el artículo 10, número 8. Ahora bien, el abuso de superioridad no siempre se aplica cuando se actúa en grupo, se puede aplicar o no. Para Ferrer Sama (25), el abuso de superioridad requiere un **elemento intencional** consistente en haber buscado el sujeto la comisión del delito en esa forma; de la misma opinión es Quintano Ripollés (26), pues para que se dé esta circunstancia es preciso su consciente aprovechamiento.

Muñoz Conde (27), es de la opinión de que hubiera bastado aplicar esta agravante al delito de coacciones genéricas, por lo que parece que equipara esta circunstancia al concepto de grupo.

7. LA ACTUACION INDIVIDUAL.

La otra alternativa es la actuación solitaria o individual, pero puestos de acuerdo con otros (28). Es muy importante que el sujeto activo en este supuesto esté en relación con otros, pues si no lo estuviera no se le aplicaría este párrafo segundo, sino por el contrario el párrafo primero. Soy de la opinión de que este contacto o conexión no tiene que ser precisamente con otros trabajadores, sino que pueden ser otras personas ajenas al mundo laboral.

8. EL RESULTADO: INICIO O CONTINUACION DE UNA HUELGA, PARO O CIERRE EMPRESARIAL.

Como resultado de la coacción, ésta tiene que dar lugar a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial.

(25) FERRER SAMA, A., «Comentarios al Código Penal», Murcia 1946, página 189.

(26) QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Comentarios al Código Penal». Edit. *Revista de Derecho Privado*, 2.^a ed., Madrid 1966, pág. 225.

(27) MUÑOZ CONDE, F.: «Derecho Penal. Parte Especial». 2.^a edic., Universidad de Sevilla 1976, pág. 155. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha apreciado la agravante de abuso de superioridad en los casos en que eran dos los agresores. Así, en la S. de 3 de julio de 1952, repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, núm. marginal 1426, S. de 25 de noviembre de 1953, repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, núm. marginal 2861, y en la S. de 13 de enero de 1962, referencia Jurisprudencia Aranzadi, núm. marginal 141.

(28) Según la teoría del acuerdo previo, éstos también responderán como autores del delito de coacción.

a) La huelga.

La huelga, como el cierre, o como el boicot, no son auténticos conflictos laborales (29), sino un procedimiento **para influir** sobre la resolución de los mismos. En cambio, originan una situación de gravedad para el trabajador; a veces, para la economía nacional o para el orden público. Así, la huelga es un conflicto de trabajo en el sentido vulgar de situación grave, pero no conflicto en el sentido de controversia, la huelga es un medio violento por el cual una comunidad de trabajadores presiona a un empresario o a una comunidad de empresarios en relación con la solución de un conflicto anteriormente planteado (30). Se discute si el concepto de huelga es jurídico o sociológico (31), e incluso si hay posibilidad de dar cabida dentro del ámbito jurídico al concepto de huelga. Ciertos autores lo niegan estableciendo que la huelga simplemente es un hecho. Se puede definir la huelga (32) como la suspensión del trabajo por una comunidad de obreros, planeada previamente con un fin de lucha, pero al mismo tiempo con el propósito de continuar el trabajo tan pronto como se hayan logrado las reivindicaciones que se pretenden o se haya renunciado a ellas. Alonso Olea (33), define la huelga como la cesación colectiva y concertada del trabajo por iniciativa de los trabajadores, y señala estas características: cesación del trabajo, colectiva, concertada, y por iniciativa de los trabajadores. No hay huelga cuando dos o tres obreros se abstienen de entrar a trabajar (34). Ahora bien, si ese grupo de trabajadores, actúan con violencia o intimidación y obligan a otros trabajadores a que no comiencen su trabajo para iniciar una huelga estaríamos en presencia de este delito.

Alonso García (35), como nota que caracteriza a la huelga, menciona la de la libertad, y dice que en la huelga se trata de un acto colectivo, libre. En nada se oponen a esta libertad los medios de coacción a través de los cuales se impide el trabajo a

(29) BAYÓN CHACÓN, E.-PÉREZ BOTIJA, E., «Manual del Derecho del Trabajo», Madrid, 1972-1973, 8.ª edic., vol. 2.º, págs. 822 y 823. ALONSO GARCÍA, M., «Derecho Procesal del Trabajo». Tomo I. Conflictos colectivos, Barcelona 1963, págs. 7, 8 y ss., y GARCÍA ABELLÁN, J., «Derecho de conflictos colectivos de trabajo», Madrid 1969, págs. 51 y ss.

(30) La huelga no es un medio coactivo penal, su regulación y consecuencias jurídicas pertenecen íntegramente al Derecho del Trabajo.

(31) Desde el puntode vista sociológico, véase ALONSO GARCÍA, M., «Curso de Derecho del Trabajo», Edit. Ariel, Barcelona 1971, pág. 635.

(32) BAYÓN CHACÓN, G.-PÉREZ BOTIJA, E., loc. cit., pág. 823.

(33) ALONSO OLEA, M., «Derecho del Trabajo», 3.ª edic., Madrid 1974, página 431.

(34) Según BAYÓN CHACÓN, G.-PÉREZ BOTIJA, E., loc. cit., pág. 823.

(35) Véase, ALONSO GARCÍA, M., «Curso de Derecho del Trabajo», 3.ª edic., Editorial Ariel, Barcelona 1971, pág. 635. RODRÍGUEZ SAÑUDO, «Interrupciones a la actividad de la empresa», Anales Universidad Hispalense, Serie Derecho, núm. 23, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1975, pág. 111.

quienes, pese a la declaración de huelga, desean seguir prestando su servicio. Lo que importa es que esa declaración se haga voluntariamente. La huelga, según Alonso García, antecede a las posibilidades de coacciones dirigidas contra ciertos trabajadores, y la coacción se ejerce precisamente porque la huelga ha sido declarada, no para conseguir que se vaya a ella (36). Sin embargo, en el nuevo tipo delictivo la coacción dirigida contra unas personas trabajadoras puede realizarse *antes o después de haberse declarado la huelga*.

b) Cierre empresarial.

El cierre empresarial o —lock out—, según terminología inglesa muy aceptada, se puede definir (37) como *una decisión empre-*

(36) ALONSO GARCÍA, M., loc. cit., pág. 645 y 646. El Decreto-ley 5/75, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo, supuso una etapa importante en la evolución histórica de la legislación laboral, en cuanto que consagró la legitimidad de recurso a la huelga, siempre que se observaran los requisitos de fondo y forma que el propio texto legal contenía. La huelga como fenómeno social, que durante años había constituido delito, pasaba a una etapa de libertad. La trascendencia del nuevo sistema aconsejaba, por razones de elemental prudencia, tanto el establecimiento de un procedimiento riguroso para la legítima utilización de tal recurso, como la fijación de determinadas limitaciones. Así, la huelga ni podría exceder el ámbito de la empresa, ni podría tener lugar, por razones de solidaridad, ni afectar a empresas encargadas de la prestación de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad. RIVERO LAMAS, J., «La regulación jurídica de la huelga en España», separata del «Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, núm. 59, de 1 de octubre de 1975, hizo una crítica al citado Real Decreto-ley 5/75 de 22 de mayo, al decir que la nueva regulación sobre la huelga no viene a establecer *el reconocimiento de un derecho normal* a través del cual se expresa la decisión sindical, sino que se configura el recurso de la huelga «como un carácter último», que revela el fracaso de los procedimientos de negociación, o, en su caso, de composición pacífica entre las partes, a través de sus representantes legales que debían ser bastantes por sí mismos para armonizar intereses en una sociedad sensible a la justicia, y a la equidad. En definitiva, la huelga seguía siendo en la mente del legislador, según Rivero Lamas, no un instrumento auxiliar y necesario de la contratación colectiva, sino un fenómeno patológico. En virtud del Real Decreto-ley núm. 17/77 de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo y a consecuencia de los cambios políticos últimamente experimentados, así como la dinámica social se viene a consagrar *la huelga como derecho*, se aligera el procedimiento para su ejercicio y se fijan sus límites en las fronteras que marque la salvaguardia de los intereses superiores de la comunidad. Se suprime en la nueva regulación, la fase previa de obligatoria y oficial negociación; son los trabajadores quienes podrán decidir, sin necesidad de apurar otras instancias, el *cuándo de la cesación concertada de trabajo*, subsistiendo la necesidad del preaviso. Por lo que hace referencia a la creación del llamado comité de huelga, como órgano de representación de los trabajadores en conflicto, éste siempre respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quieran sumarse a la huelga. «Art. 6.4. El citado comité no tiene facultades para ejercer ningún tipo de coacción sobre los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga y se encargará de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas».

(37) ALONSO GARCÍA, M., loc. cit., págs. 645 y 646

sarial, consistente en la clausura temporal del lugar de trabajo con el fin de ejercer presión sobre los trabajadores, para mantener las condiciones de trabajos existentes o crear otras más favorables. La característica fundamental está en que es un acto que *lo realiza el empresario o empresarios*. Se puede considerar, por consiguiente, como la contrapartida de la huelga (38).

Por consiguiente, cuando la violencia o la intimidación vaya dirigida a que se produzca un cierre empresarial, el sujeto pasivo de la acción no serán los trabajadores sino tendrá que ser el empresario, pues el cierre empresarial es un acto privativo suyo.

c) El paro.

Es un acto de los trabajadores, en el que se cesa también en el trabajo, pero no es precisa una cesación absoluta como en la huelga, y no tiene en principio una duración indeterminada en el tiempo, su duración es intermitente (39).

9. EL SUJETO ACTIVO EN LA SEGUNDA FIGURA CALIFICADA (art. 496, párrafo 3.º).

a) El concepto de ser ajeno al conflicto.

En el párrafo tercero del artículo 496 se impone una pena de prisión menor para los que *fuesen ajenos al conflicto* o portaren armas o instrumentos peligrosos. «El ser ajeno al conflicto», es una circunstancia de carácter personal, que no se puede comunicar a otros partícipes, según establece el artículo 60, número 1 del Código penal (40). Se es ajeno al conflicto cuando no se guarda ninguna clase de relación con la empresa en que se desarrolla ese conflicto. Sin embargo, creo que no es ajeno al conflic-

(38) BAYÓN CHACÓ, G.-PÉREZ BOTIJA, E., loc. cit., pág. 823.

(39) El paro a los efectos penales tiene que tener una cierta duración, un simple paro momentáneo y ocasional no estaría comprendido aquí y por consiguiente tendríamos que acudir al delito de coacción genérico del párrafo 1.º del art. 496.

(40) El art. 60 del Código penal es interpretado fundamentalmente de dos formas contrapuestas: QUINTANO RIPOLLÉS, A., loc. cit., pág. 356; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, «Derecho Penal Español. Parte Especial», Madrid, 1975, pág. 55, y otros autores consideran que únicamente es aplicable a las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas y no a las utilizadas por el legislador para formar tipos calificados o privilegiados. Por el contrario, la opinión dominante que estima el art. 60 se aplica tanto a unos como a otras. Véase CUELLO CALÓN, «Derecho Penal». Parte General, tomo I, volumen 2.º, 17.ª edic., Barcelona 1975, pág. 520; ANTÓN ONECA, J., «El Derecho Penal», págs. 429 y ss. El estudio 1972 Base 6, E) mantiene el mismo criterio que el art. 60: «en los casos de codelinuencia, las circunstancias típicamente subjetivas se consideran personales y las objetivas afectarán a cuantos las conozcan». Véase CEREZO MIR, J., «Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal», ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1972.

to un trabajador, de otra localidad, empleado en la misma actividad laboral, que interviene en un conflicto que se desarrolla en otra localidad, empleado en la misma actividad laboral, que interviene en un conflicto que se desarrolla en otra localidad que no es la suya. En este párrafo tercero del artículo 496, se hace mención *al concepto de conflicto*. El conflicto tiene un significado muy amplio (41), que comprende no solamente la huelga, paro o cierre empresarial, sino también el boicot, el sabotaje, etc. En mi opinión el conflicto que menciona el Código penal en el párrafo tercero del artículo 496, ha de ser precisamente la huelga, paro o cierre empresarial, y no otros. Lo que ha querido el legislador español al emplear en este párrafo el concepto de conflicto es no tener que referirse nuevamente la «huelga», paro o cierre empresarial.

b) El concepto de portador de armas o instrumentos peligrosos.

Plantea un gran problema el considerar si en este caso concreto se refiere a una circunstancia de carácter personal o material.

El problema no se plantea para quienes como Rodríguez Devesa y Quintano Ripollés, sostienen que el artículo 60 se aplica exclusivamente para las circunstancias agravantes y atenuantes

(41) Los conflictos de trabajo en un sentido amplio son todas las manifestaciones que afectan al desarrollo de la relación jurídico-laboral, a su contenido o a su cumplimiento o extinción. Cuando esta situación llega, se genera un alteración en la relación jurídico-laboral, es decir, *se produce una situación jurídica de conflicto*. Véase, en este sentido, ALONSO GARCÍA, M., loc. cit., pág. 625, y ALONSO OLEA, M., pág. 426. El art. 17 del Real Decreto-ley 17/77 de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, establece que «La solución de situaciones conflictivas que afecten a los intereses generales de los trabajadores podrán tener lugar por el procedimiento de conflicto colectivo de trabajo que se regula en el citado Decreto Ley». Pero cuando los trabajadores utilicen este procedimiento no podrán ejercer el derecho a la huelga. Sin embargo declarada la huelga, podrán, no obstante, los trabajadores desistir de la misma y someterse al procedimiento de conflicto colectivo de trabajo que se regula en el citado Real Decreto Ley». Pero cuando los trabajadores utilicen este procedimiento no podrán ejercer el derecho a la huelga. Sin embargo, declarada la huelga, podrán, no obstante, los trabajadores desistir de la misma y someterse al procedimiento de conflicto colectivo de trabajo. Véase asimismo Rodríguez Devesa, J. M.^a, «Derecho Penal. Parte especial». Madrid, 1977, 7.^a edición, pág. 259, para quien ajeno al conflicto es aquel que no pertenece a la empresa o sector económico afectado por el paro, huelga o cierre empresarial. Se piensa, dice Rodríguez Devesa, en las «huelgas de solidaridad», que pueden tener también su paralelo en los cierres empresariales. Puede ocurrir que todos los componentes del «piquete» sean ajenos al conflicto, o bien que las personas ajenas se mezclen con las que no lo son. Esto es, según Rodríguez Devesa, no excluye una posible responsabilidad cualificada si el que no es ajeno al conflicto induce a aquellas otras personas a participar en él. La integración en un «piquete» mixto, es, a juicio de Rodríguez Devesa, un supuesto de participación necesaria impune para quien no es ajeno al conflicto.

genéricas, y no para las circunstancias específicas recogidas en los tipos calificados o privilegiados (42).

Para quienes sostienen que el artículo 60 es aplicable siempre y en todo caso, es fundamental el establecer si la circunstancia de portar armas o instrumentos peligrosos es de carácter personal o material (43).

Tanto en una interpretación gramatical como teleológica parece ineludible el carácter personal de esta circunstancia. En una interpretación gramatical, vemos que en el tipo se hace referencia expresa a: «los que actuando de la forma prevista en el párrafo anterior, fueran ajenos al conflicto o portaren armas o instrumentos peligrosos». La referencia a «los que...» —pronombre relativo—, confirma la tesis de que *sólo y exclusivamente a esas personas que sean portadores de las armas o instrumentos se les puede imponer la pena de prisión menor*, pues es una circunstancia personal de carácter episódico. Haciendo una interpretación teleológica, lo que el legislador (44) ha querido es castigar especialmente a los *portadores* de armas o instrumentos peligrosos; es decir, que de un «piquete» compuesto de varias personas, a quienes de él lleven armas o instrumentos peligrosos, se les castiga especialmente con la pena de prisión menor.

Por consiguiente y según establece el artículo 60, párrafo 1.º del Código penal, al considerarse como una circunstancia de carácter personal, y en el supuesto de que concurran en el hecho otras personas sólo servirá para agravar la pena en aquellas personas en quienes concurra.

Si se considerara el portar las armas o instrumentos como una circunstancia material, en el caso de que concurriera en una persona del «piquete», se podría comunicar a los demás miembros del mismo, siempre claro está que esté probado que tuvieron conocimiento de ello (45). Piénsese, por ejemplo, en el caso de que uno de los componentes del «piquete» porta el arma, pero la mantiene escondida, y en el momento de la acción o de la cooperación, la saca; aquí habría que distinguir para que pudiera comunicarse esta circunstancia a los demás miembros del «piquete», si habían tenido conocimiento o no de la existencia de ese

(42) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.º, loc. cit., pág. 55; y QUINTANO RIPOLLÉS, A., loc. cit., pág. 356.

(43) CUELLO CALÓN, E., loc. cit., pág. 520; ANTÓN ONECA, J., loc. cit., páginas 429 y ss.

(44) CEREZO MIR, J., «Curso de Derecho Penal Español». Parte General I. Introducción. Editorial Tecnos, Madrid, 1976, pág. 165; BETTIOL, G., «Diritto Penale», Palermo, 1955, pág. 99, quienes mantienen una interpretación objetiva de la ley. En el mismo sentido, LEGAZ Y LACAMBRA, L., «Filosofía del Derecho». Casa Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 1972, 3.ª ed. pág. 665.

(45) El artículo 60, párrafo 2.º, del Código Penal establece que: «aquellas circunstancias que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente en los que tuvieron conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito».

arma. En mi opinión, por los razonamientos expuestos más arriba, la circunstancia que estudiamos es de *carácter personal y no material*.

En el caso de que se portaren armas, si éstas fueran de fuego, se daría un concurso real con el artículo 254 (tenencia ilícita de armas), si se dan los elementos de este delito (46).

Las armas a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 496 pueden ser no sólo de fuego, sino también las llamadas armas blancas.

En el vigente Reglamento sobre armas y explosivos de 27 de diciembre de 1944, después de señalar las características de las armas blancas cuya venta, uso y tenencia se prohíbe (art. 47) dispone en el artículo 102 que queda «al prudente arbitrio de las autoridades y sus agentes el apreciar si el portador de cuchillos, herramientas, utensilios o instrumentos precisos para uso doméstico, industria, oficios, o profesiones, y navajas de toda clase, tienen o no la necesidad de llevarlas consigo, según la ocasión, momento o circunstancias, debiendo en general, estimarse ilícito su uso en los concurrentes a tabernas, establecimientos públicos, y lugares de recreo y esparcimiento, así como a los que hubieren sufrido condena o corrección por delito o falta contra las personas, la propiedad, o por uso indebido de armas» (47). La medida es acertada y se encamina, especialmente, a aquellos sujetos que lleven pistolas, escopetas de cañón recortado, cuchillos, navajas, cadenas, barras de hierro, etc. (48).

(46) Concurso real de delitos, que se solucionaría por la aplicación del artículo 69 del Código Penal.

(47) Dentro del amplio concepto de armas se comprenden desde luego las de fuego, y las denominadas armas blancas, sin que influya para nada en la estimación de estas últimas ni su forma ni tamaño, toda vez que no se trata de la licitud de la tenencia de las mismas, sino de la aplicación a fines ilícitos. Véase, la Sentencia de 20 de octubre de 1935, repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, núm. marginal 770. Son armas blancas, una navaja, Sentencia de 6 de octubre de 1935, repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, número marginal 1.895; una lima, Sentencia de 9 de enero de 1936, repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, núm. marginal 28; la picaña o picaraña, Sentencia de 3 de febrero de 1936, repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, número marginal 260; un cuchillo, Sentencia de 8 de febrero de 1936, repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, núm. marginal 556, y un azadón, Sentencia de 26 de febrero de 1936, repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, núm. marginal 499. En definitiva, arma blanca es todo instrumento apropiado o destinado al ataque o a la defensa, Sentencia de 23 de mayo de 1957, repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, núm. marginal 1.324, que en estas nuevas figuras agravadas, sería el ataque a la libertad del trabajo. En el Consejo de Ministros del día 2 de marzo de 1978 se aprobó un Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos, que contiene una nueva regulación de las materias comprendidas hasta el presente en el capítulo sexto del Reglamento de Armas y Explosivos de 27 de diciembre de 1944.

(48) Véase la circular núm. 2, 1972, de 21 de junio, de la Fiscalía del Tribunal Supremo, sobre la nueva Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, publicada en circulares relacionadas con dicha Ley, Publicaciones Abella, Madrid, 1972, y SERRANO GÓMEZ, A., «Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social», ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. Madrid, 1974, página 243.

10. DERECHO COMPARADO.

No todos los ordenamientos penales resuelven la tipificación con el mismo sistema; expresamente prevé los atentados a la libertad del trabajo el Código penal francés en su artículo 414 (49). El Código penal belga (50), por el contrario, hizo desaparecer esta figura del delito para introducir, en cambio, «la de atentado a la libertad de asociación», que, aunque no referido expresamente a la profesionalidad, garantiza, entre otros, los derechos de los no sindicados.

Por lo general, y así acaece en el Código penal alemán (51), lo mismo que en el Código penal italiano (52), los atentados a la libertad de trabajo se sancionan por aplicación de preceptos comunes, en general la coacción. Hay que hacer notar también que, por ejemplo, en el parágrafo 240 el delito de coacciones tiene una pena mayor que la pena de arresto mayor o multa que en la actualidad tienen las coacciones dentro del Código penal español (53).

(49) Code Penal, Dalloz, Decreto de 12 de febrero de 1810 y promulgado el día 22 del mismo mes. SINAY, H., «Traité de droit du travail», La grève, Dalloz, París, 1966, pág. 231. LATOURNERIE, R., «Le droit français de la Grève», Sierey, París, 1972, pág. 206. DURAND, P., «Traité de Droit de travail», Tomo III, París, 1956, págs. 779 y s., y GARÇON E., «Code penal annoté», art. 414. Es preciso añadir que en el Derecho francés se ha creado la figura de los llamados «Les délits d'entrave», que tiene por finalidad proteger a los comités de empresa y delegados del personal de las vías de hecho que puedan cometerse contra los mismos. Asimismo, se protegen el libre ejercicio del Derecho sindical en la empresa. Véase en este sentido DESPAX, M., y PELISSIER, J., «La gestión du personnel. Aspects Juridiques. Les relations sociales dans L'entreprise. Edition Cujas, págs. 162 y ss.

(50) Código Penal Belga de 15 de septiembre de 1887. Véase GARCÍA BELLAN, J., «Derecho de conflictos de trabajo». Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969, pág. 132.

(51) En el «Strafgesetzbuch», no se tipifica expresamente la coacción de tipo laboral, pero es unánime la opinión en la Doctrina alemana que está comprendida en la coacción genérica del parágrafo 240. Véase, en este sentido, SCHÖNKE-SCHRÖDER, «Strafgesetzbuch», Kommentar. München, 1976, 18. Auflage, Comentario al parágrafo 240, pá. 1393. HUECK-NIPPERDEY, «Arbeitsrecht II» 7. Auflage, 1970, págs. 912 y ss. NIESE, «Streik und Strafrecht», 1954, página 57, y SCHAFER, «Leipziger Kommentar», Walter de Gruyter, Berlín und New York 9. Auflage, 2, comentario al parágrafo 240, nota 72, en donde se menciona este supuesto, al igual que hace Schönke-Schöder, como un caso más de coacción.

(52) Al igual que en Alemania, estos supuestos se castigan como una coacción genérica—violenta—del art. 610. Codice Penali Annotati a cura di Giuseppe Lattanza, 8.^a edizione, Giufre Editore.

(53) Como señalé anteriormente, la pena que tiene el delito de coacciones del artículo 496, en su párrafo 1.º, es a todas luces muy pequeña en relación con posibles coacciones que pueden revestir una gran gravedad.

Donde se han regulado con más detenimiento los atentados contra la libertad laboral ha sido en los Códigos Penales de algunos países de Latinoamérica (54).

11. CRITICA.

No soy partidario de los nuevos tipos delictivos. Creo que lo más aconsejable hubiera sido elevar la pena de arresto mayor, que actualmente tiene el delito de coacción a la de la prisión menor, pudiendo aplicarse la pena inmediata inferior en los casos más leves.

Para Cerezo Mir, estas nuevas conductas que se tipifican ahora como tipos agravados, constituían ya, al menos en sus formas más graves, un delito de amenazas o coacciones (art. 493-496) (55).

Por otra parte, la figura de «piquetes de huelguistas», siempre constituiría delito, por leve que fuera la coacción laboral, al no introducirse la correspondiente falta dentro del Código penal, al igual de lo que ocurre con el delito de coacción, que tiene su correspondiente falta en el artículo 585, número 5.

Si se han tipificado este tipo de coacciones, ¿por qué también no hacerlo con otras coacciones específicas? por ejemplo, los piquetes estudiantiles (56), pero con ello se daría lugar a una enorme casuística, impropia de un Código. En este supuesto concreto, no se podrían aplicar los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496, cuando un grupo de estudiantes obliguen con violencia o intimidación a otros a iniciar una huelga, pues los nuevos tipos penales tienen su razón de ser en cuanto protegen la libertad de trabajo: disponer de la libertad individual para trabajar o no trabajar, no para

(54) En el Código Penal Argentino de 30 de septiembre de 1921, por ejemplo, en el artículo 158, se castiga con la pena de prisión de un mes a dos años al que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boicot. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que por sí o por cuenta de alguien ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un «lock-aut» y a abandonar o ingresar en una sociedad obrera o patronal determinada. Por el contrario, otros Códigos penales Iberoamericanos, como el Mexicano de 14 de agosto de 1931 o el Venezolano de 6 de julio de 1926, no contienen esta figura, sancionándose, por tanto, como una coacción genérica. Véase, en este sentido, SOLER, S., «Derecho penal argentino», Tomo IV, Buenos Aires, 1973, págs. 137 a 141. Véase, también, Jiménez de Asúa, L., «Códigos Penales Iberoamericanos», Editorial Andrés Bello, Caracas.

(55) Véase, CEREZO MIR, J., «Curso de Derecho Penal. Parte General. I. Introducción». Madrid, 1976, Editorial Tecnos, pág. 138, que se muestra contrario a la introducción de estas figuras agravadas.

(56) Este era el ruego de la Procuradora señorita Tay Planas. Diario de las Comisiones. Comisión de Justicia. Cortes Españolas, núm. 705.

estudiar o no estudiar (*que es una forma de trabajar, pero no tiene una compensación todavía*) (57).'

Ahora bien, si en un centro de enseñanza, un grupo de sus productores ejerce violencia o intimidación a otros para que se inicie o continúe una huelga, sí habría que aplicar esta nueva figura delictiva.

Por otra parte y según señala Muñoz Conde (58), se castiga sólo en este nuevo delito a los que obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, *pero no a los que impidan a otras personas a declararse en huelga*, es decir, que sólo se protege el derecho a no estar en huelga o a no hacer la huelga. En los casos en que se impida violentamente el ejercicio del derecho a la huelga es aplicable, el tipo básico, es decir, el párrafo 1.º del artículo 496.

Dada la necesidad, exigida por el tipo, de que los sujetos motivados actúen «en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros», habrá que llevar a las coacciones genéricas del párrafo 1.º, los casos en que el sujeto activo sea una *persona que actúe por su cuenta y riesgo*.

Por su parte, Muñoz Conde al efectuar el estudio de estas nuevas figuras calificadas, manifiesta que son innecesarias, pues los hechos que en ella se tipifican podían sancionarse y de hecho así se han sancionado como coacciones genéricas. A juicio de Muñoz Conde, la finalidad agravatoria que con la reforma se pretende, hubiera podido igualmente alcanzarse con el juego de las circunstancias agravantes genéricas del artículo 10, así la circunstancia número 8, abuso de superioridad o emplear medio que debilite la defensa. También la circunstancia número 12, ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad. O inclusive la circunstancia número 13, ejecutarlo en cuadrilla (59).

Sin embargo, en mi opinión, creo que lo más aconsejable hubiera sido elevar la pena de arresto mayor, pudiéndose aplicar la pena inmediata inferior en los casos más leves.

Algún problema especial plantean estas nuevas figuras en lo concerniente a la responsabilidad civil, ¿quién es en definitiva el que sufre los perjuicios patrimoniales por la actuación de los piquetes de huelguistas que obligan a otros a iniciar o continuar una huelga o inclusive se obliga al empresario a un cierre empresarial? En principio, no hay duda de que sería el propio empresario quien sufriría el detrimento patrimonial, al no recibir la

(57) Contestación de la ponencia por medio del Procurador señor Madrid del Cacho. Diario de las Comisiones. Comisión de Justicia. Cortes Españolas, número 705.

(58) MUÑOZ CONDE, F., «Derecho Penal. Parte especial». Universidad de Sevilla, 1976, págs. 154 y 155.

(59) MUÑOZ CONDE, F., loc. cit., pág. 155.

contraprestación de los trabajadores que han iniciado una huelga por coacción. Según el artículo 101 del Código penal en relación con el 104 del mismo Texto legal, la responsabilidad civil dimanante de la pena, comprende, aparte de la restitución y de la reparación del daño causado la indemnización del perjuicio (60), (61), (62)

(60) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., TORO MARZAL, A. del, y CASABÓ RUIZ, J. R., «Comentarios al Código Penal», Barcelona, 1972, Editorial Ariel, págs. 563 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., y BAJO FERNÁNDEZ, M., «Código Penal con Jurisprudencia y Concordancia», Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1976, págs. 167 y ss.; SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil», Editorial Montecorvo, Madrid, 1970, págs. 129 y ss., y FERRER SAMA, A., «Comentarios al Código Penal», Murcia, 1947, volumen II, págs. 365 y ss.

(61) Inclusive, muy bien pudiera darse en esta clase de delitos, que el perjuicio pudiera irrogarse a terceras personas, que tuvieran estrecha relación con el empresario, o que fueran un conjunto de empresas. Sin embargo, es preciso decir que el Real Decreto Ley núm. 17/77, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo establece en el artículo 6, núm. 2, que: «Durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador *no tendrá derecho al salario*».

(62) Los problemas planteados con relación a la antijuricidad y culpabilidad en estas figuras agravadas hay que reconducirlos a la figura base (art. 496, párrafo 1.º). La interpretación de la cláusula «sin estar legítimamente autorizado», hace referencia a todas las causas de justificación en bloque, que en el delito de coacciones dadas sus características se tendrá que hacer con mucha más frecuencia. En otro sentido, véase TORO LÓPEZ en el «Libro homenaje a don Emilio Orbaneja». Editorial Moneda y Crédito. Madrid, 1977, páginas 393 y ss., para el citado autor esta cláusula reclama que la tipicidad sea objeto de fundamentación especial verificando valorativamente las propiedades materiales de la coacción realizada para ponderar si debe estimarse reprobable a la vista del fin pretendido por el autor.

SECCION LEGISLATIVA

a) DISPOSICIONES LEGALES

LEY 10/1978, de 20 de febrero, derogación de la circunstancia cuarta del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De conformidad con la Ley aprobada por las Cortes, vengo en sancionar:
Artículo primero.—Queda derogado el apartado cuarto del artículo quinientos tres de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adicionado por los Decretos-leyes de veintidós de marzo y veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete.

Artículo segundo.—La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEY 17/1978, de 15 de febrero, sobre modificación del artículo 161 y derogación de los artículos 164 bis, a), b) y c) del Código Penal.

De conformidad con la Ley aprobada por las Cortes, vengo en sancionar:
Artículo primero.—Se suprime en el epígrafe del capítulo primero del título segundo del libro segundo del Código Penal la referencia a las Leyes Fundamentales.

Artículo segundo.—Se suprime, en el número uno del artículo ciento sesenta y uno, la referencia al Consejo Nacional del Movimiento.

Artículo tercero.—Se derogan los artículos ciento sesenta y cuatro bis a), ciento sesenta y cuatro bis b), ciento sesenta y cuatro bis c) y se suprime la sección cuarta del capítulo primero del título II del Código Penal.

b) PROYECTOS DE LEY

1. PROYECTO DE LEY DE ASOCIACIONES POLITICAS

La implantación de un sistema constitucional democrático, efectuada con la celebración de las elecciones legislativas generales del pasado 15 de junio, hace necesario proceder a la inmediata revisión de los instrumentos normativos básicos que establecen las reglas de juego político, entre los que destacan los que regulan el derecho de asociación política, como son la Ley 21/1976, de 14 de junio, y el Real Decreto-ley 12/1977, de 8 de febrero.

Por más que estas normas hayan sido las propiciadoras de la plena normalización del esquema de partidos, su modificación parece necesaria aun antes de que la nueva Constitución sea aprobada. Es preciso sentar una nor-

mativa transitoria de un Estado definitivo de los partidos políticos, mejore la actual en algunos temas capitales cuya regulación no resulta hoy enteramente satisfactoria.

Desde esta perspectiva las innovaciones más importantes se centran en tres puntos. En primer lugar, el establecimiento de un sistema matizado de control jurisdiccional sobre el proceso de constitución legal de los partidos, en el que el principio general de libertad de asociación sólo queda condicionado por el límite de la Ley penal, actuable a través de dos organismos institucionalmente imparciales, como son el Juez y el Ministerio Fiscal. Y en segundo lugar, la regulación de un nuevo régimen, asimismo jurisdiccionalizado, para la suspensión y disolución de las asociaciones o partidos. Y, por último, la consagración con carácter permanente de un sistema de financiación estatal a los partidos políticos, sobre el esquema, ya experimentado, que en su día estableció el Real Decreto-ley sobre normas electorales.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, somete a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º La creación de partidos políticos es libre.

Art. 2.º 1. Las asociaciones y partidos políticos adquirirán personalidad jurídica el vigésimo primer día siguiente a aquel en que los dirigentes o promotores depositen, en el Registro que a estos efectos existirá en el Ministerio del Interior, acta notarial suscrita por los mismos, con expresa constancia de sus datos personales de identificación y en la que se inserten o incorporen los Estatutos por los que habrá de regirse la asociación o partido.

2. Dentro de los veinte días siguientes al depósito aludido en el apartado anterior el Ministerio del Interior procederá a inscribir la asociación o partido en el Registro, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente. Si la inscripción se produjese antes de dicho término, la asociación o partido adquirirán personalidad jurídica a partir de la fecha de la misma.

Art. 3.º 1. Si del examen de la documentación presentada se dedujesen indicios racionales de ilicitud de la asociación o partido, el Ministerio del Interior lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal antes de practicar la inscripción, remitiéndole los documentos oportunos.

2. El Ministerio Fiscal, a la vista de la documentación remitida, acordará su devolución al Registro si estimare que es conforme a Derecho o instará de la autoridad judicial competente la declaración de ilegalidad de la asociación o partido. Una u otra resolución deberán adoptarse y comunicarse al Registro en todo caso dentro del término previsto en el apartado segundo del artículo precedente.

3. El ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal suspenderá el transcurso del plazo previsto en el apartado primero del artículo anterior, así

como la obligación del Ministerio del Interior de proceder a la inscripción de la asociación o partido, en tanto no recaiga resolución judicial.

Art. 4.º La organización y funcionamiento de las asociaciones y partidos políticos deberá ajustarse a principios democráticos. El órgano supremo estará constituido por la Asamblea o Junta de todos los asociados, los cuales tendrán derecho a ser electores y elegibles para los cargos de la asociación o partido, así como a tener acceso a la información sobre sus actividades y situación económica. Los órganos directivos se proveerán en todo caso mediante sufragio libre y secreto.

Art. 5.º 1. La suspensión y disolución de las asociaciones o partidos políticos sólo podrá efectuarse por decisión de la autoridad judicial competente.

2. La disolución de las asociaciones o partidos sólo podrá declararse en los siguientes casos:

a) Cuando incurran en alguno de los supuestos tipificados en el artículo 172 del Código Penal.

b) Cuando uno o varios asociados sean condenados por delitos cometidos en cumplimiento de acuerdos adoptados por la asociación o partido, con medios que aquélla les haya proporcionado o con su apoyo o respaldo.

c) Cuando realicen actividades contrarias a los Estatutos.

En los dos últimos supuestos el Tribunal deberá tener en cuenta la naturaleza y circunstancias de los hechos imputados, la índole de los medios empleados, el grado de intervención real que la asociación haya tenido y el cargo que el autor ocupe en el seno de aquélla.

3. En los procesos a que se refiere el apartado anterior, el órgano judicial competente, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la suspensión provisional de la asociación hasta que se dicte sentencia. En los casos de los apartados a) y b) la suspensión se acordará por el Juez de Instrucción en el momento de dictar auto de procesamiento; en los casos del apartado c), por el Tribunal, una vez admitido el primer escrito del procedimiento.

4. El Ministerio Fiscal instará la suspensión y disolución de las asociaciones o partidos en los casos previstos en los apartados anteriores, sin perjuicio del ejercicio de la acción penal correspondiente, cuando así procediese.

Art. 6.º La Administración del Estado financiará las actividades de las asociaciones o partidos políticos con arreglo a las siguientes normas:

a) Cada asociación o partido percibirá anualmente una cantidad fija por cada escaño obtenido en cada una de las dos Cámaras y, asimismo, una cantidad fija por cada uno de los votos obtenidos por cada candidatura a cada una de las Cámaras.

b) En los Presupuestos Generales del Estado se consignará la cantidad global destinada a estos fines, así como los criterios para distribuirla con sujeción a lo dispuesto en los apartados anteriores.

c) Reglamentariamente se determinará el régimen de distribución de las cantidades mencionadas en el apartado a) cuando los partidos hubieran concurrido a las elecciones formando parte de federaciones o coaliciones.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Segunda. En el plazo de tres meses, el Gobierno aprobará, previo dictamen del Consejo de Estado, un texto refundido que recoja y armonice las disposiciones de la presente Ley y los preceptos de la Ley 21/1976, de 14 de junio, no afectados por la misma.

Tercera. Queda derogado el Real Decreto-ley 12/1977, de 8 de febrero. («Boletín Oficial de las Cortes Españolas», número 43, de 4 de enero 1978.)

2. PROYECTO DE LEY DE MODIFICACION PARCIAL DE LA LEY 17/1976 DE 29 DE MAYO, REGULADORA DEL DERECHO DE REUNION

La Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión, contiene una normativa que, siendo válida en lo fundamental, exige unas modificaciones para resultar adecuada a las nuevas circunstancias de pluralismo político.

Las innovaciones esenciales que en esta Ley se introducen afectan, en primer lugar, al propio concepto de reuniones privadas o exentas de intervención administrativa, cuyo número se incrementa. En segundo lugar, al régimen de limitaciones y disolución de las reuniones, tanto de las que se celebran en locales cerrados como en espacios abiertos, con un tratamiento especial de las reuniones masivas en locales cerrados, por los trastornos que pueden ocasionar no tanto durante su celebración cuanto a la salida de la misma.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, somete a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º Se consideran reuniones privadas en todo caso, además de las tipificadas como tales en el artículo 2.2, de la Ley 17/1976, de 29 de mayo, las siguientes:

- a) Todas aquellas en las que el número de asistentes no sea superior a 50.
- b) 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.
- c) Las que celebren los órganos estatutarios de los partidos políticos, aun cuando sea fuera de sus locales sociales.

Art. 2.º 1. Las reuniones públicas que se celebren en locales cerrados serán libres, y no estarán sujetas a otro requisito que el de comunicación previa de su celebración a la autoridad gubernativa en los términos previstos en el artículo 4.º de la Ley 17/1976, de 29 de mayo.

2. Las reuniones a que se refiere el apartado anterior sólo podrán ser disueltas por la autoridad gubernativa o sus delegados cuando en el curso de las mismas se produzcan alteraciones graves del orden o se cometa o intente cometer algún delito.

Art. 3.º Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, cuando la reunión proyectada implique la concentración en un local cerrado de más de 500 personas, la autoridad gubernativa podrá imponer condiciones a su celebración en cuanto a día, hora o lugar.

Art. 4.º 1. Las reuniones que hayan de celebrarse en lugares abiertos al uso público se acomodarán a lo dispuesto en los artículos 5.º y 6.º de la Ley 17/1976, de 29 de mayo.

2. El ejercicio del derecho se compatibilizará en todo caso con las exigencias de la circulación y tráfico viario y el obligado respecto a los derechos de terceros.

3. La autoridad gubernativa podrá modificar el día, hora y lugar o itinerarios proyectados cuando resulte imprescindible a los efectos indicados, así como para evitar coincidencias con otras reuniones autorizadas con anterioridad.

4. Las reuniones no podrán prolongarse más allá de las diez de la noche.

5. El régimen de suspensión y disolución de las reuniones a que se refiere el presente artículo será el mismo que el de las reuniones que se celebren en local cerrado.

Art. 5.º 1. Las resoluciones de las autoridades gubernativas o sus agentes serán motivadas cuando impidan o limiten el ejercicio del derecho, notificándose a los promotores en el plazo de veinticuatro hora con las menciones consignadas en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En la misma forma se notificarán las resoluciones verbales y las acordadas simultáneamente a su ejecución práctica.

2. El procedimiento de impugnación jurisdiccional de las resoluciones administrativas en materia de reuniones se regirá por una ley especial.

3. Cuando se acuerde la suspensión o disolución de una reunión, la autoridad gubernativa, a solicitud de los promotores, podrá permitir su reanudación en la misma fecha o en otra posterior, dentro de los siete días siguientes, siempre que hayan desaparecido las circunstancias determinantes de las medidas adoptadas.

En caso de negativa se estará a lo dispuesto en el número anterior.

Art. 6.º 1. Los que desobedezcan la orden de disolución de una reunión incurrirán en las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, salvo que el hecho constituya delito más grave.

2. En las mismas penas incurrirán los que promuevan una reunión eludiendo maliciosamente el cumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley y en la Ley 17/1976, de 2 de mayo, y quienes, aparentando cumplirlos; formulen declaraciones inexactas o incompletas susceptibles de inducir a error sobre las condiciones de la reunión proyectada, así como quienes insistan en convocar reuniones que hayan sido expresamente prohibidas por la autoridad, siempre que de la conducta de unos y otros se sigan resultados delictivos o perturbaciones graves del orden material.

3. Quienes impidieren, perturbaren o menoscabaren de algún modo el ejercicio del derecho de reunión incurrirán en las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, salvo que el hecho constituya delito más grave.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Segunda. Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Tercera. En el plazo de tres meses el Gobierno aprobará, previo dictamen del Consejo de Estado, un texto refundido que recoja y armonice las disposiciones de la presente Ley y los preceptos de la Ley 17/1976, de 29 de mayo, no afectados por la misma.

Cuarta. En el mismo plazo y forma, el Gobierno refundirá los preceptos penales contenidos en la presente Ley con los artículos 166 a 171, inclusive, del Código Penal y dará nueva redacción a estos últimos en los términos que resulten de la refundición. Al reajustar las penas correspondientes a los distintos tipos delictivos se tomarán como referencia las previstas en esta Ley según la respectiva gravedad de las conductas incriminadas.

Quinta. Se autoriza al Ministro del Interior para dictar cuantas disposiciones sean precisas para el cumplimiento y ejecución de la presente Ley («B. O. de las Cortes Españolas», núm. 43, de 4 de enero de 1978).

3. PROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICAN LAS EDADES EN LOS DELITOS DE ESTUPRO Y RAPTO

La protección que por la norma penal se otorga a la libertad de la persona en el campo de la honestidad está condicionada al grado de madurez de la voluntad humana, que encuentra su manifestación concreta y objetivada en el señalamiento de un límite de edad más allá del cual debe cesar la protección.

En los delitos de estupro y rapto, el indicado límite de edad, situado en los veintitrés años, se modifica ahora y queda fijado en los veintiuno.

De este modo se consigue un doble objetivo: de una parte, la coherencia del ordenamiento penal con el civil, que sitúa la mayoría de edad en la de veintiún años; de otra, la concordancia con la estimación de la comunidad en cuanto a la madurez, en el desarrollo de la personalidad, ya manifestada en aquel sector del ordenamiento jurídico.

Pero los anteriores razonamientos, que son válidos para las formas de estupro denominadas de prevalimiento, necesitan de una especial motivación cuando se trata del estupro mediante engaño, que se define en el párrafo primero del artículo 436. Para este supuesto se ha estimado que debe reducirse el límite de edad a los dieciocho años, toda vez que, más allá de ese límite, no se da, por término medio, ni la sugestibilidad, ni la falta de información, que hacen posible la seducción engañosa.

Consecuentemente con lo expuesto, se modifican los artículos 434, 435, 436, 437, 441, 443, 446 y 447 del Código Penal, en los términos que resultan de la presente disposición.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Justicia, somete a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo único. La edad de veintitrés años establecida en los artículos 434, 435, segundo párrafo del artículo 436, 437, 441, 443 y 447 se reducirá a veintiún años.

La edad de veintitrés años a que se refiere el párrafo primero del artículo 36 se reducirá a los dieciocho años («B. O. de las Cortes Españolas», núm. 49, de 18 de enero de 1978).

4. PROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICAN LOS ARTICULOS 416 Y 343 BIS DEL CODIGO PENAL, Y SE ADICIONA EL ARTICULO 342 BIS

El propósito de adecuar el ordenamiento penal a la realidad social en cuanto concierne a la divulgación y administración de medios anticonceptivos preside esta modificación del Código, que, en esencia, se opera limitando la protección penal en lo que se refiere a la salud pública de los ciudadanos.

Con este objetivo se modifica el artículo 416, cuyo texto nunca fue satisfactorio por el casuismo excesivo que entraña y las dificultades técnicas de su aplicación, despenalizando las conductas que previene, con exclusiva referencia a la anticoncepción. Pero como, por otra parte, los comportamientos aludidos pudieran comprometer un bien jurídico de necesaria protección penal, como es la salud pública, se ha arbitrado la salvaguardia oportuna de tal bien adicionando el artículo 342 bis y modificando en la parte convenida el 343 bis, sin perjuicio de las medidas que reglamentariamente deban adoptarse sobre regulación de la expedición de anticonceptivos y límites de publicidad.

Se da así estricto cumplimiento a uno de los objetivos de política legislativa a corto plazo acordados por los grupos políticos con representación parlamentaria.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Justicia, somete a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º En el artículo 416 del Código Penal se introducen las siguientes modificaciones:

En el párrafo primero se suprime la frase: «... o de evitar la procreación...», y se eliminan los apartados 4.º y 5.º.

Art. 2.º Se adiciona en el Código Penal el siguiente artículo:

«Artículo 342 bis. Las penas establecidas en los dos artículos anteriores serán aplicables a los que, en las condiciones que respectivamente previenen, ejecuten los actos penados en ellas, con relación a sustancias, dispositivos o medios anticonceptivos nocivos para la salud».

Art. 3.º El artículo 343 bis del Código Penal quedará redactado en la siguiente forma:

Artículo 343 bis. Los que expendieren medicamentos de cualquier clase o medios anticonceptivos sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 25.000 a 100.000 pesetas.»

Art. 4.º El Gobierno, en el plazo de un mes a partir de la publicación de la presente Ley, regulará mediante decreto la expedición de anticonceptivos y límites de publicidad, estableciendo el oportuno control sanitario («B. O. de las Cortes Españolas», núm. 55, de 1 de febrero de 1978).

5. PROYECTO DE LEY DE MODIFICACION PARCIAL DE LA LEY DE ORDEN PUBLICO

Las elecciones generales legislativas celebradas el 15 de junio de 1977 abrieron un proceso de cambio en la sociedad española que hace necesario efectuar las reformas pertinentes, en el orden legislativo, con vistas a la configuración plenamente democrática de todas las instituciones del Estado.

Una de las normas más importantes precisadas de revisión es, sin duda alguna, la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, revisión que debe efectuarse a partir de una nueva formulación de la noción de orden público, para que sea coherente con las demandas de la sociedad democrática.

A tal fin se dirige el presente proyecto de ley, cuyo contenido responde a las siguientes directrices básicas: nuevo concepto del orden público, centrado fundamentalmente sobre el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales y libertades públicas; reordenación de la potestad sancionadora de la Administración con criterios mucho más estrictos. De ello son testimonio, entre otros aspectos, la necesidad de previa audiencia del interesado, la prohibición de doble sanción por unos mismos hechos, la eliminación de la responsabilidad personal subsidiaria y la no exigencia del pago previo como requisito para recurrir; y regulación del estado de alarma pública para supuestos de emergencia de carácter natural o artificial. En ella se potencian las facultades de la autoridad gubernativa y se prevé la participación ciudadana en orden al restablecimiento de la normalidad.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro del Interior, somete a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

CAPITULO PRIMERO

Del Orden Público en general

Artículo 1.º 1. El normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y de la tranquilidad ciudadana, el libre, pácifico y armónico ejercicio de las libertades públicas y el respeto de los derechos humanos constituyen el fundamento del orden público. Es deber de las autoridades asegurar las condiciones necesarias para que ninguna acción externa perturbe la función de aquellas instituciones y el disfrute de la paz y para que tales derechos se ejerciten normalmente en la forma y con los límites que establezcan las leyes.

2. Son también elementos integrantes del orden público el mantenimiento de la salud, el regular funcionamiento de los servicios públicos y de los mecanismos económicos del mercado, el respeto de la propiedad pública y privada y la garantía del abastecimiento de los productos esenciales para la vida humana.

3. Las autoridades gubernativas y fuerzas del orden público velan por el mantenimiento del orden y la seguridad de los ciudadanos; aseguran el libre ejercicio de sus derechos y tutelan la propiedad pública y privada; cuidan de la observancia de las leyes y reglamentos; prestan auxilio en caso de calamidades públicas y desgracias particulares, y, a petición de las partes, proveen el arreglo pacífico de disputas entre los sujetos privados.

Art. 2.º 1. Los derechos y libertades fundamentales de la persona son inviolables. La Administración, por razones de orden público, sólo podrá intervenir en su ejercicio en uso de las potestades concretas que le reconozcan las leyes reguladoras de aquellos derechos y libertades.

2. En ningún caso podrá la Administración imponer por sí sanciones por el ejercicio indebido de tales derechos y libertades, sin perjuicio de lo que dispongan sus leyes respectivas. Su corrección corresponderá en todo caso a los Tribunales ordinarios.

Art. 3.º 1. Fuera de los supuestos previstos en el artículo anterior, las autoridades gubernativas podrán sancionar los actos que atenten o vulneren el orden público y la seguridad ciudadana, con arreglo a la siguiente escala de multas:

- a) Los Gobernadores Civiles, hasta 500.000 pesetas.
- b) El Director General de Seguridad, hasta 1.000.000 de pesetas.
- c) El Ministro del Interior, hasta 5.000.000 de pesetas.

2. Los reglamentos que se dicten en materias afectantes al orden público no podrán prever la imposición de multas en cuantía superior a la indicada, salvo cuando tengan por objeto la privación de beneficios ilegítimos, en cuyo caso podrán imponerse hasta la cuantía estimada de los mismos.

3. Para la graduación de las multas se deberá tener en cuenta la grave-

dad y trascendencia del hecho realizado, los antecedentes del infractor, su capacidad económica y el grado de intencionalidad.

Artículo 4.º 1. Ningún acto contra el orden público o la seguridad ciudadana podrá ser objeto de más de una sanción de las establecidas en esta Ley o en sus reglamentos.

2. No se impondrán conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos. Cuando los actos contrarios al orden público puedan revestir caracteres de delito, las autoridades gubernativas enviarán a la judicial competente los antecedentes necesarios y las actuaciones practicadas para que ésta proceda a su enjuiciamiento.

En el caso de que el órgano jurisdiccional acordase el archivo o el sobreseimiento de la causa iniciada por no justificarse que los hechos sean constitutivos de delito, remitirá de inmediato a la autoridad gubernativa los testimonios oportunos, por si aquellos pudieran ser objeto de sanción como actos contrarios al orden público. De igual modo, actuará cuando, sin declaración de responsabilidad, termine los procedimientos penales iniciados de oficio o a instancia de parte.

Art. 5.º 1. Las sanciones a que se refieren los artículos anteriores se impondrán sumariamente, sin que sean de aplicación las normas contenidas en el Título sexto, Capítulo segundo, de la Ley de Procedimiento Administrativo. Esto, no obstante, deberá preceder en todo caso la audiencia al interesado, la cual podrá sustanciarse mediante comparecencia personal de la que se levantará acta o concediendo un plazo, que no podrá exceder de setenta y dos horas, para formular las alegaciones que se estimen procedentes.

2. Los reglamentos en materias afectantes al orden público y a la seguridad ciudadana podrán establecer procedimientos diversos al descrito en el apartado anterior para la sanción de los hechos que se cometan contra sus preceptos; pero en ningún caso podrá omitirse el trámite de audiencia al interesado.

3. La autoridad que imponga la sanción fijará el plazo dentro del cual deberá hacerse efectiva, sin que pueda ser inferior al de tres días hábiles a partir del siguiente al de la notificación, pudiendo acordar el fraccionamiento del pago. Reglamentariamente se determinará el procedimiento de exacción por vía de apremio de las sanciones que no fueran satisfechas en tiempo y forma.

Art. 6.º 1. Las infracciones contra el orden público prescribirán a los tres meses, a contar desde el día siguiente a la fecha en que hubiera finalizado su comisión; las sanciones, a los cinco años de la fecha en que hubiese terminado el plazo para su cumplimiento voluntario.

Lo dispuesto en el párrafo anterior tendrá carácter supletorio respecto de las normas contenidas en los reglamentos que se dicten en materias afectantes al orden público.

2. Los acuerdos que impongan sanciones en materia de orden público pondrán en todo caso fin a la vía administrativa, cualquiera que hubiese sido la autoridad que los dictare. Contra ellos podrá interponerse recurso contencioso-administrativo y, en su caso, el administrativo de reposición, que tendrá siempre carácter potestativo.

3. En ningún caso podrá exigirse el depósito o previo pago del importe de las sanciones como requisito para la admisión de los recursos que se interpongan en esta materia.

Art. 7.º En ningún caso podrán imponerse por las autoridades gubernativas sanciones que impliquen privación de libertad, ni exigirse responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas impuestas por actos contrarios al orden público.

CAPITULO II

De los estados de alarma pública

Artículo 8.º Las autoridades gubernativas podrán declarar el estado de alarma pública, en todo o parte del territorio nacional, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos o forestales y accidentes de gran magnitud.
- b) Crisis sanitarias, tales como estados epidémicos y situaciones de contaminación grave.
- c) Paralización de servicios públicos esenciales, ya sea debida a hechos humanos o a causas naturales.
- d) Situaciones de desabastecimientos de productos de primera necesidad, cualquiera que sea su causa.

Art. 9.º 1. El estado de alarma deberá ser declarado por el Gobernador civil correspondiente cuando su ámbito no sea superior a la provincia y por el Ministro del Interior en los restantes supuestos.

2. El bando de declaración de estado de alarma será difundido obligatoriamente por todos los medios de comunicación públicos o privados y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» o en el de la provincia, según su ámbito, pero entrará en vigor desde el mismo momento de su difusión. También serán de difusión obligatoria los bandos o declaraciones que la autoridad gubernativa dicte en tanto permanezca vigente el estado de alarma.

3. El bando de declaración del estado de alarma contendrá necesariamente la delimitación de la zona afectada y las medidas preliminares de obligado cumplimiento que deban adoptarse, sin perjuicio de su modificación o precisión en ulteriores declaraciones o bandos.

4. Si la declaración del estado de alarma no precisase su duración temporal, ésta no podrá exceder de treinta días, pero podrá ser prorrogada por períodos iguales y sucesivos por el Ministro del Interior cuando la permanencia de las circunstancias lo hiciese aconsejable y hasta que la perturbación haya cesado por completo. La finalización del estado de alarma será difundida y publicada en la misma forma que su declaración.

Art. 10. 1. Declarado el estado de alarma, la autoridad gubernativa adoptará todas las medidas conducentes a la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares afectados, así como las necesarias para hacer cesar la perturbación o impedir y paliar sus daños.

2. La declaración del estado de alarma producirá por sí misma los siguientes efectos:

a) Todas las autoridades civiles de la zona afectada por la declaración, ya pertenezcan a la Administración periférica del Estado, Local o Institucional, así como los funcionarios y trabajadores a su servicio, quedarán bajo las órdenes directas de la autoridad gubernativa o sus delegados en cuanto sea necesario para el restablecimiento de la normalidad.

b) El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la autoridad gubernativa o su delegado será considerado en todo caso delito de desobediencia y sancionado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 237 del Código penal.

Si estos actos fuesen cometidos por autoridades o funcionarios, las autoridades gubernativas podrán suspenderlos de inmediato en el ejercicio de sus cargos.

c) La autoridad gubernativa podrá ordenar la detención, hasta un máximo de setenta y dos horas, de cualquier persona que con sus actos contribuya al mantenimiento de la perturbación o dificulte gravemente la actuación de la autoridad.

3. Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, el bando de declaración del estado de alarma o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrá acordar las medidas siguientes:

a) Nombramiento de delegados de la autoridad gubernativa para fines o zonas determinadas, cuya competencia específica se concretará en el mismo bando.

b) Imponer servicios extraordinarios a los funcionarios civiles de todas clases y trabajadores al servicio de las Administraciones públicas, aun cuando no correspondan a su función habitual.

c) Acordar la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes y la imposición de prestaciones personales obligatorias.

d) Revocar total o parcialmente los permisos de tenencia de armas.

e) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de determinados requisitos.

f) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados.

g) Limitar o racionar el consumo de servicios o artículos de primera necesidad.

h) Dictar en general las normas necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados, la libertad de comercio, el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción.

4. Las medidas a adoptar serán las estrictamente indispensables para el restablecimiento de la normalidad y su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias.

5. Los daños que se produzcan en la aplicación de las medidas a que se refiere el apartado tercero serán indemnizables, en su caso, en los términos previstos en la legislación de expropiación forzosa.

Art. 11. 1. Declarado el estado de alarma, la autoridad gubernativa podrá solicitar por conducto reglamentario la colaboración de unidades militares para desempeñar, siempre bajo el mando de sus jefes naturales, tanto la prestación directa de determinados servicios cuando el control y disciplina de los ejecutados por terceras personas.

2. Las autoridades gubernativas fomentarán la constitución y actividades de las asociaciones o instituciones de colaboración cívica, cuya cooperación podrá ser asimismo recabada durante los estados de alarma en orden a la ejecución de las medidas que conduzcan al restablecimiento de la normalidad.

Art. 12. 1. En los casos previstos en el apartado b) del artículo 8.º, la autoridad gubernativa podrá adoptar por sí, además de las medidas previstas en el artículo anterior, las establecidas en el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, de 26 de julio de 1945, y en la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico, o en las normas que las modifiquen, sustituyan o complementen.

2. En los casos previstos en los apartados c) y d) del artículo 8.º, el Ministro del Interior podrá acordar la movilización de empresas o servicios, así como de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de aplicación al personal movilizado lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 50/1969, de 26 de abril, básica de Movilización Nacional, que en todo caso será de aplicación supletoria respecto de lo dispuesto en el presente apartado.

La movilización a que se refiere el párrafo anterior se efectuará conforme a los planes que elaboren conjuntamente el Alto Estado Mayor y el Ministerio del Interior.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. El Gobierno, dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la presente Ley, dictará las disposiciones necesarias para la creación de una unidad de policía judicial vinculada a los órganos judiciales competentes para la investigación de los delitos de terrorismo. Dicha unidad tendrá como misión especial la investigación de los delitos de terrorismo.

Segunda. Se autoriza al Gobierno para:

a) Crear y organizar en el Cuerpo de la Guardia Civil una Escala Administrativa, a la que tendrán acceso los Capitanes y Tenientes de aquél al alcanzar las edades de retiro.

b) Crear en el Cuerpo de la Guardia Civil una situación de segunda actividad, para misiones burocráticas de carácter auxiliar, a la que podrán pasar los Suboficiales y Clases de Tropa del mismo al alcanzar la edad de retiro, así como crear la plantilla que se requiera a tal efecto.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Segunda. Se autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones que exija la aplicación y el desarrollo de la presente Ley.

Tercera. Queda derogado en su integridad el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto («B. O. de las Cortes Españolas», núm. 55, de 1 de febrero de 1978).

6. PROYECTO DE LEY SOBRE PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

El reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales de la persona *constituye elemento esencial e indispensable del estado de derecho*. La efectividad del reconocimiento exige, no sólo una adecuada declaración de los derechos, sino, muy especialmente, una protección jurisdiccional inmediata y apropiada, sin la cual las declaraciones constitucionales no llegan a convertirse en realidad.

Iniciado en nuestra Patria un proceso de democratización política, que habrá de culminar con la aprobación de una nueva Constitución y su legislación complementaria, parece indispensable garantizar hasta ese momento, siquiera sea con carácter provisional, la plenitud de los derechos fundamentales y libertades públicas concebidas como auténticos derechos públicos subjetivos de todos los españoles. Con esta finalidad se regula en la presente Ley la garantía jurisdiccional de esos derechos, a través de unos procedimientos judiciales basados en los principios de preferencia y sumariedad, de suerte que sean los Juzgados y Tribunales, con su independencia e imparcialidad, los garantes inmediatos de la efectividad de los derechos de la personal.

De las varias soluciones que a este fin se ofrecen, ha parecido preferible, dado el carácter provisional de la ordenación, no alterar la presente organización jurisdiccional, en tanto no se desarrollen los preceptos constitucionales, y distribuir la tarea entre los diversos órdenes judiciales existentes, de forma que cada uno de ellos conozca de las reglamentaciones que, según sus normas orgánicas, integran el contenido de la competencia que les está asignada. De este modo, aquellas vulneraciones de los derechos fundamentales que se hallen tipificadas como delito se atribuyen a los Juzgados y Tribunales del orden penal, que también conocerán de los excesos en el ejercicio de las libertades que sean de la misma naturaleza. Los Tribunales del orden contencioso-administrativo son los llamados a decidir sobre las violaciones de derecho producidas por decisiones administrativas. Finalmente, dado el carácter residual de la jurisdicción civil, son los Juzgados y Tribunales de este orden los llamados a conocer de las vulneraciones o desconocimiento de derechos fundamentales que no puedan incluirse en ninguna de las materias anteriores.

A este efecto, se arbitran unos procedimientos breves y sencillos que, aun cuando distintos entre sí, son uniformes para cada orden judicial, con el fin de que, sin excesivas complicaciones técnicas, pueda escogerse el camino más adecuado, que se instrumenta lo suficientemente aligerado de trámites para alcanzar en breve plazo la protección que se otorga.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, somete a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º 1. El ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, gozará de las garantías jurisdiccionales que en la misma se establecen.

2. Quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en su disposición final, las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad y secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público.

SECCION PRIMERA

Garantía jurisdiccional penal

Art. 2.º 1. Los delitos y faltas contra los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, serán enjuiciados por los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, según su propia competencia.

2. Para el enjuiciamiento de estos delitos y faltas se observarán las normas de procedimiento correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Cuando el conocimiento y fallo en primera instancia corresponda a la Audiencia Provincial, el trámite utilizable será el que dispone el capítulo III del título III del libro IV de dicha Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las siguientes modificaciones:

1.ª Los artículos de previo pronunciamiento se propondrán en el escrito de calificación provisional y serán resueltos en la sentencia definitiva.

2.ª El plazo para instrucción y calificación que concede el artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se entenderá común, y de cinco días, para todas las partes acusadoras, y también común, y de la misma duración, para las partes acusadas.

Art. 3.º 1. Para el enjuiciamiento de los delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares, se seguirán los trámites señalados en el título V del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las modificaciones señaladas en el párrafo 3 del artículo anterior.

2. Los Jueces, al iniciar el procedimiento, acordarán, según los casos, el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva.

Art. 4.º 1. Cuando los delitos a que se refiere el artículo anterior sean los de calumnia o injuria, previstos y penados en los capítulos primero y segundo del título X del libro II del Código Penal, en los supuestos a que se refiere el artículo 463 del mismo texto, bastará denuncia de la persona agraviada o, en su caso, de su representante legal, sin necesidad de acto de conciliación.

2. El perdón del ofendido o, en su caso, del representante legal, extingue la acción legal o la pena impuesta o en ejecución. Se presumirá el perdón cuando, instada por el ofendido o su representante legal, se inserte o publique íntegramente en el medio de difusión en que apareció la noticia denunciada, y con el mismo relieve, nota de aclaración, rectificación o réplica, siempre que ésta se inserte, sin comentarios ni apostillas, en el número o programa siguiente a su recepción y el medio de difusión advierta que no volverá a incidir en el tema.

3. Lo establecido en los párrafos anteriores se aplicará también a las injurias livianas a que se refiere el número primero del artículo 586 del Código Penal.

4. Las ofensas dirigidas a la Autoridad pública, Corporaciones o clases determinadas del Estado y lo dispuesto en el capítulo VIII del título II del libro II del Código Penal no sufrirá alteración en su actual sistema de persecución como delitos públicos.

5. La indemnización por perjuicios materiales y morales será fijada en la sentencia expresamente. Los Tribunales tendrán principalmente en cuenta el medio a través del cual se cometiera el delito o falta y la difusión del mismo, aplicando un criterio objetivo de valoración proporcional a la audiencia o tirada.

Art. 5.º 1. Cuando los delitos de calumnia a que se refieren los artículos anteriores se cometan en período de campaña electoral y con motivo u ocasión de ella, las penas privativas de libertad, previstas al efecto en el Código Penal, se impondrán en su grado máximo.

2. En los supuestos de injurias graves cometidas por escrito y con publicidad, el Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, podrá imponer la pena privativa de libertad inmediatamente superior a la prevista en el Código Penal, en su grado mínimo. Esta agravación se producirá, en todo caso, cuando el delito se realice durante el tiempo de campaña electoral y con motivo u ocasión de ella.

Art. 6.º 1. La tramitación de las causas a que se refieren los artículos anteriores tendrá carácter urgente y preferente y su duración, desde la iniciación del procedimiento hasta la sentencia, no podrá exceder de sesenta días, en las del artículo 2.º, ni de cuarenta y cinco, en las del artículo 3.º.

2. En las poblaciones donde exista más de un Juzgado de Instrucción o de Distrito, la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial respectiva podrá designar los que deban conocer de los procedimientos previstos en esta Sección.

SECCION SEGUNDA

Garantía contencioso-administrativa

Art. 7.º 1. Contra los actos de la Administración Pública, sujetos a Derecho administrativo, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, mencionados en el artículo 1.º, 2, de esta Ley, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, de conformidad con las reglas de procedimiento establecidas en la presente sección y, a falta de previsión especial de acuerdo con las reglas generales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya aplicación será supletoria.

Art. 8.º 1. Para la interposición de estos recursos no será necesaria la reposición ni la utilización de cualquier otro recurso previo administrativo.

2. En el mismo escrito de formalización del recurso contencioso-administrativo, o en cualquier momento posterior, podrá solicitarse la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado.

3. De esta solicitud, y en pieza separada, se dará traslado al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado, y se requerirá al órgano del que dimane el acto impugnado para que en el plazo de cinco días puedan informar acerca de la solicitud de suspensión.

4. Deducidos los dictámenes e informes a que se refiere el párrafo anterior, o transcurrido el plazo concedido al efecto, la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualesquiera otra naturaleza que pudieran derivarse.

Art. 9.º 1. El recurso contencioso-administrativo se formalizará directamente mediante el escrito de demanda, dentro de los veinte días siguientes a la notificación del acto impugnado, si fuere expreso. En caso de silencio administrativo, el plazo se computará una vez transcurrido un mes desde la solicitud del interesado ante la Administración, sin necesidad de denunciar la mora. A la demanda se acompañarán, en su caso, los documentos conducentes a justificar las alegaciones.

2. En el mismo día de la presentación, o en el siguiente, la Sala requerirá por vía telegráfica y con carácter urgente al órgano administrativo correspondiente, para que en el plazo de cinco días, a contar desde la recepción del requerimiento, remita el expediente y pueda alegar lo que estime procedente como fundamento del acto impugnado, con apercibimiento de cuanto establece el apartado 4 del artículo 11 de esta Ley.

La resolución administrativa que ordene la remisión del expediente se notificará de inmediato a todos los interesados en el mismo, emplazándoles para que puedan comparecer ante la Sala en el plazo de cinco días.

3. La falta de envío del expediente administrativo dentro del plazo previsto en el párrafo anterior no suspenderá el curso de los autos. Tampoco lo suspenderá la falta de alegaciones por parte de la Administración.

4. Recibido el expediente o transcurrido el plazo para su remisión y, en

su caso, el del emplazamiento a los demás interesados, la Sala, dentro del siguiente día, pondrá de manifiesto el expediente y alegaciones, así como la demanda y los documentos que la acompañarán, al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y a quienes se hubieren personado, para que en el plazo común e improrrogable de cinco días puedan alegar lo que estimen conveniente. A los escritos de contestación a la demanda podrán acompañarse los documentos que se estimen oportunos.

5. Cuando el expediente administrativo se recibiese en el Tribunal una vez transcurrido el plazo establecido en el apartado 2 de este artículo, se pondrá de manifiesto a las partes por término de veinticuatro horas y sin alteración del curso del procedimiento.

6. Transcurrido el plazo señalado en el apartado 4 anterior, con o sin alegaciones, la Sala decidirá en el siguiente día sobre el recibimiento a prueba, en su caso. El período probatorio no será superior a veinte días, comunes para la proposición y práctica, a prudente arbitrio de la Sala, sin que en ningún supuesto sea procedente el término extraordinario.

7. Concluidas las actuaciones, la Sala, sin más trámites, pero con citación de las partes, dictará sentencia en el plazo de tres días.

Art. 10. 1. Contra la sentencia podrá interponerse, en su caso, recurso de apelación, en un solo efecto, ante el Tribunal Supremo.

2. La apelación se preparará dentro del plazo de cinco días, ante la Sala sentenciadora en escrito razonado, igual y común al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y a las demás partes personadas, para que puedan alegar lo que estimen por conveniente.

3. Admitido el recurso, en su caso, se remitirán las actuaciones a la Sala del Tribunal Supremo que corresponda, con emplazamiento a las partes por cinco días para que puedan personarse si lo consideraran oportuno.

4. Si dentro del término del emplazamiento no compareciere el apelante, se declarará desierto el recurso, imponiéndole las costas.

5. Comparecido el apelante y transcurrido el término de los emplazamientos, la Sala dictará sentencia en el plazo de cinco días.

Art. 11. 1. La tramitación de estos recursos tendrá carácter urgente a todos los efectos orgánicos y procesales.

2. La puesta de manifiesto de las actuaciones se sustituirá, cuando sea posible, por la entrega de fotocopia de las mismas.

3. Las costas se impondrán al recurrente o a la Administración Pública si fueren rechazadas o aceptadas, respectivamente, todas sus pretensiones. En otro caso se seguirán las reglas comunes.

4. Si la Administración que hubiese dictado el acto impugnado no remitiese el expediente dentro del plazo señalado en el apartado 2 del artículo 9.º, se deducirá sin más trámites ni recordatorio alguno el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad personal y directa por desobediencia en que hubiera podido incurrir el Jefe de la dependencia en la que obrare el expediente y cualquier otra persona responsable de la demora, imponiéndole en todo caso a aquél multa de 5.000 pesetas.

SECCION TERCERA

Garantía jurisdiccional civil

Art. 12. 1. Las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de esta Ley, o para impugnar pretensiones relativas a los mismos no comprendidas en los artículos 2.º y 7.º de la misma, se formularán ante los Juzgados de Primera Instancia correspondientes a la localidad donde se haya producido el hecho o donde radique el registro u oficina en que deban manifestarse.

2. Las disposiciones de esta Sección serán aplicables en todo caso cuando las leyes reguladoras de los derechos fundamentales de la persona a que se refiere esta Ley establezcan alguna reclamación de orden civil.

Art. 13. 1. Están legitimados para actuar como demandantes el Ministerio Fiscal y las personas naturales o jurídicas titulares de un derecho subjetivo que les faculte para obtener la declaración judicial pretendida.

2. Podrá intervenir en el proceso, como parte coadyuvante del demandante o del demandado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el asunto.

3. El Ministerio Fiscal siempre será parte en estos procedimientos.

Art. 14. El procedimiento será el establecido para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las siguientes especialidades:

1.ª Cuando la demanda tenga por objeto impedir la inscripción de una Asociación, el Juez, en el siguiente día hábil a la presentación de la misma, ordenará que se anuncie en el «Boletín Oficial» de la provincia o del Estado, en su caso. El anuncio, que deberá publicarse en el plazo de cinco días, servirá de emplazamiento a los coadyuvantes.

2.ª El plazo de contestación a la demanda será común para todos los demandados e intervinientes.

3.ª No cabrá el plazo extraordinario de prueba.

4.ª La vista, en caso de solicitarse, habrá de celebrarse antes de los siete días siguientes al de formulación de la petición.

Art. 15. 1. La sentencia que recaiga será apelable en un solo efecto.

2. Podrán interponer el recurso quienes conforme al artículo 13 se hallen legitimados para actuar como demandantes o demandados.

3. Los coadyuvantes no podrán recurrir con independencia de las partes principales.

Art. 16. 1. Las apelaciones se sustanciarán por los trámites establecidos en la sección tercera del título VI del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las siguientes modificaciones:

1.ª El plazo de prueba, en su caso, será de diez días.

2.ª La vista tendrá lugar dentro de los siete días siguientes a la conclusión del plazo concedido al ponente para instrucción.

3.ª Entre la citación y la vista se pondrán los autos de manifiesto a las partes en la Secretaría, para que puedan instruirse de ellos.

2. Contra la sentencia dictada en apelación podrá interponerse recurso de casación o, en su caso, de revisión.

DISPOSICION FINAL

Dentro de los dos meses desde la entrada en vigor de la Constitución, y entre tanto se regula definitivamente el procedimiento jurisdiccional de amparo o tutela de los derechos reconocidos en la misma, el Gobierno, por Decreto legislativo, previa audiencia del Consejo de Estado, dará nueva redacción al artículo 1.º de esta Ley para ajustar su contenido al texto constitucional e incorporar al ámbito de protección de esta Ley los nuevos derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles de ella.

DISPOSICION DEROGATORIA

Se derogan los incisos B), C), D), y E) del apartado 2 del artículo 64 de la vigente Ley de Prensa; el Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, y el Real Decreto 1.048/1977, de 13 de mayo, y cualesquiera otras disposiciones que se opongan a lo prevenido en esta Ley («B. O. de las Cortes Españolas», número 59, de 11 de febrero de 1978).

7. PROYECTO DE LEY SOBRE DESPENALIZACION DEL ADULTERIO Y DEL AMANCEBAMIENTO

El texto remitido por el Congreso mantiene el adulterio como causa de indignidad y de desheredación. La diferencia esencial—obvia para los señores Senadores— es que las primeras no necesitan de expresión testamentaria para surtir efecto, mientras que las segundas precisan de la declaración expresa del testador. La amplitud de su ámbito operativo es, por consiguiente, distinta.

La Ponencia estima que, luego de la despenalización del adulterio declarada en el artículo 1.º y de acuerdo con la fundamentación aducida en las enmiendas números 1, 2, 3 y 6, su trascendencia en el sistema sucesorio debe quedar reducida al segundo de aquellos aspectos—causa de la desheredación—con una fórmula que, tras eliminar del artículo 756 el actual número 5.º y las referencias que al mismo se hacen en los 758, 852, 853 y 854, incorpora al 852 un nuevo párrafo con la declaración pertinente. Al hilo de esta reforma se corrigen deficiencias técnicas de los propios preceptos, que reiteran, con referencia a los supuestos específicos que contemplan, las justas causas de desheredación previstas con carácter general por el artículo 852. La no mención en los artículos 853 y siguientes de los supuestos de desheredación coincidentes con los de indignidad del artículo 756 no debe entenderse como derogación de dichas causas de indignidad, que siguen siéndolo de desheredación por aplicación del artículo 852. Se intenta, simplemente, de purgar al Código Civil de una redundancia, puesta de manifiesto por la doctrina científica.

Finalmente, se incorpora al texto un artículo 3.º, nuevo, propuesto en la

enmienda número 4, destinado a privar de efectos a ciertos contratos celebrados bajo la amenaza de ejercitar la acción penal por adulterio, y cuyas consecuencias perduran.

En consecuencia de lo expuesto, la Ponencia propone que el proyecto quede redactado como sigue:

Artículo 1.º Se suprime la rúbrica del capítulo VI del título IX del Código Penal y se derogan los artículos 449 a 452 que integran el referido capítulo. Asimismo se deroga el último párrafo del artículo 443 del Código Penal.

Art. 2.º Los artículos 84, 109, 756, 758, 852, 853, 854 y 855 del Código Civil se modifican en la forma que a continuación se indica:

1. Se deroga el número 7 y se traslada a su lugar el texto del número 8 del artículo 84.

2. El artículo 109 quedará redactado en la siguiente forma: «El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiere declarado contra su legitimidad».

3. Los artículos 756, 758, 852, 853, 854 y 855 quedarán redactados como sigue:

«Art. 756. Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1.º Los padres que abandonaren a sus hijos o prostituyeran a sus hijas o atentaran a su pudor.

2.º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.

3.º El que hubiese acusado al testador de delito al que la Ley señale pena afflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4.º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar.

5.º El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.

6.º El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.

Art. 758. Para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

En los casos 2.º y 3.º del artículo 756 se esperará a que se dicte la sentencia firme, y en el número 4.º, a que transcurra el mes señalado para la denuncia.

Si la institución o legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición.

Art. 852. Son justas causas para la desheredación, en sus respectivos casos, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º y 5.º.

Asimismo es causa justa para la desheredación haber cometido adulterio con el cónyuge del causante.

Art. 853. Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales, las siguientes:

- 1.ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.
- 2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.
- 3.ª Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución.
- 4.ª Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil.

Art. 854. Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, tanto legítimos como naturales, las siguientes:

- 1.ª Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 169.
- 2.ª Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.
- 3.ª Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, y no hubiere habido entre ellos reconciliación.

Art. 855. Serán justas causas para desheredar al cónyuge las siguientes:

- 1.ª Las que dan lugar a la separación personal según el artículo 105.
- 2.ª Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al artículo 169.
- 3.ª Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.
- 4.ª Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo.»

Art. 3.º Se declaran nulos los contratos transaccionales referentes tanto a la situación personal como patrimonial de los cónyuges, celebrados con el fin de eludir la acción penal por adulterio y mediante la renuncia de ésta.

El preámbulo de la Ley deberá adecuarse, en su momento, al texto articulado definitivamente aprobado («B. O. de las Cortes Españolas», núm. 70, de 15 de marzo de 1978).

8. PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CODIGO PENAL EN MATERIA DE DELITOS RELATIVOS A LAS LIBERTADES DE EXPRESION, REUNION Y ASOCIACION

La presente Ley modifica el régimen jurídico penal de las libertades de expresión, reunión y asociación, con el propósito de acomodar las normas del Código penal a los criterios democráticos de la nueva etapa política iniciada, evitando exacerbaciones punitivas tanto en la tipificación como en la penalización de las conductas, entroncando con los Códigos españoles de 1870 y 1932, y teniendo asimismo en cuenta las directrices del Derecho comparado.

En materia de libertad de expresión, la nueva regulación atiende, de una parte, a sancionar las restricciones ilegítimas de la misma, en el nuevo

artículo 165, y, de otra, a la prevención de los abusos manifiestos de su ejercicio, en el segundo párrafo del citado precepto y en el nuevo artículo 165 bis, que extiende la punición a los vendedores o distribuidores dolosos de impresos clandestinos de la prensa e imprenta, de tan evidente importancia en nuestro tiempo. Asimismo se tiene en cuenta, en la imposición de las penas, la amplitud de la difusión alcanzada por los medios de comunicación de referencia.

Esta normativa se complementa con una remodelación del delito de apología, que se mantiene en el artículo 268 del Código cuando aquélla se refiere a delitos castigados con pena igual o superior a la de prisión mayor, y, en otro caso, como falta en el artículo 566, núm. 4, introduciendo al efecto las oportunas modificaciones en su texto. Tales directrices, similares a las que aparecen consagradas en otros Códigos europeos (como el suizo, alemán, italiano o búlgaro), han determinado la derogación de los artículos 165 bis, a) y 251 a 253, referentes a las llamadas «propagandas ilegales», continuando así la obra del R. E. L. 24/1977, de 1 de abril, que derogó el artículo 165 bis, b), introducido por Ley 3/1967, de 8 de abril.

En materia de libertades de reunión y asociación, la reforma pretende escuetamente reflejar en el Código penal las consecuencias de la nueva regulación sustantiva de tales derechos, sancionando también, de una parte, el impedir u obstaculizar el libre ejercicio de los mismos, y, de otra, los supuestos de manifiesto abuso en dicho ejercicio, como son aquellos en que las reuniones, manifestaciones y asociaciones sean contrarias a la moral pública, medio de comisión de delitos u ocasión del ejercicio de la violencia contra bienes públicos o privados, así como los de desobediencia a la autoridad o sus agentes cuando ordenaren la disolución o suspensión de aquéllas (sin perjuicio, naturalmente, de la responsabilidad que a estos pudiere incumbir por abuso en la adopción de tales decisiones), y los de incumplimiento de los requisitos exigidos susceptibles de inducir a error sobre los fines. Con carácter general se cualifican las penas cuando, como consecuencia de la reunión, manifestación o asociación, se hubieren producido delitos de cierta gravedad. En su virtud, se modifican los artículos 166 a 176 del Código, distribuyendo sistemáticamente entre todos ellos los tipos remodelados conforme a las indicadas orientaciones.

Finalmente, se agrega un nuevo párrafo al artículo 195 para sancionar los casos de negación arbitraria de las libertades de reunión y asociación por parte de la autoridad o sus agentes.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, somete a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º Se introducen y modifican los siguientes artículos del Código penal, que tendrán la redacción que a continuación se expresa:

«Art. 165. Serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de

25.000 a 200.000 pesetas los que impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de expresión y de difusión informativa.

Serán castigados con la misma pena los que a sabiendas publicaren o difundieren noticias falsas o tendenciosas que causaren alarma o perturbaciones del orden público, o daño a los intereses públicos o privados.»

«Art. 165 bis. Incurrirán en la pena de multa de 25.000 a 200.000 pesetas los autores, directores, editores o impresores, en sus respectivos casos, de impresos que se reputen clandestinos con arreglo a la legislación reguladora de prensa e imprenta. Cuando dichos impresos obtuvieren difusión, la multa se elevará hasta un máximo de 1.000.000 de pesetas, aplicándose la pena al prudente arbitrio del Tribunal teniendo en cuenta la difusión alcanzada.

Las personas que participaren en la venta o distribución de los mencionados impresos con conocimiento de su carácter clandestino, serán castigados con la multa de 25.000 a 200.000 pesetas.

Incurrirán en la pena de arresto mayor los que, a través de grabaciones, de la radiodifusión, estaciones televisivas u otros medios de comunicación social, distintos de la prensa o imprenta, dirigieren o realizaren emisiones clandestinas u otro tipo de difusión con incumplimiento de las respectivas prescripciones legales. También incurrirán en la pena de multa de 25.000 a 1.000.000 de pesetas, que los Tribunales aplicarán a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta la difusión alcanzada.»

«Art. 166. Quienes impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de reunión o de alguna manera perturbaren el curso de una reunión o manifestación lícita serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 25.000 a 200.000 pesetas.»

«Art. 167. Son reuniones o manifestaciones ilícitas:

1.º Las que por su objeto o circunstancias fueren contrarias a la moral pública.

2.º Las que se celebraren con el fin de cometer algún delito.

3.º Aquellas a las que concurrieren personas con armas u otros medios peligrosos.

4.º Aquellas con ocasión de cuya celebración se realizaren actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades públicas o privadas.

Los promovedores o directores de cualquier reunión o manifestación comprendida en los anteriores números 1.º y 2.º, y los que, en relación con los números 3.º y 4.º, no hubieren tratado de impedir por todos los medios a su alcance las circunstancias en ellos mencionadas, incurrirán en las penas de prisión menor y multa de 25.000 a 200.000 pesetas.

Los asistentes a una reunión o manifestación portando armas u otros medios peligrosos serán castigados con la pena de prisión menor. Los Tribunales, atendiendo a los antecedentes del sujeto, circunstancias del caso y características del arma o instrumento portado podrán rebajar en un grado la pena señalada.»

«Art. 168. Incurrirán en la pena de multa de 25.000 a 200.000 pesetas los promovedores de cualquier reunión o manifestación que eludieren maliciosamente o por negligencia inexcusable el cumplimiento de los requisitos pre-

vistos en las leyes reguladoras del derecho de reunión y los que, aparentando cumplirlos, formularen declaraciones inexactas o incompletas susceptibles de inducir a error sobre las condiciones de la reunión o manifestación proyectada.»

«Art. 169. Los promovedores o directores de cualquier reunión o manifestación que no la disolvieren en el acto a requerimiento de la autoridad o sus agentes, y los que celebraren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación cuya autorización se hubiese denegado o que hubiese sido expresamente prohibida o disuelta, serán castigados con la pena de prisión mayor en los supuestos previstos en el artículo 167 y con la de arresto mayor en los demás casos. En ambos supuestos se impondrá además la pena de multa de 25.000 a 200.000 pesetas.

Los meros asistentes a una reunión o manifestación que no se retiraren de ella a requerimiento de la autoridad o sus agentes, incurrirán en la pena de multa de 25.000 a 200.000 pesetas.»

Art. 170. Las penas establecidas en los artículos 167 a 169 serán impuestas en su grado máximo o elevadas a la superior en grado, al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador, cuando, como consecuencia de la reunión o manifestación, se produjeran hechos calificados por este Código o leyes penales especiales como delitos castigados con pena igual o superior a la de prisión mayor.»

Art. 171. Para la aplicación de lo dispuesto en los artículos anteriores, se reputarán directores de la reunión o manifestación los que por los discursos que pronunciaran, por los impresos que hubieren repartido, por los lemas, banderas u otros signos que en las mismas hubiesen ostentado o por cualesquiera otros hechos, aparecieran como inspiradores de los actos de aquéllas.

Las penas señaladas en los artículos 167 a 170 se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que procedieren por delitos cometidos con ocasión de la reunión o manifestación celebrada o intentada.»

«Art. 172. Quienes impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de asociación o de alguna manera perturbaren las actividades estatutarias de cualquier asociación ilícita, incurrirán en las penas de arresto mayor y multa de 25.000 a 200.000 pesetas, salvo que el hecho constituyere delito castigado con pena de mayor gravedad.

Las penas se impondrán en su grado máximo cuando el impedimento, obstáculo o perturbación afectare al pluralismo político o sindical.»

«Art. 173. Son asociaciones ilícitas:

1.º Las que por su objeto o circunstancias fueren contrarias a la moral pública.

2.º Las que tuvieren por objeto cometer algún delito, o después de constituidas, facilitaren de cualquier modo su perpetración.

3.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, emplearen medios violentos para su consecución.»

«Art. 174. En los casos previstos en el artículo anterior se impondrán las siguientes penas:

1.º A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones men-

cionadas, las de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 50.000 a 500.000 pesetas.

2.º A los miembros activos, las de prisión menor.

Dichas penas se impondrán en su grado máximo cuando se hubiere cometido algún delito contra la vida o la libertad de las personas, sin perjuicio de la pena que por éstos correspondiere.

Asimismo se acordará la disolución de la asociación ilícita.»

«Art. 175. Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favoreciesen la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en el artículo 173, incurrirán en las penas de prisión menor y multa de 25.000 a 200.000 pesetas.»

«Art. 176. Incurrirán en las penas previstas en el primer párrafo del artículo 169 los fundadores, directores, presidentes o miembros activos de asociaciones que vuelvan a celebrar sesión después de haber sido ésta suspendida por la autoridad o sus agentes, mientras no se haya dejado sin efecto la suspensión ordenada. A los meros asistentes se les aplicarán en su caso las penas establecidas en el segundo párrafo del mismo precepto.»

«Art. 195. El funcionario público que, una vez disuelta cualquier reunión o manifestación o suspendida cualquier asociación o su sesión, se negare a poner en conocimiento de la autoridad competente que se lo reclamare las causas que hubieren motivado la disolución o suspensión indicada, será castigado con las penas de inhabilitación absoluta y multa de 25.000 a 200.000 pesetas.

La autoridad o agente de la misma que, con notoria arbitrariedad, empleare amenazas o coacciones para coartar el libre ejercicio de los derechos de reunión o asociación reconocidos por las leyes, incurrirá en las penas de arresto mayor en su grado máximo, inhabilitación absoluta y multa de 50.000 a 200.000 pesetas. Cuando las amenazas o coacciones coartaren el pluralismo político o sindical, la pena de arresto mayor en su grado máximo será sustituida por la de prisión menor.»

«Art. 268. El que hiciere apología oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión, de delitos castigados en este Código o en leyes penales especiales con pena igual o superior a la de prisión mayor, o de sus culpables, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la correspondiente al delito que hubiere sido objeto de la apología.»

«Art. 566, número 4.º Los que de igual forma provocaren a la desobediencia de las leyes o de las autoridades constituidas, o hicieren apología de acciones calificadas por la ley como delitos que no fueren de los expresados en el artículo 268.»

Art. 2.º Se derogan los artículos 165 bis, a), 251, 252 y 253 del Código Penal, y se suprime la rúbrica del capítulo XI del título II del libro II del mismo Código. («B. O. de las Cortes Españolas», número 77, de 7 de abril de 1978.)

c) DICTAMENES DE LA COMISION DE JUSTICIA

DICTAMEN DE LA COMISION DE JUSTICIA SOBRE MODIFICACION DE DETERMINADOS ARTICULOS DEL CODIGO PENAL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

La Comisión de Justicia ha examinado el proyecto de ley de modificación de determinados artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 del vigente Reglamento, tiene el honor de elevar a la Mesa del Congreso el siguiente dictamen acompañado de una advertencia previa aprobada por la Comisión al amparo de lo dispuesto en el artículo 35 del mismo Reglamento.

ADVERTENCIA PREVIA

La Comisión de Justicia advierte al Pleno de la Cámara que los artículos del Código Penal 164 bis, a), b) y c) que se citan en este dictamen, con objeto de un proyecto de ley que los deroga (*), sobre el cual la Comisión ha emitido dictamen con fecha 16 de febrero de 1978 («B. O. C.», núm. 64, de 27 de febrero, página 1117). En consecuencia, si ese proyecto llegase a convertirse en ley, tales preceptos quedarían derogados. Por tal razón, la Comisión sugiere al Pleno de la Cámara que en el supuesto de que se promulgue esa ley antes de la aprobación de este dictamen, se suprima del mismo la mención de los artículos citados.

Con esta advertencia, la Comisión de Justicia somete al Pleno de la Cámara el siguiente

D I C T A M E N

Artículo primero. En el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley cuarenta y cuatro/mil novecientos setenta y uno, de quince de noviembre, se introducen las siguientes modificaciones:

a) El límite económico de diez mil pesetas, señalado en el artículo veintiocho, párrafo primero, se entenderá de veinte mil pesetas.

b) La cuantía de las multas establecidas en los artículos que se citan en los números siguientes, se entenderán modificadas por las que se expresan.

Primera. La pena de multa de diez mil a cien mil pesetas, establecida en el artículo setenta y cuatro, por la de veinte mil a doscientas mil pesetas.

Segunda. La pena de multa de diez mil a veinte mil pesetas establecida en los artículos ciento sesenta y cuatro-bis, b, ciento sesenta y siete (segundo párrafo), ciento ochenta y cuatro, ciento noventa y uno, doscientos cuarenta, trescientos nueve, trescientos once, trescientos veintidós (primer párrafo),

(*) Derogado por Ley 12/1978, de 15 de marzo.

trecientos veintiséis (segundo párrafo), trescientos treinta y ocho-bis, trescientos cuarenta y nueve (tercer párrafo), trescientos sesenta y cuatro (número segundo), trescientos sesenta y siete, primer párrafo), cuatrocientos setenta y ocho (segundo párrafo), cuatrocientos ochenta (tercer párrafo), cuatrocientos ochenta y dos, cuatrocientos ochenta y nueve-bis (primer párrafo) y quinientos diecisiete (segundo párrafo), por la de veinte mil a cuarenta mil pesetas.

Tercera. La pena de multa de diez mil a cincuenta mil pesetas, establecida en los artículos ciento sesenta y cuatro-bis, b, ciento sesenta y siete (primer párrafo), ciento ochenta y ocho (último párrafo), ciento ochenta y nueve, ciento noventa y uno (número segundo), ciento noventa y dos, ciento noventa y cinco, ciento noventa y seis, ciento noventa y siete, doscientos ocho (primer párrafo), doscientos diez, doscientos treinta y dos (último párrafo), doscientos treinta y siete, doscientos treinta y nueve, doscientos cuarenta, doscientos cuarenta y seis (primer párrafo), doscientos cuarenta y siete (segundo párrafo), doscientos setenta y cinco, doscientos setenta y siete (primer párrafo), doscientos setenta y ocho, doscientos setenta y nueve-bis (primer párrafo), doscientos ochenta y uno, doscientos ochenta y dos, doscientos noventa y dos, trescientos, trescientos uno (primer párrafo), trescientos doce, trescientos veinte (último párrafo), trescientos veintidós (segundo párrafo), trescientos veintitrés, trescientos veinticuatro (primer párrafo), trescientos veinticinco (número primero), trescientos veintisiete (segundo párrafo), trescientos treinta y ocho, trescientos treinta y nueve, trescientos cuarenta, trescientos cuarenta-bis, c, trescientos cuarenta y uno, trescientos cuarenta y dos, trescientos cuarenta y tres (primer párrafo), trescientos cuarenta y tres-bis, trescientos cuarenta y seis (primer párrafo), trescientos cuarenta y nueve (primer párrafo), trescientos sesenta, trescientos sesenta y uno, trescientos sesenta y cuatro (número primero), trescientos sesenta y cinco, trescientos sesenta y seis, trescientos sesenta y ocho, trescientos sesenta y nueve (primer párrafo), trescientos setenta y uno, trescientos setenta y dos (primer párrafo), trescientos setenta y tres (primer párrafo), trescientos setenta y cuatro, trescientos setenta y seis (primer párrafo), trescientos setenta y siete, trescientos ochenta, trescientos ochenta y dos, trescientos noventa, cuatrocientos cuatro (primer párrafo), cuatrocientos veinte (número cuarto y segundo párrafo), cuatrocientos veintidós, cuatrocientos treinta y uno (primer párrafo), cuatrocientos cincuenta y dos-bis, a, cuatrocientos cincuenta y dos-bis, b, cuatrocientos cincuenta y cinco, cuatrocientos cincuenta y nueve (segundo párrafo), cuatrocientos setenta y ocho (primer párrafo), cuatrocientos ochenta y siete (primer párrafo), cuatrocientos ochenta y ocho (primer párrafo), cuatrocientos noventa, cuatrocientos noventa y tres (número segundo), cuatrocientos noventa y siete (segundo párrafo), cuatrocientos noventa y ocho y quinientos cuarenta y seis-bis, c, por la de veinte mil a cien mil pesetas.

Cuarta. La pena de multa de diez mil a cien mil pesetas, establecida en los artículos ciento sesenta y cinco-bis, b (primer párrafo), ciento setenta y cuatro (número cuarto), ciento setenta y cinco, ciento setenta y siete, ciento ochenta y ocho (último párrafo), ciento noventa, doscientos uno, doscientos

dos (primer párrafo), doscientos cuatro (primer párrafo), doscientos cinco (primer párrafo), doscientos treinta y dos (primer párrafo), doscientos cuarenta y cuatro, doscientos sesenta y seis, doscientos noventa y cinco, doscientos noventa y seis, trescientos dos (primer párrafo), trescientos tres, trescientos diez (primer párrafo), trescientos veintiuno (segundo párrafo), trescientos veintiséis (primer párrafo), trescientos veintisiete (primer párrafo), trescientos veintinueve, trescientos treinta y dos, trescientos cuarenta-bis, a (primer párrafo), trescientos cuarenta-bis, b, trescientos cuarenta y cinco, trescientos cuarenta y nueve (primer párrafo), trescientos cincuenta y uno (primer párrafo), trescientos setenta y nueve, cuatrocientos quince (párrafo segundo y tercero), cuatrocientos veinte (número segundo), cuatrocientos treinta y dos, cuatrocientos treinta y seis (último párrafo), cuatrocientos cuarenta y uno, cuatrocientos cincuenta y cuatro, cuatrocientos cincuenta y nueve (primer párrafo), cuatrocientos sesenta y ocho (primer párrafo), cuatrocientos setenta, cuatrocientos ochenta y seis, cuatrocientos ochenta y siete (segundo párrafo), cuatrocientos ochenta y nueve (primer párrafo), cuatrocientos noventa y dos-bis, cuatrocientos noventa y seis, cuatrocientos noventa y nueve, quinientos dieciséis-bis, quinientos treinta y siete, quinientos sesenta (segundo párrafo), quinientos sesenta y tres-bis, b (primer párrafo) y quinientos sesenta y uno, por la de veinte mil a doscientas mil pesetas.

Quinta. La pena de multa de diez mil a doscientas mil pesetas, establecida en los artículos ciento sesenta y cuatro-bis, a (primer párrafo), ciento sesenta y cinco-bis, b (segundo párrafo), doscientos treinta y ocho (número tercero), doscientos cincuenta y dos (segundo párrafo), doscientos setenta y nueve-bis (segundo párrafo), cuatrocientos dieciséis (primer párrafo), cuatrocientos cincuenta y dos-bis, d (primer párrafo), cuatrocientos sesenta, cuatrocientos ochenta y uno, cuatrocientos noventa y siete (primer párrafo), cuatrocientos noventa y nueve-bis (primer párrafo), quinientos treinta y cuatro (primer párrafo), quinientos cuarenta y cinco y quinientos cuarenta y seis-bis, a (primer párrafo), por la de veinte mil a cuatrocientas mil pesetas.

Sexta. La pena de multa de diez mil a quinientas mil pesetas, establecida en los artículos ciento treinta y dos (primer párrafo), ciento noventa y ocho, doscientos veintitrés (último párrafo), doscientos cincuenta y uno, doscientos noventa y uno (primer párrafo), trescientos cuarenta y cuatro (primer párrafo), quinientos cuarenta, quinientos cuarenta y dos y quinientos cuarenta y cuatro, por la de veinte mil a un millón de pesetas.

Séptima. La pena de multa de veinticinco mil a doscientas cincuenta mil pesetas, establecida en el artículo ciento setenta y cuatro (párrafo primero), por la de cincuenta mil a quinientas mil pesetas.

Octava. La pena de multa de veinticinco mil a quinientas mil pesetas, establecida en los artículos cuatrocientos quince (primer párrafo) y quinientos cuarenta y seis bis, a (último párrafo), por la de cincuenta mil a un millón de pesetas.

Novena. La pena de multa de diez mil a un millón de pesetas, establecida en los artículos ciento cuarenta y ocho bis (primer párrafo) y doscientos, por la de veinte mil a dos millones de pesetas.

Décima. La pena de multa de veinticinco mil a un millón de pesetas,

establecida en el artículo doscientos treinta y ocho (número segundo), por la de cincuenta mil a dos millones de pesetas.

Undécima. La pena de multa de diez mil a dos millones de pesetas, establecida en el artículo trescientos cuarenta y cuatro bis (primer párrafo), por la de veinte mil a cuatro millones de pesetas.

Duodécima. La pena de multa de cincuenta mil a dos millones de pesetas, establecida en el artículo doscientos treinta y ocho (número primero), por la de cien mil a cuatro millones de pesetas.

Decimotercera. El límite máximo de dos millones de pesetas, establecido en el artículo trescientos cuarenta y nueve (segundo párrafo), se entenderá en lo sucesivo a cuatro millones de pesetas.

Decimocuarta. Las penas de multa establecidas en los artículos ciento ochenta, doscientos noventa y siete, trescientos diecinueve, trescientos treinta y uno, trescientos treinta y siete, trescientos setenta y cinco, trescientos ochenta y cinco, trescientos ochenta y seis, trescientos ochenta y siete, trescientos noventa y dos, trescientos noventa y cinco (primer párrafo), trescientos noventa y siete, trescientos noventa y ocho (último párrafo), cuatrocientos uno (primer párrafo), cuatrocientos dos (primer párrafo), quinientos diecisiete (primer párrafo), quinientos dieciocho, quinientos treinta y uno (primer párrafo), quinientos treinta y tres, quinientos treinta y seis, quinientos treinta y nueve, quinientos cuarenta y seis, quinientos sesenta y dos y quinientos sesenta y tres (primer párrafo), tendrán como límite mínimo el de veinte mil pesetas.

Decimoquinta. La pena de multa establecida en los artículos quinientos setenta, quinientos setenta y uno, quinientos setenta y siete, quinientos ochenta, quinientos ochenta y cinco, quinientos ochenta y nueve (número segundo), quinientos noventa, quinientos noventa y cuatro y quinientos noventa y seis, se entenderá en lo sucesivo de quinientas a cinco mil pesetas.

Decimosexta. La pena de multa establecida en los artículos quinientos sesenta y ocho, quinientos sesenta y nueve, quinientos setenta y cuatro, quinientos setenta y seis y quinientos setenta y ocho, se entenderá en lo sucesivo de quinientas a diez mil pesetas.

Decimoséptima. La pena de multa establecida en los artículos quinientos setenta y dos, quinientos setenta y tres, quinientos setenta y nueve, quinientos ochenta y cuatro y quinientos ochenta y nueve (número primero), se entenderá en lo sucesivo de mil a diez mil pesetas.

Decimoctava. La pena de multa establecido en los artículos quinientos sesenta y seis, quinientos sesenta y siete, quinientos setenta y cinco, quinientos ochenta y uno, quinientos ochenta y seis, quinientos noventa y uno, quinientos noventa y cinco, quinientos noventa y siete y seiscientos, se entenderá en lo sucesivo de mil a veinte mil pesetas.

Decimonovena. Las penas de multa establecidas en el artículo quinientos noventa y dos se entenderán en lo sucesivo las siguientes: En su número primero, de veinte a cincuenta pesetas; en su número segundo, de diez a treinta pesetas, y en su número tercero, de cuatro a veinte pesetas.

Vigésima. La pena de multa establecida en los artículos quinientos no-

venta y ocho y quinientos noventa y nueve tendrá como límite máximo el de veinte mil pesetas.

c) Las cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible en los artículos que se citan en los números siguientes, se sustituirán por las que se expresan:

Primera. La cifra de cinco mil pesetas, en los artículos doscientos ochenta y seis, doscientos noventa y cuatro, trescientos uno, trescientos noventa y cuatro (números primero y segundo), quinientos cinco (números primero y segundo), quinientos quince (números tercero y cuarto), quinientos dieciocho, quinientos veintiocho (números tercero y cuarto), quinientos cincuenta y dos, quinientos cincuenta y nueve, quinientos sesenta y tres, quinientos setenta y tres (número segundo), quinientos ochenta y siete (números primero y tercero), quinientos ochenta y nueve (número primero), quinientos noventa y uno (número primero), quinientos noventa y tres, quinientos noventa y cinco, quinientos noventa y siete, quinientos noventa y ocho y quinientos noventa y nueve, por la de quince mil pesetas.

Segunda. La cifra de diez mil pesetas, de los artículos quinientos cincuenta y tres y quinientos ochenta y siete (número segundo), por la de treinta mil pesetas.

Tercera. La cifra de cincuenta mil pesetas, de los artículos quinientos cinco (números segundo y tercero), quinientos quince (números segundo y tercero), quinientos veintiocho (números segundo y tercero), quinientos cuarenta y nueve (números primero y segundo), quinientos cincuenta (números primero y segundo), quinientos cincuenta y uno, quinientos cincuenta y dos, quinientos cincuenta y ocho y quinientos cincuenta y nueve, por la de ciento cincuenta mil pesetas.

Cuarta. La cifra de cien mil pesetas, del artículo trescientos noventa y cuatro (números segundo y tercero), por la de trescientas mil pesetas.

Quinta. La cifra de doscientas mil pesetas, de los artículos quinientos quince (números primero y segundo) y quinientos veintiocho (números primero y segundo), por la de seiscientas mil pesetas.

Sexta. La cifra de quinientas mil pesetas, del artículo trescientos noventa y cuatro (números tercero y cuarto), por la de un millón quinientas mil pesetas.

Artículo segundo.—La regla tercera del artículo catorce de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedará redactada en los siguientes términos: «Tercero. Para la instrucción, conocimiento y fallo de las causas por delitos perseguibles de oficio castigados con pena no superior a arresto mayor, privación del permiso de conducir, multa que no exceda de doscientas mil pesetas o cualquiera de éstas conjuntamente con las demás o con una de ellas, los Jueces de Instrucción del partido en que el delito se haya cometido, salvo cuando por razón de los antecedentes penales del presunto reo o por cualquier otra circunstancia deba o pueda imponerse pena superior o por expresa disposición legal esté reservado el procesamiento a la Audiencia Provincial».

DISPOSICION TRANSITORIA

En las causas y recursos en tramitación por delitos definidos en los artículos que por esta Ley se modifican, si los Jueces y Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, estimaron que el hecho punible debe ser considerado falta con arreglo a las nuevas cuantías que se fijan, remitirán lo actuado al Organismo judicial competente para que proceda, con arreglo a Derecho.

Sin embargo, las sentencias ya ejecutadas no se rectificarán, a efectos de antecedentes penales, por razón de las variaciones económicas que para la calificación de ciertos delitos se establecen en esta Ley. («B. O. de las Cortes Españolas», número 67, de 6 de marzo de 1978.)

d) PROPOSICIONES DE LEY

El grupo socialista del Congreso presenta para su tramitación a la mesa del Congreso las siguientes proposiciones de ley:

1. TORTURA.—Modifica el Código Penal, introduciendo sendos artículos en sus títulos VIII y XII que tipifican las diversas formas de esta aberración delictiva.

Puede pensarse que en un Estado de Derecho conseguido, en que la Organización Judicial responda a criterios democráticos y esté establecido, constitucionalmente, el control democrático del Poder Judicial, como de los otros Poderes; en que aparezca instituida una policía judicial, dependiente, en exclusividad, de los Tribunales, en cuanto respecta a la prevención e investigación de los delitos; en que queden aseguradas las libertades públicas y funcione un Tribunal de Garantías Constitucionales ante el que puedan residenciarse las normas y conductas que violen los Derechos Humanos, no es necesario tipificar el delito de tortura.

En efecto, aun cuando nunca podrá erradicarse del todo estas aberraciones, por muy arraigados que estén, en la conciencia de los ciudadanos, los sentimientos democráticos, la defensa pública, frente a tales aberraciones puede conseguirse mediante la simple actuación de la normativa penal correspondiente, pues aquéllas se manifiestan, en todo caso, como un ataque a la integridad personal o a la libertad.

Sin embargo, no es ésta la situación de nuestro país, en esta etapa constituyente, por lo que, sin perjuicio de una posterior reforma del Código Penal, se hace preciso integrar en él las normas adecuadas, que tipifiquen tales conductas.

Los actos de tortura tienen su encaje, bien en el título VIII —cuando se haya producido resultado lesivo a la integridad— o en el XII, concibiéndolos, genéricamente, como una agresión a la libertad y seguridad y, específicamente, como una forma de coacción, en ambos supuestos, especialmente caracterizada por la cualidad de funcionarios públicos, cuando lo sean sus autores y por contradecir las mínimas exigencias éticas, exigibles

en el interrogatorio de los presuntos inculcados y que aparecen recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 1. Se introduce, en el capítulo IV del título VIII del Código Penal, un artículo 422 bis, cuyo texto será:

«Cuando las lesiones a que se refieren los tres artículos anteriores hayan sido causadas en el interrogatorio del perjudicado, en procedimiento judicial o durante la investigación policial, con el fin de obtener su confesión, o pruebas contra tercero, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente superior, en el grado que estimen procedente según su prudente arbitrio.

La misma regla se aplicará, respecto a las lesiones inferidas a quienes se encuentren privados de libertad, cualquiera que sea su situación procesal o administrativa, por los encargados de su custodia y disciplina.

Cuando las lesiones causadas, en los mismos supuestos impidan al ofendido trabajar de uno a quince días o hagan necesaria, por igual tiempo, asistencia facultativa, la pena será de arresto mayor.

Si el inculcado fuera funcionario se le impondrá también la pena de inhabilitación absoluta.»

Artículo 2. El artículo 582 del Código Penal quedará redactado así:

«Serán castigados con la pena de arresto menor los que causaren lesiones que impidan al ofendido trabajar de uno a quince días, o hagan necesaria, por igual tiempo, asistencia facultativa. .

La misma pena se impondrá a quienes causaren lesiones, que no impidan al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales, ni exijan asistencia facultativa, siempre que las haya inferido a otro, en el curso de interrogatorio judicial o durante la investigación policial, con el fin de obtener su confesión, o pruebas contra otra persona, o cuando se causaren a quienes se encuentran privados de libertad, por los encargados de su custodia y disciplina. Si el responsable fuese funcionario se le aplicará también la pena de suspensión.»

Artículo 3. Se incluye, en el capítulo V del título XII del Código Penal, un artículo 495 bis con el siguiente texto:

«En todos los casos en que la amenaza se haya efectuado, con el fin de obtener confesión del perjudicado, en procedimiento judicial o en la investigación policial, los Tribunales pueden imponer la pena superior en grado a la prevista en cada caso y la de inhabilitación absoluta cuando el culpable fuera funcionario.»

Artículo 4. Se añade un segundo párrafo al artículo 496 del Código Penal, con el siguiente texto:

«Cuando la violencia se haya causado en el curso de interrogatorio judicial o durante la investigación policial o sobre la persona privada de libertad, por los encargados de su custodia, los Tribunales impondrán la pena superior en grado.»

Artículo 5. Se añade al artículo 583 del Código Penal un número que diga:

«9.º Quienes, investidos de la cualidad de funcionarios, en el curso de un procedimiento judicial penal, o en la investigación del delito, formulen

a los presuntos inculpados o testigos, preguntas de un modo capcioso o sugestivo, o prolonguen el interrogatorio cuando la persona interrogada esté en condiciones físicas deficientes, o, de cualquier otro modo, infrinjan las disposiciones legales que rigen estas diligencias.» (B. O. de las Cortes Españolas», número 52, de 24 de enero de 1978.)

2. MODIFICA LA LEY DE PELIGROSIDAD SOCIAL. Y SU REGLAMENTO

La Ley de 28 de noviembre de 1974, al dar una nueva redacción a determinados artículos de la de Peligrosidad Social de 4 de agosto de 1970, introdujo nuevos supuestos de estado peligroso susceptibles de inmediata revisión, sin perjuicio de acometer, en su momento, la reconsideración de esta Ley, en su integridad, a la luz de una nueva filosofía de protección social y recuperación y reinserción en la sociedad de enfermos, inadaptados y marginados.

Deben desaparecer del artículo segundo los supuestos enunciados en los apartados 9, 14 y 15. El primero de ellos porque las conductas reveladoras de menosprecio de la convivencia o del respeto debido a las personas, los actos de insolencia, brutalidad o cinismo, los de perturbación del uso de lugares y servicios públicos o maltrato de animales o plantas aparecen tipificados en el Código Penal y quienes aparezcan como sospechosos de la comisión de estos actos deben ser juzgados con las garantías del orden procesal penal y, en su caso, condenados a las penas previstas en dicho Código; en cuanto a la perversión moral de los menores de edad abandonados por su familia merece un tratamiento de protección y no de peligrosidad, que tiene su oportuno cauce a través de los Tribunales Tutelares y la rebeldía a la familia entraña un concepto equívoco y, en todo caso, anacrónico en los actuales planteamientos sociológicos y concierne a las facultades inherentes a la patria potestad, desarrolladas en el Código Civil; respecto a las conductas reveladoras de inclinación delictiva sólo deben ser atendidas y corregidas, por los procedimientos penales adecuados, cuando se traduzcan en la comisión de delitos o faltas.

El artículo 3.º de la propia Ley merece ser derogado, pues es totalmente improcedente la aplicación de la misma a los enfermos y deficientes mentales. El Código Civil los sujeta a tutela, cuyo objeto es la guarda de su persona y bienes. Aunque en la práctica, desgraciadamente, las declaraciones de incapacidad no suelen producirse sino en función de preservar el patrimonio, estos enfermos deben ser protegidos y asistidos con las debidas garantías científicas, aunque carezca de él, a fin de procurar su curación y readaptación y no sólo por el peligro que pueden generar para la sociedad que, en todo momento, originan inconscientemente, por lo que no se justifica su equiparación a la peligrosidad generada voluntariamente.

La habitualidad criminal, a que alude el artículo 4.º, tiene su adecuado tratamiento en el Código Penal, por la vía de las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

El fin de las medidas de seguridad es la reinserción social del sujeto afectado, en su propio interés, lo que desaconseja limitar su ejecución a las exigencias defensivas, requiere la habilitación de establecimientos adecuados y dotación de personal idóneo, como preceptuaba la Disposición adicional 3.ª de la Ley; por, ni siquiera excepcionalmente, deban ser habilitados a estos efectos los establecimientos penitenciarios.

Artículo único. Se derogan, quedando en blanco, los supuestos 9.º, 14, 15 del artículo 2.º, los artículos 3, 4, los apartados 10, 11, 12 y 13, todos de la Ley de 4 de agosto de 1970, así como los artículos 24 y 25 de su Reglamento. («B. O. de las Cortes Españolas», número 52, de 24 de enero de 1978.)

3. ASISTENCIA LETRADO.—MODIFICA LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, INTRODUCIENDO EL DERECHO A LA ASISTENCIA DE LETRADO DESDE EL MOMENTO DE LA DETENCIÓN

La Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que los procesados deberán estar asistidos por abogados y representados por Procuradores. Sin embargo, nada determina respecto a quienes se hallen detenidos o incluso presos, sin procesamiento.

Regular este aspecto, urgentemente, sin perjuicio de la reforma de la Ley procesal que habrá de ser acometida en su momento, es urgente en esta etapa de la consolidación de la democracia y ayudará a superar la inercia de las prácticas viciosas del régimen anterior, de suerte que esta reforma, con la que se acomete en otro proyecto respecto a la tortura, servirá a erradicar dichas lacras, garantizando los derechos del ciudadano que se ve restringido en su libertad, en función de un procedimiento judicial.

Artículo primero. El artículo 333 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedará redactado así:

«Cuando al practicarse las diligencias enumeradas en los artículos anteriores, hubiese alguna persona declarada procesada como presunta autora del hecho punible, podrá presenciarlas, ya sola, ya asistida del defensor que eligiese o le fuese nombrado de oficio si así lo solicitara; uno y otro podrán hacer en el acto las observaciones que estimen pertinentes, las cuales se consignarán por diligencia, si no fuesen aceptadas.

Al efecto, se pondrá en conocimiento del procesado el acuerdo relativo a la práctica de la diligencia con la anticipación que permita su índole y no se suspenderá por la falta de comparecencia del procesado o de su defensor. Igual derecho asiste a quien se halle privado de libertad en razón de estas diligencias.»

Artículo segundo. Se incluye, en el texto de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, un artículo, entre los actuales 501 y 502, con el siguiente texto:

«501 bis: Todo detenido tendrá derecho al consejo y asistencia de abogado, desde el momento mismo de su detención. A tal fin el funcionario que la practicase deberá facilitarle los medios de comunicar con el Letrado que designase, o, en su caso, con el Colegio de Abogados, que establecerá un turno para la prestación de este servicio.

El detenido tendrá derecho a hablar a solas con su Letrado, por espacio de media hora, antes de prestar declaración y a ser asistido por éste en cuantas diligencias policiales se practiquen, antes de su entrega al juez competente.

El detenido deberá ser reconocido y recibir asistencia médica cuando presente signos de hallarse enfermo o de estar en condiciones de inferioridad física, o cuando su Letrado así lo solicite.» («B. O. de las Cortes Españolas», número 52, de 24 de enero de 1978.)

Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal en la Universidad a Distancia

Artículo 3.º, p. segundo. Frustración.

El Juzgador, para hacer el diagnóstico del hecho objeto de enjuiciamiento, o para determinar si el mismo es constitutivo o no de un delito en grado de frustración, venga obligado a realizar un ponderado análisis de todas las circunstancias fácticas concurrentes, para verificar, si en la acción del procesado se hallan comprendidos o no todos los actos ejecutivos del tipo objetivo del delito consumado, es decir, si su comportamiento ha sido el adecuado, conforme al modo normal de suceder las cosas y el desenvolvimiento ordinario de la causalidad material, para producir como consecuencia el resultado típico de la figura penal de que se trate, pues tan sólo cuando como consecuencia de tal investigación se llegue a un resultado positivo se podrá estimar cometido el delito frustrado.

La referida irrelevancia de lo subjetivo en el delito frustrado ha de entenderse, como es sabido, en el sentido de que para apreciar si ha sido cometido o no el delito frustrado, se ha de atender a si los actos ejecutivos, según las reglas de la experiencia común, deberían producir o no necesariamente el resultado típico, y no a si el agente realizó los actos ejecutivos que deberían producir el resultado conforme a su personal representación a su proyecto criminal, pues la relevancia de lo subjetivo desde dos aspectos es manifiesta, ya que, para que se pueda estimar cometido el delito frustrado, es menester que, además del elemento objetivo anteriormente referido, concorra también el elemento subjetivo representado por la intención de cometer la infracción, pues la concurrencia del dolo es un elemento exigible para la incriminación de todos los delitos dolosos, tanto si se hallan en grado de perfección como si se hallan en alguno de los grados de imperfección ejecutiva; ahora bien, como este elemento anímico, como tal, no es perceptible por los sentidos, es preciso descubrirlo por vía deductiva, ponderando la propia naturaleza de los actos ejecutivos, los medios, modos y formas utilizados para su ejecución y, en general, todas aquellas circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores, que puedan arrojar luz para el esclarecimiento de lo que es objeto de la investigación, como es, tratándose ya concretamente de un delito contra la vida, en el que el resultado no hubiese sido mortal, el de si ha concurrido el «animus necanda» o solamente

el «animus ledendi» o incluso otro de menor gravedad, como es la intención de asustar alegada por el recurrente. (Sentencia de 28 de noviembre de 1977.)

Artículo 3.º, p. tercero. Tentativa (robo).

Como propugna el Ministerio Fiscal, los hechos probados base de la condena que se impugna no pueden, en buena técnica jurídico-penal sustantiva, ser calificados de robo frustrado de los artículos 500, 501, núm. 5.º, en relación con los párrafos 2.º y 3.º del artículo 51 y 52, todos del Código penal, y ello por las siguientes razones: Primera. Porque el núcleo normal, el elemento esencial, del robo definido en el artículo 500, en su doble modalidad violenta o intimidante, o de empleo de fuerza en las cosas, detallado respecto a la primera, en el 501, consiste primordialmente en el «apoderamiento de cosas muebles ajenas». Segunda. Que en el caso que se enjuicia si bien se realizaron los «actos intimidantes» necesarios para verificar el apoderamiento pretendido usando las armas para tal fin (último párrafo del artículo 501), y siendo de ellas portadores (núm. 1.º del artículo 506), ante la viril reacción del que pretendieron intimidar y no por su propia y personal voluntad, huyeron, desistiendo de sus propósitos depredatorios y sin haberse apoderado de cosa alguna. Tercera. Que como tampoco se llegó a ningún «resultavo lesivo» ni en la vida ni en la integridad de los que se pretendió intimidar, no es de aplicar el excepcional supuesto legal de «consumación independiente del apoderamiento»; previsto en el artículo 512 del propio Código penal. Cuarto. Que si bien se dieron los actos de «intimidación» del artículo 501, no se dieron los de «sustracción» necesarios para consumar el delito de conseguirse el apoderamiento, o frustrarlo si realizados «todos» los actos necesarios no se consiguiera, por causas ajenas a la voluntad del agente. Quinta. Porque en resumen, se realizaron actos propios de esta tipicidad delictual —«los intimidantes»—, pero no los de «sustracción y apoderamiento», «por lo que no puede afirmarse en términos de ley, doctrina que el «iter criminis» se hubiera recorrido totalmente, y como consiguientemente el resultado no se logró y sólo se realizaron algunos actos de ejecución esta imperfección cuantitativa y cualitativa, esta actividad delictiva incompleta, traduce jurídicamente, que debiendo los hechos ser sólo calificados de tentativa de robo, sea procedente estimar el recurso al solo efecto de declarar la existencia de dicha tentativa, pero sin trascendencia punitiva, ni aminoración de la pena impuesta, por las razones que a continuación se expresan. (Sentencia febrero de 1978.)

Artículo 8.º, 1.º, Enajenación o trastorno mental transitorio.

Para la aplicación de la circunstancia eximente de enajenación o trastorno mental transitorio, establecida en el núm. 1.º del artículo 8.º del Código penal, es preciso la demostración de una afectación de las facultades psíquicas de inteligencia y voluntad del sujeto activo, que anule totalmente por completa desorganización mental y de manera emporal o permanente

la libre autodeterminación del mismo, por lo que resulta evidente que no pueden concederse tales efectos plenamente exculpatorios a aquellos otros estados psíquicos que, aun disminuyendo o aminorando notablemente tales facultades, no hayan llegado a perturbar de manera absoluta la capacidad espiritual del reo, situaciones éstas que tienen su mejor encuadre en la atenuante del número 1.º del artículo 9.º del expresado Código, por lo que recogido como probado en el primer resultando de la resolución impugnada que el recurrente se hallaba en el momento de cometer el hecho bajo la influencia de una discusión violenta sostenida con su esposa a la que creía causante de todos sus males, que en unión del alcohol ingerido le produjo una reacción psicótico-paranoica de carácter exógeno y episódico, sin base patológica que no constituye enfermedad mental propiamente dichas, con sus facultades intelectivas y volitivas disminuidas, pero no anuladas», resulta evidente que aunque la inimputabilidad constituye un concepto graduable y valorativo y por ello susceptible de ser revisado en casación, no sería prudente sustituir la apreciación de la Sala de instancia sin disponer de otros elementos de juicio que los consignados en la descripción fáctica, pues fuese cualquiera la causa del trastorno mental evidenciado, bien se tratase de una reacción vivencial exógena de carácter anómalo o de una reacción paranoide producida por una embriaguez menos plena o incluso injertada en una personalidad psicopática o psicótica, lo cierto es que, según el Tribunal provincial, careció de la intensidad necesaria para alcanzar el nivel o cota de la exención, por lo que éste obró acertadamente reconociéndole solamente la atenuante de semi-imputabilidad ya citada, y aunque pudo haber estimado ésta, como muy cualificada, rebajando la pena señalada en abstracto al delito de parricidio, en dos grados y no en uno como lo verifica, tal pronunciamiento no puede ser modificado en casación, por venir tal facultad discrecional atribuida exclusivamente a la Sala de Instancia. (Sentencia de 17 de enero de 1978.)

Artículo 8.º, núm. 10. Miedo insuperable.

Tiene declarado esta Sala que el miedo es un estado emocional de mayor o menor intensidad, según el sugestivismo individual, producido por el temor fundado de un mal efectivo, grave e inminente que sobrecoge el espíritu, niebla la inteligencia y domina la voluntad determinándola a realizar un acto que, sin esa perturbación psíquica del agente, sería delito, y según aparece de los hechos probados y de la compulsión de los autos realizada al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el ánimo de conocer los elementos de juicio que movieron al Tribunal de Instancia a no apreciar la circunstancia modificativa de la responsabilidad de miedo insuperable, el procesado, que se encontraba en la Discoteca con varios amigos, acercándose a otro grupo de jóvenes, empezó a molestarles con ánimo de reñir, suscitándose por esos motivos una discusión que degeneró en la riña buscada entre los dos grupos, en el curso de la cual y cerca de la puerta de salida por la que trataba de huir Juan, al encontrarse sólo frente al procesado, éste le agredió con una navaja que habitualmente por-

taba, de 21 centímetros de longitud y hoja de nueve centímetros de largo, con ánimo de privarle de la vida, causándole una herida en la cavidad torácica de que falleció días después, conducta ésta del procesado, provocativa y pendenciera, robustecida, además, por el prevalimiento de encontrarse armado frente a la víctima, lo que le colocaba en posición de superioridad e impide entre en función la eximente décima del artículo 8.º del Código Penal al no concurrir los elementos subjetivos del miedo, incompatibles con el estado ilegal de riña, máxime cuando ha sido provocada por el agente, y los elementos objetivos, pues el mal causado no era ni igual ni mayor que el que le amenazaba en la pelea al encontrarse tan solo él armado. (Sentencia de 3 de diciembre de 1977.)

Artículo 9.º, 1.º. Legítima defensa incompleta.

Según se desprenden tanto de las declaraciones fácticas, como de declaraciones de hecho contenidas en los considerandos, se deducen los elementos exigidos para dar vida a la legítima defensa, y aparte de los reparos expuestos en la sentencia de instancia al no ser perfecta la agresión y legítima la razón primordial para no poder estimarlo como eximente total, arranca de la virulencia del medio empleado para impedirle o repelerla, hubo paridad en el medio empleado, con ventaja incluso para el agresor guarda particular jurado que portaba un rifle, mientras que los procesados y acompañantes sólo eran portadores de cayadas de bambú y madera y «cachavas» rematadas en conteras metálicas y en la parte superior para asirlas, una cobertura de cuero especie de estaca o garrote de raíz de encina en forma de porra, y cuando ya el guarda había efectuado dos disparos, del primero de los cuales mató a un cazador y del segundo hirió a otro, al tratar de efectuar el tercero se le encasquilló el arma, momento que aprovecharon los procesados y restantes compañeros para llegar donde se encontraba el citado guarda, y con ánimo de matar e iracundo furor, la emprendieron a golpes con los elementos contundentes de que eran portadores, descargándolos en región frontal, arco sigmático, parte anterior de la oreja derecha, a la altura del maxilar inferior, labio superior con importantes destrozos y fracturas en región mentoniana, con gran destrozo y hundimiento de hueso craneal, a nivel de la fisura de los parietales, originando fracturas óseas, múltiples desgarros meníngeos, lo que denotan que fueron verificadas desde distintos ángulos por delante y por detrás, que ocasionaron el estallido de la bóveda craneana determinando el fallecimiento fulminante del guarda, siendo suficiente para conseguir no continuara disparando un fuerte golpe, puesto que eran fuertes y corpulentos los cazadores, en el brazo y desarmarlo; en definitiva, hubo extralimitación en la legítima defensa, a la agresión ilegítima se ha de responder con la defensa necesaria sin exceso repudiables que sobrepasen la réplica adecuada (Sentencia de 7 de octubre de 1971), razones por lo que a más puede llegarse, como efectuó el Tribunal «a quo» a la exención incompleta del número primero del artículo 9 del Código Penal. (Sentencia de 27 de enero de 1978.)

Artículo 9.º, 4.º. Preterintencionalidad.

Si la preterintencionalidad está concebida legal y doctrinalmente, como supuesto de discordancia e incongruencia entre el propósito criminoso exteriorizado por los actos de ejecución y los resultados obtenidos, y si hay que ponderar en ellos la previsibilidad racional y lógica de cuales son o serán las consecuencias normalmente lógicas de la acción antijurídica realizada; es fácil comprender que son consecuencias normales y no inusuales de un fuerte empujón, dado por un varón fuerte a una mujer, «del golpe propinado y recibido por la víctima en el curso de una discusión y reyerta que produjeron a la destinataria una rinopatía traumática con pérdida parcial y temporal de visión durante treinta días», pues un sujeto normal puede y debe prever y concebir que es factible que la resultante del empujón y de la consecuente caída, puede ser la producción de un golpe y lesión como la sufrida por la lesionada, o incluso que la caída acarree una fractura de más grave entidad. No hay por consiguiente ni discordancia, ni incongruencia, entre la acción realizada, empujar y derribar a una mujer y las consecuencias que la caída acarreó, lo que supone que no hay términos hábiles para suponer existente la preterintención, lo que hace desestimable el recurso, por ser en último término ponderable, que la preterintencionalidad, aún apreciada, al no propugnarse como «muy calificada», no hubiera permitido mayor rebaja punitiva, pues ya la Sala de Instancia aplicó el mínimo del grado mínimo de la pena correspondiente, sin que unas lesiones de tal duración pudieran ser reputadas de simple falta. (Sentencia de 30 de enero de 1978.)

Artículo 9.º, 4.º. Preterintencionalidad (en homicidio).

La doctrina más moderna de esta Sala (a partir de la importante resolución de 15 de noviembre de 1969) viene entendiendo que el instituto de la «preterintencionalidad» entraña siempre un fenómeno de «progresión delictiva» en el que, no obstante, ser de mayor gravedad el más causado que el propuesto por el culpable, ambos están en la misma línea ofensiva del bien jurídico atacado (vida e integridad física como más características), pues si se da una absoluta disparidad de bienes afectados por uno u otro daño, entonces se produce una total «desviación» o desvinculación en que la preterintencionalidad es suplantada por un concurso de delitos (Sentencias de 17 de diciembre de 1964 y 4 de noviembre de 1977, que afirman la existencia de un delito doloso de atentado en concurrencia, bien con un delito culposo de homicidio, bien con un delito de homicidio preterintencional muy calificado); por lo que partiendo de esta idea inicial y genérica cabe ya distinguir dos especies o ramas en que se bifurca la «preterintencionalidad»: una «homogénea» o de menor grado amparada por la atenuante 4.ª del artículo 9.º del Código Penal, en la que los dos delitos, el propuesto y el ejecutado, encarnan en un mismo tipo delictivo, aunque su resultado ofrezca un «quantum» de mayor o menor gravedad (delitos de lesiones graves descritos en el artículo 420 del Código Penal en escala descendente de resultados, como ejemplo típico) y una preterintención «hetero-

génea» o de grado mayor en que las dos infracciones, siempre situadas en la misma línea de ataque, de acuerdo con el requisito común antes exigido, están incardinadas en distinto tipo («ad exemplum» lesiones-homicidio, de gran frecuencia en la «praxis», hasta el punto de constituir en legislaciones foráneas el tipo especial de lesiones seguidas de muerte), noción esta última que cabe amparar en el párrafo tercero del artículo 1.º en relación con el 50 del Código Penal, pese a los escrúpulos manifestados por un sector de la doctrina, pues cualquiera que fuera el origen del controvertido párrafo, es lo cierto que a partir del Código Penal de 1870 se le dio tal amplitud de redacción que ya no sólo sirve para cobijar casos de error «in persona» y aún de «aberratio ictus» que estuvieron en el origen del precepto, sino para englobar también los referidos supuestos de preterintencionalidad heterogénea.

Distinguidas las dos especies de preterintención, la doctrina de esta Sala ha mostrado también los elementos estructurales de la misma que no son otros que, desde el «lado objetivo», una «relación causal» entre la inicial conducta del agente y el resultado, pues dicho se está que de no darse esta conexión objetiva mínima entre el hecho-base y el hecho-consecuencia no puede hablarse ni de preterintención, ni siquiera de delito calificado por el resultado, subsistiendo tan sólo la infracción propuesta por el culpable, y, desde el «lado subjetivo», una «intención o dolo» que cubra aquella preliminar actuación del sujeto, pero que, sin embargo, no se extiende al resultado más grave, de suerte que dicha consecuencia última desborda, a modo de «plus effectum», lo realmente querido por el causante o, lo que es lo mismo, que el dolo del culpable sólo se extiende al delito-base, pero no al delito-consecuencia que le será imputable a título de culpa o de caso fortuito, por lo que si se obtiene la convicción de que la intención estuvo ausente en «todo» el recurso del hecho, no habrá preterintencionalidad de ninguna especie, restando tan sólo la posibilidad de un delito culposo si se dan los elementos —psicológico y normativo— en que encarna la culpa, y sin que sea óbice la ilicitud del acto originario que, si bien exigida en la noción legal del «casus» por el número 8.º del artículo 8.º del Código Penal, para nada se menciona en las fórmulas legales de la imprudencia punible, con lo que se evita el escollo de acentuar la arcaica doctrina del «versari in re illicita», cuya observancia sólo debe acatarse cuando tenga expresa imperatividad legal (Sentencias de 22 de febrero y 6 de noviembre de 1972 que estimaron delito culposo y no preterintencionalidad en casos de homicidio y lesiones, respectivamente).

Inversamente, si el juicio «ex post facto» del juzgador, que debe, no obstante, situarse siempre en el momento del hecho, alcanza la conclusión de que un mismo ánimo doloso (el «animus occidendi» en caso de muerte), ya sea con dolosidad directa o eventual (esta última contemplada por Sentencia de 26 de abril de 1974), impregnó toda la trayectoria del acontecer, desde la manifestación de voluntad al resultado, no hay que decir que tampoco entonces habrá lugar a hablar de preterintención alguna, puesto que ya se ha afirmado que ésta exige, en cualquiera de sus dos modalidades, la ausencia de dolo o de un determinado dolo en el último tramo de acción en con-

traste con el inicial que impulsaba al sujeto; debiendo tan sólo añadirse como colofón, también fácilmente explicable, que si la preterintencionalidad «homogénea» es de mucha más fácil captación y por ello la de más frecuente estimación en la práctica penal, la «heterogénea», como fundada en un juicio hipotético de valoración para reconocer el delito propuesto, pero no cometido (el de lesiones cuya sanidad ha de fundarse frente a la muerte acaecida, como supuesto más característico), es de muy difícil reconocimiento práctico, pero no imposible (como demuestra su estimación por la Sentencia de 30 de marzo de 1973), debiendo advertir esta Sala, en su misión orientadora del proceso, que una instrucción más acuciosa en la fase sumarial, singularmente en los dictámenes de autopsia y estudio de los antecedentes clínicos del interfecto, puedan dar la clave para la posterior estimación del supuesto más agudo y disonante de preterintención heterogénea; por lo que, en ausencia de tales datos fundamentadores del delito propuesto frente al cometido, no cabe otra opción, como también ha declarado la reciente jurisprudencia de esta Sala que acudir a la atenuante 4.º del artículo 9.º del Código Penal, estimándola como muy cualificada, con la única limitación de no rebasar la penalidad prevista para la imprudencia punible, pues ya se desprende de todo lo dicho que el delito preterintencional limita por abajo con la culpa y por arriba con el plenamente doloso (Sentencia de 10 de mayo de 1977, entre las recientes).

Con vista de toda la anterior doctrina, la primera indagación que se impone es si concurre el «animus necandi» en la conducta del procesado, cuya negación está latente en los tres motivos de su recurso, como se ha dicho; ánimo homicida que es preciso reafirmar atendiendo a todo el contexto de la narración singularmente en aquellos pasajes que aluden tanto al «arma empleada» —navaja de ocho a diez centímetros de hoja— como región alcanzada por el «fuerte golpe» y que no fue otra sino la parte anterior superior del muslo derecho, a unos cuatro dedos de la raíz del pene —bajo vientre, por tanto—, que produjo al así atacado una herida de ocho centímetros de profundidad —prácticamente fue hundida toda la hoja de la navaja en región tan vital—, con perforación de la arteria femoral que determinó, por hemorragia, su fallecimiento cuando era trasladado a la Casa de Socorro por otras personas; es decir, que concurren los dos signos más reveladores de toda acción homicida y que sirven para reconocerla en la indagación psicológica de la misma: la idoneidad del medio mortífero empleado y la región corporal herida («ad exemplum», Sentencia de 14 de junio de 1977, entre las recientes y que contempla caso muy semejante); y si bien es cierto que no existían antecedentes de enemistad entre víctima y victimario que hicieran presagiar tan fatal desenlace, pues eran personas perfectamente desconocidas entre sí, esta misma falta de toda relación entre el fallecido —súbdito noruego— que fue accidentalmente a comprar una botella de determinado whisky en el bar de autos y el procesado que se encontró en la barra de dicho local y que caprichosamente y sin motivo alguno se interpuso entre la puerta y el extranjero, impidiéndole su salida, hace más gratuito y odioso el crimen cometido, puesto que el occiso, ignorante del idioma español y que no podía comprender la incivil y sorpren-

dente conducta del inculpado, no dio el más pequeño pretexto ni la menor provocación para tan salvaje reacción del recurrente, que sólo a él puede ser imputada en su integral motivación psíquica como al alcance mortal de la dinámica empleada que se reflejó perfectamente en su conciencia, como lo demuestra que, lejos de acudir en auxilio de la víctima, como sería lo normal caso de no haber querido su muerte, se dio a la fuga, arrojando el arma y aún negando el hecho inicialmente, datos todos los consignados que reflejan la verdadera intención que guió al culpable, por lo que asentado correctamente el dolo de muerte expresado rotundamente por el «factum» de la sentencia recurrida y reafirmado por el «iudicium» de la misma con argumentos análogos a los que quedan expuestos, se hace preciso desestimar conjunta y simultáneamente los tres motivos del recurso a virtud del común razonamiento que alcanza a todos ellos, según se ha dicho. (Sentencia de 17 de noviembre de 1977.)

Artículo 9.º, 8.ª. Arrebató u obcecación (tentativa de violación).

La circunstancia 8.ª del artículo 9.º debe acogerse al fluir de los hechos probados con todo rigor los elementos necesarios para su estimación, porque los numerosos tocamientos lúbricos que durante largo tiempo hizo el procesado con su consentimiento a la mujer —que se había desnudado de cintura para abajo— en el interior del automóvil que habían aparcado en pleno campo a las tres de la madrugada, después de salir del baile donde se habían conocido, son estímulos poderosos para producir ofuscación en la inteligencia y sobreexcitación en la voluntad determinantes de un obrar instintivo e irreflexivo al pretender, como lo pretendió, por la fuerza, después de aquellos actos preparatorios, la consumación del acto carnal al que se opuso terminantemente la mujer, después de estar incitando a ello con su desnudez y los prolongados actos libidinosos, por lo que procede acoger dicha circunstancia de atenuación como muy calificada. (Sentencia de 2 de febrero de 1978.)

Artículo 9.º, 9.ª. Arrepentimiento espontáneo.

No figura en el relato histórico-fáctico ningún elemento, circunstancia o dato que demuestre en el acusado la existencia de un sentimiento de pesar por haber realizado tales acciones delictivas, ya que la carta que se menciona en el motivo y se halla unida al sumario, ni tiene el carácter de documento auténtico, necesario para haber podido servir de base a un recurso, ni en ella se contienen expresiones de repulsa o contricción por lo hecho, sino que su autor se limita a solicitar benevolencia, no de una manera espontánea, sino provocada por la actuación de los Inspectores de la Caja que ya se hallaban actuando y habían descubierto la apropiación, lo que el imputado conocía ya, como se deduce del contexto o contenido de dicha carta y en todo caso porque, aunque se aceptase la presencia de tal elemento subjetivo, faltaría la vertiente objetiva de la figura constituida o integrada por cada

una de las tres conductas fijadas normativamente en dicho apartado, ninguna de las cuales figura como realizada en el supuesto de autos; pues aunque en la carta anteriormente citada el procesado ofrecía la reparación, no consta que ésta haya sido realizada ni total ni parcialmente, por lo que hay que estimar que el Tribunal interpretó correctamente dicho precepto al no apreciar la atenuante invocada. (Sentencia de 25 de octubre de 1977.)

Artículo 9.º, 10.º, Atenuante por analogía.

Se suscita el tema a decidir de si la Sala ha dejado de resolver la cuestión relativa a la concurrencia de la atenuante analógica en el recurrente de deficiencia mental que se pretende aplicable por haber informado un perito médico en el sentido de que presenta una Oligofrenia Liminal, según la Clasificación de la O. M. S. con un C. I. de 0,75, observándose en él alteraciones de la actividad cognitiva (su nivel de pensamiento es muy concreto, llegando escasamente a la abstracción), y de la esfera afectiva, alteraciones éstas que llevan a un menor control volitivo, pudiendo en determinadas circunstancias dar lugar a transgresiones de las normas sociales.

Este motivo no puede prosperar ni ser estimado porque la prueba pericial no es vinculante para el Tribunal de Instancia que libremente la aprecia, y en este sentido es ponderable que en la resultancia probatoria no se hace constar, ni por consiguiente se acepta ni admite, que este encartado adoleciera de deficiencia mental de clase alguna, y si se tiene en cuenta que los Tribunales de Instancia no están obligados a afirmar ni negar expresamente «todos» los hechos complementarios alegados que no estimen justificados, implicando la omisión el rechazo de los mismos, en este caso enteramente comprensible, dado lo impreciso e inconcreto del dictamen pericial facultativo que más que afirmaciones concretas representa hipótesis, y posibilidades que no se afirma concurrían rotundamente en este acusado, del que se predica un coeficiente intelectual de 0,75, que por sí solo no acusa un síndrome mental; es por ello explicable que no se admitiera fácticamente la deficiencia mental pretendida. (Sentencia de 12 de diciembre de 1977.)

Artículo 10, 1.º. Alevosía.

La controvertida interpretación que sobre la naturaleza jurídica de la alevosía viene haciéndose desde antiguo, bien configurándola como circunstancia predominantemente subjetiva, conforme al derecho histórico, identificándola en principio con la traición, equivaliendo a una actuación solapada, encubierta y disimuladora del ánimo hostil a la víctima, de tal modo que si la violación del vínculo o deber de lealtad era respecto al Rey, constituía traición, y para los demás hombres alevosía, considerándola más tarde como aseguradora del hecho, según se refleja en la Novísima Recopilación al describirla como «el que mate a otro a traición o alevosía y del que hiciere muerte segura» (Ley 2.ª, Título 21, Libro XII) o con las expresivas definiciones de los Códigos de 1822 y 1848 de obrar o actuar «a traición y sobre seguro»

respectivamente, para finalmente equiparar la alevosía a cobardía, es decir, a falta de riesgo para el ejecutor; discutiéndose modernamente sobre si tal circunstancia constituye un plus de culpabilidad o, por el contrario, acrecienta la antijuridicidad, hasta el punto de que numerosas resoluciones de este Tribunal (Sentencias de 27 de mayo de 1949, 15 de junio de 1950, 15 de noviembre de 1956 y 11 de diciembre de 1957), así como ciertos sectores doctrinales se inclinaron por la teoría subjetiva, mientras otras muchas sentencias y parte de la doctrina científica se inclinaban por la tesis objetiva (Sentencia de 10 de junio de 1953, 7 de julio de 1955 y 24 de abril y 21 de octubre de 1973), sin que aparezca que ninguna de dichas orientaciones ofrezca carácter decisorio y exclusivo, puesto que conforme a su definición auténtica contenida en el núm. 1.º del artículo 10 del Código Penal, la alevosía requiere, de una parte, el empleo de ciertos medios, modos o formas de comisión que evidencian un factor claramente objetivo, pero a su vez también se precisa y resalta que «tiendan» al aseguramiento sin riesgos para el agresor, lo que manifiestamente denota una intención finalista de claro matiz subjetivo, de lo que se desprende que habrá que atenerse en correcta valoración al conjunto de condiciones y circunstancias concurrentes ante el supuesto concreto enjuiciado, entrando en juego, tanto el «modus operandi» como el aprovechamiento, buscando o no de la ventajosa situación preexistente, existiendo en aquel caso un plus de antijuridicidad en cuanto se realza el aspecto objetivo y en el segundo un aspecto tendencial que actúa a modo de elemento subjetivo del injusto. (Sentencia de 3 de febrero de 1978.)

Artículo 10, núm. 13. Nocturnidad.

La agravante de **nocturnidad** exige dos elementos en mutua interacción: un elemento **objetivo**, constituido por la efectiva presencia de la **noche** en que se ampara el delincuente, aunque no llegue a precisarse en el relato probatorio la hora de acaecimiento de los hechos (Sentencia de 25 de mayo de 1972 y las que en ella se citan), y un factor **subjetivo**, reflejo anímico de aquella circunstancia temporal en el culpable que la busca de propósito o, al menos, la aprovecha conscientemente a fin de asegurar la ejecución del delito (Sentencias de 18 de mayo de 1972 y 25 de octubre de 1974), de modo que no basta la mera presencia de las sombras nocturnas si no concurre tal elemento espiritual vivificador (Sentencia de 18 de mayo de 1959), factor psíquico que, declarado explícitamente o no por el Juzgador, debe surgir de manera implícita del conjunto narrativo, fluyendo del mismo de modo lógico y concluyente.

Se reconocen en el **factum** de la sentencia recurrida los dos elementos que según la expuesta doctrina deben concurrir para estimar la circunstancia agravante núm. 13 del artículo 10 del Código Penal: el objetivo o material, puesto que se dice que el procesado realizó los hechos en la **noche** del 5 al 6 de septiembre de 1975, y el psicológico o subjetivo al afirmarse que dicha noche fue **buscada de propósito** por el inculpado; declaración bimembre que no por sintética y breve puede parecer formularia, pues además de ser suficiente, la misma encuentra confirmación en el resto del relato, del cual se

aprende que el inculpaado y sus dos acompañantes fueron penetrando sucesivamente en el curso de la citada noche en tres bares de la ciudad burgalesa, cerrados por causa de dicha hora nocturna y que, por lo mismo, hubieron de acceder a los mismos, para lograr sus propósitos depredatorios, forzando las respectivas puertas de entrada; todo lo cual está indicando de manera elocuente que, efectivamente, el procesado y sus co-reos se ampararon en la hora nocturna, elegida por ellos, para lograr con mayor facilidad las reiteradas sustracciones empleando fuerza en las cosas y quebrantando con ello las defensas puestas por los respectivos dueños para salvaguardar su propiedad; de suerte que la nocturnidad se revela como lo que es, como medio que disminuye la reacción defensiva de la víctima, mostrando así el parentesco de tal circunstancia con la alevosía, de la que viene a ser una versión reducida y menor, aplicable a cualesquiera delitos y no sólo a los relativos a las personas. (Sentencia de 22 de diciembre de 1977.)

Artículo 10, núm. 14. Reiteración.

El número catorce del citado artículo 10 define la agravante de reiteración, cuando el culpable hubiera sido castigado con anterioridad por la perpetración de un solo delito es indispensable que en el «factum» de la sentencia recurrida conste expresamente la pena impuesta por la realización de ese delito, pues de otra suerte no es posible constatar si dicha pena es igual o mayor a la correspondiente al delito enjuiciado, pero si son dos o más las infracciones delictivas precedentes y heterogéneas, el dato de las penas impuestas resulta superfluo toda vez que sean iguales, mayores o menores a la señalada para el delito incriminado el reo será siempre reiterante. (Sentencia de 18 de enero de 1978.)

Artículo 10, núm. 15. Reincidencia.

Basta atenerse a la taxativa imperiosidad del texto legal, que hoy por hoy, rige las figuras agravatorias de la «reincidencia» y de la «doble reincidencia»—circunstancia 15 de las enumeradas genéricamente en el artículo 10 del Código Penal—e incluso como valioso elemento interpretativo de carácter auténtico, el párrafo de la exposición de motivos de la Ley de 28 de noviembre de 1974, cuando expresa como razón etiológica de esta reforma, de la formulación de esta doble reincidencia que, por otra parte, «las dudas que se han suscitado respecto a la llamada segunda reincidencia obligan a fijar su contenido de acuerdo con la clásica doctrina jurisprudencial y a poner, en consonancia los preceptos legales correspondientes, con aquél concepto»; para sea cual fuere el criterio doctrinal y técnico que en esta materia se mantenga, en obligada observancia de la Ley promulgada que a los Tribunales de Justicia está impuesta, ser obligado desestimar el presente recurso, sin perjuicio de destacar a los efectos del artículo 2.º, párrafo 2.º, del Código Penal, la notoria y manifiesta excesividad de la pena resultante, de la procedente imposición por la estricta, obligada y rigurosa, aplicación de la Ley penal

atinentes. Efectivamente: si se propugna en el único motivo del recurso procesalmente canalizado por la vía procesal del núm. 1.º del artículo 849, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infringido por indebida y errónea aplicación de la regla 6.ª del artículo 61, en su relación con la citada circunstancia 15.ª del art. 10, ambos del Código Penal, por cuanto al subjetivo juicio del discrepante, los dos impugnantes no inciden en doble sino en simple reincidencia, ya que no consta que se declarase ni aplicara en las precedentes condenas el estado legal de reincidencia simple, por lo cual no cabe ahora aplicarles la agravación de doble, plurirreincidencia o multirreincidencia, pues se estima, que quien no fue antes específicamente declarado reincidente, no pueda, por la simple comisión de una nueva actividad delictiva encuadrable en el mismo título del Código Penal ser declarado doble reincidente. Este respetable criterio no puede, en la ocasión presente, ser compartido según antes se expresa, por imperativos legales categóricos, pues si el recurrente, Pablo, fue ejecutoriamente condenado en 1973 por tres robos, tanto si lo fue en una o en varias sentencias, y en 1975 ya en vigor la Ley de 28 de noviembre de 1974, que dio nueva reducción al párrafo 2.º de la circunstancia 15.ª, del artículo 10, antes aludido, cometió los tres robos que se incriminan; y el recurrente Eduardo estaba condenado en 1974 por tres robos, y en 1975 por otro robo y en agosto o septiembre de 1975 cometió el robo que ahora se le imputa, es indudable que al delinquir de nuevo en 1975 por la misma tipología delictiva—robo—y ser condenados en la sentencia que se discute de 23 de octubre de 1976, como dobles reincidentes en aplicación de la precitada regla 6.ª del artículo 61, tenían legalmente la calidad de dobles reincidentes, por cuanto la **única exigencia que la vigencia legal actual requiere para existir esta doble reincidencia es que—cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado, en una o en varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo título de este Código;** y como quiera que en ambos contradictores concurre la circunstancia de que al nuevamente delinquir robando estaban ejecutoriamente condenados por dos o más delitos, también de robo, concurre plenamente la plurirreincidencia y estuvo bien y correctamente aplicada la tan aludida regla 6.ª, del artículo 61 del Código Penal. (Sentencia de 10 de noviembre de 1977.)

El criterio doctrinal aceptado reiteradamente por esta Sala es que cada reincidencia tiene sustantividad propia y carácter independiente, por lo que su efectividad ha de gozar de estos caracteres, lo que da lugar a que cuando concurren diferentes sentencias firmes que se aceptan como básicas de diversas reincidencias, cada una de ellas ha de tener el valor punitivo que la Ley le otorga, sin que se pueda o deba producir la absorción o atracción por un solo precepto legal en los casos en que sean varias las normas legales que reclaman su atención, como son los contemplados por la Sentencia recurrida al penar la infracción criminal de acuerdo con los requisitos que se determinan en el núm. 4.º, del artículo 515, del Código penal y la agravante de reincidencia del núm. 15, del artículo 10, del mismo Código. (Sentencia de 27 de diciembre de 1977.)

Artículo 10, núm. 15. Doble reincidencia.

La reforma penal de 28 de noviembre de 1974 añadió un párrafo al número 15, del artículo 10, del Código punitivo, en el cual estableció una interpretación auténtica del concepto de la doble reincidencia, merced a la cual, a partir de dicha fecha, tiene esta cualidad quien, al tiempo de delinquir, hubiera sido ya ejecutoriamente condenado, en una o varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo Título del Código Penal; exigencia que, desde el punto de vista fáctico, llena y cumple la narración histórica de la sentencia recurrida al declarar que, el procesado, anteriormente a la comisión del hecho enjuiciado, había sido condenado por un delito de robo y por otro de hurto—infracciones comprendidas, como la penada en dicha sentencia, en el Título XIII del Libro II del mentado Código—; sin que sea obstáculo a lo dicho, ni el silencio del referido relato fáctico respecto a la ejecutoriedad de las sentencias anteriores, puesto que ya es sabido que sólo se llevan al Registro Central de Penados las condenas impuestas mediante sentencia firme, sin que, de otro modo, hubieran podido conocerlas y computarlas el Tribunal sentenciador, ni la omisión, en el mencionado relato, de las penas impuestas y de las fechas de las resoluciones condenatorias, toda vez que, el primer dato, con tal de que se diga que su imposición fue anterior al hecho de autos, es totalmente inoperante a fines de reincidencia, y, el segundo, también dado que el robo, sea cualquiera la cuantía de lo sustraído, constituye siempre infracción delictiva, y el hurto, cuando se comete con posterioridad a un robo precedente, cualquiera que sea la cuantía de lo tomado, igualmente revista caracteres delictivos por virtud de lo dispuesto en el número cuarto del artículo 515 del Código Penal, con lo cual aunque se hubiera cometido con anterioridad a 30 de marzo de 1954—única posibilidad de que, contemplado en solitario y gracias a la exasperación interpretativa jurisprudencial del artículo 24 del Código Penal, pudiera constituir infracción contravencional—siempre tendría naturaleza delictiva. (Sentencia de 18 de enero de 1978.)

Artículo 14. Autoría.

Son requisitos comunes a todas las formas de autoría, el concierto de voluntades o «pactum scaeleris», que puede ser previo o sobrevenido y tanto expreso, como tácito y hasta adhesivo, y la conciencia de la ilicitud del acto que se ha convenido perpetrar o llevar a cabo, exigiéndose además, si se trata de autoría directa y material—número primero del artículo 14 del Código Penal, la realización de actos ejecutivos, siquiera no sea preciso se efectúan todos los integrantes de la dinámica comisiva propia del hecho punible de que se trata, exigencia que si, en dicho caso, es preceptivo recaiga sobre actos relativos, al núcleo del tipo incriminado, cuando se trata de cooperación necesaria—número tercero del artículo 14 ya citado—basta con que los actos ejecutivos se refieran a la periferia del mentado tipo, pero siendo de tal modo relevantes que sin su realización o aportación el delito no se hubiera cometido, es decir, que, es preciso que tales actos sean indis-

pensables o imprescindibles, pues de no haber concurrido no hubiera sido posible que el autor o autores materiales hubieran llenado las exigencias típicas del hecho punible; debiéndose agregar que esa conducta «sine qua non» no es necesario que se desarrolle durante todo el transcurso del «iter criminia», sino que podrá precederle, coincidir con el inicio del mismo o insertarse o incorporarse en cualquier momento de la dinámica comisiva con tal de que no se haya producido todavía la consumación. (Sentencia de 14 de diciembre de 1977.)

Artículo 14, 1.º. Codelincuencia.

En los supuestos de codelincuencia o coparticipación, para que la conducta de un agente se pueda incardinar en el núm. 1, del artículo 14 del Código Penal, es preciso: a) común acuerdo, concierto de voluntades o «pactum scaeleris», el cual podrá ser **expreso, tácito o deducido** de «facta concludentia», **inicial**, es decir, convenido a la hora de la formación del plan delictivo o de la programación del quehacer antijurídico, o **sobrevenido**, cuando el acuerdo se produce en el momento de iniciar la ejecución, y también, y desde otro punto de vista, **principal**, producto de pacto o convenio en plan de igualdad, o **adhesivo**, cuando un agente se suma o incorpora a lo resuelto cometer por otro u otros, adhesión que puede ser inicial o sobrevenida en el curso de la ejecución, así como expresa, tácita o presunta; b) «conscientia scaeleris», conciencia de la ilicitud del acto cuya ejecución se pacta o conviene, esto es, que el agente se percate que lo resuelto perpetrar de consuno reviste caracteres delictivos, y c) aportación de esfuerzo propio o realización personal, material y directa de actos ejecutivos, es decir, que el comportamiento del agente llene las exigencias típicas, llevando a cabo actos nucleares, generalmente positivos, subsumibles en la figura de que se trate, y no de un modo periférico, secundario o auxiliar, sino determinante y principal, si bien no es necesario que ejecute, material y directamente o por propia mano, **todos** los actos que integran la dinámica comisiva, de tal modo que responderá, en concepto de autor, del todo aunque sólo hubiera realizado personalmente una parte, incluso cuando pueda demostrarse que el resultado u objetivo final que perfeccionó la infracción fue logrado mediante actos concretos y específicos perpetrados por otro u otros agentes con los cuales coadyuvó de un modo capital y esencial, toda vez que, por más que parezca a primera vista que el resultado se generó exclusivamente por el partícipe que coronó con su esfuerzo material la finalidad perseguida, ésta, en realidad, ha sido producto de acción conjunta y de plútime voluntad, fundidas o unificadas, que desencadenaron o causaron, finalísticamente, el citado resultado antijurídico. (Sentencia de 31 de enero de 1978.)

Artículo 61, 5.º. Determinación de la pena.

La facultad otorgada en el número 5.º, del artículo 61, del Código Penal, para rebajar la pena señalada al delito en uno o dos grados, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy calificada, no es

revisible en casación, por ser dicha facultad como tal, discrecional del Tribunal sentenciador; la única cuestión revisable en casación es la entidad de la circunstancia atenuante y la entidad de la atenuante de preterintencionalidad en el caso que ocupa la atención de la Sala, en el que el resultado de la acción delictiva supera en gravedad al que se propuso el agente, existiendo notoria desproporción entre los medios utilizados y el mal físico realmente producido, llevó al Tribunal de instancia a apreciarla como muy calificada, expresando en los hechos probados y en las consideraciones jurídicas los justificados motivos que le llevaron a esa valoración, por lo que se considera debidamente aplicada la regla 5.ª, del artículo 61, del Código Penal, al haber hecho uso el Tribunal sentenciador de la facultad discrecional a su prudente arbitrio, rebajando la pena en un grado, al darse los supuestos por dicho precepto exigidos. (Sentencia de 10 de noviembre de 1977.)

Artículo 69. Delito continuado.

Se acusa violación de los artículos 1.º y 69 del Código Penal, infringidos por aplicación indebida, sosteniendo la teoría de que existiendo en los hechos punibles unidad de sujetos activo y pasivo, unidad de norma jurídica violada, unidad de dolo y repetición de los actos criminales, se han debido sancionar los hechos como un sólo delito continuado; olvidando que dicha figura delictiva tiene su razón de ser cuando es posible individualizar los diferentes hechos criminosos ejecutados por el sujeto activo, más cuando se producen en distintas acciones, en ocasión temporal distinta, con autonomía propia, obedeciendo cada uno a un dolo individualizado, aunque sea repetición del anterior, adquieren firmeza propia cada uno de los delitos realizados, debiendo penalizarse por separado, como sucede en el presente supuesto, en el que el procesado, el día 30 de noviembre de 1975, se apoderó en el interior de un garaje de esta capital de un automóvil valorado en 170.000 pesetas, reteniéndolo en su poder hasta el 7 de diciembre siguiente, que lo dejó abandonado en las inmediaciones del garaje; y el día 11 de enero de 1976, en el mismo garaje, volvió a apoderarse también del mismo automóvil, teniéndolo a su disposición hasta el día 15 del expresado mes, teniendo, por consiguiente, estos hechos un lapso de tiempo superior a un mes, que hace sean delitos autónomos e independientes los realizados. (Sentencia de 30 de enero de 1978.)

Artículo 71. Concurso ideal.

En beneficio del reo, el artículo 71 del Código Penal, regula hipótesis del llamado concurso ideal, el que, en su modalidad del delito que es medio necesario para cometer otro, se denomina, con mayor acierto, concurso instrumental o delincuencia conexa o adherente, en cuyo supuesto el principio de absorción «poena major absorvet minorem», justifica la aplicación de una sola pena—la correspondiente al delito más grave—no cediendo la preeminencia o preponderancia de ese principio más que cuando de operarse de

ese modo la solución punitiva sea más onerosa para el reo que castigando los delitos separadamente sin ninguna conexión o maridaje.

La doctrina dominante entiende que esa norma especial y favorable al reo no puede aplicarse cuando los delitos que se intenta conjuntar se hallen castigados con penas de igual gravedad, es preciso, en cada caso, cotejar o comparar las correspondientes, y, para ello, se puede acudir a un criterio abstracto—confrontando las penas correspondientes a ambos delitos sin atender a la concurrencia de circunstancias modificativas, al grado de participación ni a la fase de perfección delictiva—o a un criterio concreto, con el que se atendería a la que corresponde a los delitos en concurso, pero matizada por la concurrencia de circunstancias, por el grado de desarrollo delictivo y por la jerarquía participativa. Y en el caso presente, tanto se acuda a un criterio como al otro, la pena mayor es la correspondiente al delito de falsificación—presidio menor (autor, consumado y sin circunstancias) y presidio menor en el grado máximo, apreciando la circunstancia agravante de reiteración—pues la pena prescrita para el delito de estafa es, en abstracto, la de arresto mayor, y, en concreto, gracias a ser multirreincidente el reo, la de presidio menor en toda su extensión; con lo cual, por ser más favorable al reo, el Tribunal «a quo» debió aplicar la primera regla del artículo 71 imponiendo tan sólo la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo y límite superior, que nunca excedía de la suma de las que se impusieron penando separadamente los dos delitos en juego, procediendo pues estimar el tercer motivo de los formulados por el acusado Manchado al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 71 del Código Penal. (Sentencia de 14 de diciembre de 1977.)

Artículo 302. Falsedad.

Para la apreciación de un delito de falsedad, resulta suficiente que el hecho descrito como probado pueda ser subsumido o incardinado en cualquiera de las conductas o procederes tipificados en los diferentes apartados en el artículo 302 del Código Penal, por lo que estableciéndose como probado en el primer Resultando de la resolución impugnada que el procesado rellenó y firmó con el nombre del titular de una cuenta corriente abierta en el establecimiento que regentaba, un talón contra la misma contrahaciendo y fingiendo la letra y firma de éste, como se agrega en el primero de los Considerandos de dicha sentencia, es visto que tal delito aparece como consumado, sin que sea necesario consignar otros datos sobre la forma, manera y modo con que se realizó el resto de la conducta que sea irrelevantes para la subsunción de la misma en el tipo legal citado. (Sentencia de 25 de octubre de 1977.)

Artículo 302, 2.º. Falsedad ideológica.

La llamada **falsedad ideológica**, intelectual o histórica, supone un documento genuino en su extrínseca formalidad pero de contenido falaz, a diferencia de la **falsedad material** que ataca primordialmente la legitimidad, ya por vía de alteración del documento verdadero, ya por simulación del mismo; y si bien ambas especies de falsedad quedan asimiladas penalmente en nuestro Código, puesto que ninguna diferenciación punitiva extrae de la enumeración del «modus operandi» falsario descrito en el artículo 302, no obstante y en gracia a la autenticidad amparadora, en principio, del falso ideológico, debe requerirse en el mismo, con mayor acuidad si cabe, la existencia del dolo y la trascendencia y nocividad del acto falsario; pero si la declaración o suposición documentadas son radicalmente inveraces y afectan a la esencialidad del documento, de modo que no pueda ponerse en duda su potencia de dañar, una vez incorporado al tráfico jurídico, entonces no debe haber inconveniente en sancionar como tal la falsedad en documento público u oficial.

La doctrina expuesta conviene perfectamente a una de las más típicas especies de falsedad ideológica recogida en el núm. 2.º del artículo 302 del Código Penal como **suposición de una persona en el acto en el que no ha intervenido** y en aplicación al caso particular de suplantación de personalidad en los exámenes previos a la obtención de un documento público u oficial que habilite para el acceso a un oficio o cargo, o para el ejercicio de un derecho, pues en tal caso no hay duda de que se altera gravemente el requisito de la capacidad o aptitud de la persona a cuyo favor se expide el documento, distinta de la que sufrió las pruebas necesarias para la obtención del título o documento habilitador, con el peligro que ello entraña para la práctica de la profesión o **status** amparados ficticiamente, de suerte que bien puede decirse que el falso ideológico perpetrado a través de persona distinta afecta radicalmente a la esencialidad del documento, razón por la cual se estableció de antiguo la calificación de falsedad de que tratamos para mentadas conductas (Sentencia de 28 de enero de 1889), como, en general, siempre que hubiere suplantación de personas en expedientes—oficiales, con efectos documentados recayentes en otro (Sentencias de 23 de noviembre de 1889, 13 de febrero de 1890, 9 de marzo de 1945, 29 de febrero de 1960); y si bien es cierto que, en casos, se adoptó la tesis más benigna de estimar la comisión del delito de uso público de nombre supuesto (Sentencias de 26 de enero de 1915, 28 de mayo de 1948 y 21 de noviembre de 1955) ello se debió, ya porque la tesis venía impuesta en instancia, impidiendo la **reformatio in peius** la correcta calificación en vía casacional, ya, sobre todo, porque la utilización de nombre ajeno, no llegó a producir la falsedad del documento apetecido, con lo que el delito del artículo 322 del Código Penal, que hubiera sido absorbido por el más grave del artículo 303 del mismo Código Penal, recobraba su autonomía y fuerza incriminadora. (Sentencia 27 de diciembre de 1977.)

Artículo 321. Intrusismo.

Con el delito de intrusismo, contemplado en el artículo 321 del Código Penal se pretende sancionar criminalmente no sólo la falsedad que supone o significa el irrogarse o atribuirse públicamente un título oficial que en realidad no se posea, sino y sobre todo el peligro que supone para la sociedad y el interés comunitario el que una persona presuntamente imperita, por carecer de título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacioñal que acredite su competencia, realice actos propios de una profesión que exige tales requisitos, bien sea de manera habitual o continuada o de modo singular y momentáneo, aunque con ello no se hubiere producido resultado material lesivo alguno, por tratarse de una infracción criminal de las denominadas formales o de pura actividad, peligro que reviste caracteres más graves y acentuados, si tal intrusión se realiza en el cometido de un arquitecto, que es a quien compete por atribución legal la confección de proyectos para la construcción, entendiendo por tales como lo hace el Decreto de 1.º de diciembre de 1922, el conjunto de documentos precisos en cada caso con el detalle necesario para que otro facultativo distinto del autor pueda dirigir con arreglo a ellos las obras a las que se refieren; cualidad que en el presente caso no puede ser atribuida a los bocetos y croquis de viviendas confeccionados por el imputado al faltar en los mismos todos los datos referentes a estructuras, cálculos de resistencia de material, servicios de agua y electricidad y demás que afecten a la forma y seguridad de tales construcciones, sin los cuales sería imposible convertir en realidad lo diseñado y dibujado que, por otra parte, puede ser efectuado artísticamente o croquizado por el propietario del terreno o por otra persona cualquiera, aun sin hallarse en posesión de título alguno, máxime si se trata de un aparejador o arquitecto técnico que podría realizarlo para asesorar al cliente sobre la conveniente distribución del terreno con arreglo a las necesidades de éste y programación de la obra; sin que el hecho de que la corporación municipal que se cita, otorgara, en algunos casos, licencias para construir las plantas diseñadas, pueda ser imputado al acusado, que tampoco aparece probado que hubiera llevado la dirección de tales obras, ni completado en sus croquis, que por sí solos y sin suplir la falta de datos que muestran no eran autorizables ni ejecutables. (Sentencia de 16 de diciembre de 1977.)

Artículo 321. Intrusismo (habitualidad).

Para poder incriminar a un procesado por el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, delito previsto y sancionado en el artículo 321 del Código Penal, texto refundido de 1963, viene exigiendo la doctrina de esta Sala, en reiteradas sentencias, entre otras, en la de 27 de abril de 1972 y 6 de junio del propio año, la habitualidad o asiduidad en el corretaje de fincas rústicas o urbanas, requiriéndose por tanto su nota característica de mercantilidad, fundada en el comercio de mediación que exclusivamente practican sobre dicha clase de fincas, en cuyo caso les es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.º del Código Mercantil, en lo referente a su capa-

cidad para ejercer el comercio, pues deben reputarse comerciantes a los que actúan en nombre ajeno, haciendo de ello su profesión habitual y los que interviniendo clandestinamente en repetidos actos de corretaje, perjudicando a los que legalmente ejercen la profesión de Agentes de la Propiedad incurren en el delito, si bien la intervención como mediador en una venta de una sola finca rústica, que incluso puede obedecer a razones de amistad con alguna de las partes contratantes, carece de entidad suficiente para estimarle intruso en la profesión, como sucede en el supuesto debatido, en que de facto se declara que sólo intervino el procesado como mediador en la venta de una finca del término municipal de Adra, percibiendo el correspondiente corretaje, sin ser suficiente para apreciar la habitualidad, el figurar inscrito en el Sindicato de Actividades Diversas, al no constar se dedicara con asiduidad o interviniera en la venta de más fincas, debe considerarse su actuación como un acto esporádico y por consiguiente atípico. Sentencia de 26 de noviembre de 1977.)

Artículo 344. Estupefacientes.

El delito tipificado en el artículo 344 del Código Penal, por ser de los denominados por la doctrina de riesgo o peligro y de consumación anticipada, no precisa para su completa realización y penalización, de la producción de un daño directo y efectivo en los bienes jurídicamente protegidos por la norma punitiva, en el presente caso la salud pública, sino que resulta suficiente que llegue a crearse para los mismos una situación de peligro, como consecuencia de la comisión por parte del imputado de alguna de las conductas enumeradas en dicho precepto, redactado de conformidad con la Ley de 15 de noviembre de 1971 y con el Convenio Unico de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, ratificado por España en 30 de marzo de 1966, incluida la simple tenencia ilegítima de la droga tóxica o estupefaciente, cuando exceda de las necesidades del propio consumo, si el tenedor es toxicómano, pues entonces la falta de autorización administrativa o sanitaria es ya de por sí reveladora de que tales sustancias han sido cultivadas, elaboradas, adquiridas o poseídas para su ilegal tráfico, que pone en inmediato peligro la seguridad colectiva; por lo que en el presente caso, recogido como probado en el resultando fáctico y en el primer considerando, que debe considerarse integrado en aquel, por contener supuestos de hecho, que ambos procesados con unidad de propósito y acción y ánimo de beneficiarse económicamente adquirieron en Algeciras ilegítimamente los doscientos kilogramos de Griffa, sustancia tóxica que se halla incluida como tal en las listas anexas al Convenio Internacional citado, y la transportaron hasta Barcelona para su enajenación, donde les fue ocupada, resulta evidente que los recurrentes cometieron el delito por el que figuran condenados, en grado de consumación y no de tentativa. (Sentencia de 17 de diciembre de 1977.)

Artículo 406, 1.º. Asesinato.

Se recurre por la aplicación indebida del artículo 406-1.º y por inaplicación del párrafo primero del artículo 565, en relación con el 407, todos del indicado cuerpo legal punitivo, por cuanto el «animus necandi» debía quedar totalmente acreditado en la resultancia fáctica, y cuando ello no era así, habría que examinar la finalidad de la conducta del inculcado, y como el relato histórico consignaba que éste «abandonó el refugio y subió al terraplén de la autopista con la intención de dormir al otro lado del puente, y llegando al borde de aquella tropezó con unas piedras y entonces aquél, en cuya memoria estaba presente la anterior discusión, concibió la idea que llevó a la práctica, de arrojar una sobre el camastro de Manuel», tal conducta no especificaba que la intención del procesado fuera la de causar la muerte de aquél, resultado que hubiera podido prever de haber actuado con mayor diligencia y cuidado, lo que se deducía también de que tras arrojar la primera piedra esperó con otra la posible reacción de la víctima, alegación carente de densidad dialéctica y consistencia suasoria, bastando la simple lectura del relato probatorio para ver que la alegación aducida no es más que un esfuerzo hábil y loable de imaginación defensiva, aunque inoperante a los fines casacionales postulados, en razón a lo ya expuesto y razonado en el motivo precedente, que sí no permitió degradar la grave culpabilidad de asesinato estimada a la inferior inmediata de homicidio, tanto más problemático resulta que aquel delito quede reducido a una imprudencia grave con resultado de muerte, ya que si el recurrente, como expresa el «factum», esperó con otra piedra la posible reacción de su víctima, era sin duda para el remate de ella en el improbable supuesto de no fallecer en el acto, como aconteció, sin que el relato fáctico tuviera que consignar el propósito de matar, cuando así explícitamente se desprendía de aquél, cuyo relato también consigna que el procesado «es persona de reacciones agresivas intensas», ratificando por añadidura en la motivación de la Sentencia que el procesado actuó sin riesgo subjetivo, al lanzar una piedra que por sus dimensiones era apta para producir el resultado perseguido, sobre una altura de seis metros, mientras dormía la víctima, «a la que necesariamente había de alcanzar, ocasionándole la muerte», no siendo posible dentro de la doctrina y técnica criminalista poder apreciar imprudencia temeraria, por resultar incompatible con la apreciación del obrar doloso reconocido en los hechos al procesado, razones que determinan la desestimación del motivo examinado por su manifiesta injustificación. (Sentencia de 3 de febrero de 1978.)

Artículo 407. Homicidio (frustrado).

Del relato histórico de la sentencia recurrida aparece que el medio empleado para cometer el hecho ha sido un arma de fuego, como es una escopeta del 12, o sea, un medio perfectamente idóneo para producir la muerte si se utiliza adecuadamente; que el disparo fue hecho a tan poca distancia de la puerta de la casa del perjudicado (a bocajarro se dice en el primer Considerando), que la atravesó, alcanzando a éste en la cabeza, lo que

equivale a decir que el arma fue utilizada en forma adecuada para matar a la persona contra la que se dirigió el disparo; que el procesado esperó a disparar a que el ofendido, que se había levantado de la cama en donde se hallaba, para abrir la puerta, se encontrase detrás de ésta, abriéndola. Por todo lo cual, resulta evidente, por un lado, que el procesado ha realizado todos los actos ejecutivos necesarios y perfectamente adecuados para que hubiesen producido como resultado la muerte del ofendido, la que no se produjo por circunstancias ajenas a su voluntad, como fue la fortuita de que el disparo, en vez de alcanzarle de lleno en lugar tan vital del cuerpo humano como es la cabeza, tan sólo le hubiese alcanzado en la región cervical occipital y, por otro, que concurrió el dolo de muerte, ya que de lo expuesto se deduce que el procesado quiso matar al ofendido, pero además, lo que no puede ponerse en tela de juicio es que el procesado, al hacer el disparo contra la puerta dirigiéndolo hacia el lugar en el que sabía se encontraba abriéndola el perjudicado, con absoluta conciencia y voluntariedad aceptó la previsible y muy probable consecuencia de su muerte, por lo que sería de estimar concurrente el dolo eventual de su muerte, pues de tener en cuenta que una de las consecuencias de la identidad del elemento subjetivo en los supuestos de perfección como en los de imperfección delictiva es, que en el aspecto cualitativo, se deben admitir para los supuestos de imperfección ejecutiva las mismas clases de dolo que para el delito consumado. (Sentencia de 28 de noviembre de 1977.)

Los fundamentos del recurso apoyados en la aplicación indebida del artículo 407 del Código Penal y no aplicación del núm. 2.º, del artículo 420, del mismo Cuerpo Legal, centran la problemática jurídica en el examen de la distinción entre el homicidio frustrado y el delito de lesiones, y esta radica en que concurra o no, en los elementos de la culpabilidad, el «animus necandi», dando lugar la presencia de este ánimo al signo homicida, y su ausencia a la configuración delictual de las lesiones.

Para la investigación de este ánimo homicida hay que analizar las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la acción determinante del resultado lesivo, que se recogen en los hechos declarados como probados, y de forma muy especial las inherentes a las causas que originaron este resultado, a través de una valoración objetiva y ponderada, entre las que se encuentran los medios empleados en la acción y las características de las heridas.

Aplicada la anterior doctrina a los supuestos que se relatan como hechos probados, tenemos: como conductas previas a las causas del resultado, una enemistad, una discusión y una riña entre el procesado y la víctima, que si bien es cierto que no arrojan el ánimo homicida, tampoco le hacen desaparecer, porque estas tres circunstancias pueden originar un homicidio o unas lesiones, sin que por otra parte pueda admitirse, como pretende el recurrente, que el hecho de que durante la riña se señalen dos periodos, en los que el procesado, en el primero esgrimió un palo y en el segundo un hacha, excluya el ánimo de matar porque este puede surgir con toda normalidad en el calor de la lucha; como conducta posterior a la productiva del resultado, el abandono por el procesado del lugar de los hechos dejando a la víctima

tendida en el suelo en estado inconsciente, que, en la busca del ánimo del delito, es inoperante porque es dable o posible tanto en una como en otra clase de delito; y como circunstancias coetáneas a la acción, la existencia de múltiples heridas, entre las que destaca la existencia en la región parieto-frontal, de cinco centímetros con el carácter de inciso-contusa, implicando el carácter de inciso la realización por instrumento cortante como es el hacha utilizada por el procesado y este medio ha de considerarse idóneo para producir la muerte y la parte del cuerpo humano donde se produjo la herida adecuada por haberla ocasionado, por lo que es de apreciar en el sujeto activo del delito o en el procesado el «animus necandi» y por ello estimar correcta la calificación jurídica de los hechos como homicidio frustrado. (Sentencia de 3 de diciembre de 1977.)

Que si la intención sólo se descubre por le medios que la exterioriza, estos medios, según se refleja en los hechos probados, fueron tan idóneos para producir la muerte del agredido que la intención homicida se deduce con acusado relieve de ellos; y no tan sólo por la naturaleza del arma con la que se cometiera la agresión, una navaja que sacó el procesado en el curso de una reyerta surgida en el bar donde habían entrado en unión de unos amigos formando alboroto, tirando al suelo vasos que estaban en el mostrador, al serles llamada la atención por el dueño y clientes del bar por su conducta antisocial, sino, también por el lugar tan vulnerable del cuerpo de uno de los clientes del bar de los que les llamaron la atención, en que asestó el fortísimo golpe con la navaja a nivel del último espacio intercostal derecho que llegó a interesar el corazón, produciéndole intensa hemorragia que no le ocasionó la muerte gracias a la inmediata intervención quirúrgica y al adecuado tratamiento facultativo, conjugando, pues, el instrumento o arma esgrimida, en sí tan idónea y adecuadamente empleada, y el lugar tan vulnerable del cuerpo humano afectado que aloja órganos vitales, se pone de manifiesto la utilización por el autor del delito de los medios ejecutivos que deberían haber producido como resultado la muerte del agredido, que no se produjo debido a circunstancias totalmente ajenas a la voluntad del agente, todo lo cual pone de manifiesto que fue el «animus necandi» y no el ánimo de lesionar o herir lo que guió al procesado al agredir a la víctima, y al no haber conseguido su finalidad, lo que hubiese producido la consumación del delito en un nexo de causalidad, fue acertada y hasta obligada la calificación de delito de homicidio, en grado de frustración, que se hizo en la sentencia recurrida, por lo que procede desestimar el único motivo del recurso en el que se denuncia la infracción del artículo 407 en relación con el párrafo 2.º del artículo 3.º y la no aplicación del número 3.º del artículo 420, todos del Código Penal. (Sentencia de 12 de diciembre de 1977.)

Artículo 431. Escándalo público.

Mientras la normativa sustantivo-penal, tipificada en el artículo 431 del Código Penal, no sea legislativamente reformada, los hechos que se afirman probados y las representaciones gráfico-fotográficas a que se refieren, en la necesaria descripción que los hechos contienen para relatar fácticamente

lo acaecido, no hay medio hábil de negar que las representaciones gráficas son ofensivas al pudor y a las buenas costumbres, sin que el hecho de que determinadas personas se complazcan en el examen y contemplación de éstas impúdicas fotografías excluya que sean «per se» de forma intrínseca, gravemente escandalosas, con la inherente trascendencia que supone su exhibición en kioscos y librerías y su difusión a los lectores, entre los que indudablemente hay menores, a los que refiere el párrafo segundo del citado precepto, sin que obste a esta calificación la apertura actual en materia de espectáculos y publicaciones, pues aunque pueda trascender a los adultos, respecto a los menores, se prohíbe su acceso para evitar la repercusión que estas exhibiciones pueden tener, e indudablemente tienen, en su formación moral; sin que pueda negarse la dolosa intención de la publicación, pues ello pugna con la «presunción iuris tantum», establecida en el párrafo segundo del artículo 1.º del Código Penal, no eficazmente desvirtuado y siendo de recordar que, en referencia a este aspecto internacional, se afirma en el último inciso del primer Considerando, con contenido primordialmente de hecho, que se actuó «subordinando el escándalo que produzcan, a la consecuencia de un atrayente beneficio económico». (Sentencia de 17 de enero de 1978.)

Artículo 431. Escándalo público (tentativa).

Procede estimar el recurso, mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 3.º en relación con el párrafo 1.º de dicho artículo y con el artículo 52 del Código Penal, ya que los delitos de mera actividad no rechazan todas las formas de imperfección ejecutiva, pues así como es inimaginable la frustración, la tentativa es perfectamente posible, cuando dada la estructura del delito de que se trate, la conducta del agente sea fraccionable en el recorrido del «iter criminis», como ya ha declarado esta Sala, entre otras, en Sentencias de 7 de noviembre de 1973 y 20 de noviembre de 1976, y ello no solamente en el supuesto de conductas «plurisubsistentes» que pueden realizarse a través de sucesivos actos, sino incluso también en el supuesto de conductas «plurisubsistentes», que se perfeccionan por un solo acto, ya que, aunque en este último supuesto, en general, la realización del acto único produce, de suyo, la consumación, cabe la posibilidad de ciertos supuestos de excepción en los que sin corresponderse el acto realizado formal y exactamente con la conducta descrita en el tipo, aparezcan, como partes integrantes de la misma, de ahí, pues, que como del relato histórico de la sentencia recurrida aparece con absoluta claridad cuál era el plan delictivo del procesado, o sea, que tenía la intención de realizar el hecho consumativo del delito y, asimismo, que realizó actos que exceden de los meramente preparatorios e integran actos ejecutivos del plan trazado para llegar a alcanzar el fin perseguido, como fueron el de instar a las niñas a pasar al interior de un edificio ruinoso e intentar abrir la bragueta, y que si no llegó a realizar todos los actos ejecutivos que entraban en su designio y que hubiesen producido el hecho típico y, por tanto, la consumación del delito, fue debido a causas ajenas a su voluntad, como fue la intervención de un Policía Armada, que se había percatado

del propósito del procesado; claro resulta que la calificación que corresponde al hecho es de constituir un delito intentado de escándalo público. (Sentencia de 23 de enero de 1978.)

Artículo 436. Estupro.

La promesa de matrimonio integrante del engaño típico y eficaz en el estupro común o de seducción sancionado en el párrafo 1.º del artículo 436 del Código Penal, no sólo se origina, conforme a la jurisprudencia constante de esta Sala, entre ellas las Sentencias de 31 de marzo y 14 de mayo de 1977, por declaración expresa y categórica de matrimonio, sino que también puede ser hecha tácitamente, revelado por una serie de actos que den a conocer elocuentemente su existencia de noviazgo o de relaciones amorosas entre ofensor y ofendida, adornadas de las cualidades de lícitas, públicas y serias, de tal entidad que presagien una fundada culminación de matrimonio; es decir, que reuniéndose los demás requisitos de la modalidad de estupro en examen, a saber, la edad de la mujer protegida por el precepto que debe ser mayor de dieciséis y menor de veintitrés años, no menos que la honestidad de la misma, la culminante exigencia del engaño puede ser apreciada en la forma disyuntiva ya examinada, aparte otras acepciones del engaño de distinta índole que aún siendo de mucha menor frecuencia en la praxis lo haga equivalente; y esa promesa de matrimonio aparece de la relación de hechos probados en la que se expone cómo la ofendida de diecinueve años de edad y de conducta honesta, durante el curso de unas relaciones de noviazgo lícitas y públicas, en las que el procesado llegó a manifestar, en varias ocasiones, su propósito de casarse con ella, se entregó no sólo por la promesa matrimonial, como se dice en el primer Considerando de la sentencia impugnada integrando y completando la declaración de hechos probados en cuanto al momento en que se hizo la promesa, antes de conseguir el procesado el acceso carnal, sino también por las relaciones públicas que las confirmaban e hicieron infundir en la ofendida esa confianza a la celebración del matrimonio de la que se prevaleció el procesado para conseguir la iniciación de relaciones sexuales con su novia. (Sentencia de 18 de enero de 1978.)

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

El artículo 452 bis, b), 1.º del Código Penal considera delito relativo a la prostitución el hecho de promover, favorecer o facilitar la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años y la doctrina de esta Sala, en la aplicación del precepto, ha establecido que en dicho precepto y apartado deben entenderse comprendidas toda la gama de posibles actividades impúdicas que sean susceptibles de depravar, dañar o viciar a una de las personas designadas en la norma; que tratándose de una tipicidad de tendencia y no de resultado material, el delito se consuma desde el momento en que se inicia al menor en el camino del vicio, siendo punible cualquier

acción esporádica, que promueva, favorezca o facilite la prostitución o la corrupción, pudiendo ser sujetos activos del delito quienes realicen dichas actividades en propio provecho.

En el caso que nos ocupa el procesado y recurrente, casado, de treinta y ocho años de edad, tras de vencer la resistencia de la ofendida de dieciséis años de edad, realiza el acto carnal con ella, a finales de febrero de 1976, convenciéndola posteriormente a que se marchase a vivir con él, dejando su trabajo, engaña a los padres de la misma, haciéndose pasar como Secretario de la señora a quien la menor servía, para convencerles en que consintieran tal traslado, les entrega a ellos 10.000 pesetas, a la joven abundantes ropas y productos de perfumería, saliendo de viaje continuando sus íntimas relaciones, sin buscar trabajo a la muchacha, haciéndola su amante y manteniéndola a su disposición sexual, en vida común hasta el 31 de marzo, con lo que de persona honesta y moral, en todos los órdenes, la arrastra a una vida de vicio y de entrega carnal permanente, haciendo que una joven de corta edad, con vida honesta, transforme ésta en vida de vicio. (Sentencia de 19 de diciembre de 1977.)

Artículo 458, 2.º Injurias graves.

Es doctrina reiterada de esta Sala que la «gravedad» de las injurias dimana tanto del elemento «ontológico u objetivo» en que la injuria plasma («palabra o expresión» proferida, y «acción» ejecutada a que alude en su dicotomía el artículo 457 del Código Penal, comprensiva de las injurias verbales y reales), como del elemento «circunstancial», expresamente afirmado en los números 3.º y 4.º del artículo 458 del propio Código, en los que se menciona no sólo la «naturaleza» de las injurias atinente al inicial elemento objetivo que les sirve de soporte, sino también a las circunstancias en que aquéllas fueron vertidas, tanto en general, a efectos de la valoración social de la afrenta, como en particular; esto es, las que rodean a ofensor y ofendido, estado y dignidad de este último y demás circunstancias, entre ellas, de modo acusado, la presencia de otras personas (la llamada en doctrina «transmisión a tercero» de la ofensa, constitutiva en su nivel más alto de otra especie deshonorante: la **difamación**, suplantada en nuestro Derecho por la agravante de «publicidad» prevista en el artículo 463 del Código Penal); siendo igualmente de destacar dentro del antecedente elemento objetivo, la distinción entre «injurias imprecativas», ligadas a vocablos o frases acuñadas por su gran difusión social, salidas por ello directamente del subconsciente en situación emocional propicia, e «injurias ilativas», de textura intelectual más compleja, que por referirse a hechos o conductas concretas implican ya un cierto raciocinio, un punto de intelectual inducción que, «psicológicamente», las hace más elaboradas y acabadas que las simples y elementales expresiones de insulto y que, «jurídicamente», deben tener una traducción valorativa de mayor entidad o gravedad, proceso injurioso que aún se acrecienta más, si cabe, rozando la agravante de premeditación, por cuanto de cálculo frío y preordenado entraña, si el sujeto agente se vale de un inimpuntable, a modo de «complemento de la acción», amparándose en la sombra

del llamado «autor mediato», para verter con mayor insidia la afrenta que luego ratifica y explica ante el auditorio atraído por el incidente provocado inconscientemente por el instrumento o súcubo del verdadero autor de la injuria. (Sentencia de 25 de octubre de 1977.)

Artículo 480. Detención ilegal.

El delito de detención ilegal tipificado en el artículo 480 del Código Penal se caracteriza, como se desprende su texto punitivo, por ejecutarse por un particular, privando de libertad a otro, bien encerrándole, bien deteniéndole, constituyendo un atentado a la libertad humana, bien jurídico primario de rango constitucional protegido por el artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se comete aprehendiendo a una persona ilícitamente, haciéndola perder durante algún tiempo su libertad de movimiento y su iniciativa de personal desplazamiento o de disposición de su persona, o recluyéndola donde no quiere, y siendo así que el relato fáctico de la Sentencia impugnada afirma que los procesados, tras haber intimidado al empleado de la primera gasolinera, «le obligaron a que subiera con ellos en el coche», y que posteriormente, con igual maniobra intimidatoria, con el empleado de la segunda gasolinera, «le obligaron también a subir al coche, trasladándole junto con el anterior hasta unos seis kilómetros de Toledo, en donde los abandonaron», transcripción de la que se evidencia que dichos empleados fueron víctimas cada uno de ellos del delito de detención ilegal previsto y penado en el precepto penal expresado, que al haberse consumado en dos sujetos pasivos distintos engendran dos delitos propios, autónomos e independientes, por cuanto de una parte, cada una de las actuaciones delictivas tuvo plena perfección, subjetiva y objetivamente considerada, realizadas en momentos distintos y con precisión conocida, independientes entre sí y agotando cada una por entero el resultado propio que caracteriza a la figura relictiva contemplada, dándose la pluralidad de delitos. (Sentencia de 31 de enero de 1978.)

Artículo 487. Abandono de familia.

En atención a que determinados deberes derivados de la relación conyugal o paternofamiliar trascienden del ámbito de lo estrictamente privado, nuestro legislador ha incardinado en el Código Penal el incumplimiento de los mismos, como acontece en el artículo 487 sancionador del delito de abandono de familia, artículo que contiene un precepto legal en blanco en cuanto que para determinar cuáles sean los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela y el matrimonio hay que acudir a lo dispuesto al efecto en el Código Civil, y al hacerlo así, por lo que concretamente se refiere al supuesto de autos, nos encontramos con que, según el artículo 56 del referido Código Civil, los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, de ahí, pues, que al resultar del relato fáctico de la sentencia recurrida que el procesado que-

se hallaba casado con la ofendida desde el día 24 de octubre de 1967, el día 17 de marzo de 1974 salió del domicilio conyugal sin que se haya vuelto a tener noticias del mismo y desde cuya fecha no ha pasado cantidad alguna a la esposa, es evidente que aparecen suficientemente descritos los elementos integrantes del mencionado delito de abandono de familia, ya que la ausencia prolongada y, con apariencia de definitiva, del hogar familiar, por parte del procesado, supone el incumplimiento de los deberes de convivencia y mutuo auxilio impuestos con carácter de «ius cogens» por el referido artículo 56 del Código civil, y además ha de reputarse como malicioso, ya que como ha declarado con reiteración esta Sala, entre otras, en Sentencias de 28 de marzo de 1947, 28 de enero de 1971 y 16 de octubre de 1972, abandono malicioso tanto quiere decir como abandono consciente y voluntario en el plano de la culpabilidad como inmotivado o sin causa en el plano de la antijuricidad, entendiéndose que es inmotivado siempre que no aparezca probada la existencia de un motivo conocido o razonable que sirva para amparar la conducta de quien se ausenta del hogar doméstico dejando en desamparo moral y material a las personas puestas a su cargo en razón al «status familiar». (Sentencia de 21 de diciembre de 1977.)

Artículo 489 bis. Omisión del deber de socorro.

El delito de omisión del deber de socorro, previsto y penado en el artículo 489 bis del Código penal, donde el bien jurídico protegido es la defensa de la solidaridad humana, basado en los deberes de caridad y altruismo comunitario, con la inherente obligación de prestar apoyo al que necesita amparo, arranca de las Leyes de 9 de mayo de 1950 y 24 de diciembre de 1962, sobre uso y circulación de vehículos de motor, y contiene dicho precepto una regla o tipo general previsto en el párrafo primero del mismo y un tipo especial agravado del párrafo tercero. En relación con este párrafo, ha declarado reiteradamente la Sala que el delito se integra de una serie de requisitos fundamentales, de los que conviene subrayar: a) que el agente ocasione una víctima en accidente; b) que la víctima se encuentre desamparada, en peligro actual, manifiesto y grave; c) que se omita por el sujeto activo el cumplimiento del deber no ya sólo ético, sino jurídico de prestar socorro y ayuda a la víctima; d) que pueda hacerlo sin riesgo propio, ni de tercero, y sin encontrarse imposibilitado para ello por cualquier causa justificada; e) dolo o conciencia de la situación de desamparo, de la gravedad del abandonado y voluntad de no prestarle la ayuda más elemental y humanitaria, para paliar o remediar su situación de desamparo.

Aplicando tal recta doctrina al caso de autos y recurso que se analiza, la infracción por aplicación indebida del artículo 489 bis, números primero y tercero del Código Penal, en cuanto que el procesado detuvo su vehículo, se apeó un amigo del mismo, que se dirigió al lugar del accidente, hubo un conductor de camión que presenciaba éste y por tanto, aunque la conducta del procesado, al darse a la fuga, fuera reprobable en el orden moral, no integraba delito, puesto que no existía desamparo de la víctima; más la argumentación no puede en modo alguno prosperar, porque la víctima se en-

cuentra desamparada, mientras no reciba ayuda sanitaria, aunque otras personas estén dispuestas a hacerlo—en este caso el amigo y aun el conductor del camión—; la víctima recibió graves heridas, del atropello tuvo conciencia el recurrente, puesto que se apercibió correctamente, pese a lo cual se dio a la fuga, no prestó el personal auxilio que le exigía el Código Penal, con objeto de sustrarse a la acción de la justicia rehuyendo su responsabilidad, a tal extremo que negó en sus primeras declaraciones incluso ser el autor del atropello. (Sentencia de 9 de febrero de 1978.)

Artículo 500. Robo (ánimo de lucro).

Se alega en el recurso la falta del correspondiente ánimo de lucro en los actos de apoderamiento realizados por el recurrente, como necesario elemento subjetivo del tipo, sin el cual no es dable construir la figura legal del delito de robo en la que aparecen encuadrados tales hechos, es necesario poner de relieve una vez más, que según la reiterada interpretación de esta Sala, dicho ánimo de lucro se presume siempre a no ser que se demuestre lo contrario, en todas las conductas de ilícito apoderamiento. (Sentencia de 10 de diciembre de 1977.)

Artículo 504, 1.º. Escalamiento.

El escalamiento a que se refiere el número primero del artículo 504 del Código Penal, sólo «ex lege» puede entenderse como manifestación o modalidad de la fuerza en las cosas requeridas en el artículo 500 del citado Cuerpo legal, puesto que realmente el agente vence los obstáculos que el titular dominical ha establecido para preservar su patrimonio de apetencias apoderativas ajenas, no de modo violento, valiéndose de esfuerzo físico o de «vis en re» o de «vis ad rem», sino mediante su destreza o agilidad, cualidades que permiten soslayar o eludir esos obstáculos de modo subrepticio, logrando el acceso a las cosas muebles que desea incorporar a su patrimonio por vía insólita y no por conducto idóneo y normal; siendo preciso patentizar que el concepto de escalamiento ha experimentado, de modo constante y progresivo, un ensanchamiento, el que partiendo del significado gramatical—«acción y efecto de escalar»—, y escalar, «entrar en una plaza u otro lugar valiéndose de escalas» o «subir, trepar a una gran altura», lo que implicaría acción de ascender sobre el nivel del suelo, llegó al auténtico establecido en el inciso segundo, número primero, del artículo 421 del Código Penal de 1848, donde se dice «hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto» definición que, recogida por los Códigos posteriores hasta el de 1944, acentúa la exigencia de acceso a un inmueble por lugar no idóneo ni dedicado a tal fin, sin que, por el contrario, importe si para ello se ha de subir o trepar, si se ha de descender o si se entra por lugar situado al mismo nivel o altura que el de la vía pública o el del terreno circundante; y desaparecida, tras la reforma penal de 1944, la definición o interpretación auténtica citada, esta supresión no significa, como ha decla-

rado constantemente este Tribunal, v. g., en la Sentencia de 27 de mayo de 1977, un retorno o retroceso al sentido semántico de subir o trepar, por escala o sin ella, sino, antes al contrario, una nueva extensión del concepto, el cual seguirá abarcando los casos de entrada en inmuebles por vía no destinada al efecto, como, v. g., ventanas y balcones—Sentencias de 5 de noviembre de 1949, 4 de febrero de 1950 y 3 de marzo de 1952—, o por los tejados—Sentencias de 23 de septiembre de 1943—, gateras—Sentencia de 2 de julio de 1959—, chimeneas—Sentencia de 26 de noviembre de 1890—, tragaluces—Sentencia de 27 de diciembre de 1918—, claraboyas—Sentencia de 6 de octubre de 1965—, montantes de puertas—Sentencia de 21 de agosto de 1883 y 31 de enero de 1929—, agujeros o huecos—Sentencia de 6 de septiembre de 1911—, alcantarillado—Sentencia de 8 de mayo de 1945—, desagües—Sentencia de 8 de enero de 1954— y rastrillos y espacios inferiores de puertas—Sentencias de 19 de octubre de 1892 y 15 de noviembre de 1900—, pero también aquellos en los que, sin entrar en edificios, se acceda a los bienes muebles cuyo apoderamiento se desea, trepando, subiendo o ascendiendo, es decir, venciendo los obstáculos que el titular haya establecido para la adecuada protección de dichos bienes, mediante el empleo de un medio subrepticio demostrativo no de la fuerza o vigor físico del agente, sino de su ingeniosa agilidad y de su astuta destreza. (Sentencia de 30 de noviembre de 1977.)

Artículo 504, 4.º. Llaves falsas.

Resulta de los hechos probados que el recurrente había sido camarero del restaurante propiedad del perjudicado, pero cesaron las relaciones laborales, y por benevolencia del dueño le permite, mientras encontraba otro trabajo, pernoctar en la habitación que había ocupado mientras trabajaba, en unión de la esposa del recurrente. Y es entonces cuando éste decide apoderarse de dinero, de la caja fuerte del restaurante, aprovechando que el propietario había dejado las llaves en un tablero del mostrador como en otras ocasiones, y haciendo uso de ellas cometió la sustracción. En base de estos hechos, que conocidos por el propietario fueron inmediatamente denunciados, debe concluirse que el propietario había dejado su dinero en la caja fuerte, defendido de todo acceso extraño, que las llaves ya no las podía usar el acusado que había terminado su relación laboral y sólo permanecía en las habitaciones del restaurante por benevolencia, favor y ayuda del propietario, que dejó las llaves colgadas y olvidadas y que las sustrajo, sin su consentimiento, contra su consentimiento y con olvido de los elementales deberes de gratitud, las usó para apoderarse del dinero propiedad de aquél. Con ello se concluye que las llaves eran legítimas y se sustrajeron al propietario, con lo que el encaje en el artículo 504.4.º y 510 del Código Penal. (Sentencia de 22 de diciembre de 1977.)

Artículo 505, 2.º. Robo.

Se alega la infracción del artículo 505, número segundo, del Código Penal, en cuanto que apoyándose en las afirmaciones de la sentencia, dice que si el valor de las joyas sustraídas, tras el escalamiento y la rotura de la ventana, en casa habitada no ha podido ser determinado, aunque no consta que sea de cuantía superior a cincuenta mil pesetas, como no se determina la cantidad inferior, deja duda en cuanto a la cuantía, por cuya razón debió aplicarse el número primero del artículo 505 del Código Penal. Mas al así razonar el recurrente omite una afirmación sustancial de la sentencia y es aquella en que se afirma que se apoderó de siete mil pesetas en metálico y además otros efectos y alhajas en cuantía que reseña el recurso. Como el artículo 505, segundo, señala la pena de presidio menor, si el valor de lo robado excediere de cinco mil pesetas y no pasare de cincuenta mil pesetas, es claro que sólo el metálico excedía de seis mil pesetas, a lo que debía añadirse el valor de los efectos y joyas, cuyo valor real no excedía de cincuenta mil pesetas, con lo cual el Tribunal sentenciador procedió con corrección al aplicar el número segundo y no el primero como pretende el recurrente y aun con equidad, benevolencia y aplicando el principio «in dubio pro reo», pues bien pudo añadir al valor de las joyas que no excedían de cincuenta mil pesetas, el valor del metálico y aplicar el número tercero, postura que con prudencia no aplicó, en aras del aforismo jurídico «favorabilia sunt amplianda». Con lo que se concluye en la corrección de la postura del Tribunal en la aplicación del número y precepto que se dice violado. (Sentencia de 31 de enero de 1978.

Artículo 506, 2.º. Casa habitada.

Vigente el Código Penal de 1932, para que concurriera delito de robo con fuerza en las cosas era menester que el hecho se verificara en **casa habitada** o edificio público—artículo 497—, o en dependencia de casa habitada o de edificio público—artículos 497 y 500—, o finalmente, en lugar no habitado o en edificio no comprendido en el artículo 497—artículo 501—; y, como este Tribunal entendió, de modo constante, que el lugar no habitado debía al menos ser **habitable**, la conclusión ineludible era la de que si el hecho ocurría en lugar ni habitado ni habitable y que no fuera además dependencia o edificio que reuniera las características mencionadas, la conducta de los infractores, constituía, en su caso, delito de hurto y no delito de robo. Pero, promulgado el Código de 1944, aprobado mediante Decreto de 23 de diciembre de dicho año, en cuya exposición de Motivos, concretamente en el apartado B) de la misma, se dice que una de las finalidades de la reforma es la «Redacción del capítulo relativo al delito de robo con rigor científico», en el texto del mentado Código, desaparece toda referencia a lugar no habitado, pero habitable y, además, la casa habitada deja de constituir elemento integrante de la descripción o definición legal del delito de robo con fuerza en las cosas para integrar, en el número segundo del artículo 506, un simple subtipo o agravación específica; de lo que se deriva que si, los lugares donde

se perpetraron los hechos descritos en los apartados b), c) y d) de la narración histórica de la sentencia impugnada, no merecían el calificativo de casa habitada, bastaba con inaplicar el número segundo del artículo 506 citado, como así lo entendió el Tribunal de instancias y si tampoco eran lugar habitable, ello no impide, con la legalidad punitiva vigente, la aplicación del número segundo del artículo 504 del Código Penal, como lo hizo certeramente la Audiencia. (Sentencia de 30 de noviembre de 1977.)

Artículo 514, 1.º. Hurto.

A juicio del recurrente la arena hurtada no consta que fuera cosa mueble por su incorporación a un predio; ni tampoco que de ella se apoderase el agente sin la voluntad de su dueño. Esta motivación adviene inestimable por la falacia argumental de su doble apoyatura razonadora, pues de una parte en la peculiaridad de los arenales, la arena no está incorporada y formando cuerpo indivisible con la finca a que está adosada, sino que por la propia y peculiar naturaleza de estos predios la arena es el fruto, que no hay que arrancar ni separar con fuerza, sino solo sacarla, y por eso estos contratos se llaman de **saca de arenas**. Por otra parte, consta la voluntad contraria de la entidad propietaria de la arena a que de ella se apoderase en su provecho, lucro y beneficio el acusado, existiendo una presunción de que todo apoderamiento de cosa mueble ajena se presume con presunción «*iuris tantum*» contrario a la voluntad de su dueño, presunción que sólo cede ante la prueba eficiente de que la cosa fue apoderada con la permisión de su propietario, y de ello es buena prueba que el apoderamiento de cosa perdida previsto en el núm. 2.º del propio artículo se presume también que se realiza sin la voluntad de su dueño y sólo cede ante la contra presunción de que la cosa fue abandonada y no perdida. A mayor abundamiento, aun en el caso de que originariamente la arena se considerase inmueble, también procedería mantener el fallo recurrido por el principio de **pena justificada**, pues si la arena se separó de la finca con esta actuación se causó un daño y menoscabo y si además el objeto del daño—arena extraída—se apoderó el imputado con ánimo de lucro, este apoderamiento del producto del daño se encuadraría en el núm. 3.º del propio artículo 514. (Sentencia de 30 de enero de 1978.)

La llave de la puerta de entrada del piso de la víctima se hallaba colocada por ésta en el lugar que se indica, al alcance de sus amistades, donde fue cogida por la procesada, que se hallaba entre tales amistades, para ser utilizada por el desconocido autor material de la sustracción de las joyas, que se hallaban en el interior de dicha vivienda, para penetrar en la misma, en ocasión en que la inculpada, como amiga de la dueña había invitado a ésta a pasear, logrando con ardides que el piso quedase vacío y poniendo previamente a su coautor en conocimiento de tales circunstancias para que éste pudiera realizar el hecho impunemente, tal conducta no puede ser calificada de robo como pretende el Ministerio Fiscal en el primer motivo del recurso, al no aparecer claramente expresado que la propietaria hubiera sido despojada contra su voluntad manifiesta de la llave empleada,

que es en lo que consiste propiamente la sustracción exigida en el precepto que tipifica el subtipo de robo descrito en el núm. 4.º del artículo 504, en concordancia con el núm. 2.º del 510, ambos del Código Penal, ya que la palabra cogió, sinónima de asir o tomar en la mano, no puede ser entendida unívocamente como desposesión por tratarse en este caso de materia de exégesis o interpretación restrictiva al ir en perjuicio de la imputada, por lo que esta Sala tiene ya declarado en Sentencias de 9 de octubre de 1963 y 29 de octubre de 1966, entre otras, «que cuando las llaves se encuentran visiblemente al alcance de cualquiera **al cogerlas**, el procesado no rompe ninguna relación posesoria entre el dueño y la llave y no existe sustracción propiamente dicha, sino utilización sin violencia, ni fraude. (Sentencia de 26 de diciembre de 1977.)

Artículo 516, 2.º. Hurto (abuso de confianza).

Borrada la distinción entre el simple y el grave **abuso de confianza** por la reforma penal de 1944, que servía para caracterizar, respectivamente, la agravante genérica y la específica o cualificativa del hurto, es visto la amplitud sufrida por esta última modalidad agravatoria que según doctrina reiterada reposa en dos elementos: uno **subjetivo**, primero y fundamental, constituido por la real existencia de una relación de fiducia entre ofensor y ofendido, tal como la **relación doméstica** o asimilada de hospedaje oneroso o gratuito, la **labor o profesional** y la **relación de amistad** o a ella equivalente; y otro elemento de corte **objetivo**, derivado del primero, integrado por las facilidades de comisión que encuentra el delincuente inmerso en aquella atmósfera de descanso moral que se le otorga, con la consiguiente relajación de los resortes de custodia y vigilancia que de ordinario pone el propietario en su patrimonio, sustituidos por una expectativa de buen comportamiento que se espera de quien ha sido admitido a compartir situaciones o sentimientos que implican aquella dejación de los resortes dominicales; aspectos, ambos, que dan, a no dudarlo, en el sujeto que entra a participar en una comunidad de vida establecida por otras personas ligadas por una relación laboral o de otra índole y en cuyo seno es admitido por la amistad con uno de los miembros, pues esta convivencia bajo el mismo techo crea vínculos de lealtad entre **todos** ellos, basados en la mutua confianza que los liga, ligabilidad que obliga, a quien se incorporó, a respetar los bienes jurídicos, entre ellos los patrimoniales, de cuantos integran el grupo conviviente, que sólo así puede llevar a buen puerto su **solidaria** existencia.

Aplicado el anterior pensamiento al **factum** de la sentencia recurrida se hace preciso estimar el recurso del Ministerio Fiscal el que, en su único motivo, estima debió aplicarse el núm. 2.º, del artículo 516, del Código Penal, cualificador del hurto por el abuso de confianza concurrente y que, en efecto, concurre en la conducta del procesado quien, por causa de un disgusto familiar que lo alejó de su domicilio, fue invitado por un amigo a acogerse al piso que compartía con otros compañeros de trabajo viviendo todos ellos en comunidad, y en cuya vivienda, después de pernoctar una noche, el procesado, al siguiente día, prevalido de aquella situación de

colectiva convivencia, se apoderó de diecinueve mil pesetas que uno de los residentes guardaba en una maleta abierta debajo de la cama, pues es manifiesto que al prevalerse el reo de su admisión en la comunidad de que se trata quebrantó gravemente la confianza en él depositada por cuantos la integraban, faltó, en suma, al mínimo de lealtad debida a quienes de buen grado le recibieron y aceptaron para que compartiera la intimidad de la morada de todos y sin que sea óbice para tal quebranto decir que la relación de confianza no se dió entre el procesado y el perjudicado, sino entre aquél y quien le invitó a su casa, pues ya se ha dicho que desde el momento en que fue admitido sin objeción de nadie a compartir el piso de autos que todos ocupaban, todos le otorgaron el margen de confianza suficiente y necesario a la vez para que pudiera incorporarse a la vida en común. (Sentencia de 8 de febrero de 1978.)

Artículo 529, 1.º. Estafa.

Al estar encuadrado el engaño de que se trata en el número primero del artículo 529 del Código Penal como **apariencia de bienes y crédito**, tal modalidad específica de estafa desplaza a la genérica del artículo 533 del Código Penal conforme al primero y fundamental principio de especialidad que gobierna el concurso de normas (**lex specialis derogat legi generale**); es decir, que si de entre la serie de engaños en que tan fértil se muestra el ingenio humano, el legislador, ante la imposibilidad de agotarlos, destaca de manera específica los más graves y de mayor entidad y deja los restantes, de menor rango, para su castigo genérico y más benigno, dicho queda que tal tipicidad especializada como la gravedad del engaño concurren en la conducta del recurrente, quien no se redujo a una mendaz declaración de bienes y créditos, sino que la apoyó en letras de cambio radicalmente falsas y de las que él mismo fue el autor de la falsificación: todo lo cual llega su engaño, como especialmente previsto por su trascendencia, al número primero del artículo 529 del Código punitivo. (Sentencia de 16 de enero de 1978.)

Artículo 535. Apropiación indebida.

Procede aceptar la argumentación desarrollada en el único motivo subsistente del recurso al aparecer acreditado en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida cómo la recurrente, Jefe de Sección de los almacenes de la empresa de Artes Gráficas donde trabajaba, entregó, sin autorización ni conocimiento del propietario, diversos lotes de mercancías a la propietaria de un comercio de papelería por un valor conjunto de 146.495 pesetas, recibiendo de ella, en compensación por tales envíos, en tres ocasiones, sendas cajas de naranjas, por lo que le es aplicable la tipología de la apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, al afirmarse en la relación fáctica el quebrantamiento de confianza y abuso de facultad en el depósito que como jefe del almacén la incumbía al

disponer libremente de cosas en ese concepto a ella confiadas por razón de su empleo, aunque dispusiese de ellas a favor de otro a título gratuito, pues el móvil de beneficiar a un tercero, que guió su acción, no desvirtúa en absoluto el dolo y responsabilidad del autor del acto, al apropiarse antijurídicamente de las mercaderías confiadas por razón de su empleo quebrantando la lealtad en ella depositada. (Sentencia de 26 de diciembre de 1977.)

Si bien es cierto que el abuso de confianza es requisito esencial del delito de apropiación, hasta el extremo que la doctrina científica vio en él la característica para dar a la infracción punitiva sustantividad e independizarla de la estafa, denunciándose por determinado sector también como abuso de confianza, hay que tener en cuenta que este abuso de confianza no es necesario que se engendre por relaciones anteriores al negocio jurídico que se celebra como operativo del transpaso de la posesión del bien objeto de apropiación, sino que se refiere al inherente a este negocio jurídico válido llevado a efecto entre los sujetos activos y pasivos del delito y que es exigido por el tráfico jurídico dentro de la convivencia social.

Aplicando la anterior doctrina legal al caso enjuiciado por la sentencia recurrida, vemos cómo el Tribunal que la dio vida obró conforme a Derecho, porque el procesado recibió los objetos apropiados—dos sortijas valoradas en dos millones ochocientas mil pesetas—para su venta mediante una comisión, por lo que concertó, previamente a su conducta punitiva de disponer de ellas en beneficio propio, un encargo o gestión, contenido básico del contrato de mandato o comisión que lleva consigo la confianza que se quebranta por el ejercicio abusivo que de ella se hace, sin que sea necesario otra clase de relaciones precontractuales que la acrediten, por lo cual debe desestimarse el motivo amparador del recurso. (Sentencia de 13 de enero de 1978.)

Artículo 543. Usura.

Para que se pueda entender cometido el delito del artículo 543 del Código Penal es menester que además de haberse celebrado un contrato de préstamo que merezca el calificativo de usurario, conforme a la legislación civil anteriormente referida, este contrato haya sido enmascarado mediante otra fórmula contractual cualquiera, o lo que es lo mismo, es preciso la existencia de dos contratos, uno el subyacente o disimulado, que es el realmente querido y concertado y otro el simulado, no querido y adoptado, como disfraz para encubrir aquél; habiendo declarado esta Sala, entre otras, en Sentencia de fecha 11 de diciembre de 1972, que no pueden estar comprendidos en el precepto los supuestos, en los que se encubre no es el préstamo, sino la realidad del interés o la cuantía o tipo del mismo. (Sentencia de 17 de diciembre de 1977.)

Artículo 546 bis a). Receptación.

Entre los elementos estructurales del delito de receptación, figura como uno de los más esenciales el consistente en el previo conocimiento, por parte del receptor, de la perpetración de un delito contra los bienes, cuyo requisito ha sido denominado elemento cognoscitivo normativo, estado anímico de certeza o representación psicológica del origen ilícito de los bienes receptados, fundando, el impugnante, su tercer motivo de disconformidad con la sentencia recurrida, segundo de los admitidos, en la vaguedad e imprecisión con que la sentencia recurrida, en su relato fáctico se refiere a tan esencial elemento, añadiendo que la frase «costándole su ilegítima procedencia» es puramente presuntiva, indeterminada e inconcreta y, por consiguiente, totalmente inservible; pero, al argumentar así el referido impugnante, olvida que, desde tiempo ha, el conocimiento de la procedencia de los objetos adquiridos no se exige que sea cabal, exacto, pormenorizado, exhaustivo y específico, teniendo conciencia del delito base en todos sus detalles y especial naturaleza, de la identidad de su autores y de la sustancia, calidad, cantidad y valor de los objetos sustraídos, sino que basta, no la sospecha, el recelo o la presunción, pero sí el conocimiento abstracto y genérico de lo sucedido, de la ilegitimidad o ilicitud de la procedencia de lo adquirido y de la falta de título legítimo de posesión en el transmitente, viniendo a constituir la fórmula que generalmente emplean los Tribunales de instancia, «con conocimiento de la ilegítima procedencia», «a sabiendas de su ilícito origen», «conociendo su mala procedencia», u otras semejantes o parecidas, verdadera **cláusula de estilo** con la que quieren significar, dichos Tribunales, mediante soberana decisión, la presencia en el caso de ese elemento cognoscitivo normativo, siendo tales expresiones suficientemente satisfactorias de las exigencias legales que, de ese modo, quedan colmadas, con lo que, infiriéndose de todo lo dicho que la frase utilizada por la Audiencia «a quo» para expresar la concurrencia del requisito del previo conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes es suficientemente expresiva y satisfactoria. (Sentencia de 29 de diciembre de 1977.)

Artículo 563 bis b). Cheque en descubierto.

La doctrina interpretativa de ésta Sala en torno a la figura de **cheque en descubierto**, tal como fue descrita por la reforma penal de 15 de noviembre de 1971, viene exigiendo: a) Una **acción** de libramiento del cheque o talón de cuenta corriente, lo que implica que tales títulos-valores reúnan los requisitos formales exigidos por el artículo 535 del Código de Comercio indispensables para que puedan aflorar al tráfico mercantil, cuya protección está en la primera línea de la **mens legislatoris**; dinámica delictiva que adopta tres modalidades diversas y escalonadas: El libramiento sin «**fondos bastantes**» en poder del librado; la retirada **total o parcial** de la provisión (bloqueo del cheque) impidiendo el pago; y, en fin, la negociación del cheque **sin cobertura** por el tomador; b) un elemento de **antijuricidad** que

la última redacción legal expresa con toda amplitud al consignar que el libramiento pueda hacerse «con cualquier finalidad», de suerte que junto a la normal función solutoria del cheque—expresamente exigida por el anterior tipo derogado—se pueden contemplar otras, en particular la disputada función de garantía, con la única limitación de que la finalidad perseguida bajo una falsa apariencia jurídica no sea ilícita, ya desde el punto de vista penal, ya desde la perspectiva del general ordenamiento jurídico (Sentencias de 2 de noviembre de 1974, 21 de mayo de 1977 entre otras); un factor de culpabilidad que si para el tomador ha de ser siempre dolosa, puesto que su negociación ha de ser «a sabiendas» de su falta de cobertura, para el librador puede ser dolosa o culposa, apreciada esta segunda modalidad conforme al artículo 565 del Código Penal para el caso de que realizado el libramiento sin conciencia de la falta o insuficiencia del encaje, no se hubiere asegurado de ello el librado o hubiere incurrido al respecto en error vencible; y c) un elemento atinente a la punibilidad a manera de excusa absolutoria que permite al librador que hubiere consumado la acción típica en la forma expuesta, quedar exento de responsabilidad penal si hiciera efectivo el importe del cheque o talón (en su totalidad, por tanto) en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de presentación de aquéllos al cobro; de cuyo conjunto legal e interpretativo ya se desprende suficientemente que el libramiento que no cubra la entera cifra del cheque o su posterior bloqueo de parte de la misma, como en fin el pago «post delictum» que no alcance igual plenitud, carecen de relevancia para la destipificación del acto o para la posterior liberación graciable de la penalidad. (Sentencia de 15 de noviembre de 1977.)

Artículo 563 bis b). Cheque en descubierto (pago parcial).

La procesada para el pago de mercancía adquirida en establecimiento mercantil, por importe de 3.530 pesetas, y una vez que la misma le fue servida en su domicilio entregó un cheque por ese importe a sabiendas de la falta de cobertura en el Banco librado que, por lo mismo, no realizó el pago a la presentación del mandato; sin que sea óbice que firmado el documento entregase la recurrente 500 pesetas en efectivo al tomador del título; pues ya queda dicho que tal pago parcial después de la emisión del cheque, como la insuficiencia de fondos en la fecha del libramiento no afectan ni a la consumación del delito, ni la posible y posterior exención de responsabilidad en el plazo de gracia otorgado por la Ley; de suerte que no puede decirse, como hace la recurrente, que el pago de parte de la deuda contraída despoja al cheque de su carácter, convirtiéndolo en simple documento acreditativo de una obligación contraída en su día; pues aparte de todo lo dicho respecto a la ineficacia penal de un pago parcial y extemporáneo del cheque, en el orden mercantil tampoco puede desvirtuar al carácter del cheque, como lo afirma expresamente para la letra de cambio el artículo 494 del Código de Comercio, quedando subsistentes el protesto para la cantidad que hubiere dejado de pagarse, normativa aplicable al cheque según preceptúa el artículo 542 del propio Código y que no

quiere decir otra cosa sino que el cheque, cuyo pago es aceptado en parte por el tenedor, conserva por el resto de su importe no pagado toda su eficacia y fuerza ejecutiva, cumplido el requisito de su protesto, en contra de lo pretendido por la recurrente. (Sentencia de 15 de noviembre de 1977.)

Artículo 564. Excusa absolutoria.

Conforme al criterio sustentado en diversas sentencias de esta Sala, la excusa absolutoria del artículo 564 del Código Penal no puede aplicarse a otras personas que aquellas a que expresamente hace referencia el precepto, la de fecha 10 de noviembre de 1969, precisó, que como en dicho artículo se menciona exclusivamente a los cónyuges, ascendientes, descendientes o afines en la misma línea, en ninguna de cuyas categorías o calidades parentales pueden ser incluidos los padrastros y los hijastros en cuanto que ninguna relación parental existe entre el segundo esposo de la madre y el hijo habido del primer matrimonio de ésta, no es de aplicar la mentada excusa absolutoria a los delitos en los que sea sujeto activo el hijastro y pasivo el padrastro, en cuanto que, como queda dicho, no es extensible el texto de excepción a supuestos distintos de los en él comprendidos de forma expresa.

La aplicación de lo anteriormente expuesto, al caso de autos, en el que según aparece del Resultando de hechos probados de la sentencia recurrida, el perjudicado por el delito de robo cometido por la procesada fue el padrastro del marido de aquélla, conduce a declarar la procedencia de desestimar el único motivo del recurso interpuesto, mediante el que se denuncia la infracción, por falta de aplicación, del artículo 564 del Código Penal, pues aunque hipotéticamente se reconociese el pretendido parentesco por afinidad entre el hijastro y el padrastro no podría reconocerse su existencia entre éste y la mujer de aquél por aplicación de la vieja regla, de perfecta aplicación en nuestro Derecho, según la cual, «affinitatis non parit affinitatem». (Sentencia de 27 de octubre de 1977.)

Artículo 565. Imprudencia.

La maniobra de **adelantamiento** dentro de la circulación de vehículos de motor, es una de las más peligrosas, productora, por ende, de frecuentes resultados mortales, lo que explica las minuciosas reglas que a tal maniobra dedica el artículo 30 del Código de la Circulación, a tenor de las tres fases en que cabe descomponerla: antes, en y después de realizarla; de suerte que en la **fase inicial** ha de asegurarse el conductor del vehículo que pretende adelantar de que puede efectuarlo sin riesgo de choque con otro vehículo que venga en sentido contrario, invocación al riesgo hecha por el legislador de modo muy sintomático, en cuanto el peligro es la antesala de la culpa, por lo que, a mayor entidad de aquél, más grave será la imprudencia de él dimanante, sin que el hecho de estar previsto en un precepto reglamentario lleve forzosamente a degradar la imprudencia desde su especie de teme-

raria a la inferior de simple antirreglamentaria, pues como también viene afirmando repetidamente esta Sala, la gravedad de la culpa depende de la mensuración de sus elementos estructurales, esto es, el **factor psicológico** de la previsibilidad —paralelo en su entidad al peligro suscitado— en alianza con el **elemento normativo** de la reprochabilidad, en atención a la importancia del **deber objetivo de cuidado** que se conculca, encarne o no este deber en un mandato de policía administrativa, aunque, por lo general, tratándose de circulación, la complejidad de dicho fenómeno en nuestros días lleva a dictar reglas que lo encaucen, cada vez más minuciosas, lo que no debe oscurecer, como se ha dicho, la distinta graduación de la culpa encuadrada por la malla de reglamentos y ordenanzas. (Sentencia de 3 de febrero de 1978.)

Artículo 565. Imprudencia temeraria.

El factor psicológico de la distracción o desatención en el manejo y pilotaje de vehículos de motor, con inmediata repercusión en el factor normativo del deber de cuidado, admiten una graduación cuantitativa que lógicamente se traduce en la mayor o menor gravedad de la imprudencia culposa, de la que aquellos dos factores son elementos integrantes, de manera que si se deja de prestar la diligencia indispensable o la atención elemental que prestaría cualquier hombre medio, o la mínima exigible donde aparece riesgo y peligro, como si existe inhibición absoluta ante el ineludible deber de permanecer o estar atento, entra en juego la más grave de las imprudencias delictivas y punibles conocida como temeraria, mientras que si las imputadas omisiones o negligencias no tienen dicha importancia o relevancia, consistiendo en una falta de diligencia no cualificada, unida a la infracción de un precepto reglado de general obligatoriedad y observancia, o de una norma común y conocida experiencia tácitamente admitida y guardada en el prudente desarrollo de la vida social, en salvaguardia de perjuicios a terceros y aún propios, se configura la infracción culposa denominada imprudencia antirreglamentaria, lo que denota la importancia de este factor anímico en la delincuencia culposa, en el complejo tráfico circulatorio del tiempo actual obligando a concentrar la conciencia de los conductores de vehículos que circulan por vías públicas en cuantas contingencias o incidentes vayan surgiendo a compás de la conducción ejercitada, bien de manera intensa y singular, o bien de manera multilateral, que exige el desarrollo de la llamada visión lateral, sin descuidar la primordial de visión frontal o delantera, además de exigirse en todo caso un tiempo de reacción mínimo (los llamados reflejos automáticos por el hábito de conducir), ante el riesgo surgido de improviso. (Sentencia de 20 de diciembre de 1977.)

ARZT, Gunther: "Strafrecht. Besonder Teil. Delikte gegen die Person. (Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la persona). Gieseking Verlag, Bielefeld, 1977. 204 páginas.

Con una dedicatoria a su maestro Jürgen Baumann, abre el profesor Gunther Arzt esta primera parte de lo que está llamado a ser, en su día, un completo Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal alemán en cinco volúmenes. Hasta el momento sólo ha aparecido el primero (referente a los delitos contra la persona), pero el autor, actualmente profesor ordinario en la Universidad de Nürenberg, anuncia en la introducción a la obra, que la aparición de los cuatro restantes no se hará esperar.

También en la introducción se realizan una serie de consideraciones sobre los estudios de las partes general y especial del Derecho Penal en Alemania, con especial referencia a la importancia y necesidad de estos últimos, hasta cierto punto descuidado. No en vano, el autor consagra en la actualidad gran parte de su tarea investigadora al estudio de los delitos en particular. Resalta en este punto por su extraordinaria importancia su contribución al estudio de la "Kleinkriminalität", con especial alusión a los delitos contra la propiedad, materia en la actualidad muy debatida en la dogmática y praxis alemanas y respecto de la cual expuso sus conclusiones en el ciclo de Conferencias que sobre este tema se desarrolló en el mes de noviembre pasado bajo el patrocinio de la Fundación Theodor-Heuss-Akademie, de Gummersbach.

La obra consta de dos partes. La primera desarrolla una introducción al estudio de la Parte Especial del Derecho Penal, analizándose las relaciones de ésta con la Parte General y con el Derecho Procesal Penal. En la segunda parte es donde propiamente se tratan las diversas tipologías que el autor agrupa bajo el "nomen iuris" de "delitos contra la persona".

Después de exponer el concepto y contenido de estos delitos, analiza el profesor Arzt el bien jurídico "vida humana", haciendo objeto de posterior estudio las tipologías del homicidio, asesinato e infanticidio. Especial consideración merecen las formas comisivas culposas del delito de homicidio. Se analizan a continuación los delitos contra la integridad corporal a los que sigue un minucioso análisis de "lege lata" y de política criminal referente al aborto. Se estudian posteriormente los delitos contra el honor y, por último, los que atentan contra la libertad personal: destaca en este punto el detenido análisis que se realiza de las coacciones.

Se trata, en definitiva, de un completo estudio de los delitos contra las personas realizado con detenida profundidad como lo ponen de manifiesto la gran cantidad de material bibliográfico utilizado—inagotable

fuelle de conocimientos científicos y prácticos—y las constantes citas a la doctrina sentada por el Bundesgerichtshof. Pero la obra representa ante todo la primera aportación a una tarea de investigación orientada a la práctica que, una vez completa, constituirá el más reciente Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal alemán y, por consiguiente, un imprescindible libro de consulta.

AGUSTÍN JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR

Profesor Adjunto Interino de Derecho Penal. Granada

BAUMANN, Jürgen: «Strafrecht im Umbruch» (Derecho Penal en cambio). Demokratie und Rechtsstaat. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1977. 131 páginas.

El Estado de Derecho ha aparecido frecuentemente en la Historia como una organización de poder cuyo fin primordial era el mantenimiento del orden social mediante el ejercicio de la autoridad. Pero respecto a una sociedad basada en el principio fundamental de la soberanía popular y en la que existe un "consensus" fundamental respecto de las bases del orden social establecido en la Constitución, el planteamiento anteriormente reseñado resulta completamente insostenible. Por el contrario, en ella se hacen sumamente necesarios—junto con la crítica— todos los esfuerzos tendentes a proteger las reglas del juego democrático y a salvaguardar la Constitución frente a las manipulaciones de que pueda ser objeto y el desgaste que, lógicamente, produce su permanencia en el tiempo. Para el logro de estos fines resultan imprescindibles una serie de plataformas de discusión sobre temas fundamentales y ninguno más fundamental en este aspecto que el Derecho positivo de las diferentes comunidades políticas que debe ser objeto de especial estudio, discusión y crítica en orden a su reforma y progresivo perfeccionamiento. Se trata de una necesidad que, sin duda, encuentra su máxima expresión respecto de los diferentes ordenamientos penales. La serie "Democracia y Estado de Derecho" está presidida por la idea de ofrecer una plataforma destinada a estos fines.

Así lo ponen de manifiesto las obras hasta el momento publicadas en las que resaltan títulos como "Derecho y clases sociales", "¿Crisis del Estado?", "Terrorismo contra Estado de Derecho", "Propiedad y Derecho", etc. La obra de Baumann que ahora se presenta, como las anteriores, adopta una postura esencialmente crítica y reformadora de cara al Derecho positivo. Así lo pone de manifiesto en la introducción a la obra una persona que, como Rudolf Wassermann, está íntimamente vinculada a la teoría del Derecho Penal y a su práctica a través de la Presidencia del Oberlandergericht, de Hannover. En la citada introducción se realiza un amplio esbozo del perfil del autor y su obra. Sobradamente conocidos estos detalles, interesa recordar que Baumann se encuentra en estos momentos temporalmente alejado de la docencia en Tübingen

por haber sido designado en 1976 ministro de Justicia para Berlín. La vertiente teórica y práctica de Baumann queda perfectamente reflejada en este "Derecho Penal en cambio", dividido en dos partes bien diferenciadas. En la primera se realiza una aproximación teórico-reformadora a diversos puntos del Derecho Penal y de la Ciencia Penitenciaria. En la segunda se hace referencia a algunos aspectos de las reformas llevadas a la práctica por el autor desde su puesto de ministro de Justicia.

Contiene la obra un total de once artículos, entre los que destacan los que hacen referencia a problemas como el de la posibilidad de exigir una responsabilidad social en medios sin libertad social, hasta qué punto se pueden considerar los ciudadanos vinculados éticamente por el Derecho Penal de su comunidad, la necesidad de una modificación restrictiva en el alcance de la protección penal del derecho de propiedad, la responsabilidad criminal de las sociedades y hasta qué punto una discusión acerca de los fines y la moralidad de las penas severas en el moderno Derecho Penal se ha convertido en un absurdo, en algo sin esperanza y sin sentido. Pero, por su importancia, resaltan entre todos dos artículos destinados al estudio del binomio "culpabilidad-expiación" y los problemas actuales del Derecho Penitenciario en la República Federal Alemana.

En lo concerniente al primer tema, una vez más, Baumann se muestra partidario de "la culpabilidad expiatoria" fundamentada en la utilidad general y en el amor a la justicia y a los hombres. Analiza ese concepto de culpabilidad poniendo de manifiesto los diversos estadios de su evolución. El primero supuso una desmitificación del mismo "puesto que imponer una pena no es un acto metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad que, como la nuestra, es y será siempre, por humana, imperfecta". El segundo supuso su secularización, con lo que se desvinculó de conceptos morales y religiosos. El tercero llevó consigo una socialización de la culpabilidad: ésta no sólo conlleva un juicio de reproche jurídico, sino que debe conllevar también un juicio de reproche social "lo que exige una organización social en la que sea lícito exigir a los ciudadanos conductas socialmente responsables y respetuosas con las reglas generales de la misma". De otra parte, expiación no significa retribución. El "punitur quia peccatum est et punitur ne peccetur" es una muestra del Derecho Penal primitivo que desgraciadamente sobrevive aún en muchas legislaciones alcanzando su máxima plasmación en la pena de muerte. Si se parte de la conocida definición de pena de Grotius "poena est malum passionis quod infligitur propter malum actionis", la pena sería un mal para el delincuente, pero si nada se logra con ella es, a la vez, un mal para la sociedad. "El mal social del hecho tiene la consecuencia de ser además de un mal para el autor, un mal para la comunidad social. De esta forma, la pena viene a duplicar el mal causado por el delito: es la pena sin finalidad propia de un Derecho penal intrínsecamente lesivo para la sociedad en que rige". La culpabilidad expiatoria es, por el contrario, algo que debe conllevar reconciliación del delincuente con la sociedad de tal forma que ésta reacepte y rehabilite a aquél. Esto, fundamentalmente, llevaría a una reconsideración de las penas actualmente existentes (sin sentido, insuficientes o exageradas),

así como a un replanteamiento de los sistemas de ejecución de las que subsistieran.

De esta forma, la culpabilidad expiatoria tiene como consecuencia el exigir nuevos planteamientos en la Ciencia Penitenciaria a la que Baumann dedica un profundo estudio en su actual problemática. Tras plantear el problema en la República Federal Alemana, analiza la normativa vigente desde el Reglamento de 1879 hasta el Proyecto Gubernamental de 1972, poniendo de manifiesto sus defectos en cuanto a métodos de tratamiento, estructura de los establecimientos, adaptación a las condiciones del medio libre, etc. Analiza también los principios fundamentales en que debe basarse la reforma: seguridad jurídica, organización de Tribunales, agilización burocrática, personal especializado, etc., recomendando que "las discusiones fundamentales no obstaculicen el logro de los que deben considerarse programa mínimos".

La obra, en definitiva, trata problemas de gran actualidad científica y práctica, realizando aportaciones inéditas y otras ya editadas en lugares difícilmente accesibles y convenientemente puestas al día, lo que justifica la gran aceptación de la que está siendo objeto. Claro que no se debe olvidar, como manifiesta su autor, que respecto al Derecho Penal "a quien busca lo perfecto, el plan perfecto, como la gran luz de Berthold Brechts, conviene recomendarle la preparación urgente de un segundo plan".

AGUSTÍN JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR

Profesor Adjunto Interino de Derecho Penal. Granada.

Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977. Herausgegeben von Hans-Heinrich Jeschek und Hans Lüttger. Walter de Gruyter. Berlin, New York 1977. (Libro homenaje a Eduard Dreher con motivo de su setenta cumpleaños). 799 págs.

Al trazar las líneas generales del perfil humano del doctor Dreher en su introducción a esta obra colectiva, afirma el profesor Karl Lackner de la Universidad de Heidelberg que muy pocas personas tan estrechamente vinculadas a las altas esferas técnicas de un Ministerio de Justicia durante tanto tiempo como el homenajeado, han tenido la capacidad suficiente como para desarrollar al mismo tiempo una tan amplia actividad científica. El asistente Otto Arnold, de la Universidad de Berlín, realiza un detenido análisis de esta actividad y destaca, junto a una Teoría General del Derecho y de la Pena, las múltiples consideraciones críticas que el doctor Dreher ha realizado en favor de la reforma del Derecho penal alemán y, sobre todo, sus famosísimos "Comentarios al Código Penal", cuya trigésimoséptima edición de 1977 resulta de imprescindible consulta para todo el interesado en problemas penales alemanes.

Nos encontramos ante un merecido homenaje que ha posibilitado una obra de colaboración a la que han aportado sus más diversos artículos relevantes figuras del Derecho penal alemán actual en los planos de la

teoría y de la práctica. No se olvida la siempre necesaria aportación extranjera que en este caso particular viene representada por los profesores Serini, Simson y Rodríguez Devesa, que recogen las últimas reformas penales acaecidas en Austria, Suiza y España, respectivamente. El profesor Rodríguez Devesa centra su estudio en la reciente reforma del Código penal español de 19 de julio de 1976.

Aparte lo expuesto, pueden destacarse en la obra seis secciones referentes a cuestiones jurídicas generales, Parte General y Especial del Derecho Penal, Derecho Penal Militar, Política Criminal y reforma del Derecho Penal y, por último, consideraciones sobre organización judicial y Derecho Procesal Penal.

En la sección primera se analiza un amplio espectro de cuestiones, desde las más generales referentes a la ilicitud y a la injusticia o a problemas Constitucionales de Derecho Penal —a cargo de los profesores Hardwig y Müller-Dietz de las Universidades de Hamburgo y Saarbrücken, respectivamente— hasta las particulares del Derecho penal de las falsificaciones artísticas y las garantías del ciudadano ante la investigación judicial de la verdad —a cargo del profesor Würtenberger de la Universidad de Friburgo y del doctor Günther Willms, juez del Tribunal Supremo Federal de Karlsruhe—. Se examinan también otras cuestiones referentes a particularidades de la organización judicial alemana.

Para el dogmático revisten especial interés las secciones segunda y tercera en las que son objeto de análisis el momento consumativo de los delitos de omisión (profesor Schaffstein de la Universidad de Göttingen), la complicidad y causalidad (prof. Spindel de la Universidad de Würzburg), una nueva sistematización de las causas de justificación (profesor Hruschka de la Universidad de Hamburgo) y la agresión ilegítima en relación con la legítima defensa (profesor Hirsch de la Universidad de Colonia). En otros artículos se analizan, a la luz del Derecho positivo alemán, las imprudencias automovilísticas cometidas como consecuencia del exceso de bebidas alcohólicas, la ayuda al suicidio, la resistencia a agentes de la autoridad (§ 113 StGB), la provocación en los delitos de homicidio (§ 213 StGB), determinados tipos de hurto (§ 243, 2 StGB), el concepto de encubrimiento (§ 257 StGB) y los supuestos de concurrencia de circunstancias atenuantes (§ 50 StGB), siendo sus autores, respectivamente, los profesores Maiwald, Roxin, Naucke, Geilen, Zipf, Vogler y el doctor Hartmuth Horstkotte, del Tribunal Federal de Berlín.

En la sección cuarta, los consejeros ministeriales de Bonn, doctores Schölz y Schwenck, plantean interesantes problemas relacionados con la obligatoriedad de las órdenes militares y las consecuencias jurídicas del desconocimiento de dicha obligatoriedad.

Las técnicas de ventas y ofrecimiento de productos de consumo en grandes almacenes han dado lugar a una profunda y difícil problemática penal y criminológica a la que difícilmente se encuentra solución. La dogmática alemana está en la actualidad especialmente preocupada en este asunto y así se pone de manifiesto con la lectura de las consideraciones prácticas y de "lege ferenda" que propone el profesor Geerds de la Universidad de Frankfurt. En la sección quinta de este libro homenaje no

faltan consideraciones referentes a los juegos de azar y a los abusos del poder público que, desde el punto de vista de Política Criminal, son analizados por los profesores Langle y Lüttger, de las Universidades de Colonia y Berlín, respectivamente.

La última reforma procesal, llevada a cabo en Alemania el 20 de diciembre de 1974, es objeto de detenido análisis en esta obra. Ludwig Martin (fiscal general del Tribunal Federal de Karlsruhe) expone las líneas generales de la misma, las cuales son objeto de posterior análisis y crítica por los doctores Dünnebier y Kleinknecht, de los Tribunales de Bremen y Berlín, respectivamente. En esta parte de la obra se contienen también consideraciones sobre la necesidad de la reforma de la revisión en asuntos penales (profesor Saarstedt, de la Universidad de Berlín) dentro de la reforma general del sistema de recursos penales (prof. Krauth, del Tribunal de Karlsruhe).

Se cierra esta obra de colaboración con un artículo del profesor Hans-Heinrich Jescheck referente a la falta de paralelismo que en el Derecho comparado encuentra una reciente disposición procesal alemana tendente a separar de la defensa de los procesados por delitos de terrorismo a todos aquellos abogados defensores respecto de los cuales se pueda sospechar su implicación fáctica o ideológica con el grupo terrorista que perpetró el hecho que ha dado lugar a la causa criminal.

Nos encontramos, en definitiva, ante una interesante colección de artículos que sin duda atraerán la atención del penalista y el procesalista, del teórico y del práctico del Derecho, habida cuenta el carácter transnacional profundo y a la vez detallista y concreto que se ha querido dar por los profesores Jescheck y Lüttger a este Libro Homenaje al doctor Eduard Dreher.

AGUSTÍN ZUGALDÍA ESPINAR

Profesor Adjunto Interino
Granada

FURRIEL, V. J. y HUNT, D. D.: "Organized Crime", California, 1976, 218 páginas.

Se ocupa el autor de la exposición de los problemas que presenta la criminalidad organizada. Dentro del mundo del delito es el problema de mayor gravedad en Estados Unidos, pues ha de tenerse en cuenta que el crimen organizado es más peligroso en cuanto que las organizaciones criminales preparan con más minuciosidad sus delitos, dejando pocas posibilidades de poder ser descubiertos; por otra parte, su poder a veces es tan grande que la víctima no se atreve a denunciar los hechos o colaborar con la administración de justicia. Recuerda el autor la importancia que ha tenido en estas asociaciones la intervención de famosos delincuentes italianos. Dedicar algunos capítulos de la obra a los más conocidos delincuentes y sus organizaciones; cabe destacar la era de Torrio-Capone, entre los

años 1919-1930, que es donde hay que buscar el origen del actual gangsterismo americano.

En la obra se dedica especialmente atención a la criminalidad organizada en California, con los problemas que plantean las organizaciones de mafiosos, con una relación de los gangs más conocidos y sus actividades.

En cuanto a la cosa nostra se hace un estudio de veintiséis grupos familiares repartidos por las distintas ciudades de los Estados Unidos. Las zonas de mayor actividad se centran en la parte atlántica, especialmente en el norte; también hay algunas familias en el sur y en la zona del pacífico, aunque son poco frecuentes; en el sur solamente se recoge en Miami y Nueva Orleáns, mientras que en Pacífico cabe destacar la actuación de la cosa nostra en las ciudades de San Francisco, San José y Los Angeles. El mayor número de familias delincuentes se encuentran en Nueva York, que es precisamente la ciudad de mayor criminalidad en América.

Se hace un estudio en la obra de la composición de los gangs, su organización, forma de actuar y su poder en el terreno de la extorsión. Termina la obra con una serie de consideraciones en la lucha contra el crimen organizado.

No cabe duda que, afortunadamente, la organización criminal en Europa es notablemente más imperfecta que en los Estados Unidos. En España es muy deficiente (1), estando muy por debajo de Italia, Alemania, Inglaterra o Francia, aunque ya comienzan a aparecer algunas organizaciones que ofrecen peligrosidad. A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, tiene más relieve en Europa la profesionalización de ciertas organizaciones que, bajo la excusa de finalidad política, se dedican a la comisión de actos terroristas. Dentro de estas organizaciones el delincuente político puro se da en contados casos; para muchos esa actividad constituye una forma de vida.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

GARCIA RAMIREZ, Sergio: "La prisión". Edit. Fondo de Cultura Económica. México, 1975. 205 págs.

Aparece este libro en un momento clave, sin dramatizar el estado de las prisiones —con terminología Howardiana—, pero en el que se le encuentra el elemental examen crítico de todo científico.

"La prisión está llena de una carga dialéctica que siempre ha sido explotada, en favor de una determinada postura intelectual o doctrinaria. Parece que hablamos con fraseología apodíctica pero no es así. Mientras el hombre no tenga más capacidad de imaginación, la prisión, cualquiera sea el nombre que se le adjudique, la institución penitencia como tal, tendrá razón de obligada existencia independientemente de los postulados

(1) Véase SERRANO GÓMEZ, *Criminología de las asociaciones ilícitas*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1973, fasc. 1.

que defienden los autores entre los que se encuentra el que comentamos.

Pero resulta que el prefacio, que no lo parece, alcanza las 23 páginas del libro, se nos antoja auténticamente desesperanzador. Léase la nota 7 de su página 11: "En este orden de cosas bate una marca el inaudito Decreto español de 28 de julio de 1944 a cuyo tenor, cuando funcionario "policíaco" —el entrecomillado es mío— cometa una falta o delito (inclusive lesiones o muerte), en acto de servicio, la Autoridad Judicial que conozca del caso deberá dirigirse al Director General de Seguridad en Madrid y en las provincias al Gobernador Civil para que informe si obró o no en virtud de obediencia debida... Es decir, la calificación jurisdiccional de la circunstancia eximente 12 del artículo 8 del vigente Código penal queda mediatizada y "de facto" impedida por una intolerable injerencia gubernativa". Cf. mi folleto "Veinte años de franquismo", Méx., 1960, pág. 23.

Precisamente el prefacio de la obra lo firma Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, hijo, creemos, del que fue Presidente de la malhadada II República Española, en cuya vigencia se produjeron los mayores desmanes que no pueden ni compararse con los que posiblemente, no indubitadamente, se puedan atribuir al régimen franquista. No se trata de defender o atacar la política penitenciaria de dos regímenes políticos evidentemente diferentes en el tiempo y en la forma, sino de analizar la carga destructiva o no que pueda conllevar el libro que comentamos. Piénsese que, en un momento de sarampión político, en el que un país puede jugarse su propio destino y que otros enfermeros políticos no supieron o no pudieron resolver, con qué furor se ataca a una institución que de momento es insustituible, mientras los grandes pontífices no aporten su imaginación para reemplazarla.

En el prefacio de la publicación que comentamos se llega al abanico de posibilidades que tiene el Derecho penal sustantivo, el adjetivo y el ejecutivo o penitenciario. Alcalá-Zamora aborda, no sabemos por qué, las tres perspectivas cuando el nombre del libro es "La Prisión".

Pero, abandonadas por inidóneas e inoportunas las palabras del introductor, entremos en el contenido de la obra de Sergio García Ramírez: Comienza su trabajo con un breve prólogo en el que late una auténtica ofensiva contra la actual organización penitenciaria en cuanto que considera al interno "el hombre desnudo que hay que vestir", como derrochado formal al que hemos de aproximarnos así como al penitenciarista "que yo conocí —particulariza sin duda— y que hubo de compartir con sus amigos los presos una aventura prolongada, el silencio y la soledad de la prisión" (pág. 23). Nos parecen palabras de agradecimiento a título personal de algún o algunos hombres que se preocuparon por los presos.

No se pretende y si pretendiese sería inoportuno, defender a una legión de profesionales que en la época llamada de la "Dictadura franquista" ampararon y trataron al interno con Justicia y Caridad, tanto más con la primera que con la segunda. Pero ocurre que el mundo de las prisiones fue siempre marginado no sólo por los poderes públicos, sino por la misma sociedad. ¿Con qué bazas se puede jugar así?

La publicación objeto del presente comentario, en su formulación per-

sonal arranca de la construcción de una verdadera Ciencia penitenciaria estructurada en una primera parte dedicada a un auténtico estudio de la normativa penitenciaria y una segunda al tratamiento.

PRIMERA PARTE. La base crítica se apoya en el "dilettantismo" (sic) que han puesto los datos jurídicos y sociales de la ejecución totalmente divorciados hasta el momento, aunque no entendamos que el autor suscriba, a modo de conclusión, que: "al docente interesan estas cuestiones finalmente porque importan a la tarea misma de la enseñanza y, en suma, a la misión universitaria, cuyo exclaustamiento viene a urgir. Y al profesional le atañen, además, porque en el balance, que a veces es conflicto entre el desarrollo teórico y la aplicación práctica es menester decidirse por ésta" (pág. 31). Postura que, decimos nosotros, desciende del ámbito de la cultura al empirismo nada creador sino siempre hipotecado por múltiples variables.

Sin incidir en el tradicional tema de la autonomía del Derecho penitenciario, es revelador que el autor exprese en su obra palabras tan extrañas al definir esa parcela del Derecho que "para evitar salvedades y reservas, preferimos decir: Conjunto de normas jurídicas que regulan las penas privativas de libertad. ¿Se olvida de las medidas que comportan igualmente privación de libertad?, apuntamos nosotros.

Hay un capítulo destinado a las relaciones entre las disciplinas y las funciones penales en su proyección sobre el Derecho constitucional e internacional y sobre el escaso desarrollo del tan discutido Derecho penitenciario, capítulo que entendemos margina a esta disciplina científica, como se dijo al principio —"de aquellos polvos vienen estos lodos"—, y que el autor intenta solucionar de futuro: "La prisión ideal, tal vez la del mañana, ha de ser un instituto de tratamiento científico, humano, amoroso, del hombre que ha delinquido... Una prisión así, instituida bajo el aliento alerta del moderno tratamiento criminal, no será atacable ni podrá ser atacada" (pág. 54).

SEGUNDA PARTE.—I. Propósito del internamiento. Siempre se ha producido la doble manifestación del gobierno de las comunidades penitenciarias, por un lado, y el tratamiento colectivo y/o individualizado, por otro. En esta perspectiva el autor, bajo la denominación de II. **Tratamiento progresivo técnico**, analiza sus tres aspectos. A: **Fundamento:** Estudio de la personalidad del justiciable en una búsqueda de la individualización. B: **Instrumento:** Organismo criminológico a través de consejos, institutos o escuelas de Criminología que se diferencien claramente de los tribunales de conducta —en España, Juntas de Régimen y Administración— con la finalidad del estudio multidisciplinario del sujeto. Desarrollo: Sucesión de fases: la semilibertad. García Ramírez la contempla en dos aspectos: o como medida de sustitución del internamiento o como grado del sistema progresivo, manifestándose, a su vez ésta en los permisos de salida, más o menos amplios, o bien en el ingreso en un establecimiento abierto. III. **Elementos del tratamiento**, que divide en: **Objetivos.**—Aparece como el más importante la clasificación, pero entendida en un aspecto flexible, no en el concepto rígido de separación. La terapia múltiple que ha de buscarse prescindiendo de celos interdepartamentales y con el método inicial-

mente analítico al que debe suceder el sintético para prolongarse a lo largo de todo el tratamiento. La instrumentación de los medios se canaliza a través de: 1. El trabajo respecto del que el autor firma que "se ha formado una extendida ilusión —no lo creemos así— sobre todo ante la posible recepción del Derecho laboral en el trabajo penitenciario. 2. La educación, que ha de ser múltiple y, lo que es más importante, especializada, por la singularidad de cada recluso. 3. Relación con el exterior, tan esencial en el tratamiento y que debe estimarse por dos caminos: el mantenimiento del contacto con el mundo libre y la problemática sexual que determina el tratamiento. 4. El autogobierno como experiencia fascinante pero "que debe ser manejado con prudencia extraordinaria". 5. La atención médica, tanto a nivel físico como psíquico. **Subjetivos.** Personal penitenciario. Sobre la base de una justicia penal especializada, García Ramírez distingue entre los funcionarios del escalón inferior y el superior, para los que debe existir una formación diferenciada y para todos los cuales rompe una lanza por su estabilidad en el puesto de trabajo. "¿No es acaso éste el defensor del Derecho frente al recluso y del penado frente a la Autoridad?". IV. La revisión.—Insiste el autor en el viejo problema de la indeterminación penal o no respecto a la predominante teleología de la pena que es la readaptación. Se pronuncia por la indeterminación apoyado en la quiebra de la readaptación social y en que el organismo técnico-criminológico, culminada su labor por el juez ejecutor (sic), alcanzaría una prognosis fiable. Asistencia post-liberacional: El problema del liberado es la amenaza persistente y casi fatal de la reincidencia; citando a Quiroz Cuarón, "período explosivo, eufórico y de embriaguez"; fase depresiva de adaptación difícil; fase alternativa, y período de fijación (pág. 104), plantea con realismo la cuestión.

Aboga por el sistema del patronato público con asistencia económica estatal y el patronato privado con una debida asistencia social en la que se conjuguen en verdadero "trabajo de trinchera... asociados, los voluntarios y los profesionales de la asistencia".

En resumen, una obra tan útil para penitenciaristas, penalistas y juzgadores, con una extensa bibliografía y abundancia de notas que acreditan la documentada labor del autor.

EDUARDO PÉREZ FERRER

GOODE, Erich: "La adicción a las drogas en los jóvenes. Marihuana, heroína, LSD". Editorial Paidós, Buenos Aires, 1974

La presente obra, desde múltiples perspectivas, pretende acercarnos al complejo universo de las drogas, en un intento de objetivizar un tema tan profundamente influido de prejuicios, por depender de cada sistema cultural el juicio de valor que sobre la adicción se realice. En efecto, cada sistema histórico puede caracterizarse, entre otros rasgos, por una relación específica con una sustancia o grupo de sustancias habituales, cuyo uso es considerado como tolerable, útil o incluso deseable, y otras, por el contrario, son sancionadas negativamente. Posturas divergentes

son, por ejemplo, las mantenidas por los occidentales y los mahometanos con respecto al alcohol.

Consciente de ello el autor, tras una introducción en la que nos presenta las características de las principales drogas usadas por los jóvenes y de sus canales de comercialización, da paso a las más diversas opiniones formuladas no sólo por especialistas, sino también por personas no profesionales. Así, junto a sociólogos y psiquiatras, desfilan a través de sus páginas periodistas, directores de colegios, fumadores, traficantes, etcétera.

Desde los más furibundos detractores hasta los defensores más ardientes, esgrimen aquí sus argumentos, permitiendo al lector conocer el amplio abanico de posiciones que sobre este tema puede tomarse, así como las concomitancias y diferencias que entre las distintas sustancias adictivas existen.

En este sentido, podemos decir que la obra resulta desmitificadora, al poner de manifiesto la directa conexión existente entre la defensa del "establishment", de una parte, y las posiciones más duras con respecto a la negación de la legalización de la marihuana, por ejemplo. El hecho de que el uso de las drogas esté fuertemente enraizado en las estructuras ideológicas, culturales, y sobre todo económicas, hace que el proceso de toma de conciencia por parte de una sociedad, respecto de lo que tal utilización pueda suponer, esté revestido la mayoría de las veces de un enmascaramiento respecto de las sustancias consideradas normales (barbitúricos, alcohol, tabaco, en la sociedad norteamericana) y dándose a su vez una actitud de alarma con respecto a otras posiblemente similares (marihuana).

Obra interesante por su forma de plantear el tema a la que hay que achacar, sin embargo, un exceso de localismo, ya que el estudio se realiza en y para la sociedad norteamericana. Hay que señalar, además, el simplismo de algunos de los textos seleccionados y lo repetitivo de los argumentos presentados por varios de los ponentes, con lo que la paciencia del lector llega a irritarse en alguna ocasión.

A pesar de lo anterior, la obra conserva el gran mérito de mantener hasta la última página la pelota en el alero, logrando los efectos desmitificadores que el autor parece haberse propuesto y que son a nuestro juicio su principal aportación.

PAZ ARENAS RODRIGÁNEZ

HANSEN, Uwe: "Die Tatbestandliche erfassung von nötigungsunrecht". Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 1972. 224 págs. "La estructura de la tipicidad en la coacción".

El autor Uwe Hansen, presentó su tesis doctoral en la Universidad de Hamburgo en 1969 sobre la coacción, siendo publicada como libro en 1972, en donde ampliamente y en nueve capítulos expone la dogmática jurídico-penal, exclusivamente alemana, sobre este delito tipificado en el parágrafo 240 del Strafgesetzbuch —Die Nötigung—. En los últimos

tiempos el estudio de este delito está experimentando un auge muy importante en aquel país. En el capítulo primero se expone, con detalle, la evolución histórica que parte del Landrecht Prusiano de 1794, en donde se tipifica por vez primera, en el párrafo 1.077, II. Se recogen las enseñanzas de Tittman, que fue uno de los primeros estudiosos de este delito juntamente con Karl von Grolman. Se analizan las diversas tipificaciones que ha tenido el delito de coacción hasta llegar al Código penal actual, analizándose las importantes posturas de Welzel y Lange en el Proyecto Alternativo de 1962. El estudio de este delito está despertando también un vivo interés en España, pues la coacción constituye modernamente el recurso jurídico-penal oponible a los numerosos comportamientos agresivos. En el capítulo segundo el autor realiza un estudio del delito de coacción desde el punto de vista del principio de legalidad, oponiéndose a Hellmuth Mayer, que manifiesta que el tipo de este delito vulnera este principio, consagrado constitucionalmente en el artículo 103, número 2 de la Ley Fundamental, dada la redacción del párrafo 240, que dice así: "I. La coacción consiste en obligar a otro antijurídicamente con violencia o por medio de la amenaza con un mal sensible a hacer, omitir, o tolerar. II. Se considera antijurídico el hecho, cuando el empleo de la violencia o la amenaza del perjuicio para el fin pretendido es reprochable. III. La tentativa también se castiga". Hellmuth Mayer era de la opinión de que este tipo era muy amplio y abstracto; el autor del libro que comentamos dice que unos tipos redactados de forma "muy casuística" son impropios de los Códigos penales modernos, el legislador actual tiene que acudir a términos y conceptos, que se forman a través de un proceso de abstracción. En el capítulo tercero, que es el más amplio, el autor analiza las distintas opiniones doctrinales alemanas, en torno al análisis del párrafo 240, II, que dice: "Se considera antijurídico el hecho, cuando el empleo de la violencia o la amenaza del perjudicado para el fin pretendido es reprobable". El autor expone de forma convincente, clara y objetiva, las posturas de Lang-Hinrichsen, Bockelmann, Schaffstein, Welzel, Maurach, Hirsch y Jeschek, entre otros muchos. Para Lang-Hinrichsen el párrafo 240, II es una especialidad de la idea o concepto general de la antijuridicidad, así se puede lograr una restricción del tipo penal de la coacción redactado de forma amplia, gracias a la cláusula general contenida en este párrafo, se puede reducir a sus justos términos un delito tan amplio como es el de coacción. Bockelmann y Schaffstein, son de la opinión de que el legislador alemán en este tipo se ha quitado de encima la tarea que pesa sobre él de declarar o describir objetivamente lo injusto material, pasando o transfiriendo esta tarea al juez, y no podía ser de otra manera, pues en vista de la variedad de situaciones sociales a tener en cuenta, la delimitación de las diversas formas de comportamiento coactivo no se puede llevar a cabo o poseer el mismo carácter que en otros tipos penales. Welzel establece un importante criterio sobre la relación del párrafo II del párrafo 240 con las causas de justificación; cuando una acción típica según el párrafo I, queda cubierta por una causa de justificación, ya no hay que tener en cuenta el párrafo II, pues éste sólo interviene cuando no existe causa

de justificación, entonces se debe comprobar positivamente la antijuricidad, según establece el citado párrafo II. Maurach dice que el legislador, para establecer lo injusto de este delito, puede elegir dos métodos: el primero consiste en el mantenimiento exacto de la regla-excepción. El segundo consiste en que se redacte un tipo abierto pero que en sí no constituya un indicio de antijuricidad, tal como se establece actualmente en el párrafo I, pero logra su contenido de antijuricidad por la siguiente comprobación positiva de la misma —párrafo II—. Hirsón, por su parte, manifiesta que el legislador alemán ha incluido en el párrafo I una descripción de la acción coactiva no suficientemente completa y acabada, sino que por el contrario ha dejado esa tarea parcialmente a la ciencia del Derecho penal y a la Jurisprudencia, a través del párrafo II, al que asimismo considera presente una causa de justificación. Finalmente, Jeschek se opone a la teoría de los tipos abiertos de Welzel, pues el párrafo II prevé un elemento del tipo. El autor Uwe Hansen, como resultado final, una vez que ha efectuado la exposición y crítica de las anteriores opiniones, llega a la conclusión de que el párrafo II del parágrafo 240, forma parte de lo injusto en el delito de coacción. En el capítulo cuarto, el autor examina con detalle la opinión de Roxin sobre lo injusto en el delito de coacción. Roxin, de forma sin duda brillante, ha establecido los siguientes principios: “El principio de la antijuricidad”, (“Das Rechtswichkeitsprinzip”). “El principio de la valoración o ponderación de los bienes” (“Das Güterabwägungsprinzip”). “El principio de la insignificancia” (“Das Geringfügigkeitsprinzip”). “El principio de la preferencia de los medios de coerción que utiliza el propio Estado” (“Das prinzip des Vorrangesstaatlicher Zwangsmittel”). “El principio de la falta de relación” (“Das prinzip des mangelnden Zusammenhangs”) y, por último, el “principio de autonomía” (“Das Autonomieprinzip”). Todos estos principios se extraen del Orden Jurídico y nos ayudan a concretar lo injusto de este delito. Sin embargo, el autor del libro que comentamos, aunque elogia a Roxin, opina que estos principios no resuelven del todo el problema. Efectivamente, tres de los seis principios —el de la antijuricidad, el de la valoración o ponderación de los bienes, y el de la insignificancia— determinan positivamente lo injusto; por el contrario, los tres últimos lo excluyen. Estos principios fallan cuando se pueden aplicar varios de ellos a un supuesto, de forma que uno de estos principios puede afirmar la existencia de lo injusto, mientras que otro la niega. En los capítulos quinto y sexto, el autor establece criterios para establecer lo injusto en el delito de coacción, éstos son la ayuda del concepto del bien jurídico protegido —libertad de la voluntad—, el perjuicio social, o la fórmula medio-fin; sin embargo, según el autor no queda suficientemente precisado lo injusto de la coacción, para ello analiza los diversos actos coactivos que se producen en el seno de la familia, en las relaciones de amistad, en la vida profesional, en el comportamiento superficial —por ejemplo, en el tráfico automovilístico—, en el seno de las asociaciones, o los partidos políticos, etc., etc., y observa que efectivamente se producen lesiones del bien jurídico protegido por la coacción, es decir, a la libertad de la voluntad, produciéndose un perjuicio para la persona, o no existien-

do relación entre el medio y el fin, en estos supuestos, muchas veces la conducta no será típica, pues según el autor se podrá aplicar la adecuación social —*Soziale Adäquanz*—, o el principio de la insignificancia, en cierto comportamientos leves —casos de bagatela—. Otras veces, la conducta coactiva podrá estar simplemente justificada. En el capítulo ocho, el autor analiza en concreto los supuestos de conductas coactivas que están justificadas, con una gran cantidad de ejemplos al respecto. Por último, y finalmente, en el capítulo noveno se estudian distintos comportamientos coactivos dentro del tráfico automovilístico. Así, podemos citar los casos de “bloqueo” de un vehículo que está parado, el “bloqueo” de calles y salidas, especialmente por manifestaciones y huegas sentadas, los impedimentos en los adelantamientos en carretera, los cambios violentos de carril en autopistas y autovías, los frenazos bruscos, los adelantamientos forzosos y los cercamientos de peatones. El libro de Uwe Hansen es el más importante de la doctrina moderna alemana. en cuanto al estudio de la coacción, y aunque el autor no profundiza en el estudio de algunos aspectos, sin duda muy importantes, de este delito, como, por ejemplo, el bien jurídico, el tipo objetivo, es decir, la violencia o fuerza —*Gewalt*— es un libro imprescindible para el conocimiento del delito de coacción.

JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÁ

IVES ROUMAJON: “*Ils ne sont pas nés delinquents*”, París, 386 págs.

La modificación de las ideas dominantes sobre el delito y sobre la pena ha sido desde hace tiempo preocupación de criminalistas, de asociaciones internacionales o nacionales, y alguna tomó la primera línea de esta nota como título y objeto estatutario.

Puede decirse que hoy los penalistas están, más que nunca, de acuerdo sobre su necesidad, en general.

Y más aún los médicos forenses y psiquiatras. Uno de éstos, bien famoso, emprendió la tarea de dar a las prensas el libro que presentamos, denso, rico en experiencias clínicas forenses o penitenciarias de las que extrae, en vivo, sus enseñanzas y conclusiones.

Está dedicado al estudio del criminal, de la llamada delincuencia juvenil (“La infancia llamada culpable os acusa” fue el título de un libro de Odette Philippon, aparecido el año 1949/50, en que se celebró en París el Congreso Internacional de Criminología).

Ya en su madurez, este inquieto y famoso experto internacional, que dio su valiosa aportación a solventes congresos y reuniones internacionales que aún recordamos, concluye como a veces el criminal fue antes aquel niño inocente a quien debilidades, circunstancias del mundo circundante, “los otros”, le empujaron a la delincuencia.

Las confidencias de centenares, millares de jóvenes en Fresnes o en el Centro Vauhallan, fundado por el autor, cerca de París, el estudio de su personalidad, de “su caso”, desgarrador no pocas veces, le da sobrado material y base para este documentado libro, del que resulta una crítica

de las ideas firmes, casi inamovibles, que la opinión o la sociedad tienen sobre la delincuencia juvenil, la psiquiatría, la Justicia y las penas o tratamientos que hay que aplicar a quienes en definitiva son nuestros semejantes o nuestros hermanos, en toda concepción cristiana de la vida.

Cuando el incremento del fenómeno criminal está en el orden del día de sesiones científicas o de legisladores, en las páginas de revistas jurídicas o de la prensa diaria, se nos permitirá llamar la atención sobre la riqueza de las de este libro que acaba de editarse, como regalo de Navidad que el autor hace a los estudiosos de tan importantes materias. Allí encontrará también el lector casos que llenaron la crónica del crimen, como los de Claude Buffet, Lucien Leger, Jean-Charles Willoquet, Pierre Goldman y otros.

PASCUAL MENEU MONLEÓN

LEONIS GONZALEZ, Jacobo y GINESTAL GOMEZ, Ricardo J.: "El coma sobrepasado y sus implicaciones médico-legales (ortotanasia y trasplantes)". Imprenta ALVI. Madrid, 1976. 142 págs.

Jacobo Leonís, abogado, y Ricardo J. Ginestal, médico, pasan revista en este libro a algunos de los más importantes problemas que la Medicina y el Derecho penal tienen planteados en torno a la vida humana, problemas cuyo presupuesto previo es el esclarecimiento del derecho de disposición sobre el propio cuerpo, del derecho a la muerte y del derecho de disposición sobre el cadáver.

Para los autores, el derecho a la vida y el derecho a la integridad física son derechos de la personalidad connaturales al hombre y no creados por el Estado. El fundamental derecho a la vida no podría, sin embargo, legitimar una intervención quirúrgica a la fuerza, por el atentado que llevaría consigo contra la libertad y la integridad corporal, e incluso de riesgo para la propia vida, por lo que siempre será preciso contar con el consentimiento del enfermo o con el de sus familiares o allegados, salvo en casos de urgente e imperiosa necesidad. Creo, sin embargo, que aquí ha existido tradicionalmente un cierto "quid pro quo". Si el estado de necesidad es justificante en los supuestos en que el enfermo o la familia no pueden prestar su consentimiento, también habría de serlo aun contra la voluntad de aquéllos, puesto que, en relación con la vida o la integridad corporal, el ordenamiento no admite la disponibilidad de estos bienes por el titular (art. 428 Código penal). Criterio por otra parte discutible, pues quien arriesga o pierde su vida por salvar la ajena no es considerado reprochable, sino héroe, y nadie discute la legitimidad de las donaciones de sangre ni de las experimentaciones consentidas. Por tanto, en mi opinión, se impone rectificar esta creencia (en el sentido orteguiano) y aceptar que el valor fundamental de la libertad lleva consigo la facultad de disponer del propio cuerpo, consentimiento que, en defecto del interesado, podrán prestar sus representantes legales o ser presumido por el médico en caso de urgencia (Zittelmann), pudiendo el juez remediar en última instancia la oposición de aquéllos a suplir la falta

de decisión de éste, en defensa también de un consentimiento racionalmente presunto del interesado si estuviese en edad o condiciones de prestarlo, e esta manera estimo que se ponderan debidamente los bienes jurídicos en conflicto y se establece una regla clara para supuestos como el conocido de la negativa de los padres a una transfusión de sangre por prejuicios religiosos.

Con todo, no parece que la libertad de disposición del propio cuerpo pueda extenderse hasta comprender el derecho al suicidio. En último extremo, la protección de la vida no es una cuestión ética que corresponda solamente al individuo, sino una cuestión jurídica que compete también a la Sociedad (Estado), porque cuando muere un hombre es como si muriera la Humanidad y porque tendría un claro efecto criminógeno y se prestaría a constantes abusos establecer la regla contraria. Por ello, no tratar de impedir un suicidio (cuando no hubiera riesgo propio ni ajeno) sería omisión punible de socorro (art. 489 bis) y dar muerte a quien lo solicita no dejaría de ser un homicidio no justificado (art. 409).

En estas coordenadas se plantea el tema de la eutanasia, "acortamiento de la vida del enfermo aquejado de un mal incurable y mortal de necesidad". La licitud de la eutanasia ha sido defendida con los argumentos de la existencia de vidas desprovistas de valor vital (Binding), el consentimiento del sujeto pasivo, las normas de cultura, el derecho a la muerte o la no exigibilidad de otra conducta. La ilicitud, en cambio, ha sido defendida con los argumentos de la falta de disponibilidad sobre la propia vida, el valor universal del individuo o el efecto criminógeno que podría tener admitir la legitimidad de la muerte consentida. Para los autores de este libro, "las conclusiones a las que se llegue en cuanto a su licitud o ilicitud estarán condicionadas por las premisas de que parte cada autor y, desde luego, no hay por qué adscribirse forzosamente al criterio católico de considerar la eutanasia radicalmente ilícita". Personalmente, creo que la eutanasia (activa) es siempre radicalmente ilícita, por las razones antes expuestas, sin que esta conclusión dependa de presupuestos religiosos, pues, para el creyente, la vida debe ser administrada en tanto Dios disponga de ella, y, para el materialista, no hay valor superior al de la vida terrenal, precisamente por ser la única que existe. Todas las vidas tienen valor vital, incluso la del feto, el deficiente mental, el enfermo incurable y el asesino, y hay que ser congruente con esta premisa (aunque sólo fuera por precaución).

Ahora bien, la ortotanasia, es decir, la eutanasia pasiva, no acortar la vida del paciente sino dejar de alargarla por medios artificiales, merece otra consideración. Puesto que aquí no se trata de una actividad encaminada a matar, sino de una dejación del cuerpo a sus recursos naturales, no puede hablarse de acción típica de homicidio, salvo que el sujeto activo haya asumido una posición de garante de la vida del sujeto pasivo. En estos casos, y en los que lo procedente sería dilucidar si se trata de una omisión de socorro podrá estimarse la justificación de la conducta con base en la libre voluntad del interesado, su derecho a la muerte o el estado de necesidad. Los autores de este libro exponen la doctrina del "derecho a la muerte digna", de claras resonancias rilkianas, elaborado por

la doctrina norteamericana y que en Inglaterra ha dado lugar a un proyecto de ley de la Cámara Alta, de 8 de diciembre de 1975. En consecuencia, "no existe obligación por parte del médico de utilizar medidas heroicas para prorrogar la vida de los enfermos sin esperanza de curación y tampoco existe ninguna prohibición contra el empleo de drogas y narcóticos para aliviarles sus dolores, aun en el supuesto de que dichos medicamentos pudieran acortarles su vida". Efectivamente, el hombre, si no es dueño de su propia vida hasta el punto de poder ponerle fin, sí es dueño de su propio dolor y puede decidir libremente si prefiere seguir sufriendo y teniendo conciencia de su existencia, como el personaje de Tennessee Williams, o si prefiere correr el riesgo de que su vida se acorte como consecuencia del empleo de analgésicos o barbitúricos. Subsidiariamente, esa decisión habría de ser adoptada por los representantes legales o por el juez, como señalaba anteriormente, o en caso necesario por el médico, sobre la base del consentimiento racionalmente presunto. Por la vía de las normas de cultura llegaríamos a una solución semejante, puesto que, si la ética social predominante considera ilícito el suicidio, no considera ilícito el renunciar a medios extraordinarios para mantener artificialmente la vida o recurrir a remedios para el dolor, como no considera ilegítimo arriesgar la propia vida en determinadas circunstancias. No es necesario crear para ello un "derecho a la muerte", que podría dar lugar a confusión y a peligro de abusos.

El tema de la ortotanasia ha saltado recientemente a los medios de comunicación, en referencia con el llamado "coma sobrepasado", es decir, aquellas situaciones de descerebración o muerte del encéfalo irreversible, aunque otras funciones corporales continúen latentes (caso del futbolista Martínez o de Karen Quinland). En estos supuestos, se considera legítima la privación de medios extraordinarios para mantener la vida del paciente, porque se trata de una vida vegetativa que no merece la consideración de vida humana, porque debe prevalecer el derecho a una muerte digna sobre la conservación de una vida inútil, o porque la voluntad del interesado, manifestada en un documento anterior o a través de sus representantes legales, se pronuncia en favor de la muerte natural. Los argumentos de las vidas humanas carentes de valor vital y del derecho a la muerte me parecen, como ya he indicado, susceptibles de peligros totalitarios. Prefiero el argumento de la libre voluntad manifestada previamente por el interesado, o, en otros supuestos, el estado de necesidad, sobre la base de que los medios extraordinarios existentes en las unidades de vigilancia intensiva son escasos y la sociedad no puede desperdiciarlos en vidas inútiles en perjuicio de otros enfermos recuperables a quienes podrían ser aplicados. (Los países europeos tienden a basar la planificación de los servicios hospitalarios sobre un índice de 10 camas por cada 1.000 habitantes, cuando las estadísticas señalan una tasa de ingresos de 100 pacientes por cada 1.000 habitantes).

El último problema que se plantea en esta obra es el de los trasplantes de órganos humanos. Aquí, la problemática es compleja puesto que se trata de dilucidar con exactitud el momento de la muerte del "donante", el derecho de disposición sobre el cadáver y la voluntad del "receptor" a

recibir un órgano ajeno que puede suponerle el riesgo considerable del "rechazo".

La determinación del momento de la muerte es evidente que no puede hacerse con métodos jurídicos. Pese a la inseguridad de la ciencia médica en torno al tema y de la dificultad de encontrar un criterio sin fallos también lo tiene el electroencefalograma lineal), no hay otro camino que confiar al médico (a varios médicos) en el caso concreto la determinación de si una persona está o no muerta.

El derecho de disposición del cadáver se reconoce habitualmente a la propia persona cuando estaba viva (haciendo un acto de disposición sobre sí mismo, cuando ya dejara de ser "sí mismo", lo que supone una eficacia jurídica muy discutible) o a los parientes más cercanos, a quienes se hace aparentemente titulares de la propiedad de un "objeto" al que se le niega la condición de "res intra commercium". Más lógico me parece considerar que el cadáver es un objeto, inútil para el hombre que ya no existe e inútil para sus familiares, que la Sociedad puede utilizar en beneficio social. Por tanto, el empleo de partes de ese cuerpo para trasplantes es legítimo, en virtud del interés preponderante, y no debe requerir a mi juicio consentimiento expreso de nadie.

La recepción de un órgano por medio del trasplante es cuestión que debe examinarse desde la perspectiva de la legitimidad del tratamiento médico. Las heridas que lleva necesariamente consigo una intervención quirúrgica están justificadas en cuanto se encaminan a una finalidad curativa por una persona que tiene los conocimientos necesarios y se conduce dentro de las reglas de la "lex artis", supuesto el consentimiento del paciente, único dueño de su dolor, de la disposición de su cuerpo y de asumir el riesgo que toda intervención lleva consigo y que es especialmente notorio en los casos de trasplantes de órganos vitales. La muerte, en su caso, del "receptor" nunca estaría justificada, pero, si es puramente fortuita, no se puede exigir responsabilidades al médico cuando se consintió por persona legitimada (valen los criterios manifestados anteriormente) en asumir tales riesgos.

En suma, el libro de Jacobo Leonís y Ricardo J. Ginestal es de esos libros que plantean un puñado de problemas fundamentales y que hacen pensar al lector. Creo que, en general, las cuestiones penales en torno a la vida humana deben solucionarse sobre estas dos premisas esenciales: la vida humana merece protección siempre y no es legítima su destrucción dolosa ni aun por el interesado; la disponibilidad del propio cuerpo y de sus partes, la asunción del riesgo de muerte por acciones heroicas o por intervenciones quirúrgicas, y la decisión sobre el dolor y los remedios curativos pertenecen al ámbito de la libertad de voluntad del individuo.

MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel: "El proceso por delito privado". Editorial Bosch. Barcelona, 1976. 254 págs.

El Magistrado-Juez de Instrucción, ahora de Madrid, autor de estudios penales, como sus interesantes monografías sobre "El delito de escándalo público" y "Sanciones y responsabilidades en materia de caza", nos ofrece un nuevo libro, del mayor interés científico y práctico, de gran utilidad para los profesionales del derecho, bien meditado y mejor escrito, con abundante bibliografía penal y procesal y estudio de la doctrina jurisprudencial a través de las más importantes sentencias del Tribunal Supremo relativas a los delitos privados.

En todas las infracciones privadas deben distinguirse dos grupos perfectamente diferenciados. El primero está constituido por aquéllas que para su persecución y castigo exigen del ofendido una mínima actividad, la simple denuncia, pero sin tener que realizar posteriores actividades—salvo declarar como testigo en su caso— ni tomar preceptivamente el carácter de parte acusadora que asume el Ministerio Fiscal. El otro grupo, más limitado, requiere del ofendido una mayor actividad. En lugar de la simple denuncia se ordena la querrela, obligándole a actuar de acusador particular, sustituyendo al Ministerio Público, que no interviene.

El autor define la querrela privada diciendo que es "el acto procesal, de forma escrita y solemne de la parte legitimada, vehículo de la acción, requisito "sine qua non" para el nacimiento del proceso penal, consistente en una declaración de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional competente, dándole noticia de un hecho que reviste los caracteres de un delito privado y solicitando la iniciación del sumario contra una o varias personas determinadas y confiriendo a su autor el carácter exclusivo de parte acusadora".

Estudia lo relativo al acto de conciliación y las injurias vertidas en juicio; señalando que el primero viene a ser un acto previo a la querrela por delito privado, puesto que debe acompañar a este acto procesal escrito la certificación que acredite haberse celebrado éste entre el querellante y el querellado o intentado sin efecto, pues así lo dispone el art. 278 y reitera el art. 804 de la Ley Procesal Criminal.

La licencia del Juzgado o Tribunal que hubiese conocido del juicio en el que se vertieren expresiones calumniosas o injuriosas, está recogido en el 467 del Código penal, que declara que "nadie podrá deducir acción de calumnias o injuria causadas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociesen", lo que reitera en el art. 805 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al decir que "si la querrela fuere por injuria o calumnia vertidas en juicio será necesario acreditar además la autorización del Juez o Tribunal ante quien hubiesen sido vertidas", añadiendo a continuación, en párrafo aparte, que "esta autorización no se estimará prueba bastante de la imputación". En esta materia de delitos privados las remisiones de un texto legal a otro parecen desgraciadamente inevitables y Martínez-Pereda lo censura, así como la reiteración en diversos Códigos, lo que sube de tono al contemplar esta norma repetida tres ve-

ces en las disposiciones vigentes e incluso reiterada en el mismo texto legal, lo que como técnica legislativa resulta francamente criticable.

Es interesante el capítulo que dedica al desarrollo del proceso, estudiando separadamente las particularidades en los casos de injurias o calumnias contra particulares, y los demás procesos por delitos privados, así como el relativo a la conclusión del proceso, distinguiendo la que tiene lugar por sentencia condenatoria de los demás casos, y dentro de estos últimos estudia el sobreseimiento y la renuncia expresa o tácita, la rebeldía y el perdón.

Un nuevo trabajo del doctor Martínez Pereda que acredita su competencia y preparación en los problemas de la Ciencia de los delitos y las penas.

DIEGO MOSQUETE

MOLLERING, Jürgen: "Schutz des lebens - Recht auf sterben. Zur rechtlichen problematik der euthanasie". (Protección de la vida y derecho a morir. Consideraciones jurídicas sobre el problema de la eutanasia). Ferdinand enke Verlag, Band 3: Medizin und recht. Stuttgart 1977. 147 páginas.

No debe extrañar que en un país tradicionalmente democrático como lo es Suiza (por sufragio universal se devolvió a la mujer hace muy pocos años el derecho al voto que por el mismo democrático sistema le habían negado los varones muchos años atrás) ocurran en el transcurso de unos pocos meses hechos de tan relevante importancia jurídico-penal como los de someter al plebiscito popular la legalización de los delitos de aborto y eutanasia. En cuanto al Cantón de Zurich se refiere, la votación fue negativa para la primera de las cuestiones planteadas y afirmativa respecto de la segunda (siempre y cuando se tratara de enfermedades incurables que pudieran producir insoportables e inhumanos dolores).

Sin entrar en el juicio de estos hechos concretos, puesto que este no es el momento ni el lugar de hacer consideraciones sobre decisiones electorales de países extranjeros, conviene, no obstante, advertir que en unos momentos en los que la democratización de los bienes jurídico-penalmente protegidos —utilizando la expresión en un sentido tan poco peyorativo como el que le otorgaba Quintano Ripollés—, ha alcanzado cotas tan altas, resulta de todo punto necesario para el penalista recapitular sobre un problema —el de la eutanasia— que quizá por demasiado antiguo puede estar también demasiado olvidado.

Sin duda alguna, esto es lo que ha hecho el doctor Jüurgen Möllering, trayendo a la actualidad de su obra una serie de problemas y discusiones tan antiguas como la misma Humanidad. Pero, y esto es lo realmente importante, nos encontramos ante una obra que aporta muchísima luz, muchísimos puntos de vista y sugerencias completamente nuevas sobre el tema y que muy bien podrían conducir a una definitiva solución del problema en su vertiente jurídica.

Parte el autor de considerar como de ineludible necesidad el hecho de que el bien jurídico vida humana —en toda su extensión— siga siendo objeto de protección penal a través de la tipificación del delito de homicidio, pero sin que esto suponga en la dogmática una estrechez de miras respecto al problema médico que la cuestión “eutanasia” lleva consigo: ésta no es tanto una trascendental cuestión jurídica (el Derecho penal sólo está llamado a sancionar el hecho de matar a otro), como médica. Y aquí radica el punto fundamental de arranque de todo el problema tal como se considera en la obra. Una vez sancionado el delito de homicidio, es la deontología médica la que debe determinar el comportamiento a seguir frente a los particularísimos casos concretos que puedan presentarse.

Y es que resulta extremadamente difícil distinguir entre las acciones que, atenuando el dolor del paciente, suponen o no un acortamiento de su vida. Desde esta vertiente se analiza a la luz del Derecho penal el “riesgo lícito” que convierte en penalmente irrelevante el acortamiento de la vida como consecuencia de un tratamiento encaminado a atenuar los dolores de un enfermo. No es lo mismo —abstracción hecha de los móviles— la muerte efectivamente provocada al enfermo con o sin su consentimiento, que el “dejarlo morir” en aquellos supuestos en los que la ciencia médica sólo es capaz de prolongar (aunque sea por poco tiempo) la persistencia de unos dolores que indefectiblemente van a producir la muerte. Estamos en estos supuestos, ante todo, frente a una actitud médica y debe ser, por consiguiente, la deontología médica la que determine cuándo esta postura es recomendable y cuándo no lo es. La teoría de los medios ordinarios y extraordinarios para el mantenimiento de una vida (a veces puramente vegetativa) es algo en lo que el penalista debe quedar al margen una vez haya garantizado la efectiva protección de la vida humana en todas sus manifestaciones.

No pierde de vista el autor —aunque su obra dogmática y crítica está centrada fundamentalmente en el Derecho positivo alemán— que tan intolerable es talar brutalmente la vida del enfermo cuya composición química, física, anímica y nerviosa se resiste a morir, como el alagar inútilmente los padecimientos de una existencia condenada irremisiblemente a un inminente ocaso.

En el aspecto civil se muestra completamente contrario a la eutanasia, puesto que la tiene por una solapada violación del libre arbitrio. ¿Qué sabemos del enfermo gravísimo atormentado de grandes dolores que después de haber pedido la muerte que acabe con su tormento ve en torno a sí la vida cuando han cesado sus sufrimientos? Dar muerte a una persona que no desea morir supone una violación del derecho a la vida; pero dar muerte a una persona que pide el fin de su vida, aparte la mencionada violación del libre arbitrio, supone constituir al sujeto en juez de las ventajas e inconvenientes de su existencia. ¿O es que acaso la sociedad podría irrogarse tal derecho?

En este punto y con estas premisas, se entra directamente en el campo ideológico, por no decir político. Y en este campo también es contrario a la eutanasia puesto que ve en ella el peligro de una deshumanización del hombre y de una sociedad que se descompone internamente cuando,

volviendo las espaldas a la naturaleza, construye una visión del mundo en la que el hombre es un instrumento y no un fin.

Todas estas consideraciones suponen, sin duda, una gran ayuda a la meditación sobre el problema. Y para él, esta obra parece aportar valiosas soluciones partiendo de que no es verdad que la eutanasia sea un procedimiento humanitario: es solamente soberbio utilitarismo tecnológico. Es, en suma, técnica aplicada, no ciencia. Quizá suponga la marcha hacia una sociedad totalitariamente tecnológica.

AGUSTÍN ZUGALDIA ESPINAR

ORTEGA COSTALES, J.: "Prevención de las infracciones de menores".
EUNSA, Pamplona, 1977. 106 págs.

A raíz de la lectura del libro "Prevención de las infracciones de menores", del profesor Ortega Costales, surgen en nuestra mente innumerables preguntas, a las que no respondemos: bien porque no nos atrevemos, bien porque no encontramos lo suficientemente justificada la actitud de las instituciones actuales. Pero ya es hora de que se vaya tomando conciencia, no con palabras, sino con hechos que nos lleven a realizar algo positivo.

El problema de los menores, infractores, es mucho más importante de lo que creemos, en la medida en que esos niños constituyen la base de la sociedad, el futuro; y no debemos despreocuparnos ante él porqué de esa acción, o mejor inadaptación, para llegar después a una solución final.

En primer lugar: ¿No sería más lógica una remisión al ambiente en el que ese menor se está desarrollando, para poder preguntar más tarde si es un inadaptado o bien un perfecto adaptado? Es obvio que para nosotros la adaptación supone la admisión de unas normas de convivencia, las cuales vienen dadas por el tipo de sociedad en la que vivimos, pero puede suceder que el ambiente en que se desenvuelva ese menor tenga tergiversadas esas normas sociales de conducta y, cumpliéndolas, se encuentre, como dije anteriormente, adaptado.

Es innegable la importancia que tienen en el menor los factores sociológicos (cultura, ambiente, educación, medios económicos de los que dispone la familia, etc.), y sabido por todos, que muchos de estos menores viven en condiciones infrahumanas, tanto en lo referente al aspecto físico como al emotivo, de ahí que lleguemos a la siguiente conclusión: "Este acto realizado por el menor infractor no sería distinto, sino que el sujeto sería otro".

Por otra parte, se habla mucho de la educación que reciben los niños, y ahora me refiero a éstos en general, cuando ésta no sólo la reciben en su propia casa, sino también en el colegio. Este debería ser un centro de formación humana de primera magnitud, donde los niños encontrasen la orientación necesaria, y no el mandato obligatorio, cuyo incumplimiento es la sanción, por lo que habría que suprimir los medios represivos, dejándoles cierta libertad; para que "el menor valore más lo logrado por

su propio esfuerzo, que lo conseguido con ayuda ajena". Esto nos llevaría a lo siguiente:

- Un afianzamiento de su personalidad.
- Un sentido imprescindible de la responsabilidad.
- El sentirse útil, en el momento; y, ¿por qué no?, imprescindible en el futuro.

Si en materia educativa hubiese una estructuración racional, y con miras al futuro, estos menores tendrían cierto tiempo libre, y no todo del que disponen actualmente. Este ocio es empleado en ver la televisión, sin preocuparse de la calidad de los programas (responsabilidad que corresponde a padres y educadores), ni de las horas, ni de los temas. ¿No sería más adecuada una programación especial para estos niños, preparada por personal competente, y con fines educativos?

Otro tema que no podemos olvidar son los libros, que leen, en el mejor de los casos. ¿Acaso son adecuados para el grado de formación, y no digo edad, expresamente que tengan?. Con esto no pretendo decir que esto sea perjudicial, pero sí es necesario vigilar que la clasificación corresponda o se aproxime, como dije anteriormente, a la edad. Una orientación cronológica en la práctica resulta casi utópica, por lo que habría que hacer una división o subgrupos de edades, mentalizar a la sociedad para que tomara conciencia de ella y exigiera su cumplimiento. Otro tanto debería observarse con las revistas. Habría que exigir un marchamo de fácil distinción para que el lector conociera la moralidad o grado de peligrosidad. Si bien de hecho el contenido puede diferir de una o otra edición éstas estarían obligadas a denunciar su contenido con dicho marchamo cuando su tratamiento así lo exigiera.

Pero no nos olvidemos de los menores infractores, que son los que aquí nos interesan. ¿Qué calidad tienen las instituciones que se encargan de su tutela, una vez superados todos los trámites burocráticos?

Hasta ahora siempre se ha dicho que los reformatorios suponen la enseñanza primaria de la delincuencia, y las instituciones penitenciarias, el doctorado en la materia. Según el profesor Ortega Gostales es necesario adoptar una serie de medidas, tales como:

- Formación de un personal especializado en el tratamiento de menores.
- Existencia de un Centro de programación y dirección de las actividades de prevención general.
- Coordinación en todas las instituciones, etc.

Si nos remitimos a la Ley penal, veremos que por una parte considera al menor como un "sujeto peligroso" y por otra parte como un "sujeto en peligro".

Como un sujeto peligroso, cuando le aplica los medios privativos de libertad, ya que no tiene centros adecuados para su reeducación, y parece querer aislarlo de los demás. Estas medidas para su reeducación

deberían ser sustituidas por el fomento de su capacidad de valoración, discernimiento de opción razonada, etc., y no por imposiciones o reglas establecidas de antemano.

Por otra parte, le ve como un sujeto en peligro, cuando, como bien apunta el profesor Ortega Costales, dice: "que la clasificación de los bienes jurídicos merecedores de protección penal son deficientes y anticuados, ya que en ocasiones favorece la impunidad de conductas más nocivas socialmente que bastantes de las tipificadas"; como puede ser, por ejemplo, la corrupción de menores.

El menor merece más atención de la familia demandando cuando así lo requiera el consejo de psicólogos y sociólogos y, naturalmente, reestructurar las instituciones actuales de modo que en el tratamiento de casos punibles se aproximen al que debieran haber gozado en el entorno familiar, incluso me atrevo a sugerir que debieran corregirse los yerros de los menores en grupos reducidos y en continuo contacto con la sociedad.

Es evidente también que las faltas están mal tipificadas y urge una revisión inmediata, pues de otro modo la degradación del menor, origen de otros delitos, se concatena y hace que éste no se libere o incorpore a la vida social fácilmente.

Por un mundo sin faltas, sin penas; por una convivencia más social, esperamos que se preste la máxima atención al menor, comprendiendo y solucionando sus pequeños problemas y evitar que un día se agiganten y hagan difíciles.

M.^a JESÚS RODRÍGUEZ GARCÍA

QUINTERO OLIVARES, Gonzado: "Represión penal y estado de derecho".
 Editorial Dirosa. Barcelona, 1976, 149 págs.

El trabajo que presenta el autor tiene todos los visos de una síntesis, muy particularizada, de la llamada Parte General del Derecho penal y sus conexiones con el concepto de Estado de Derecho, naturaleza, consistencia y ámbito del mismo, en el que Quintero Olivares confiesa no ser un especialista, refiriéndose fundamentalmente al eminente filósofo-jurista Legaz Lacambra y a Lucas Verdú en monografía publicada en 1972.

El Estado de Derecho, en la pluma de su propio autor, no es el estereotipado Ordenamiento jurídico positivo de una país, sino el flujo de unas instituciones que responda a la demanda social y democrática. Ello no quiere decir que no puedan señalarse, a modo de requisitos, los principios que deben informar todo Estado de Derecho: a) Imperio de la Ley, entendida como expresión de la voluntad general; b) Separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; c) Legalidad de la Administración: regulación por Ley y control judicial; d) Derecho y libertades fundamentales: garantía jurídico formal y realización material, copulando estos elementos con los llamados "derechos del hombre" que, de estar reconocidos, son la mejor garantía de la existencia de un Estado de Derecho.

Desde el momento en que el Derecho penal alcanza el cercenamiento de los derechos del ciudadano o a su simple limitación la conexión entre el Estado de Derecho y la óptica penal del mismo, aparecen con un nexo, dentro de una relación innegable, la dicción del autor tiene una evidencia que sus solas palabras expresan:

“... Es notorio que falta una suficiente conexión con los problemas que aquejan a una parcela tan importante del mismo como es la jurídico-penal y no cabe olvidar que ésta se ocupa nada más y nada menos que de la protección de los intereses fundamentales de la Sociedad y del individuo y de establecer cómo, cuándo y cuánto se puede privar de libertad, derechos, vida, incluso, a un miembro del cuerpo social” (pág. 20).

“Ello equivale a decir que el Derecho penal expresa las convicciones jurídicas de una sociedad en el nivel de su organización jurídica” (pág. 21).

No deja de tener interés el llamado conocimiento de la antijuridicidad por vía subconsciente, educativa, social o cultural por cuanto incide en el especial capítulo del Derecho penal respecto a la doctrina del error así como su postura en el tradicional problema —cuya dialéctica no ha concluido— del “*ius puniendi*” que Quintero Olivares denomina “potestas punitiva” con los justos límites que hoy se asignan o deben asignarse a dicha potestad, potestad que se manifiesta o ejerce “En dos momentos principales: La creación de leyes y su promulgación y, en segundo lugar, la aplicación de esas leyes a sujetos concretos ” (pág. 43).

En capítulos siguientes, el autor aborda el principio de legalidad, en pluralidad dimensional, los límites de la potestad punitiva en la Ley penal al individuo y con cierto detenimiento en tan controvertido problema —más ahora que nunca— del binarismo o unitarismo de las medidas de seguridad.

Dentro del mismo capítulo cuarto el autor se plantea la cuestión de la causalidad, descartando el delito de resultado de modo contundente y abogando, en tanto pueda darse o producirse una reforma de nuestras leyes, por el principio de la causalidad adecuada.

Es pena que un escritor tan lleno de ideas claras, no haya ahondado en la fase final de su trabajo que, por otra parte, responde a la idea que pudiera derivarse de su título, a la naturaleza y virtualidad de las penas privativas de libertad.

En la página 143 del libro que se recensiona, puede leerse:

“En este contexto, la idea imperante —y opuesta a la concepción tradicional— es que la privación de libertad sólo puede ser empleada por el Estado con carácter subsidiario, no debiendo, por consiguiente, recurrir a ella más que cuando otras reacciones jurídicas penales hayan de ser insuficientes por razones de prevención general o especial” (pág. 143).

Mas, tras admitir la pena unitaria de privación de libertad, Quintero Olivares, no la desecha por completo, al contrario, le da entidad existen-

cial, pero sin haber advertido que su postulado ya está en funcionamiento: La clase de establecimiento y la del tratamiento sólo deben depender de la personalidad del condenado y de la duración de la pena, pero no de la especie del hecho cometido porque sólo de este modo es posible la planificación racional de los establecimientos y una ejecución resocializadora.

El libro, resumimos, que tiene una altura intelectual y pragmática evidente, debiera en base a su título, haber llegado más lejos, pues que más lejos han llegado las ansias recuperadoras de las instituciones aunque hayan quedado más cerca sus discutibles resultados.

EDUARDO PÉREZ FERRER

RODRIGUEZ MOURULO, Gonzalo: "Derecho Penal". Parte General.
 Edit. "Civitas". Madrid, 1977. 357 págs.

Comentar un texto de Derecho penal y más aún, cuando se halla anclado en la Parte general, requiere un arco de perspectivas que no las resuelve sino la intemporalidad, al menos, del presente y de pasado. Las líneas del futuro, máxime cuando nos encontramos en un crítico momento de transición, requieren perfiles o de imaginación o de atrevimiento.

Rodríguez Mourullo es un profesor joven, menos joven como estudioso y especialista de la ciencia jurídico penal. Pero la obra que se comenta no es fruto único de su capacidad investigadora. Se trata de ofrecer al estudiante un anticipo de considerables dimensiones de cuanto puede ser el elemento o texto de sus iniciales estudios en la materia.

La estructura externa del libro, que ni el mismo autor con su habitual modestia ha querido denominarla tratado, sino manual, no alcanza la totalidad del área que tradicionalmente se ha llamado y se llama Parte General. La frontera empieza en la punibilidad. Es decir, nos hallamos ante el tratamiento, a lo largo de dieciséis capítulos, de los conceptos esenciales del Derecho penal, su contenido y función. La posición del Derecho penal en el ordenamiento jurídico total del país, el fenómeno o fenómenos histórico-culturales del Derecho penal, sus fuentes, la estructura y destinatarios de la norma penal, la relación punitiva —digna de una más extensa glosa—, la problemática derivada de la interpretación de la Ley penal, la vigencia "hic et nunc" de la norma penal, la cuestión y cuestiones relativas a la extradición, tan espinosa y que cabalga entre el Derecho penal y el internacional y la teoría jurídica del delito que, en sus elementos y cronología hasta la antijuricidad tipificada, dan fin a la obra. Tras esta exposición estructural, es de todo punto necesario exponer al lector lo que se nos antoja ha pretendido el autor del libro, aunque nos expongamos a la equivocación.

Ha de partirse de que la publicación participa en gran medida del corte tradicional de los textos de Derecho penal dirigidos de manera preeminente a los que van a utilizarlos para introducirse en su materia. Rodríguez Mourullo se lo ha pensado bien y lo ha conseguido, no sólo por la manejabilidad, sino por la claridad, redondez y referencias, que al

alumno no importan sino al que se pueda iniciar en la investigación con mayor hondura y profundidad porque sus aficiones a ello pudieran inclinarse.

Nos llama la atención el apartado que dedica a la funcionalidad del Derecho punitivo —págs. 18 a 22— cuando califica de fragmentario el carácter de esta parcela del Derecho y, sobre todo, su aspecto valorativo en cuanto a la conducta del delincuente: “El Derecho penal se ocupa únicamente de comportamientos exteriorizados con relevancia social. Por eso lógicamente sus valoraciones parten de las consecuencias exteriores. La primacía corresponde al desvalor del resultado, y el desvalor de acción o el desvalor de ánimo, sólo cobran significación jurídico-penal en la medida que se asocien a la creación de riesgos o lesiones de los bienes jurídicos protegidos por la Ley penal, es decir, vayan referidos a un desvalor de resultado”. De ahí que nos da la impresión de su postura dogmática en una dimensión defensiva. Otro aspecto a considerar es su concepción enciclopédica del Derecho punitivo. El autor, situando a la materia en el sector del Derecho público, abona la idea del que fue maestro de tantos penalistas, Luis Jiménez de Asúa, de que el Derecho penal tiene la triple dimensión sustantiva, adjetiva y ejecutiva.

En el capítulo de la elaboración histórica y, al abarcar los principios informadores, se atisba la teleología de la pena ya que entra en una posible dialéctica entre la retribución y la prevención, entre otras.

Se nos antoja de un gran valor y, sobre todo cuando no ha sido muy tocado, el capítulo VI, sobre la relación punitiva. Es innegable que los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, al menos, tienden a configurarse bajo el marco de los derechos subjetivos recíprocos y, por ende, bajo relaciones jurídicas, bien sean de carácter público o privado. Hubiera sido deseable que el autor de la obra que comentamos hubiera dedicado algo más de papel al tema. Pero la finalidad de su publicación y la mínima connotación que tiene la materia en la general doctrina, justifican claramente la referencia al tema, que no es poco.

De modo que no dudamos en calificar de original, aborda Rodríguez Mourullo la teoría de los elementos negativos del tipo. El problema se traslada al criterio tradicional de establecer en la tipología aquellos requisitos o elementos que han de estar presentes para que el delito adquiera vida. De manera acertada argumenta que por puros principios de economía legislativa, parece más útil y correcto que el legislador signifique y perfile los elementos positivos del tipo —sus requisitos “a necesidad”— y catalogue de manera clara y concluyente los que pueden dar lugar a la exclusión de responsabilidad, vía antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad, etc.

Otra nota que debe ser destacada del libro que se recensiona es la forma de acometer la adecuación de la tipicidad en los delitos cualificados por el resultado —capítulo XV— conjugando su gran problemática con las soluciones jurisprudenciales, en orden sobre todo a los delitos de comisión por omisión.

No deja de ser interesante, por otra parte, en materia de antijuridicidad la tesis que mantiene el autor respecto del juicio de desvalor de la

acción y el mismo respecto del resultado que los ejemplariza, poniendo de relieve cómo el Código penal vigente se inclina por la última solución.

En definitiva, nos hallamos ante un manual de Derecho penal eminentemente claro, con una sistemática definida, ubicado en la metodología lógico-formal que el autor ha seguido a lo largo de su trayectoria de publicista, parco en referencias bibliográficas —ni más ni menos que las necesarias— y, cual ya se ha dicho en líneas anteriores, óptimo para los que, en el inicio de su carrera, se enfrentan con la asignatura de Derecho penal.

ANTONIO FERRER SAMA

Catedrático de Derecho penal

SCHNEIDER, Hans Joachim: "Viktimologie". Wissenschaft vom Verbrechenopfer. ("Victimología". Ciencia de la víctima del delito). J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975.

La Victimología como parte de la Criminología es una ciencia joven, cuyo objeto de estudio lo constituye la víctima del delito concebida como sujeto autónomo dentro del proceso de criminalidad, y no como el mero objeto desatendido e inadvertido que se la venía considerando con anterioridad.

En otra época en la que tan excesiva como innecesariamente se discutió sobre el tratamiento debido al autor del delito, debió ser mayor la atención prestada a la persona de la víctima como a su respectivo tratamiento. En la actualidad, sin embargo, la Policía Criminal ha contribuido de forma especial a promover en la República Federal Alemana los primeros trabajos de investigación empírica sobre Victimología.

La Victimología es una ciencia actual. Los resultados de las numerosas investigaciones llevadas a cabo en países como Escandinavia, América del Norte y América del Sur, dan fe de ello. Los primeros libros con esta materia relacionados proceden de Japón. En el primer Simposio Internacional sobre Victimología celebrado del 2 al 6 de septiembre de 1973 en Jerusalén, se promovió su estudio de forma contundente. La Comunidad Internacional de Criminología (París), celebrará a su vez su segundo Simposio Internacional sobre este tema del 5 al 11 de septiembre de 1976 en Boston.

Pero lamentablemente, la gran expectación que la Victimología ha despertado en el extranjero y en general en todo el ámbito internacional, no se ha visto correspondida hasta el momento por los países de habla alemana. Algunos tratados alemanes sobre Criminología dedican ciertos capítulos al estudio de aquella ciencia, pero hasta ahora no existe ninguna obra íntegramente consagrada a la profundización de tan trascendental materia.

El presente texto proporciona toda la información acerca del estudio de la Victimología, de la que carece la República Federal Alemana, tomando como base las orientaciones internacionales existentes en la actualidad sin olvidar la extraordinaria precaución que requiere la aplica-

ción de resultados de investigaciones llevadas a cabo en el extranjero a situaciones y conflictos planteados en el propio país.

El material para la elaboración de esta monografía procede no sólo de las largas discusiones personales sostenidas por el autor con sus colegas de otros países, sino también y muy especialmente, de sus numerosos viajes realizados por el Norte y Sur del continente americano, Gran Bretaña, Escandinavia, Europea Oriental, la Unión Soviética, Polonia, Yugoslavia, Israel y Japón, que fueron de extraordinario provecho para sus investigaciones criminológicas.

Característica esencial de la obra es su orientación profundamente pragmática. Su autor no ha querido renunciar ni a la minuciosa exposición de datos ni a la detallada información sobre el estado actual de las investigaciones referentes a la Victimología llevada a cabo en todo el mundo.

El presente estudio se dirige, no tanto al práctico del Derecho, que vive en constante relación con la víctima, como al estudioso de la Ciencia del Derecho, de las Ciencias de la Educación, Psicología, Medicina, Sociología y Teología, ofreciéndole la ayuda necesaria para solucionar los problemas planteados en relación con la víctima del delito.

Un catálogo de vocablos extranjeros y de términos técnicos sobre Victimología se encuentra recogido al final del libro, con la única finalidad de facilitar su comprensión al lector y posibilitar su uso interdisciplinario.

Al comienzo de cada uno de los capítulos que integran la obra, se recopila un resumen informativo del contenido de los mismos, a fin de que el estudio pueda decidir con carácter previo, si le interesa o no profundizar en su correspondiente estudio.

Una extensa relación bibliográfica y un índice de autores y materias recogidos en las últimas páginas del texto, están al servicio inmediato de los intereses de la investigación y contribuyen a esclarecer la panorámica general del tema que nos ocupa.

Al final de cada capítulo, un apartado especial contiene la enunciación de uno o varios supuestos prácticos relacionados con la materia específica en aquél desarrollada, y una serie de cuestiones a continuación formuladas, invitan al lector a pronunciarse por una u otra solución. Los casos prácticos no son en absoluto espectaculares ni excepcionales; se trata de supuestos extraídos de la realidad criminal cotidiana, que han sido tan profundamente modificados que resultan inidentificables hasta el punto de que, cualquier similitud con personas vivas o muertas o con acontecimientos reales, sería total y absolutamente involuntaria.

Las respuestas a las cuestiones formuladas respecto a cada caso práctico, se encuentran recogidas al final del libro, si bien la forma en que aquéllas fueron planteadas, impide de antemano la adopción de soluciones únicas y exclusivas, siendo evidente la intención del autor que, lejos de interesarse por la respuesta exacta y adecuada, se preocupa profundamente por la exigencia de fundamentación y razonamiento jurídicos de las argumentaciones que se estimen procedentes.

Para hacer efectivos en la práctica los resultados obtenidos en el pro-

ceso de investigación victimológica, sería tan necesaria como conveniente, la creación y organización en cada comunidad del cargo de "Opfer-Ombudsmann" para auxiliar y asistir a la víctima cuando se encontrare incapacitada para salir por sí misma de la crisis en que se hallare sumergida, como consecuencia del perjuicio físico o psíquico que hubiera padecido a causa del delito. Aquél se constituiría en su auxiliador y compañero temporal, y no sólo a efectos de subsanar o disminuir en la medida de lo posible los daños por ella sufridos, sino lo que es más importante, a efectos de prevenir una futura posibilidad de llegar a ser víctima.

La instauración de esta nueva figura ("Opfer-Ombudsmann") significaría un gran avance en la labor organizadora de un servicio encargado de atender y asistir a la víctima del delito.

El aspirante a "Opfer-Ombudsmann" debería haber obtenido, al menos, la graduación académica en Ciencias Sociales, o estar en posesión de cualquier otro título semejante. Se encargaría de mitigar en lo posible las perturbaciones que la víctima experimentase como consecuencia de su aparición ante el Tribunal, y sugerir a éste la necesidad y conveniencia de la reparación del daño en aquélla causado.

Para el desempeño de sus funciones, vendría obligado a trabajar en estrecha colaboración, dentro de su respectiva comunidad, con la justicia criminal y las autoridades encargadas de la asistencia social, así como con el personal integrante de organizaciones de asistencia y auxilio creadas al efecto, tales como médicos, enfermeras, psiquiatras, fiscales, jueces, policías y periodistas.

Los recursos económicos para la financiación de este proyecto procederían de diversas fuentes: de fondos de la comunidad; de fondos privados y de subvenciones estatales y federales.

Pero para que el proyecto alcanzara su máxima eficacia, sería necesaria la cooperación de dos grandes departamentos: el de Policía y el de Sanidad.

El programa para su ejecución estaría integrado por dos componentes esenciales: la consideración del daño directa e inmediatamente producido a la víctima y el análisis de la relación autor-víctima.

El "Opfer-Ombudsmann", a través de su experiencia práctica, podría contribuir extraordinariamente al futuro desarrollo empírico de los trabajos de investigación victimológica.

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO

Profesora Ayudante. Granada

STRATENWERTH, Günter: "Die Zukunft des Strafrechtlichen Schuldprinzips" (El futuro del principio juridicopenal de culpabilidad). Heidelberg-Karlsruhe, 1977, 49 págs.

El presente estudio de Stratenwerth —del que estoy preparando traducción al castellano en colaboración con el profesor Bacigalupo— viene a incidir en la viva polémica doctrinal desatada en nuestros días en torno

al principio de culpabilidad. Basta indicar en este sentido el panorama básico que, a modo de ejemplo, representan las significativas aportaciones que a la mencionada polémica han realizado, entre otros, Gimbernat Ordeig (“¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?”. Estudios de Derecho penal. Madrid, 1976), Kaufmann, Arthur (“Das Schuldprinzip”. Heidelberg, 1976), Córdoba Roda (“Culpabilidad y pena”. Barcelona, 1977), Jakobs (“Suld und Prävention”. Tübingen, 1976), Muñoz Conde (“El principio de culpabilidad”. Comunicación a las III Jornadas de Profesores de Derecho penal. Santiago de Compostela, 1975), Roxin (“La culpabilidad como criterio limitativo de la pena”. Revista de Ciencias Penales, 1973) y Bacigalupo (“Bemertungen zur Schuldlehre im Strafrecht”. Fest, für Welzel, 1974). Pero es el Coloquio Internacional sobre la pena celebrado bajo los auspicios del Instituto de Ciencias Penales de Chile (“Revista de Ciencias Penales, 1973) el que aporta una de las visiones más claras sobre la magnitud de la polémica a la que hacemos referencia, ya que allí, por un lado, se “rechazó absolutamente” la idea de culpabilidad, mientras que por otro se la defendió como “el fundamento de la retribución que la pena supone”.

El presente trabajo de Stratenwerth parte de una concepción de la evolución social en la que se perciben los resultados de investigaciones sociológicas modernas, especialmente las de Eder, Luhmann y Habermas, según las cuales (pág. 5) el primitivo Derecho penal propio de sociedades arcaicas estaba presidido por el principio de la responsabilidad por el resultado: la pena era impuesta solamente a la vista de los resultados materiales producidos por la acción del sujeto. Un cierto desarrollo cultural trajo consigo un nuevo planteamiento en la forma de concebir y tratar el fenómeno de la delincuencia: el Derecho penal empezó a prescindir en buena parte del criterio de acudir solamente al resultado material de la acción del sujeto para imponer la pena. Esto es, el Derecho penal se espiritualizó en el sentido de empezar a prestar atención a la intención con la que el sujeto realizaba la acción. Este cambio de orientación desembocó en la adquisición por los diversos ordenamientos punitivos de un marcado matiz ético, de una profunda carga moral. El delito era considerado como una “iniquitas”, como “malitia” (pág. 6). Esta malitia, en cuanto realizada con culpabilidad moral, convertía al sujeto en un “perversus homo” que debía ser retribuido con una pena. Esta encontraba su fundamento y su medida en la culpabilidad moral del sujeto. La pena era la retribución de la culpabilidad, y ésta el fundamento y el criterio para medir dicha retribución.

La juridización de la culpabilidad pudo borrar en cierta medida todas estas connotaciones éticas y morales. Pero en modo alguno borró la naturaleza retributiva de la pena: claro que lo que ahora se va a retribuir no es una culpabilidad moral, sino jurídica. Los campos del pecado y del delito, de la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica se deslindan, pero el planteamiento general sigue siendo el mismo: el delito es un mal acto del hombre que, en cuanto realizado en condiciones tales que puede ser jurídicamente reprochado, convierte al autor en un sujeto que debe expiar mediante la retribución del mal de la pena. Esta encon-

trará su fundamento y su medida en la culpabilidad jurídica del sujeto. La pena seguirá siendo retribución de una culpabilidad constituida en fundamento y medida de dicha retribución.

Si se considera a la pena, no como un mal que se impone al sujeto para retribuir su culpabilidad, sino como una "amarga necesidad" orientada a la prevención general y especial, la pena retributiva entra en una crisis ya definitiva y en la que realmente se encontraba sumida desde la época de la Ilustración. Ya Voltaire —recuerda Stratenwerth (pág. 6)— había afirmado que "la auténtica Ciencia del Derecho es la prevención de los delitos". Esta crisis de la pena retributiva no es sino la crisis de la misma idea de retribución "en cuyo nombre tantos males se han causado al ser humano (pág. 29). No cabe duda de que la crisis de "la pena que retribuye a la culpabilidad" conlleva inevitablemente un cuestionamiento de la misma como fundamento y medida de dicha retribución.

Este planteamiento nos llevaría a la siguiente conclusión: el fin de la idea "retribución de la culpabilidad" es, necesariamente, el fin de la culpabilidad. Así las cosas, la culpabilidad y el principio de culpabilidad no tienen otro futuro que el de ser superados y prescindir de ellos en un tiempo más o menos corto (pág. 7). La obra de Stratenwerth viene a poner de manifiesto que, por el contrario, el planteamiento anteriormente reseñado no debería sino abrir la discusión para un tratamiento más profundo que el dado hasta ahora sobre el principio de culpabilidad.

No es este el lugar de analizar las múltiples causas que han llevado a la culpabilidad de dogma central del Derecho penal a objeto sobre el cual resulta conveniente cuestionarse su futuro. Pero no puede dejar de reseñarse un fenómeno muy significativo. Con demasiada frecuencia, la culpabilidad ha jugado un papel de "instrumento al servicio de la pena". Al sostenerse que la pena tiene una finalidad retributiva, se ha acudido a la culpabilidad para fundamentar y medir dicha retribución: la pena retribuye la culpabilidad. Pero si, por el contrario, se sostiene que la pena carece de función retributiva y se le asignan cometidos exclusivamente de prevención, la culpabilidad se vuelve a poner al servicio de la prevención, con lo que se procura nuevamente justificar su existencia: buen ejemplo de este fenómeno lo constituye toda la problemática del error. ¿Qué futuro aguarda a la culpabilidad si, como demuestra Stratenwerth con profundas críticas a las tesis de Roxin, Jakobs y Krümpelmann, tampoco la culpabilidad debe estar al servicio de la prevención?

En opinión de Stratenwerth nadie ha dictado todavía sentencia en este punto. Lo que hoy está en discusión, afirma, en el centro del Derecho penal no es la simple alternativa "mantener el principio de culpabilidad", "derogar el principio de culpabilidad", ya que "mientras hay pena, el principio de culpabilidad resultará imprescindible" (págs. 7 y 46). Lo que se está produciendo hoy es un desenvolvimiento de dicho principio y de la idea de culpabilidad que le sirve de base y cuya significación se transforma. Lo que se debe hacer es influir en ese proceso de transformación a efectos de llevar al principio de culpabilidad a fines socialmente más admisibles que los que le estaban asignados, que a la vez sean racionalmente más verificables y, sobre todo, político-criminalmente más

provechosos. De esta forma, el principio "nullum crimen sine culpa" podrá jugar un decisivo papel en orden a la consecución de un Derecho penal más justo y humano que, como el del futuro, estará libre de ideas retributivas y al servicio de la prevención de los delitos dentro de los límites que impone el respeto a la dignidad humana.

AGUSTÍN ZUGALDÍA ESPNAR

Revue de science criminelle et de Droit Penal Compare.
Septiembre

DELMAS-MARTY, Mireille: "Criminalisation et infractions financières, économiques et sociales". Págs. 509-520.

El estudio de Delmas-Marty se centra en conductas penalizadas recientemente en Europa, que se ha dado en llamar delitos financieros, económicos y sociales, y que representan el 90 por 100 de los beneficios producidos por el delito.

No se le ocultan al autor las dificultades que presenta el estudio sobre tan amplio objeto, debidas a las divergencias jurídicas existentes entre estos delitos en cada uno de los Derechos nacionales y más aún en el Derecho comparado. No obstante, la unidad criminológica de todos estos delitos queda patente en los obstáculos comunes que tienen, y por ello su estudio conjunto se hace aconsejable.

El principal obstáculo de todos estos delitos, a juicio del autor, es el **temor**, que aun siendo algo difuso a primera vista, en esta materia es palpable: persiguiendo la delincuencia de los negocios, se dice, se corre el riesgo de que algún día quede en tela de juicio el sistema económico de las sociedades liberales.

Este temor se manifiesta en la afirmación de que persiguiendo estas conductas se ataca a la sociedad liberal, y se avanza hacia la colectiva; en el convencimiento de la contradicción que representa la Ley penal y su amenaza en el mundo de los negocios, cuyas características son la rapidez, flexibilidad y riesgo; y en el chantaje aceptado que ejercen los empresarios ante las autoridades afirmando que la sanción penal supone la ruina del negocio y la pérdida del empleo de los trabajadores.

Y este temor a la sanción penal está justificado por cierta **indiferencia** ante estos delitos, que existe aunque cada vez en menor medida, y que guarda el lugar privilegiado del Derecho penal a los delitos "naturales" (violencia, delitos contra la propiedad, vanales...).

Y si a la indiferencia se le añade el temor, no es extraño que un tercer obstáculo esté constituido por el **silencio** que ante los investigadores y la autoridad judicial guarda la Administración y los Estados entre sí. En el plano nacional este silencio se manifiesta en la falta de denuncia o querrela que impide se origine la sanción. Y en el plano internacional en la lentitud de las tramitaciones por la obligatoria vía diplomática, y además por la exclusión de algunos de estos delitos de los tratados de extradición.

Este silencio refuerza la **ignorancia** existente en la materia, que impide un plan práctico y real y representa por ello el más grave obstáculo.

Los investigadores están de acuerdo en que la cifra negra de criminalidad es especialmente alta por falta de denuncia o querrela debida a di-

ferentes razones, y también por la inacomodación de la Ley penal en este campo.

Ahora bien, el objeto de Delmas-Marty no es poner de manifiesto un fracaso, sino proponer medidas para la persecución e investigación de los delitos financieros, económicos y sociales.

Entiende que la ignorancia es el obstáculo más fácil de vencer empleando los medios técnicos necesarios. Y propone una serie de ellos: la asociación de las víctimas para su defensa; la utilización de los documentos ya existentes que aportan datos válidos; la puesta bajo control judicial de fichas con datos que permitan el estudio a los investigadores; la ruptura obligatoria del silencio de la Administración (obligación de comenzar el proceso...) y de los Estados entre sí (relegación de la vía diplomática, permisión de la extradición...).

Pero reconoce que estas medidas no tendrán validez si no se rompe con la indiferencia y se pierde el temor.

La indiferencia se basa, a juicio del autor, en cierta tendencia a no distinguir claramente el Derecho penal de otras ramas del Derecho. La penalización de conductas se ha venido realizando en muchas leyes al recurrir a la pena como cláusula general que refuerza las normas de Derecho civil, mercantil, administrativo..., pero sin una clasificación de las conductas. Por ello, para que el Derecho penal recobre su verdadero carácter y su intimidación, es necesaria una despenalización de conductas que permitan una penalización en sus justos términos, que conlleve la desaparición de la indiferencia.

Pero esta penalización no es posible más que haciendo desaparecer el miedo. Tengamos presente para evitar equívocos, que los delitos financieros, económicos y sociales existen en función de un sistema económico, pero que su penalización no supone sino reforzar el sistema, porque a la larga son conductas que lo debilitan. Además, las motivaciones productoras de los mismos son el beneficio, la productividad y el poder presentes tanto en un sistema económico liberal como en los socialistas. Y por último, es un deber del legislador castigar en base al principio de igualdad ante la ley, estas conductas y las que se dirigen contra la propiedad en formas clásicas.

Así, pues, utilidad y justicia se unen para asegurar los fundamentos y límites de la penalización de estas conductas, a la vez que imponen la necesidad de la investigación de este campo.

Este trabajo está reactado a partir de la Introducción que Delmas-Marty presentó el 10 de diciembre de 1976 en la Jornada del Instituto de Criminología de Lille sobre "Criminalitation et infractions financières, économiques et sociales", del que este mismo número da noticia en la página 703.

También nos da noticia en la página 699 y ss. de la XII Conferencia de Directores de Institutos de Criminología que tuvo lugar en Estrasburgo del 16 al 18 de noviembre del pasado año sobre materia conexas con ésta: "Aspectos criminológicos de los delitos de negocios".

Zaki, Magdi Sami: "Réflexions sur le vol dans les grands magasins. Problème et critère de la décriminalitation". (págs. 521-534).

Sa analizan en este trabajo los hurtos en los grandes almacenes, cuyo aumento en España puede preverse que irá de la mano del desarrollo de estos centros comerciales.

Propugna el autor la despenalización de estas conductas por razones que no vamos a exponer. Únicamente veamos la solución que propone.

Es suficiente, a su juicio, con una sanción civil semejante a la cláusula penal contractual, debidamente anunciada al público, por la que el "comprador falto de delicadeza" deberá pagar una indemnización a tanto alzado —el doble del precio del objeto con un mínimo determinado— que podría cubrir los gastos de vigilancia y reducir de los precios estos costes, además de ser intimidación suficiente como para prescindir en esta materia de la amenaza penal.

No obstante, Zaki tiene presente las dificultades de la despenalización que propone, y no por razones jurídicas o criminológicas, sino por incidir en la propiedad, lo cual plantea cuestiones muy delicadas de cara a la opinión pública de carácter más bien políticas.

En la sección *Etudes et Variétés* se publican las cuatro ponencias restantes (de las tres primeras dimos cuenta en el número anterior) de las Jornadas Lombrosianas que tuvieron lugar en París los días 15 y 16 de octubre del pasado año, en conmemoración de la publicación de "L'Uomo delinquente".

Con ellas se completa la publicación de las siete ponencias presentadas, que contribuyen a esclarecer aspectos concretos del pensamiento de Lombroso y su influencia.

En la sección "Croniques", *Chronique de défense social*, págs. 675 y siguientes, Jacqueline Bernat de Celis expone algunas de las conclusiones obtenidas en las Jornadas franco-españolas sobre infracciones de tráfico, que se celebraron en Barcelona del 31 de mayo al 4 de junio de este año.

En la sección "Informations" se publica la enviada por Antonio Beristain sobre las IV Jornadas de penalistas españoles y el movimiento de reforma penal en España, que tuvieron lugar en Sevilla, organizadas por el departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de aquella Universidad, los días 14, 15 y 16 de octubre del pasado año.

JUAN I. ECHANO

Profesor Ayudante de Derecho penal

NOTICARIO

El *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, con el que todos los penalistas españoles estamos en deuda por la generosa ayuda que nos ha prestado siempre, facilitándonos el acceso a su fabulosa biblioteca, en la que se han preparado tantas tesis doctorales y trabajos monográficos que han visto la luz en nuestro país, inaugura el día 26 de octubre de este año un nuevo edificio. Con este fausto motivo se ha organizado un coloquio de tres días sobre el tema: «La comparación como método del Derecho penal y de la criminología». El programa provisional es el siguiente:

Día 23 de octubre: bajo la presidencia del profesor JESCHECK, ponencia del profesor SCULTZ (Berna), por la mañana, sobre: «La comparación del Derecho penal como investigación fundamental», seguida de discusión en la que están previstas intervenciones de los profesores BETTIOL, FRAGOSO, HALL y HÜNERFELD. La ponencia de la tarde será sobre: «La comparación del Derecho penal como medio para la política criminal», y corre a cargo del profesor LEVASSEUR (París), con contribuciones a la discusión de los profesores ANDENAES, ANCEL, ANDREJEW y RODRÍGUEZ DEVESA.

Día 24 de octubre: presidente, profesor V. AISER; ponente, el profesor KOUBRIAVECV (Moscú), sobre el tema: «Posibilidades y límites de la investigación comparada en la criminología», seguido de discusión con contribuciones preparadas por los profesores CLINARD, MCCLINTOCK, SVERI y FERRACUTI; por la tarde, ponencia del profesor DENIS SZABO (Montreal), sobre «La criminología comparada y su significación para la política criminal», en la que están previstas intervenciones de los profesores BERISTAIN, LÉAUTÉ, LEJINS y MIYAZAWA.

Día 25 de octubre: Ponencia del profesor LEBLINGER, sobre «Función y actividad de los órganos acusatorios», con aportaciones de los profesores DAVIS y REISS, seguida del tema «La pena de multa como medio de la moderna Política criminal», cuyo ponente es el profesor ALBRECHT, con intervenciones de los profesores BOTTEMS y FRIDAY. Las palabras de la clausura corren a cargo del profesor KAISER.

Agradecemos muy vivamente desde estas páginas a los directores del Instituto Max-Planck, de Friburgo, profesores JESCHECK y KAISER, la fineza de haber tenido presente a España en este encuentro de alto nivel, que conlleva una común preocupación por problemas que rebasan las fronteras y exceden las ideologías. Queremos también añadir las congratulaciones del ANUARIO, que siempre ha manifestado su interés por el Derecho comparado, por la inauguración del nuevo edificio del Max-Planck-Institut.

SEMINARIO SOBRE CRIMINALIDAD ORGANIZADA

En el Instituto Superior Internacional de Ciencia Criminal, de Siracusa (Italia), se va a celebrar un Seminario sobre *Criminalidad organizada*, durante los días 22-27 de mayo de 1978. Se tratarán temas relacionados con las diferentes formas de organización, delincuencia juvenil, los «gangs», delincuencia femenina, delincuencia ideológica, corrupción, etc. Intervendrán los profesores Bassiouni, Canestri, Delmas-Marty, Haussling, Lejins, Ottenhof, Paradiso, Pinatel, Pisapia, Sparks y Tiedeman.

CURSILLO DE CRIMINOLOGIA SOBRE LAS TENDENCIAS DE LA POLITICA CRIMINAL EN LA ACTUALIDAD

Organizado por el Instituto de Criminología, de Madrid, el profesor don Enrique Bacigalupo ha dictado un cursillo sobre *Las tendencias de la Política criminal en la actualidad*, durante los días 12 a 19 de abril. Los temas tratados han sido los siguientes: 1) *Los nuevos conocimientos criminológicos y la política criminal*. 2) *Las corrientes más importantes de la política criminal actual*. 3) *El modelo de unificación del Derecho penal iberoamericano*. 4) *El modelo de reforma penal en el Derecho penal iberoamericano*. 5) *El modelo de la reforma penal alemana*.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXI

AÑO 1978

TOMO XXXI - FASCICULO I - ENERO - ABRIL

Páginas

SECCION DOCTRINAL

<i>Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto, por José María Rodríguez Devesa</i>	5
<i>Evolución jurídica y ciencia penal, por Juan Córdoba Roda</i>	13
<i>La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito «sui generis», por Joaquín Cuello Contreras</i>	35
<i>«Los tipos agravados de coacciones del artículo 496, párrafos 2.º y 3.º», por Juan Felipe Higuera Guimera</i>	97

SECCION LEGISLATIVA

a) DISPOSICIONES LEGALES

<i>Ley 10/1978, de 20 de febrero, derogación de la circunstancia cuarta del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>	117
<i>Ley 17/1978, de 15 de febrero, sobre modificación del artículo 161 y derogación de los artículos 164 bis a), b) y c) del Código Penal.</i>	117

b) PROYECTOS DE LEY

1. <i>Proyecto de Ley de Asociaciones Políticas</i>	117
2. <i>Proyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión</i>	120
3. <i>Proyecto de Ley por el que se modifican las edades en los delitos de estupro y raptó</i>	122
4. <i>Proyecto de Ley por el que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código Penal, y se adiciona el artículo 342 bis</i>	123
5. <i>Proyecto de Ley de modificación parcial de la Ley de Orden Público</i>	124
6. <i>Proyecto de Ley sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona</i>	130
7. <i>Proyecto de Ley sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento</i>	136
8. <i>Proyecto de Ley de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación</i>	138

c) DICTAMENES DE LA COMISION DE JUSTICIA

<i>Dictamen de la Comisión de Justicia sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>	143
--	-----

d) PROPOSICIONES DE LEY

1. <i>Tortura.—Modifica el Código Penal, introduciendo sendos artículos en sus títulos VIII y XII, que tipifican las diversas formas de esta aberración delictiva</i>	148
--	-----

2. <i>Modifica la Ley de Peligrosiáad Social y su reglamento</i>	150
3. <i>Asistencia letrado.—Modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introduciendo el derecho a la asistencia de letrado desde el momento de la detención</i>	151

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal, por Alfonso Serrano Gómez</i>	153
---	-----

REVISTA DE LIBROS	191
---------------------------------	-----

REVISTA DE REVISTAS	225
-----------------------------------	-----

NOTICARIO	229
-------------------------	-----

Sección Legislativa

a) DISPOSICIONES LEGALES

<i>Ley 10/1978, de 20 de febrero, derogación de la circunstancia cuarta del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>	117
<i>Ley 17/1978, de 15 de febrero, sobre modificación del artículo 161 y derogación de los artículos 164 bis a), b) y c) del Código Penal.</i>	117

b) PROYECTOS DE LEY

1. <i>Proyecto de Ley de Asociaciones Políticas</i>	117
2. <i>Proyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión</i>	120
3. <i>Proyecto de Ley por el que se modifican las edades en los delitos de estupro y rapto</i>	122
4. <i>Proyecto de Ley por el que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código Penal, y se adiciona el artículo 342 bis</i>	123
5. <i>Proyecto de Ley de modificación parcial de la Ley de Orden Público</i>	124
6. <i>Proyecto de Ley sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona</i>	130
7. <i>Proyecto de Ley sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento</i>	136
8. <i>Proyecto de Ley de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación</i>	138

c) DICTAMENES DE LA COMISION DE JUSTICIA

<i>Dictamen de la Comisión de Justicia sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>	143
--	-----

d) PROPOSICIONES DE LEY

1. <i>Tortura.—Modifica el Código Penal, introduciendo sendos artículos en sus títulos VIII y XII, que tipifican las diversas formas de esta aberración delictiva</i>	148
2. <i>Modifica la Ley de Peligrosidad Social y su reglamento</i>	150
3. <i>Asistencia letrado.—Modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introduciendo el derecho a la asistencia de letrado desde el momento de la detención</i>	151

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal, por Alfonso Serrano Gómez</i>	153
Revista de Libros	191
Revista de Revistas	225
Noticario	229

Suscripción anual: España, 1.800 pesetas
Extranjero, 2.000 pesetas

Número suelto, España, 700 pesetas
Extranjero, 900 pesetas