

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXI
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
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 CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

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

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

FERNANDO DIAZ PALOS
Magistrado del Tribunal Supremo

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo
ADOLFO DE MIGUEL GARCI-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>La reforma del Derecho penal sexual</i> , por José A. Sainz Cantero ...	237
<i>La pena de galeras en la España moderna</i> , por Luis Rodríguez Ramos.	259
<i>Problemas generales de la seguridad del tráfico</i> , por Wolf Middendorff.	277
<i>El artículo 497 del Código penal</i> , por José Luis Manzanares Samaniego ...	299
<i>El concepto de la peligrosidad social en el Derecho español</i> , por José María Morenilla Rodríguez ...	317

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

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

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Enero-abril 1978.

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 II**



**MAYO-AGOSTO
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

La reforma del Derecho penal sexual^(*)

JOSE A. SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada

SÚMARIO: I. Principios informadores del moderno Derecho penal sexual: 1. Principio general. 2. Postulados que orientan la normativa de determinadas áreas: A) Estupros. B) Incesto. C) Raptos. D) Adulterio. E) Homosexualidad. F) Prostitución. G) Pornografía.—II. Principios informadores del Derecho penal sexual español. 1. Característica general. 2. Sus consecuencias.—III. Los factores que determinaron en Europa las modernas orientaciones del Derecho penal sexual.—IV. El cambio en materia sexual en la realidad social española.—V. La reforma del Derecho penal sexual en España.

La transformación en profundidad de nuestro ordenamiento penal positivo se reclama desde los más diversos sectores. Este deseo de modificación comprende casi todos los parajes de nuestro Código penal, pero las áreas donde más se ponen los ojos renovadores son el campo de los delitos políticos y el sector de los delitos sexuales. El argumento fundamental con que se apoya ese propósito es semejante para las dos áreas mencionadas: el cambio experimentado por la sociedad (el tan mencionado «cambio social»), impone una paralela transformación de las normas penales positivas. Con base en el evidente cambio social que tuvo lugar en Europa sobre las ruinas dejadas por la Segunda Guerra Mundial, se han reformado en la mayor parte de los países del continente europeo las leyes penales; al cambio sobrevenido en España —se argumenta— debe corresponder igualmente un cambio de legislación penal.

De la evidencia de esta argumentación en lo que respecta a los delitos políticos no es posible dudar. A un régimen autoritario, ha sucedido un sistema político democrático o, por lo menos, que se orienta a la democracia. El cuadro de valores políticos se ha transformado por completo: conceptos que hace unos años merecían el reproche no sólo de los enjuiciadores oficialistas sino también de un sector mayoritario (por convencimiento o por imposición desde arriba, pero mayoritario) de la población, son

(*) Este trabajo ha sido redactado para su publicación en el libro de homenaje al profesor ANTÓN ONECA.

opciones políticas válidas y legales, que se tiene a honra profesar por un sector también mayoritario (y ahora comprobado sobre el dato objetivo de una consulta electoral) de la población. Conductas que, no sólo por las leyes promulgadas por los conductores del Régimen anterior, sino también por gran número de españoles, se consideraban subversivas o delictivas, aparecen en la actualidad a los ojos de casi todos (hay que excluir a la minoría que en el referéndum se mostró contraria al sistema democrático) como meritoria actividad, formal y materialmente conforme a Derecho, de acuerdo con los principios de la participación política en una sociedad pluralista. Que es necesario cambiar las leyes penales anteriores ante la evidencia de esta transformación sociopolítica, no parece discutible. Las disposiciones ya promulgadas y las que en la actualidad se elaboran, responden a esa necesidad. La posibilidad de constatar objetivamente la realidad del cambio social y de medir su intensidad, han facilitado la modificación, en naturaleza e intensidad, del ordenamiento penal en lo que se refiere a los delitos políticos.

Respecto a los delitos sexuales la constatación del cambio social no parece tan fácil de realizar, ni deja de presentar dificultades la medición de la intensidad con que se haya podido producir, si efectivamente se llega a la conclusión de que se ha producido. También en este área la modificación del ordenamiento penal debe hundir sus raíces en la realidad social que contempla, y tan pernicioso puede resultar dejar intactas arcaicas estructuras positivo-legales, aplicándolas a una sociedad que ha cambiado y que, por ello, las repele, como elaborar unas leyes nuevas, progresistas y «revolucionarias», que no se acomoden a la medida del cambio operado en la sociedad. Sin tener en cuenta esta reflexión, que a mi entender es elemental, últimamente se está reclamando o exigiendo a nuestros legisladores acomodar nuestro Derecho penal sexual al moderno Derecho penal sexual europeo que, sobre principios político-criminales innovadores, ha experimentado o está a punto de experimentar una transformación. Si nos vamos a homologar en tantas cosas —parece pensarse—, homologuemos también nuestras leyes penales en materia sexual. ¿Es esto posible y científicamente aconsejable?

Una respuesta a este interrogante sólo podrá ofrecerse si previamente se analiza: los principios político-criminales que inspiran el moderno Derecho penal sexual europeo (I); los postulados que orientan el Derecho penal español en materia sexual, no sólo los que inspiran nuestras leyes sino también los que fundamentan la doctrina jurisprudencial (II); los factores sociales que determinaron el cambio del Derecho penal sexual en los países de Europa (III); si esos factores se dan también en España, y en qué medida se dan, si efectivamente se aprecia que el cambio en materia sexual se ha producido (IV). Solamente sobre este esclarecimiento se podrán sacar conclusiones sobre la exigida mo-

dificación de nuestro Derecho penal sexual y se contestará con ellas a la pregunta formulada. Esa respuesta constituye el objeto de este trabajo, que va a seguir el cauce metodológico que acabo de indicar.

I. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL MODERNO DERECHO PENAL SEXUAL

Las directrices del moderno Derecho penal sexual pueden sintetizarse en un principio general básico, y una serie de concepciones referidas a las diversas áreas de la delincuencia sexual que no son otra cosa que consecuencias coherentemente deducidas de ese postulado básico.

1. El principio general podría formularse así: la intervención del Derecho penal en la esfera de la actividad sexual del individuo debe limitarse a aquellas situaciones en que mediante la conducta sexual se causa un perjuicio real e injusto a otra persona o a la comunidad. Con otras palabras, sólo debe castigarse:

a) Cuando para imponer al sujeto pasivo el comportamiento sexual de que se trate (yacimiento, abusos deshonestos), se ha empleado violencia o intimidación, ha existido prevalimiento o se ha abusado de una relación de dependencia.

b) Cuando el comportamiento supone corrupción de un menor por un adulto.

c) Cuando, por su trascendencia, la conducta sexual pueda dar lugar a escándalo público.

d) Cuando se produzca instigación a la prostitución tanto masculina como femenina (1).

Este principio se fundamenta por la doctrina con los siguientes argumentos:

a) La ley penal debe tener una intervención mínima en la organización de la vida social (principio de intervención mínima) lo que supone de un lado que sólo debe acudir con sus severos medios de reacción cuando hayan fracasado los medios —menos

(1) El Código Penal tipo americano de 1962, presentado por el *American Law Institute*, recogió este principio. Se defendió también en el IX Congreso Internacional de Derecho Penal (La Haya, 1964), propugnándose por el Relator General MORRIS PLOSCOWE (Cfr. *Revue Internationale de Droit Penal*, 1964, pág. 1038). Inspiró el *Proyecto Alternativo alemán* (vid. E. BACIGALUPO, *Breves consideraciones sobre los delitos sexuales en el Proyecto Alternativo de Código Penal para la República Federal Alemana preparado por los profesores de Derecho Penal*, en «*Revista de Derecho Penal y Criminología*» (Buenos Aires), 1968, págs. 126 y ss.) y, con algunas reservas, orienta las recientes reformas alemana (República Federal) y austriaca (Cfr. también H.-H. JESCHECK, *Der Entwurf eines neuen Sexualstrafrechts im Lichte der Rechtsvergleichung*, en «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*», 1971, págs. 299 y ss.; G. SIMSON-F. GEERDS, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, München, 1969; FR-CHR. SCHROEDER, *Reform des Sexualstrafrechts*, Berlín, 1971.

severos— de que disponen otras ramas del ordenamiento jurídico (consideración del Derecho penal como *última ratio*), y, de otro, que sólo debe proteger los valores más fundamentales para el individuo y la sociedad, y estos valores sólo deben merecer la tutela penal frente a los ataques *más intolerables* (carácter fragmentario del Derecho penal) (2). Si estos postulados se aceptan para todos los sectores del ordenamiento jurídico, no hay razón seria que justifique que en materia sexual se rechacen (3).

b) La ley penal no debe ser un código moral que contenga la enumeración de conductas deseables o no deseables desde el punto de vista ético. El texto punitivo, se añade, no debe ser un instrumento para propiciar la salvación espiritual de los destinatarios de la ley.

c) El ordenamiento penal no debe contener prohibiciones que no puedan hacerse observar con eficacia, y la experiencia enseña que la incriminación de determinados actos sexuales discretamente practicados (relaciones íntimas, en privado, entre adultos que consienten en ellas como el adulterio, homosexualismo, estupro simple, etc.) no solamente es inadecuada para impedir la realización de los comportamientos que se tipifican, sino que produce un notable deterioro de la función intimidante de la norma penal. Morris Ploscowe, en el IX Congreso Internacional de Derecho Penal (La Haya, 1964) llegó a afirmar que «este es el motivo principal para limitar la intervención de la ley penal en la esfera sexual» (4).

d) La penalización de ciertos comportamientos sexuales realizados discretamente en privado y entre adultos (lo que no lesiona bien jurídico individual alguno, ni causa perjuicio a tercera persona), constituye a veces un factor criminógeno desencadenante de hechos delictivos de importancia. Tal ocurre, entre otros casos, en el campo de la homosexualidad, donde no es infrecuente que la prohibición penal (en aquellos países donde constituye delito la realización de actos homosexuales, aunque se realicen en privado y entre adultos que consienten) mediante la amenaza condicional de la denuncia, haga posible el *chantage* del *partenaire*

(2) Sobre estos principios, cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1976, págs. 59 y ss.; S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, págs. 124 y ss.; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1977, págs. 18 y ss.

(3) En este sentido, U. KLUG (*Problemas de filosofía del Derecho y de política jurídica en el Derecho Penal Sexual*, en el libro «Sexualidad y Crimen», versión española de la 3.ª edición alemana de E. Gimbernat, Madrid, 1969, pág. 45) defiende que cuando existan dudas sobre si está justificada o no la punición de una conducta sexual, deberá prescindirse de ello en base a la presunción a favor de la libertad. «En el Derecho Penal Sexual —escribe— el legislador sólo debe intervenir con un medio de reacción penal cuando ello sea imprescindible para la protección de bienes jurídicos reconocidos por todos.»

(4) *Revue Internationale de Droit Penal*, 1964, pág. 1038.

socialmente más situado y, por ello, con posibilidades económicas de pagar el silencio de quien colaboró con él en esos actos (5).

e) La pena retributiva (la que conminan los tipos recogidos en los textos punitivos) es ineficaz para el delincuente sexual, ante quien quiebra su función de prevención general, en cuanto no intimida al verdadero delincuente sexual, y fracasa la de prevención especial, ya que no puede ser el tratamiento más adecuado la retención en una institución penitenciaria donde junto a otros efectos para él muy perniciosos, experimentará una perturbación su actividad sexual (6).

2. En congruencia con el principio básico expuesto, se encuentran las orientaciones de la moderna política criminal sobre determinados sectores de la actividad sexual del hombre. Hagamos un breve recorrido por las áreas más relevantes.

A) Respecto a lo que en nuestro ordenamiento conocemos por estupro, se mantiene que sólo deben incriminarse los que supongan un verdadero atentado a la libertad sexual del sujeto pasivo (que no tiene por qué quedar limitado a la mujer —y mucho menos a que ésta sea honesta— exigiéndose en cambio siempre que el sujeto activo sea persona de diferente sexo). Esto equivale a mantener lo que llamamos estupro de prevalimiento y a sacar de la incriminación los supuestos de simple fornicación, sin lesión de bien jurídico alguno. Los casos de estupro simple (yacimiento en que consiente el sujeto pasivo mediante engaño para obtener el consentimiento), se piensa que sólo deben incriminarse cuando se pruebe fehacientemente la intervención de engaño que ha viciado el consentimiento otorgado, y sólo hasta cierto límite de edad que, para las posiciones más progresistas, debe coincidir con el fijado para estimar que el sujeto es imputable (mayor edad penal).

Fuera de estos casos, las relaciones sexuales controvertidas que puedan tener descendencia, se remiten al área del Derecho civil, donde deben encontrar un tratamiento adecuado (7).

B) Respecto al incesto se pone en controversia por la doctrina más progresista el que se deba castigar con penas criminales. Se argumenta que su tradicional prohibición por las leyes penales obedece a un tabú sexual, que el hombre moderno debe apartar de sí, y que hoy no se justifica el miedo a las taras genéticas con el que durante mucho tiempo se trató de explicar su incrimina-

(5) H. ACKERMANN, *Sobre la cuestión de la punibilidad del comportamiento homosexual masculino*, en «Sexualidad y Crimen», cit., págs. 162 y ss.

(6) G. NASS, *Der Kampf gegen die Sexualkriminalität*, en «Aetiologie und Prophylaxe der Sexualkriminalität (Forschungsberichte zur forensischen Psychologie)», Heft 1, Berlín, 1965, págs. 5 y ss.; A. LANGELÜDDEKE, *Psiquiatría forense* (trad. de L. Beneytez), Madrid, 1972, págs. 139 y ss.

(7) E. GIMBERNAT, *La mujer y el Código Penal español*, en «Estudios de Derecho Penal», Madrid, 1976, pág. 36.

ción (8). La doctrina mayoritaria, sin embargo, no defiende que la ley penal deba desentenderse por completo de los problemas que plantean las relaciones incestuosas, pero existe consenso acerca de que debe limitarse la intervención de la ley penal a los yacimientos entre ascendientes y descendientes y entre hermanos y hermanas (de sangre o media sangre). La *Resolución núm. 2* de las adoptadas en el *IX Congreso Internacional de Derecho Penal* (La Haya, 1964) estableció que «en los países donde el incesto constituye delito, la infracción debe limitarse a las relaciones entre ascendientes y descendientes, entre hermanos y hermanas» (9). En la legislación extranjera siguen este criterio los ordenamientos sueco y polaco, pero la característica general del panorama comparatista es la gran diversidad de criterios para la incriminación del incesto, que en muchas legislaciones extiende las fronteras del tipo penal más allá de lo deseable.

C) Respecto a los delitos de raptó, la opinión mayoritaria es que las conductas que como tales tipifican los Códigos tradicionales, sólo muy en segunda línea son delitos sexuales; constituyen ante todo infracciones contra la libertad y la seguridad de las personas. En congruencia con esto, se propugna su desaparición del área de los delitos sexuales, dejando las conductas que contemplan a la penalización como detenciones ilegales o sustracción de menores, donde son subsumibles. Los Códigos penales de Alemania, Finlandia, Grecia, Holanda y Suiza lo regulan así (10).

D) En relación con el adulterio, se propugna su erradicación del ámbito del ordenamiento penal, y que se prevean para el cónyuge culpable sólo sanciones de carácter civil. Sobre el número, naturaleza e intensidad de estas sanciones civiles se polemiza entre más progresistas y menos progresistas.

En favor de la impunidad del adulterio se argumenta: La ineficacia de la sanción penal que, durante muchos años de incriminación, no ha logrado impedir la gigantesca diferencia entre los adulterios que se cometen y los que son castigados. Else Kofka llamó la atención sobre la evidencia de que el adulterio es una de las infracciones de las leyes penales vigentes que con más

(8) F. BAUER, *El Derecho Penal Sexual en la actualidad*, en «Sexualidad y Crimen», cit., pág. 20.

(9) El art. 435 del Código Penal español se encuentra en esta línea progresista recomendada por el Congreso de La Haya. Sobre la punición del incesto en nuestro ordenamiento, vid. L. MORILLAS, *El delito de estupro-incesto*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1976, págs. 293 y ss., y J. R. CASABO, *El parentesco adoptivo en el Código Penal español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1972, págs. 99 y ss.; F. BELLO LANDROVE, *La familia y el Código Penal español*, Madrid, 1977, págs. 252 y ss.; M. POLAINO, *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla, 1975, págs. 66 y ss.; M. R. DIEGO DÍAZ-SANTOS, *Los delitos contra la familia*, Madrid, 1973, págs. 346 y ss.

(10) En este sentido se ha manifestado en nuestra doctrina J. M. ZUGALDIA ESPINAR, *Los delitos de raptó en el Código Penal español*, Granada, 1977 (tesis doctoral leída en la Universidad de Granada, todavía inédita).

frecuencia se cometen y sólo muy raras veces se castigan (11). La evidencia de que el adulterio, en la mayoría de los casos, más que causa de la destrucción del matrimonio, es efecto o síntoma de un matrimonio ya destruido por otra causa (12). Los perniciosos efectos secundarios de su incriminación, tales como el definitivo derrumbamiento del matrimonio (una vez que el cónyuge inocente interpone querrela contra el adúltero, resulta casi imposible recomponerlo), la posibilidad de chantaje que se ofrece al cónyuge inocente, mediante la concesión del perdón, para conseguir condiciones ventajosas, y los efectos negativos que para el cónyuge culpable comporta la pena privativa de libertad en el área de su actividad profesional, con extensión del perjuicio a los hijos y al propio cónyuge inocente (13).

Recogiendo este estado de opinión doctrinal, en 1964, el *IX Congreso Internacional de Derecho Penal* que antes se ha citado, proclamó en su *Resolución número 1 párrafo segundo*: «El adulterio no deberá ser tratado más que por los Tribunales civiles en el marco de las causas de divorcio o separación y de otra especie de procedimientos matrimoniales». En la actualidad son muy escasos los ordenamientos que mantienen la penalización del adulterio.

E) Sobre la homosexualidad se piensa que los comportamientos de esta clase entre personas adultas, realizados en completa intimidad, si no interviene violencia, engaño, abuso de relación de dependencia, corrupción de menores o profesionalidad, no lesionan ningún bien jurídico necesitado de protección jurídico-penal. En relación con esto y con el respeto debido al principio de intervención mínima, se mantiene que la relación homosexual entre adultos que prestan al acto su consentimiento espontáneo y libre, no debe ser castigada por la ley penal (14). En este sentido se pronunció el citado Congreso de La Haya de 1964, en su Resolución número 6, pero no se puede afirmar que haya sido mayoritariamente aceptada en la legislación comparada, pues si bien son ya muchos los ordenamientos que no tipifican como delito las relaciones homosexuales ejecutadas en las condiciones expuestas, es superior el de los que las recogen en el catálogo de hechos delictivos.

(11) E. KOFFKA, *El adulterio en la reforma del Derecho Penal*, en «Sexualidad y Crimen», cit., pág. 147.

(12) E. KOFFKA, *El adulterio en la reforma del Derecho Penal*, cit., pág. 149.

(13) En este sentido se pronuncia un sector de la doctrina española: E. VAELO ESQUERDO, *Los delitos de adulterio y amancebamiento*, Barcelona, 1976; M. D. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Política criminal del adulterio*, en «III Jornadas de Profesores de Derecho Penal», Santiago de Compostela, 1976, páginas 135 y ss.; J. A. SAINZ CANTERO, *La condición jurídica de la mujer en el Código Penal español*, Granada, 1975 (separata del «Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos», vol. IV), págs. 214 y ss.

(14) H. ACKERMANN, *Sobre la cuestión de la punibilidad del comportamiento homosexual masculino*, cit., pág. 162.

En la reciente reforma alemana constituyó uno de los puntos más controvertidos la procedencia o no de castigar los actos homosexuales entre adultos que consienten, extremándose la polémica sin duda a causa del origen histórico-político de la normativa que regulaba la materia (una ley de 1935 que se mantuvo después del fin de la Guerra). El *Proyecto Oficial de 1962* continuó considerándolos delito, aunque limitó el tipo a los actos homosexuales entre hombres «análogos al coito»; el *Proyecto Alternativo*, más en línea progresista, sólo penalizaba el trato homosexual «de alguna consideración» con menores (15).

F) Sobre la prostitución se piensa que la lucha contra ella debe tener carácter preventivo y no represivo, por lo que se mantiene que, desde un correcto punto de vista político-criminal, su tratamiento no es una cuestión jurídico-penal sino sociológica. Consecuencia de este postulado es que se defiende que el ejercicio de la prostitución no debe criminalizarse, limitándose la ley penal a dispensar protección frente a ella a los jóvenes. A este respecto ha podido escribir A. Mergen que «las prostitutas que afirman su personalidad con ese ejercicio y a las que agrada el modo de vida elegido, es muy difícil resocializarlas. Habrá que dejar que continúen su actividad y proteger frente a ésta a la juventud» (16).

Se limita la penalización a determinados actos de tercería (celestinaje, trata de blancas) cuando se realizan con menores de dieciocho años, o de veintiuno siempre que en este último supuesto concurren determinadas condiciones. El Proyecto Alternativo contemplaba en esta forma la normativa sobre la prostitución (17).

G) En materia de pornografía, la casi totalidad de los Estados, con algunas y significativas excepciones, están vinculados por la *Convención Internacional para la lucha contra la propagación y el comercio de publicaciones impúdicas de 1923*, que hoy obliga a más de noventa Estados y les impone el deber de castigar con pena criminal la elaboración, difusión, exposición pública, tráfico y propaganda de publicaciones pornográficas. Los USA no se encuentran vinculados por esta convención, pero lo están al *Convenio sobre represión de la difusión de publicaciones obscenas de 1910* (y a su protocolo adicional de 1949) que les impone análoga obligación. Los ordenamientos penales, tanto europeos como americanos, incorporan textos en concordancia con el sentido de ambas convenciones, aunque en la *praxis* se advierte una acusada tolerancia de la pornografía.

(15) H. ACKERMANN, *Sobre la cuestión de la punibilidad del comportamiento homosexual masculino*, cit., pág. 160.

(16) A. MERGEN, *La prostitución*, en «Sexualidad y Crimen», cit., páginas 172 y ss.

(17) E. BACIGALUPO, *Breves consideraciones sobre los delitos sexuales*, cit., págs. 126 y ss.

Dinamarca (por leyes de 1 julio 1967 para la creación literaria, y de 1 julio 1969 para la expresión plástica) y Suecia (por ley de 5 junio 1970) han roto con el régimen prohibitivo, de carácter absoluto, estableciendo como principio general la libertad de producción, difusión y comercialización de material pornográfico, estableciéndose a ello tres limitaciones: la pornografía que pueda producir escándalo público; la lesión del «derecho a la distancia» que implica la prohibición de que, por correo u otros medios análogos de difusión, sea enviado material pornográfico a quien no lo ha solicitado previamente; y la pornografía que pueda dañar la formación moral de jóvenes y menores (18). Las legislaciones renovadas más recientemente (alemana, austríaca), aunque han supuesto un avance con relación a la normativa anterior, no han alcanzado el grado de liberalización de los ordenamientos sueco y danés, continuando hoy con todo su valor de pronóstico la previsión que Jescheck hiciera en el año 1971 (19), acerca de que ni en USA ni en los países empeñados en la reforma de su ordenamiento penal parece abrirse paso la tendencia proclive a la amplia liberalización de la pornografía.

A nivel político criminal y doctrinal, la posición más avanzada coincide con los principios que acabamos de ver encarnan ya los ordenamientos danés y sueco. Posición, menos avanzada y más generalizada es la que propugna que la mera producción de la «simple pornografía» no es punible, y tampoco su comercialización, siempre que ésta se facilite a un adulto que la solicita para adquirirla o (caso de filmes) para visualización en privado de la proyección. Por supuesto que las limitaciones que hemos visto tienen vigor en los ordenamientos sueco y danés, encuentran obvia acogida en la posición que ahora nos ocupa.

Como fácilmente puede descubrirse, la cuestión fundamental continúa radicando en la determinación de qué ha de entenderse por pornografía, a lo que se responde que la mera *descripción de actividades sexuales* no es pornografía, requiriéndose para entrar en la prohibición de ésta que la descripción de tales actividades se haga de forma incitante, excediéndose en los detalles, inoportuna y groseramente. La respuesta, que ha dado incluso el *Bundesgerichtshof* (en resolución de 22 julio 1969) con motivo del libro «Las Memorias de Fanny Hill», no parece aportar demasiada luz al esclarecimiento de lo que es o no es pornográfico (20).

(18) Cfr. H.-H. JESCHECK, *Der Entwurf eines neuen Sexualstrafrechts*, cit., págs. 313 y ss.

(19) *Der Entwurf eines neuen Sexualstrafrechts*, cit., pág. 319.

(20) W. BECKER, *Einführung in das neue Strafrecht*, Hamm, 1974, páginas 72 y ss.

II. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL SEXUAL ESPAÑOL

La normativa penal española en materia sexual está muy lejos en la actualidad de los postulados que se acaban de exponer. Al hablar de Derecho penal sexual español nos referimos no sólo al articulado del texto punitivo sino también a la doctrina que el Tribunal Supremo ha producido al aplicarlo a la realidad (21); a la hora de extraer principios informadores, no puede prescindirse de la importante función *recreadora* que en esta materia ha llevado a cabo la jurisprudencia.

1. La característica general más acusada de nuestro Derecho penal sexual es la *confusión entre Derecho y Moral, entre lo que la moral prohíbe y lo que la ley penal debe castigar*. Esta característica que puede descubrirse fácilmente en el texto legal, ha sido además reafirmada, y me atrevería a decir intensificada, por la doctrina jurisprudencial (22). Son muchas las muestras que sobre esta realidad pudieran aducirse; recordemos sólo las más significativas.

La propia rúbrica del título IX, donde se utiliza la palabra *honestidad*, a la que la jurisprudencia ha dado un contenido exclusivamente moral, haciendo la rúbrica «Delitos contra la honestidad» equivalente a «Delitos contra el *orden moral*», que otros Códigos utilizan. Del mismo modo, las expresiones *doncella* o *mujer honesta* se han venido interpretando —traicionando muchas veces su significación literal y usual— como mujer que observa una conducta conforme a las normas morales en material se-

(21) El Derecho Penal Sexual español es en sus vertientes más importantes un Derecho judicial (hecho por la jurisprudencia), motivado por la abundancia de elementos típicos normativos que existen en muchas de las figuras delictivas del actual título IX del libro II del Código Penal. Esos elementos —que existen también en abundancia en todos los ordenamientos extranjeros— y la posibilidad que brindan a la libre interpretación judicial, constituye para un sector de la doctrina extranjera una excelente vía para reducir la fosa que, con el cambio social, se ha abierto entre la realidad y los textos legales, en cuanto abren paso a la alternativa de una jurisprudencia evolutiva. Por el contrario, VERSELE (*Observations de Sociologie juridique et judiciaire sur la repression des delits de moeurs*, en «Les frontières de la répression», vol. 2, Bruxelles, 1974, pág. 16) cree que en este sentido no hay que hacerse ilusiones, ya que, incluso en los países del *Common Law*, el porvenir pertenece a la vía legislativa más que a la jurisprudencial. Además —añade—, sobre todo en materia penal, los jueces no son propicios a renunciar a los sistemas dogmáticos, sino que se inclinan al mantenimiento de las instituciones.

(22) En la doctrina española denuncian esta confusión: M. POLAINO, *Introducción a los delitos contra la honestidad*, cit., pág. 144; F. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., pág. 75; J. BOIX REIG, *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro*, en «Cuadernos de Política Criminal», 1977, núm. 1, pág. 10; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª edición, 1966, pág. 781.

xual (23). La mencionada interpretación se ve facilitada por la rúbrica del Código que invita a destacar los aspectos meramente morales y a relegar a un segundo plano el atentado contra el bien jurídico que es el verdadero contenido sustancial de los delitos que integran el Título IX (24).

Se castiga la simple fornicación (el mero pecado) sin exigirse que se llegue a ella mediante fuerza o intimidación real, engaño o abuso de situación de prevalimiento. Tal ocurre en el tipo del artículo 436, párrafo 3.º, donde se castiga el acceso carnal con mujer mayor de doce años y menor de dieciséis sin necesidad de que intervenga engaño (ya que éste cumple la función de agravar) (25).

La exigencia que establece el artículo 434 de que la mujer sea *doncella* para aplicar el tipo cualificado que contiene, lo que significa el no dispensar el *plus* de protección penal que comporta a la mujer que no mantiene una conducta sexual acorde con las normas morales, según la interpretación jurisprudencial del término. Lo mismo puede decirse de la exigencia de que *la mujer sea honesta* que, al margen del tenor literal del tipo viene requiriendo el Tribunal Supremo para aplicar la figura del estupro-engaño del artículo 436, párrafo primero (26). Se ha creado así una suerte de distinción entre mujeres buenas (honestas), cuya libertad sexual merece protección penal, y malas (no honestas) que no la merecen.

La penalización de los abusos deshonestos no violentos, equiparados a los tipos de estupro, en alguno de los cuales al no exigirse el engaño como elemento constitutivo del tipo, se viene a castigar el tocamiento consentido por el sujeto pasivo, el mero pecado (27).

(23) El término «doncella» del artículo 434 se ha interpretado como equivalente a mujer honesta, de buenas costumbres y reputación, anteriores al hecho, conserve o no el himen (STS 1-2-1968, 30-3-1970, 28-2-1975, etc.).

(24) Semejante reproche se formuló por la dogmática alemana a la rúbrica «Delitos contra el orden moral» que utilizaba el *Proyecto Oficial* de 1962. Cfr. E. BACIGALUPO, *Breves consideraciones sobre los delitos sexuales*, cit., pág. 128.

(25) Para quienes estimen que el tipo del art. 435 ha de apreciarse cuando se dé el yacimiento con descendiente o hermana, sin que sea preciso intervención de engaño o abuso de la situación de prevalimiento que la relación de parentesco pueda conllevar, el art. 435 será una muestra más de la penalización de la simple fornicación a que aludimos en texto. Si, por el contrario, se piensa que el tipo del art. 435 encarna un delito de estupro (estupro-incesto) y, como tal, exige engaño o cualquier clase de condicionamiento que impida a la mujer determinarse libremente en relación con el yacimiento, no podrá aducirse como índice de la confusión denunciada. Para la comprensión del problema —de que hemos hecho mérito en otra nota de este trabajo—, ofrecen el máximo interés los trabajos de J. R. CASABO, *El parentesco adoptivo en el Código Penal español*, cit., págs. 105 y ss., y L. MORILLAS, *El delito de estupro-incesto*, cit., págs. 304 y ss.

(26) En este sentido, J. BOIX REIG, *Consideraciones político-criminales*, cit., pág. 10.

(27) A. QUINTANO (*Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 803) ha criticado-

Exponente de esa confusión lo es también la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho del elemento típico engaño, que Javier Boix ha denunciado recientemente (28). Bajo el peso de la Moral, con la que se confunde el Derecho, nuestro más alto Tribunal ha llegado a negar la condición de engaño a efectos del requisito exigido en el primer párrafo del artículo 436 a comportamientos fraudulentos que realmente lo son como la promesa pecuniaria (mediante la que se logra el acceso carnal) o la promesa de contraer matrimonio condicionada al embarazo. La razón del rechazo, a mi entender, no es otra que la apreciación de que resulta *inmoral* dejarse engañar por esa clase de promesas.

Igualmente podrían aducirse como muestras de la confusión a que aludimos, que la doctrina jurisprudencial mantenga una imagen de la mujer que no responde a la realidad (29), que parta de una comprensión hoy tenida por superada del fenómeno de la sexualidad y que dentro del Título del Cóligo que agrupa los delitos sexuales se tipifiquen comportamientos atentatorios al orden familiar (como puede ser el rapto consensual) o el honor familiar (algunos supuestos de estupro y hasta su despenalización, el adulterio) contemplados como soportes de una determinada moral.

2. La consecuencia de la orientación general que acabamos de exponer es que la ley penal intervenga en el área de lo sexual, castigando comportamientos de esta clase que no lesionan bien jurídico alguno (yacimiento libremente consentido con mujer mayor de doce años y menos de dieciséis, rapto consensual, relaciones homosexuales realizadas en privado entre adultos que consienten, etc.) ni conllevan escándalo público, ni corrupción de menores. Algunas de estas conductas, incluso, no están expresamente tipificadas en el texto legal, pero la doctrina jurisprudencial, aprovechando la vaguedad descriptiva de algunos tipos y la abundancia en los del Título IX de elementos típicos normativos con valoración cultural (pudor, buenas costumbres, grave escándalo, etc.), en especial el que encarna el artículo 431, ha logrado alcanzarlos; las relaciones homosexuales, tenencia de material por-

con agudeza alguno de los supuestos de esta clase que el Código Penal castiga: «Perfectamente comprensible es esto (la penalización de los abusos deshonestos no violentos) en la referencia a los estupros de prevalimiento, del art. 434 y párrafos 2.º y 3.º del 436, así como a los de incesto, del 435, me parece incomprensible y hasta altamente inmoral en lo que toca al engaño, del párrafo primero del 436. Obtener de una mujer de entre los dieciséis y veintitrés años el yacimiento bajo promesa de matrimonio es, si no muy moral, al menos comprensible y humano, por lo que es justo que la ley lo ampare. Pero pretender que esta protección llegue a admitir como buenas y válidas promesas engañosas para conseguir las más bajas satisfacciones de instintos sexuales desbordados, raya ya en los límites de lo inmoral y de lo absurdo.»

(28) J. BOIX REIG, *Consideraciones político-criminales*, cit., pág. 13.

(29) En nuestro trabajo (*La condición jurídica de la mujer en el Código Penal español*, cit., págs. 227 y ss.) describimos, con cita de fallos jurisprudenciales, los perfiles de esa imagen.

nográfico, relaciones incestuosas no comprendidas en el artículo 435, etc., se han visto, por esta vía, castigadas con pena criminal (30).

III. LOS FACTORES QUE DETERMINARON EN EUROPA LAS MODERNAS ORIENTACIONES DEL DERECHO PENAL SEXUAL

Estas líneas maestras del Derecho penal sexual español, tan alejadas hoy de la política criminal de los países europeos, no lo estaban tanto hace un par de décadas. Todavía en 1962, Fritz Bauer señalaba múltiples *arcaísmos* no sólo en el ordenamiento penal alemán sino también en muchos países de Europa, que contrastaban con progresistas leyes incorporadas ya a otros (31). En el mismo Congreso de La Haya de 1964, que repetidamente se ha citado, se hicieron recomendaciones que doctrinalmente resultaban de una excesiva timidez ya en esa época, pero que encuentran explicación en el retraso en que aún se hallaban gran parte de las leyes penales del mundo.

En menos de veinte años, sin embargo, tanto las ideas como las legislaciones parecen haber dado un salto hacia adelante, disparándose hasta unos niveles de control de la actividad sexual que en nada se parecen a aquellos que remplazaban y, por supuesto, a los de países como el nuestro que continuaron anclados en las tradicionales estructuras. ¿Cuáles han sido los factores que han determinado ese cambio que se ha llamado «revolución sexual»?

Aunque la respuesta a esta pregunta tiene profundas raíces sociológicas, y por sí misma daría materia para un extenso estudio monográfico, pueden señalarse cuatro factores fundamentales como propiciadores de la nueva óptica.

a) En un plano puramente ideológico, el influjo de la ilustración, el liberalismo y los movimientos feministas, aportando concepciones que han ejercido importante peso en el proceso de reajustes y modificación de las leyes. Aunque ha sido un cambio muy lento, visto desde la perspectiva de hoy, no puede desconocerse la importancia que la ideología liberal tiene en la consideración de que la actividad sexual es un asunto privado, íntimo, de la vida del hombre. Tampoco puede olvidarse a este respecto que es el pensamiento de la Ilustración el que impulsa, y en gran medida opera, el corte del cordón umbilical que en el plano del Derecho unía y confundía a éste con la Religión, a la norma jurídica con la norma moral, al delito con el pecado, separación que tiene una amplia incidencia en el área de los delitos de adulterio, de aborto y de infanticidio *honoris causa* cuyas penas se suavizan

(30) Cfr. J. M. MARTÍNEZ PEREDA, *El delito de escándalo público*, Madrid, 1970, págs. 178 y ss.

(31) F. BAUER, *El Derecho Penal Sexual en la actualidad*, cit., *passim*.

considerablemente a fines del siglo XVIII y principios del XIX. Con posterioridad, los movimientos feministas consiguen la proclamación y regulación en las leyes de la responsabilidad del hombre en casos de relaciones extramatrimoniales no espontáneamente consentidas por la mujer, el pago de alimentos bajo severas sanciones civiles y la protección de los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio frente a los padres reacios a reconocerlos, que incluso en algunos ordenamientos pueden ser exigidos por los organismos encargados de la protección de los menores contra la propia voluntad de la madre (32).

b) En un plano sociológico, el cambio profundo que en la mentalidad de las gentes se ha producido en relación a lo sexual. Se ha alterado en gran medida el cuadro de valores vigente hace unos años, adoptándose una posición positiva de cara a la actividad sexual, no sólo en el marco del matrimonio sino también fuera de él. Como advierte Hellmuth Mayer (33), no se trata de deterioro o decadencia moral sino de un proceso racional en el que el hombre saca a la luz, exteriorizada, lo que por respeto sagrado a los tabús sexuales antes tenía escondido.

Esto supone, conviene advertirlo, que ha cambiado el pensamiento, la mentalidad, sobre *lo sexual* y sus manifestaciones al exterior; no quiere decir que haya cambiado el comportamiento sexual del hombre.

c) Se ha extendido la libertad personal de la juventud, incluso en lo que afecta al sexo femenino —tradicionalmente excluido de las áreas de tolerancia—, para lo que ha sido un poderoso estímulo la desaparición del miedo al embarazo y al dato de la virginidad, que ha perdido el significado de «fiel contraste» (de mujer honesta) que con anterioridad ostentaba (34).

d) Ha cambiado también la mentalidad de los *padres-abuelos*. En Europa (35) son mayoría los que ante la evidencia de un embarazo de su hija soltera y menor, prefieren que el nieto se eduque en el seno de su propia familia (en la casa de los abuelos) antes que forzar un matrimonio prematuro y no completamente deseado por cualquiera de los dos miembros de la pareja.

Estos factores han sido decisivos en la transformación de las concepciones político-criminales que, como es sabido, están motivadas e impulsadas por las concepciones vigentes en el grupo social, y han permitido encarnar en leyes positivas esas orientaciones de política criminal, las cuales habrían sido rechazadas si no se hubiera operado ya el cambio de mentalidad. En definitiva es este cambio social el que tiene que darnos la medida, en extensión y en profundidad, de la reforma del Derecho penal sexual.

(32) H. MAYER, *Die sogenannte sexuelle Revolution und das Strafrecht*, en «Festschrift für Ernst Heinitz», Berlín, 1972, págs. 120 y ss.

(33) H. MAYER, *Die sogenannte sexuelle Revolution*, cit., pág. 121.

(34) H. MAYER, *Die sogenannte sexuelle Revolution*, pág. 122.

(35) H. MAYER, *Die sogenannte sexuelle Revolution*, cit., pág. 122.

IV. EL CAMBIO EN MATERIAL SEXUAL EN LA REALIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

Si es el cambio el que ha de darnos la medida de la reforma del Derecho penal sexual, parece obligado que, a esta altura de nuestras reflexiones, nos preguntemos ya si en la realidad social española se ha producido un cambio parejo al que acabamos de ver ha tenido lugar en los países que han reformado su legislación penal en materia sexual.

A mi entender la concepciones sociales han experimentado una transformación, pero no han cambiado en la medida que se ha producido el cambio en los países de Europa. Las ideas político criminales de nuestros penalistas, con algunas excepciones, están abiertas, sin embargo, a las más avanzadas orientaciones en la materia (36). Las *élites* intelectuales del país y sobre todo grupos minoritarios de ellas muy radicalizados, comparten, y en cierta medida superan, las concepciones que sobre Derecho penal sexual se han impuesto más allá de nuestras fronteras. Ni las proclamaciones de estos últimos, ni las orientaciones de los penalistas por sí solas justifican una reforma revolucionaria de la legislación sobre la materia en ese sentido, si no se hallan respaldadas por las ideas vigentes —dominantes si se quiere— en el grupo social. Tratemos de analizar cuál ha sido el cambio de nuestra sociedad.

Que se ha producido un cambio, una transformación en lo que afecta a lo sexual, es algo que nadie se atreverá a negar. Forma parte de la colosal transformación estructural que ha experimentado la sociedad española y en la que no han sido motores de menor importancia —como ha hecho observar José Luis Pinillos (37)— los millones de obreros españoles que trabajan «precisamente en aquellos países a cuya concepción de la vida nos opusimos un día»; los turistas que, en parte, han impuesto sus costumbres por nuestras playas, pueblos y ciudades; la televisión, que enfrenta diariamente a los españoles con modos de vida ajenos a los que durante siglos se habían observado dentro del recinto nacional; el desarrollo industrial que ha sacado de sus pueblos a millones de personas; la incorporación de la mujer al mundo del trabajo, aunque, como ha señalado Amando de Miguel, el nivel de participación femenina que se da en España resulta «extremadamente débil» en relación con otros países (38); el propio ciclo de la Reforma —y con él el de la Contrarreforma— que

(36) Recientemente se ocupa del tema A. FERNÁNDEZ ALBOR, *Cambio Social y Derecho Penal*, en «Estudios Penales» (I), Santiago de Compostela, 1977, págs. 143 y ss.

(37) J. L. PINILLOS, *La evolución de las costumbres*, en «La España de los años setenta», vol. III, tomo I, pág. 355.

(38) A. DE MIGUEL, *Evolución de la fuerza de trabajo en España*, en «La España de los años setenta», vol. III, tomo I, cit., pág. 311.

se ha disuelto bajo los efectos de una secularización que amenaza por igual a todas las confesiones (39).

La evidencia del cambio no permite por sí sola sacar conclusiones sobre la profundidad en que se ha producido y sobre cuál ha sido el nivel que ha alcanzado en relación con los niveles logrados en Europa. Para establecerlo, aunque sólo sea aproximadamente, me parece el camino metódico más correcto rastrear la presencia de nuestra sociedad de los factores que, hemos visto, impulsaron el cambio fuera de nuestras fronteras.

a) Las corrientes ideológicas no han ejercido en España, ni mucho menos, la influencia que en la sociedad y en la legislación han tenido en Europa. No puede negarse —como ha escrito Piniños— que desde las Cortes de Cádiz los síntomas de acercamiento a la cultura europea no han dejado de estar presentes en la vida de nuestro país, pero «semejantes episodios de apertura se han producido dentro de un contexto básicamente *fixista*» (40). Por esta causa, a mi entender, no ha impactado de modo profundo en las concepciones populares ni ha logrado incorporarse a la legislación. La Ilustración tuvo una importancia decisiva en el movimiento codificador (41), pero después de ello las prolongaciones de su pensamiento (que es el que se orienta a una cultura europea) no logran las modificaciones de carácter humanitario y dulcificador que en otros países opera en el campo de los delitos de aborto y de infanticidio *honoris causa*. Tampoco las ideas liberales se impusieron hasta el punto de hacer ver a nuestros legisladores que la actividad sexual pertenece a la esfera íntima del individuo. Y sólo en época muy reciente los movimientos feministas consiguen tímidas modificaciones de ordenamiento jurídico en favor de la mujer y de los hijos no legítimos.

b) El cambio de mentalidad en relación con lo sexual producido en Europa se ha registrado también en España, aunque más tarde y en medida inferior. En los sectores intelectualizados y en la Universidad se registra una transformación que, aunque no llega, se aproxima bastante a lo que se piensa en Europa. Pero en clases de inferior nivel cultural se está más lejos de esos niveles. No puede decirse que en este punto el cambio reclame lo que el cambio del extranjero reclamaba cuando se operó la reforma del Derecho penal sexual.

c) La libertad personal de la juventud, señalada antes fuera de España, se ha extendido también aquí, no sólo en los estratos sociales más intelectualizados, sino también en estratos culturalmente más bajos. Los niveles, sin embargo, no creo que estén em-

(39) Este factor, como es obvio, no deja de tener su importancia a los efectos de la relación Derecho y Religión, norma jurídica y norma moral que hemos visto, viene pesando sobre nuestro Derecho penal sexual.

(40) J. L. PINILLOS, *La evolución de las costumbres*, cit., pág. 355.

(41) Cfr. J. A. SAINZ CANTERO, *La evolución del Derecho Penal y su evolución*, Barcelona, 1977, págs. 127 y ss.

parejados con los europeos. Aunque no en todos los sectores, el miedo al embarazo y el respeto a la virginidad siguen constituyendo freno en la mayoría. Es posible que dentro de unos años esto no suceda, y haya que tener en cuenta que se legisla para el futuro, pero en la actualidad es así.

d) La mentalidad de los padres-abuelos ha cambiado aquí muy escasamente. Es este el factor que menos puede detectarse, y ello es importante a los efectos de modificación de la ley penal. Todavía se advierte en la concepción de los padres —*del cabeza de familia*, para emplear la expresión usual— una confusión entre delito sexual y atentado al orden familiar que hay que tener en cuenta, pues la despenalización de algunos delitos sexuales llevaría a dejar desguarnecida la moral y el orden familiar, al no existir en nuestro ordenamiento un título que recoja los delitos que atentan contra la familia. Hay que tener en cuenta también que nuestra legislación civil no protege suficientemente los derechos de los hijos no legítimos ni a la madre soltera (42).

A este análisis hay que añadir un factor que se ha dado en España, que se sigue registrando y que no aparece en países extranjeros o ha sido mínimo en ellos: la resistencia al cambio que ha sido señalada como uno de los ingredientes más radicales de nuestra idiosincrasia, y aunque dicho así resulta exagerado, sí puede afirmarse con Pinillos que «la tenaz resistencia a las novedades ha constituido una marcada nota de nuestro talante colectivo o, al menos, de un importe costado de él» (43).

Estos factores hacen que tengamos que decir que el cambio de nuestra sociedad en materia sexual no ha tenido la intensidad ni ha alcanzado el nivel que ha producido en países extranjeros. La reforma del Derecho penal sexual que se proponga no podrá, en consecuencia, tener el horizonte que han tenido las últimas reformas acontecidas en el mundo. Esto no quiere decir, sin embargo, que haya que renunciar a transformar nuestra normativa sobre la materia, ni siquiera que debamos quedarnos a mitad de camino. Supone reflexionar *con prudencia* sobre el alcance de nuestra reforma.

V. LA REFORMA DEL DERECHO PENAL SEXUAL EN ESPAÑA

¿Cuál debe ser entonces la reforma del Derecho penal en materia sexual en nuestro país? ¿Cuál su alcance y profundidad? La evidencia del cambio impone la necesidad de una reforma a fondo; pero su alcance y profundidad debe ser acorde con el nivel

(42) A estas deficiencias de la legislación civil atribuye F. MUÑOZ CONDE el que la doctrina jurisprudencial extienda la penalización del delito de estupro-engaño más allá de lo procedente (*Introducción al Derecho Penal*, cit., pág. 75).

(43) J. L. PINILLOS, *La evolución de las costumbres*, cit., pág. 345.

por él logrado. A este respecto conviene recordar algunas de las conclusiones a que antes hemos llegado. En nuestra sociedad no han cambiado las cosas en el mismo grado que en Europa, pero sí se han transformado algunas valoraciones, han variado ciertas formas de comunicación entre los sexos (44) y se ha producido una secularización que obliga a operar la escisión entre Derecho y Moral (45).

(44) A este respecto están llenos de significación los datos de diferentes encuestas realizadas a grupos determinados de nuestra sociedad a los que se le preguntaba su opinión (rechazo o aceptación) de las relaciones sexuales (completas) prematrimoniales. J. L. PINILLOS (*La evolución de las costumbres*, cit., pág. 366) afirma que en una encuesta realizada por él sobre una muestra de universitarios, en 1955, se rechazó la libertad de relaciones sexuales fuera del matrimonio por un 71 por 100. Nueve años más tarde, en 1964, las aceptan más de un 50 por 100 de los estudiantes sometidos a sondeo por el equipo de *Mundo Social*. En 1970 la encuesta DIS (patrocinada por el Centro Nacional Salesiano de Pastoral Juvenil) da como resultado que el 24,4 por 100, de una muestra de 7.408 alumnos de los Salesianos, no consideraba moralmente «malas» las relaciones sexuales totales prematrimoniales. A principios de 1973, una encuesta realizada sobre la juventud rural que llevó a cabo el Instituto Nacional de la Juventud, dio que el 20 por 100 de esos jóvenes consideraba «bien», o a lo más «regular», que «los novios tuvieran relaciones sexuales completas». En el mes de mayo de ese mismo año de 1973, una encuesta que realiza el Instituto de la Opinión Pública (donde se entrevistó a 2.342 personas mayores de dieciocho años), constata que el 35 por 100 de los entrevistados aceptan las relaciones sexuales y pre y extramatrimoniales («Revista Española de la Opinión Pública», número 36, abril-junio 1974, pág. 237). Durante el curso 1976/77, en un sondeo de la población estudiantil universitaria granadina que llevamos a cabo en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, con objeto de verificar lo que opinaban los encuestados sobre la criminalización del aborto, se introdujeron algunas preguntas sobre las relaciones sexuales prematrimoniales. Los resultados fueron éstos: sobre que *una mujer* antes del matrimonio haya tenido relaciones sexuales completas lo considera poco conveniente el 27,63 por 100, bastante conveniente el 26,67 por 100, muy conveniente el 23,56 por 100 y nada conveniente el 16,02 por 100. Sobre que *un varón* antes del matrimonio haya tenido relaciones sexuales completas se estima bastante conveniente el 29,69 por 100, muy conveniente el 27,27 por 100, poco conveniente el 24,16 por 100 y nada conveniente el 12,56 por 100. Sobre la conveniencia de que la pareja de novios mantenga relaciones sexuales completas se estima muy conveniente por el 31,57 por 100; bastante conveniente el 28,82 por 100, poco conveniente el 23,44 por 100 y nada conveniente el 10,76 por 100. (Cfr. mi comunicación al Coloquio Regional de la *Association Internationale de Droit Pénal* (Madrid-Plasencia, octubre 1977), titulada «*Sondeo a la opinión estudiantil universitaria de Granada sobre la incriminación del aborto y su regulación actual*», de próxima publicación en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, que recogerá las comunicaciones del Coloquio). Sobre el cambio en ciertas formas de comunicación entre los sexos se publicó hace unos años en España un sugestivo libro que ofrece una imagen muy acertada de la realidad, el de ALEJANDRA FERRÁNDIZ y VICENTE VERDU, *Noviazgo y matrimonio en la burguesía española*, Madrid, 1974.

(45) La encuesta realizada en 1973 por el Instituto de la Opinión Pública, que hemos citado, sobre las contestaciones de los entrevistado a preguntas sobre el divorcio, relaciones sexuales pre y extramatrimoniales, los cursos jóvenes y las relaciones intrafamiliares, llega a la conclusión de que «puntos de vista predominantemente pragmáticos, es decir, *secularizados*, tienden

En atención a ello pienso que ante todo debe evitarse la confusión entre ambos campos. Para esto hay que prescindir de penalizar conductas constitutivas de simples actos contra la moral, en la actualidad elevados por el legislador a la categoría de delito, y de los apoyos legales que la confusión viene encontrando en el propio articulado del Título IX del Código penal. Esto nos llevará, de cara al ordenamiento positivo, a despenalizar el adulterio y amancebamiento (46), a reducir los tipos de estupro a aquellos casos en que se produzca lesión de la libertad sexual del sujeto pasivo, cuyo círculo no debe reducirse al hombre, rebajando los límites de edad para dispensar la tutela penal a los dieciocho años, al menos (47), eliminar algunos supuestos de abusos deshonestos no violentos, reduciendo su punición a aquellos casos que constituyan un verdadero atentado a la libertad sexual; cambiar la actual rúbrica del Título IX («Delitos contra la honestidad») por la de «Delitos sexuales» y prescindir de las exigencias de doncelez y honestidad en la mujer que algunos tipos hacen (arts. 434, 436 párrafo primero). Urge al mismo tiempo una seria conformación de la legislación civil en lo que se refiere a tutela de derechos de los hijos no legítimos, de las madres solteras, y de la investigación de la paternidad (48).

Hay que sacar del Título conductas que no atentan contra bienes jurídicos de carácter sexual, sino contra valores —dignos también de protección indudablemente— que no tienen esa naturaleza. Es el caso del delito de rapto (49). El rapto no es un delito sexual. Su objeto jurídico es la libertad pero no necesariamente la libertad sexual; no conlleva tampoco necesariamente actividad sexual. Esta no se exige para la consumación, sólo se requiere (y no expresamente, en el rapto consensual del art. 441), una inspiración final de carácter sexual. Atenta contra otros bienes jurídicos que hallan tutela en diferentes lugares del Código penal; el rapto violento conculca la libertad de locomoción, que encuentra tutela en el tipo de detenciones ilegales, el consensual, en determinados supuestos, puede atentar contra la seguridad in-

a predominar sobre actitudes de principio con alta carga emotiva, cerradas por tanto a la transacción y al compromiso y, por lo mismo, a la tolerancia» (Cfr. E. BARDÓN FERNÁNDEZ y otros, *Encuestas e Investigaciones del Instituto de la Opinión Pública*, en «Revista Española de la Opinión Pública», número 36, 1974, pág. 233).

(46) Su despenalización en nuestro ordenamiento puede darse por conseguida, pero cuando redacto estas líneas aún se encuentra el Proyecto de Ley correspondiente ante la *Comisión mixta Congreso-Senado*.

(47) Tampoco ha logrado superar su paso por las Cortes, cuando se redacta este trabajo, el Proyecto de Ley que rebaja los límites de edad del sujeto pasivo a efectos de protección penal en algunos supuestos de estupro y rapto.

(48) Los pasos dados últimamente por nuestra legislación resultan todavía muy tímidos, a nuestro juicio.

(49) J. M. ZUGALDIA, en la tesis doctoral que antes hemos citado, lo ha demostrado documentada y suficientemente.

dividual y/o el orden familiar, protegidos penalmente por la figura de sustracción de menores del art. 486 del Código penal. La supresión, pues, de la expresa tipificación de los delitos de raptos no dejaría desguarnecido ningún valor fundamental que merezca protección penal, ya que los comportamientos «más intolerables» seguirían encontrando subsunción en tipos penales como las detenciones ilegales y la sustracción de menores, que reclaman para tal efecto una remodelación a fondo.

Debe añadirse un tipo que expresamente penalice la producción, exhibición, difusión, comercialización y cualquier clase de tráfico de material pornográfico. La principal dificultad se hallará en la determinación de qué debe entenderse por pornografía. Por su vaguedad, no satisface la distinción *pornografía/erotismo* y tampoco parece válido la que diferencia entre mera descripción de la actividad sexual y descripción de esta actividad de forma incitante, extendiéndose en detalles, inoportuna y groseramente. Es en este punto donde los legisladores deben tener en cuenta sobre todo los niveles de cambio que han tenido lugar en España. Con la expresa tipificación se evitaría el absurdo que denunció la circular número 1 de 1976 de la Fiscalía del Tribunal Supremo: que la apología de la pornografía no está configurada como delito, al venir penalizando la pornografía el Tribunal Supremo en el área típica del art. 431, y no remitir a ese tipo de escándalo público el art. 268, que constituye el marco adecuado para la punición de la apología del delito (50).

Entiendo, además, que la figura delictiva que se cree debe estar flanqueada por una severa normativa de carácter penal administrativo (en la que en esta materia ha de confiarse más que en el orden penal criminal) y una eficaz acción policial encaminada a prevenir y descubrir el tráfico de material pornográfico. Esto, naturalmente, sin perjuicio de las previsiones que contiene la vigente Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (art. 2, número 5), que no deben desaparecer, sean cualesquiera los avatares que toque sufrir a esa Ley en la borrasca reformista que siga a la entrada en vigor de la Constitución.

Hay que remodelar algunos tipos para evitar que, a través de sus deficiencias técnicas, termine por imponerse la inercia de la tradicional confusión de Derecho y Moral. Entre ellos destaca el tipo del delito de escándalo público que encarna el art. 431 del Código penal, y respecto al cual urge prescindir del abuso de elementos típicos normativos, propiciando un mayor respeto al principio de legalidad, limitar su área de aplicación a los actos:

(50) Añade la Circular que estamos citando que «en todo caso, la apología de la pornografía sólo tendría la consideración de la falta prevista en el art. 566, número 4, del Código Penal». (*Circular número 1/1976 sobre publicaciones y espectáculos contrarios a la moral*, en «Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1977, Madrid, 1977, págs. 211 y ss.

obscenos realizados en lugar público y a los que se realicen en lugar privado pero ante otras personas y sacar de su ámbito para llevarlos a otro lugar, los comportamientos constitutivos de corrupción de menores; en definitiva, urge evitar que continúe siendo el cajón de sastre que hasta ahora ha constituido (51).

Respecto a la violación, se impone una importante remodelación de los tipos contenidos en el art. 429 del Código penal, en el sentido que acaba de proponer González Rus en tesis doctoral leída en la Universidad de Granada (52). De las proposiciones de *lege ferenda* que hace, a mi juicio, pueden aceptarse por su importancia: a) La ampliación del círculo del sujeto pasivo del delito, hasta hacerlo comprensivo del varón, cuya libertad sexual, de este modo, quedaría protegida por el tipo. La limitación que la normativa vigente hace a la mujer no encuentra justificación (a mi juicio proviene de la falsa imagen de la sexualidad y del sexo femenino que el legislador tradicionalmente ha mantenido) ni se comprende por qué han de quedar excluidos del ámbito del delito los supuestos de violación (anal) de varones, especialmente los menores de doce años, donde las razones que abonan el plus de protección penal que el tipo de violación significa respecto al de abusos deshonestos son tan válidas como en el caso de violación de la mujer. Ello implica, como es obvio, una nueva inteligencia del delito, que no ha de limitarse a las relaciones heterosexuales b) La sustitución del verbo «yacer», constitutivo en la actualidad del núcleo del tipo, por otro término lo suficientemente amplio que permitiera subsumir en la figura no sólo los yacimientos vaginales sino también los anales, tan reprobables o más que aquéllos; esto sin detrimento, por supuesto, del ámbito de aplicación de la figura de abusos deshonestos del art. 430. c) La modificación de la pena, en cuanto que la fijada en la actualidad aparece como excesivamente severa, sin que la experiencia pruebe que esa severidad se corresponda con una mayor fuerza intimidante del precepto. d) La ampliación de los supuestos en que procede la persecución de oficio, disponiéndose como obligatoria, y no como facultativa, la actuación del Ministerio Fiscal en lo referente a la perseguibilidad, cuando se trate de persona menor de dieciséis años. e) Replantear la normativa actual sobre el perdón, el cual no debe ser relevante en los casos de violación de menores de doce años, ni cuando la violación fuese acompañada de otro delito perseguible de oficio, ni debería dejarse, en ningún caso, al absoluto arbitrio del agraviado, limitándose a conceder a éste el derecho a proponerlo al Tribunal, quien resolverá sobre la conveniencia o no de otorgarlo. Junto a estas modificaciones, pienso que debe aprovecharse la remodelación de la vio-

(51) En este sentido, J. M. MARTÍNEZ PEREDA, *El delito de escándalo público*, cit., págs. 231 y ss.

(52) J. J. GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código Penal español*, 2 vols., Granada, 1978, especialmente págs. 863 y ss.

lación para crear una figura intermedia entre ésta y el estupro que incluyera algunos casos en los que el sujeto pasivo tiene una edad mental inferior a la biológica (53).

Se ha de proceder a una nueva redacción del delito de abusos deshonestos violentos del art. 430 del Código penal, procurando concretar su área de aplicación, evitando la expresión «el que abusare», que en la práctica viene planteando, entre otros, el difícil problema de si para aplicar el 430 se requiere o no el contacto corporal.

Debe ofrecerse por el legislador una definición de estupro, conectándolo a *yacimiento conseguido mediante engaño u otro condicionamiento de la libertad de determinación sexual del sujeto pasivo*. Se configuraría así la voz estupro con un contenido valorativo —que es el que entiendo, con la doctrina más solvente (54), tiene también hoy— sin dejar lugar para las dudas que actualmente se plantean en la práctica.

Un nuevo planteamiento de los delitos relativos a la prostitución, completaría este cuadro de remodelaciones de tipos a que nos referimos.

Con lo dicho no se agota, por supuesto, la reforma de los delitos sexuales que el cambio social reclama; tampoco hemos pretendido agotarla. Nuestro propósito no ha sido otro que el de obtener unas directrices generales que, nos parece, deben orientar la normativa de los delitos sexuales en el Código penal nuevo que, para pronto, se nos promete. No se me oculta que estas y otras reformas deben conectar con la de otras áreas del Código penal que mantienen una intensa relación con las que aquí se han estudiado.

(53) En la STS de 28 septiembre 1973 se ha abogado por una figura intermedia entre violación y estupro. En sentido crítico ha estudiado la doctrina jurisprudencial en lo que se refiere a la diferencia de edad biológica y edad mental referida al delito de estupro-engaño, L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Criterios cronológico y psicológico respecto a la edad de la estuproada*, en «Temas penales», Madrid, 1977, págs. 121 y ss.

(54) En el mismo sentido, J. R. CASABO, *El parentesco adoptivo en el Código Penal español*, cit., págs. 106 y ss.

La pena de galeras en la España moderna *

LUIS RODRIGUEZ RAMOS

Profesor Agregado de Derecho penal en la Universidad Complutense

SUMARIO: *Introducción.*—I. *Las galeras:* 1. Etimología. 2. Características. 3. Tripulación. 4. Organización administrativa. 5. Cárceles de mujeres.—II. *La pena de galeras:* 1. Orígenes, evolución y desaparición. 2. Conmutación, pena principal y medida de seguridad. 3. Duración. 4. Conducción a galeras. 5. Régimen de cumplimiento. 6. Extinción de la pena: fugas, solturas y modos normales.—III. *Consideraciones finales.*—*Glosario.*—*Fuentes utilizadas.*

INTRODUCCION

La actualidad de este estudio histórico sobre la pena de galeras, vigente en nuestro país durante toda la edad moderna, radica en el doble propósito que persigue: *divulgador* y *científico*. Por una parte se pretende dar a conocer, de modo sintético, a los penalistas y penólogos de hoy lo que fue la pena de galeras, comunicación necesaria si se tiene en cuenta que las dos monografías sobre el tema, de Sevilla y Solanas (1917) y Lasala Navarro (1961), no han gozado de especial difusión, bastando como prueba en este sentido el hecho de que ninguna de las dos obras figura entre los fondos bibliográficos del departamento de Derecho penal de la Universidad Complutense. Pero además, junto a la referida divulgación, enriquecen estas líneas algunas aportaciones científicas, consistentes tanto en las adiciones y rectificaciones que, en cuanto a fuentes primarias, se hacen a los citados estudios monográficos, como en los intentos de destacar algunas características de la pena de galeras aún vigentes en la penología actual.

La estructura del trabajo es sencilla. En primer lugar se alude a las galeras, describiendo sus características como nave, su tripulación, su organización administrativa y, en fin, su acepción analógica en la designación de las prisiones para mujeres. En segundo término figura el estudio de la pena de galeras, conside-

(*) Trabajo realizado para el libro homenaje al profesor J. Antón Oneca.

rando su desarrollo histórico, su naturaleza, duración, ejecución y extinción, para terminar con algunas consideraciones sobre su significado penológico. Un glosario, que aclara el significado de las principales expresiones o palabras esotéricas relativas a las galeras, y una relación de fuentes utilizadas, tanto primarias como secundarias, cierran este estudio.

I. LAS GALERAS.

1. *Etimología.*

Sobre la etimología de la voz «galera» existen opiniones muy diversas. Unos centran el origen de la palabra en el casco del dios Mercurio llamado «galezur», otros en el casco que los tirrenes antiguos llevaban como adorno en la proa, sin que falten alusiones a la voz griega «kalon» —barco— o a la vasca «galea» —desbaratador—. Según Corominas, y parece la explicación más coherente, en el segundo cuarto del siglo XV se emplea ya en castellano la palabra «galera», que desde principios del siglo XIII se había usado en su forma «galea» así empleada desde los comienzos del siglo XII en catalán, idioma del que proceden ambas versiones castellanas; la voz «galea», a su vez, procede del griego bizantino —siglo VIII— y propiamente era el nombre de varios peces selacios semejantes al tiburón, con cuyos movimientos y acometividad se compararon los de esta nave.

Y en fin, también se quiere ver el origen de la palabra galera en la voz latina «galea» —escudo, casco— o en la griega clásica «gale» —galería—.

2. *Características.*

En principio se llamó galera a todo barco de remo y vela antiguo, apropiado para la guerra. En este sentido amplio existían ya galeras en tiempos de los primeros faraones y, con mayor certeza y generalidad, en la Grecia y Roma clásicas. En la época correspondiente a la pena de galeras, es decir, durante los siglos XVI, XVII y XVIII, la galera era un barco de gran eslora, respecto a su manga y puntal, de relativa ligereza en marcha y evoluciones por su tracción a remo y vela y su escaso calado; precisamente su estructura aconsejaba para la galera una navegación de cabotaje o bajura, más que de alta mar, e incluso sólo en época estival o de mar en calma, como lo atestigua el hecho de que se trate de una nave principalmente mediterránea, empleada en los reinos de Aragón y Castilla sobre todo contra los navíos de piratas procedentes del norte de Africa, que atacaban y saqueaban las poblaciones cercanas a la costa, radicando en esta necesidad de defensa tanto el incremento de galeras y remeros como, en la segunda:

mitad del siglo XVIII, tal y como se verá más adelante, el restablecimiento de la pena de galeras que había sido abolida.

Bentham, al tratar de la pena de trabajos forzados, insiste precisamente en este aspecto de reducido radio de acción de la galera, al indicar que sólo en los países con mares menos bravías que el océano Atlántico o el mar del Norte, se aplicó la pena de galeras que efectivamente fue también conocida y practicada en Francia e Italia. Sin embargo, como se verá más adelante, las Leyes de Indias testimonian que España extendió la aplicación de esta modalidad punitiva al Nuevo Mundo.

Es interesante reseñar, a efectos de explicarse en base a un factor más el aumento de la demanda de remeros con las repercusiones legales que luego se estudian, que como indica Olesa Muñido el tamaño de las galeras fue en aumento, y mientras en 1539 una galera ordinaria precisaba 144 remeros, en 1564 eran ya 164, hasta llegar en 1709 a 290 hombres; la galera Patrona o Real exigía ya en 1568 de 300 a 400 remeros.

Junto a la galera existieron otras naves análogas como la *galeota*, de dimensiones más reducidas y de menor número de remeros por banco; la *justa*, más veloz aún que la galeota al ser abierta; el *bergantín*, embarcación también abierta pero sin crujía, con diez o quince remos por banda; la *fragata*, aún más pequeña que el bergantín, de unos diez metros de manga y dos de eslora, y la *galeaza*, una gran galera sólo utilizable para el combate.

El nombre de las galeras, prescindiendo del que recibían las menos en base a la función desempeñada («Real», «Patrona Real», «Generala», «Patrona»), solía tener un carácter advocativo de índole religiosa («Santísima Trinidad», «Santa Teresa», «La Concepción», etc.). Junto al nombre, como constata Olesa Muñido, era frecuente el uso de *apelativos* para designar concretas galeras, tanto en función del nombre o calidad del armador o propietario («La Bazana» —Don Alvaro de Bazán—), como de la persona que ostentaba el mando de la galera o de alguna acción, vicisitud o circunstancia («La Quemada», por haber sufrido un incendio), o incluso por las figuras o mascarones («La Leona», «La Loba», etc.).

El progreso de la industria naval, la mayor potencia y alcance de la artillería que se instalaba en los buques, junto con las limitaciones y servidumbres de la galera, propiciaron la desaparición de esta nave en favor de la denominada «manca» —sin remos—, lo que supuso como se verá más adelante también el ocaso de la pena de galeras.

3. Tripulación.

En cada galera ostentaba el mando el Capitán, clasificándose toda la tripulación de él dependiente en dos grandes grupos: gente de cabo y gente de remo. La *gente de cabo*, a su vez, se subdividía

en *gente de guerra*, con misión combatiente, y *gente de mar*, distinguiendo en uno y otro caso entre entretenidos y reformados; entre la gente de mar se diferenciaban los *oficiales* (Patrón o segundo, Piloto, Comitre, Sotacomitre y Consejeros; lombarderos y artilleros, capellán, cirujano, aguacil y maestranza) y los *marineros* (Calafate, calafatín, Maestro Daja, dajín, botero, boterín, remolar, remolarote, timoneles, marineros propiamente dichos, proeies, curulleros, pilotín, barbero, sangrador, etc.).

La *gente de remo*, como indica su nombre, era la destinada a remar en la galera. En base a su procedencia y naturaleza se subdividía en *buenas boyas* (remeros voluntarios, a sueldo y plazo fijo), *esclavos* (cristianos, mercaderes, renegados, arraeces y moriscos; procedentes de presas, cabalgadas, compras, donaciones y sentencias) y *forzados*, que eran los destinados a galeras para cumplir una pena impuesta por un tribunal de justicia, y a los que se hará especial referencia en la segunda y tercera partes de este trabajo.

4. Organización administrativa.

Pero la galera no era una pieza aislada, sino un elemento de un conjunto. Este conjunto estaba constituido por la llamada escuadra de galeras, que según Martínez-Hidalgo, tales escuadras tenían organización independiente de la Armada. A la figura del Almirante, que según las Partidas era «el caudillo o capitán de todos los navíos», siguió la del Capitán General, con quien colaboraban bajo su dependencia el Veedor general, el Contador general, el Proveedor general y el Pagador; también a este nivel cabe aludir al Auditor, capellanes mayores, médicos mayores o protomédicos.

Al tratar de la pena de galeras en el apartado siguiente, se alude a la organización y funcionamiento de la estructura judicial y penitenciaria, relativa a los forzados, en su fase de conducción hasta las galeras, y a otros aspectos de su permanencia en el lugar de cumplimiento de su pena. En cuanto a las misiones de los cargos reseñados en el párrafo anterior, puede verse lo expresado en cada caso en el glosario.

5. Cárceles de mujeres.

La palabra galera tuvo un significado propio, que es el descrito en los epígrafes anteriores con la sumariedad que la ocasión aconseja. Pero, como indican Cadalso y Sevilla y Solanas, «galera» significó también establecimiento presidial para mujeres, de los que en 1903 solamente existía el de Alcalá de Henares y al que eran destinadas, según el Real Decreto de 11 de 1888, las mujeres condenadas a penas de presidio correccional a reclusión perpetua; en 1859, en cambio, según Circular de 25 diciembre, existían diez casas galeras.

(Alcalá, Baleares, Barcelona, Burgos, Coruña, Granada, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza).

Como reseña con detalle Sevilla y Solanas, en 1604 aparece por primera vez un testimonio escrito de estas casas galeras. En estos presidios se recluían, por una parte, las mujeres que eran condenadas a la pena de galeras o a las corporales a las que solía sustituir, y, por otra, las dedicadas al vagabundaje o la prostitución.

II. LA PENA DE GALERAS

Todo lo indicado, con cierta premura y sumariedad, en la primera parte de este trabajo es sólo un preludeo o marco del estudio de la pena de galeras, objeto de atención del espacio restante, para lo cual se aludirá sucesivamente al desarrollo histórico de esta pena, a sus diversas naturalezas, a su duración y régimen de cumplimiento y, finalmente, a las formas de extinción de esta penalidad.

1. *Orígenes, evolución y desaparición.*

Según Masson, citado por Sellin y Marcó del Pont, la pena de galeras tiene su origen en Francia, inventada por el armador de galeras Jacques Coeur, quien el 22 de enero de 1443, en vista de la escasez de remeros voluntarios, obtuvo de Carlos VII el derecho a tomar por la fuerza a vagabundos, ociosos y mendigos; en 1490 los tribunales franceses habían ordenado entregar a galeras a todos los malhechores que habían merecido la pena de muerte o castigos corporales y los que podían ser declarados incorregibles y de vida y conducta perversa. Como recuerda M. E. Lavissee, traducido y resumido por Salillas, el Rey obraba por razón de Estado pidiendo galeotes a los jueces o indicándoles, como Enrique III, que condenasen a los reos a otras penas, en función de que necesitase o no brazos para el remo. Este invento francés se extendió a otros países mediterráneos, e incluso, según Sellin, se empleó en los Países Bajos y aún brevemente en Inglaterra; países sin mar como Suiza o ciertos principados alemanes, ocasionalmente enviaron galeotes a Francia, Génova o Venecia, y es especialmente curioso el testimonio de Howard que en 1780 descubrió en Viena un depósito de galeotes para arrastrar barcos Danubio arriba.

En España no existe una fecha concreta y cierta de la que parta la aplicación de la pena de galeras. Se suele citar la Pragmática de Carlos I de 1530, relativa a una serie de conmutaciones de penas corporales por la de galeras, pero hay testimonios más antiguos. Cierta que tanto en la Segunda como en la Séptima Partidas (una al referirse a la guerra en el mar, aludiendo a la «galea», y la otra a las penas aplicables) se desconoce esta modalidad de castigo, y que en el Ordenamiento de Alcalá, en contra de lo

que indicar: Sevilla y Solanas y Lasala Navarro, tampoco figura esta sanción (la presencia en sus Leyes XI y XII del Título XX, en la Novísima Recopilación, es sin duda una posterior adición, pues no consta en las versiones directas en dicho Ordenamiento), pero hay que aludir por una parte a las Cortes de Teruel de 1428, que disponían como único procedimiento de servir en galeras el voluntario acuerdo acreditado en carta pública, lo cual podría significar que tal prohibición respondiera a una previa praxis contraria; por otro lado, existe una Pragmática cuya fecha puede oscilar desde 1510 hasta 1520 que claramente se refiere a la pena de galeras, y, sobre todo, como testimonia Lea, en el Archivo de Sevilla consta una Real Cédula de 14 noviembre 1502, conmutando una pena de muerte por el servicio en galeras, asignando este autor a Fernando el Católico el haber implantado esta penalidad en la Inquisición tras instar al Santo Oficio, avalando con documentos tal práctica ya en 1505.

A lo largo de los siglos XVI y XVII rige la pena de galeras en los tribunales seculares y en el ámbito de la Inquisición, en los términos que se describen en los siguientes epígrafes. Ya en el XVIII, y no en tiempos de los Austrias como pretende Cadalso, concretamente por Real Orden de 16 noviembre 1748, se suprimió la pena de galeras por la inutilidad de estas naves y el grave quebranto económico que suponía su mantenimiento, disponiéndose por la de 18 de octubre de 1749 los nuevos destinos de los mercederos de la antigua pena de galeras. Pero treinta y cinco años después, por Real Orden de 31 diciembre 1784 y Cédula del Consejo de 16 febrero 1785, dispuso Carlos III: «con el objeto de esforzar por todos los medios el contra los Argelinos, para que evidencien el poco fruto de sus piraterías, he resuelto restablecer en mi Real Armada las galeras... a cuyo fin es mi Real voluntad, que los Tribunales y Justicias del Reyno sentencien al servicio de galeras, como se practicaba antiguamente a los reos que lo mereciesen»; esta segunda época terminó cuando por Real Orden de 30 diciembre 1803 se abolió definitivamente la pena de galeras, por no hallarse éstas «en estado de servir».

Como epílogo de esta abolición, y sin que ello quiera decir que pueda hablarse de un nuevo restablecimiento, pues, posiblemente, en vez de la pena de galeras se impusiesen las previstas en su sustitución a las que luego se aludirá, cabe hablar de una Circular del Ministerio de la Guerra de enero de 1815 que restablecía para el ejército las que regían en 1808 y, especialmente, la de 29 agosto 1794, imponiendo entre otras la pena de diez años de galeras a los desertores; también, de una Real Orden de 22 enero 1824 restableciendo la Pragmática de Felipe V de 23 febrero 1734 que disponía también diez años de galeras para receptores y encubridores de robos y frustaciones o tentativas de hurtos, y en fin, la Circular de 22 mayo 1824, confirmando nueva vigencia a la Real Orden de 9 febrero 1796, que castigaba en alternativa con el pre-

sidio a pena de galera al que se automutilase para eximirse del servicio de las armas.

2. *Commutación, pena principal y medida de seguridad.*

Aun a sabiendas de incurrir en ucronismo o anacronismo puede resultar interesante tratar de determinar una pluriforme naturaleza de la pena de galeras, sin duda útil junto con otros datos para las consideraciones que cierran este trabajo. La cuestión es la siguiente: ¿qué conductas o supuestos merecieron a lo largo de la historia la pena de galeras?; la respuesta puede sistematizarse conforme al siguiente esquema:

A) *Commutación de otras penas*: corporales en general —muerte (1564), cortar pies y manos, destierro perpetuo y penas semejantes— (1530), incluso las arbitrarias de tal carácter (1566). acercándose ya a la siguiente categoría las previsiones que comienzan a hacer referencia al delito, como cuando se habla de delitos feos y denigrativos (1771), y las que declaran preceptiva y en todo caso aplicable la pena de galeras, como la sustitución de la pena de cortar las orejas a los ladrones por la de marcarles en la espalda con las armas y el sello de Aragón y enviarles a galeras (1585).

B) *Pena principal*, en el sentido de no subsidiaria y prevista en la ley como única o alternativa para los siguientes delitos: *contra el patrimonio* —hurtos, robos, receptación— (1552, 1592, 1734), *militares* —automutilación, desertión— (1794, 1796), *religiosos* —herejía, blasfemia, jurar en vano, bigamia— (1566, 1639), *contra la administración de justicia* —escalar cárceles o presidios, testigos falsos, no denunciar la entrada de moneda falsa— (1566, 1658, 1787), *orden público* —atentados, rebeliones, resistencia, uso o tendencia de determinadas armas (1549, 1566, 1654), *juegos ilícitos* —fabricación y venta de dados, etc.—, *honestidad* —rufianes y maridos que consienten la prostitución de la mujer.

C) *Medida de seguridad*, en el sentido de imponerse para evitar posibles delitos: *contra gitanos*, egipcianos o bohemianos —tener armas en casa, asistir a los mercados, participar en tratos de compraventa de animales, no tener oficio o señor, portar arma o usar su traje o su lengua— (1539, 1585, 1695), *vagabundos*, y *plebeyos con disfraz o máscara durante los carnavales en la corte* (1745).

La única *finalidad* de esta pena de galeras era la consecución de una fuerza de trabajo barata, como lo prueban una serie de disposiciones relativas a la conducción, solturas y fugas de galeotes luego referidas, la aplicación de la pena aun mediando *perdón de la parte ofendida* (1566) y la *imposibilidad de indulto* (1639). También responde a esta finalidad utilitaria los *límites de edad* para ser condenados a galeras los reos, en progresiva disminución:

de veinte a cincuenta años (1539), más de dieciocho años (1585) y más de diecisiete años de edad (1695), así como lo relativo a su duración.

3. Duración.

La citada pragmática de Carlos I de 1530 establece como límite mínimo de la pena de galeras que «no sea menos de por dos años», «porque las condenaciones que se ficieren de un año, i medio año, son infructuosas para las dichas galeras, porque de un año de ejercicio en adelante son útiles los remeros...». En cuanto al límite máximo, y antes incluso de que taxativamente se cifraran los años de condena respecto al delito cometido, se entendió que no fuera dicha condena por más de diez años, aunque se hubiera decretado «de por vida».

La necesidad de remeros llevó a los Capitanes Generales de galeras a procurar que los forzados cumplidos siguieran como buenas boyas, sin especial éxito, aun cuando no faltaran algunos que optasen por esta solución.

4. Conducción a galeras.

Por su crueldad y espectacularidad, y por las dificultades técnicas y administrativas que suponía, la conducción de los forzados a galeras ha sido objeto de numerosas disposiciones jurídicas y de algunos relatos novelescos como el del propio «Quijote» o el más moderno de las «Cárceles de Europa» en relación con la cárcel de Bicetre. Efectivamente, en cuerdas o colleras de galeotes, asegurados con «piedeamigo» o «guardamigo», y unidos todos ellos por una cadena, eran conducidos hacia el puerto de destino, que en principio fue Málaga, para ser entregados al Capitán General de galeras o a su Lugarteniente (1544).

Pero es una providencia de 1557 de Felipe II la que marca con detalle los puntos de destino en función de los de origen: los procedentes de *Galicia*, a través de Villafranca, Valladolid y Segovia serán conducidos a Toledo y finalmente a *Málaga*; los de *León*, *Oviedo*, *Salamanca*, *Palencia*, *Ciudad Rodrigo* y *Zamora*, a Valladolid para ser remitidos a Málaga también; los de *Burgos*, *Calahorra*, *Osma*, *Sigüenza* y *Navarra*, a Soria y desde allí a *Cartagena*; *Avila*, *Segovia*, *Toledo*, *Madrid*, *Alcalá* y *Guadalajara*, de nuevo a Toledo para su envío a Málaga; los de *Plasencia*, *Coria*, *Badajoz* y *Cádiz*, a Sevilla para su remisión al *Puerto de Santa María*; *Córdoba*, *Jaén* y *Granada* a Málaga de nuevo, y *Cuenca* y *Cartagena*, a esta última. En cada caso suele designar el correspondiente nombre la circunscripción territorial de la diócesis o archidiócesis. En las Cortes de Monzón (1564) se acordó, en rela-

ción con este tema, que los condenados en Aragón a galeras sirvieran preferentemente en las de este reino.

También existen normas reguladoras de los destinos de galeotes en las Indias. Así los delincuentes condenados a galeras por audiencias, corregidores y justicias de las Indias, especialmente en el Perú y Nuevo Reino, serán enviados a las provincias de Cartagena o Tierrafirme (1580), previéndose la revisión de galeotes a los Reinos de Castilla, concentrándose a tal fin en Tierra firme procedentes del Perú (1555), y el envío asimismo desde Castilla a las Indias, exigiéndose que cumplida la condena no se les permita permanecer por aquellas tierras (1584).

Desde muy pronto se prevé la financiación de los gastos de estancia en las distintas cárceles del itinerario (1520), con cargo a las penas de Cámara (1544 y 1557). Se dispone igualmente que no se reserve ningún galeote el corregidor de las ciudades que se recorran, estando obligados a enviar anualmente, a la Sala de Gobierno del Consejo Real, particular cuenta de que así ha sido; tampoco ni autoridades de cárceles ni audiencias podían entender sobre enfermedad o inhabilidades de los conducidos (misión de los Capitanes Generales y Oficiales de galeras), ni oírles en nada tocante a su libetrad (1611).

Para que un penado pudiera incorporarse a su destino en galeras la sentencia tenía que ser firme, esto es, no pendiente de apelación, recursos que para mayor celeridad debían registrarse en un libro específico (1557). La prohibición de efectuar el traslado a galeras, estando pendiente la apelación, se extendió al envío de los reos a las cárceles depósito (1611). Sevilla y Solanas documenta, al tratar la admisión en galeras, la breve praxis luego deserrada de admitir en galeras a forzados en depósito, con apelación pendiente.

El tema de las solturas y fugas se trata en el epígrafe correspondiente a la extinción de la pena.

5. *Régimen de cumplimiento.*

Llegado el galeote a su destino, se inscribían en los «generales» de asiento los datos de identidad del forzado, así como sus particularidades penales y penitenciarias. Situado en su banco, se le sujetaba con una calceta al ramal que iba a rematar a la branca, con cierta holgura que le permitía acostarse en los remiches. Se les rasuraba de cabeza y barba, y se les sometía al intenso trabajo del remo, con la escasa gratificación en comida del conocido bizcocho y del caldero de habas, que originaba enfermedades reseñadas por Marañón, como el beriberi y la pelagra, además del «pasma» por las insuficientes condiciones higiénicas.

Diversos bandos, recogidos por Sevilla y Solanas y por Lasala, mantenían férreos márgenes de disciplina. Y el comitre, con su

escorpión o corbacho, espoleaba a los forzados para su mejor y mayor rendimiento, que en ocasiones extremas de persecución o mala mar, llegaba a su cénit tras gritar «fuera ropas». La chusma constituía un conjunto infrahumano, con su misión exclusiva de remar, con la curiosa exigencia en ocasiones de un «saludo» colectivo, de sonido más animal que humano según los testigos.

Las fuentes secundarias principales aluden también a los servicios médicos y religiosos —la misa seca—, al «refuerzo» para la chusma en especiales circunstancias y a otras curiosidades de este mundo dantesco, que por razones de brevedad hay que eludir en esta ocasión.

6. *Extinción de la pena: fugas, solturas y modos normales*

El modo normal y común de extinción de la pena de galeras era, lógicamente, su cumplimiento, existiendo una disposición de rango de pragmática (1544, pero con referencias anteriores y posteriores), junto a otras de inferior categoría referidas por los dos monografistas principales, mandando «al Capitán de las nuestras Galeras, o a su Lugarteniente, que aviendo servido los tales condenados el tiempo en las dichas sentencias contenido, los suelten, i dexen ir libremente, conforme a las dichas sentencias, i no los detengan contra su voluntad, i les den fee, i testimonio de como han servido el dicho tiempo en las dichas galeras...»; algunos, como se ha expresado anteriormente, se enrolaban voluntariamente como buenas boyas. Entre otros modos normales de extinción no cabe incluir el indulto, como ya se ha indicado (1639), aun cuando Lasala Navarro cite un testimonio del pícaro Guzmán de Alfarache que se libró de su condena como premio a una delación de un complot. También se alude a la posible liberación mediante la compra de un esclavo que ocupe el lugar de un remero.

Las modalidades anormales de extinguir la condena era las solturas y fugas. En general existía orden de que los Justicias prendieran a todo el proveniente de galeras sin cédula o testimonio de haber servido (1544); también que las conducciones de los forzados a galeras «se lleven con todo recaudo, i guarda, de manera que no se puedan ir, ni huir, i se lleven con seguridad, i entreguen en las partes, i lugares, que de suso en esta nuestra Carta está declarado, i ordenado...» (1557). En la misma disposición se excluía al galeote del privilegio de inmunidad por refugio en lugar sagrado, y se imponía una multa de cien ducados por cada galeote huido, al causante de la fuga por culpa o negligencia, con el fin de comprar un esclavo que le sustituyera, lo que reafirma una vez más el carácter utilitario de la pena de galeras.

Pero es Felipe IV en 1630 y, posteriormente y más escuetamente, en 1657, quien con más amplitud se ocupa del tema de fugas y solturas, para cuyo fin había constituido ya en 1628 una comisión. Por una parte se determinan con detalle quiénes pueden recibir a

los forzados, dado que en ocasiones «Patronos de Baxeles» o algún «Alférez o Sargento» que los habían recibido, optaron por «dexarlos de llevar, i soltarlos libres por algunos intereses». También se preveía la «pena civil» de 100 ó 200 ducados de plata a pagar por el «Alcaide de la Cárcel, o Comissario, u otra cualquier persona, a cuya cuenta fuere la guarda, i custodia de tales condenados...» (que se aplica a la compra de esclavos para subrogar el remo de los forzados, que hicieren semejantes fugas), y, además, otras penas corporales o pecuniarias, «según delito».

III. CONSIDERACIONES FINALES.

Esta descripción sistemática y resumida sobre la historia de la pena de galeras invita, una vez ultimada, a reflexionar brevemente sobre su naturaleza principal y secundaria, así como sobre su papel en la historia de las penas, y todo ello con la intención de ofrecer una contribución más a la moderna penología que, sin duda, sigue ocultando muchos misterios de la ciencia penal.

Un índice útil para los fines expuestos viene marcado por las penas a las que, en su origen, substituyó la de galeras y, posteriormente, por las penas que se asignaron a los galeotes abolida esta pena de remo. Como es sabido, la pena de galeras substituyó originariamente a las corporales (muertes, mutilaciones, etc.) y al destierro; en su segunda implantación, a la de «bombas» de modo expreso (1787). Suprimida la pena de galeras, según testimonio de una carta del fiscal del Consejo del Rey (1749), fueron destinados los galeotes con condenas en ejecución, en base a su condena original y pendiente, a las minas de Almadén, presidios de Africa y destierro de la Corte, de sus patrias y del lugar en que cometieron sus delitos. Posteriormente a los arsenales de la armada.

Parece indudable la *naturaleza utilitaria* que en primer término cabe asignar a la pena de galeras: mano de obra barata para trabajos penosos. A esta naturaleza primaria pueden sumarse otras notas esenciales, pero secundarias, que van desde el *carácter especialmente afflictivo* —pena corporal, dolor físico— hasta la *segregación* —marginación— de los penados como ocurre en menor o mayor medida en la pena de destierro o de presidio. En definitiva, *la pena de galeras debe considerarse como un modo de explotar al penado, segregándole de su medio geográfico de vida y de la sociedad en general, y ocasionándole notables sufrimientos físicos y morales.*

Posiblemente en un planteamiento penológico contemporáneo ninguna de las tres notas, tal y como se cumplían en la pena de galeras, deba de acompañar a las sanciones impuestas por delito. El problema sigue radicando en lograr la prevención general y especial acudiendo lo menos posible a la segregación y afflictividad del penado.

GLOSARIO

AGUACILES: En las galeras formaban parte de la «gente de cabo», representando al poder ejecutivo. Unos a las órdenes del Auditor y otros, como capataces, encargados de la custodia y guarda de la chusma, y de su herraje y desherraje. Su jerarquía era: aguacil real, teniente de aguacil real, aguaciles y sota-aguaciles.

ALACRANES: Puntas de hierro del látigo llamado «escorpión», utilizado para exigir esfuerzo a la chusma.

ALMIRANTE: Máxima dignidad en el ámbito naval, que más adelante (proviene de tiempos de Fernando III) se denominó Capital General. Debía residir en La Real o en la Patrona, las dos galeras principales de la armada.

ALIERES: Soldado que tenía su puesto junto a los proeles, en las bandas de la galera—alas—, para defender los abordajes.

ANGUSTIAS: Galeras en germanías.

ANSIAS: Idem.

ARGOLLA: Entre otras muchas acepciones, género al que pertenecían las brancas, guardaamigos y otros instrumentos de seguridad o penalidad.

AUDITOR: Persona que administraba justicia en todas las galeras, cuando estuvieren juntas. Los Generales y Capitanes de galeras la administraban en caso de ausencia de la escuadra o galera.

BIZCOCHO DE GALERA: También llamado bizcocho o galletas de mar. Pasta de harina de trigo, más o menos pura, que, tras fermentar, se secaba y endurecía al calor moderado del horno. Con el tiempo se endurecía más y, en ocasiones, se reblandecía con la humedad, adquiriendo un gusto agrio y un olor desagradable. Era el alimento más típico de los galeotes, junto con el caldero de habas.

BOMBAS: Pena a la que, en los arsenales, se destinó a los forzados cuando fue suprimida la pena de galeras. Consistía en achicar a brazo el agua de los diques.

BOTERIN: Ayudante o aprendiz del botero.

BOTERO: Tenía a su cargo la construcción, conservación y reparación de la pipería y barrilería. En combate solía atender en particular a la artillería.

BONAS BOYAS: También denominados *Bonnevoglies*, *Bonnegoblie*, *Buenas Boyas* y *Buenos Boyas*, significando buena voluntad o voluntarios. Formaban parte de la gente de remo, enrolándose libremente por tiempo determinado y con sueldo para remar en las galeras. Se distinguían dos clases: de bandera, procedentes de la vida libre, y de galeote, antiguos forzados que, cumplida su condena, se mantenían como remeros con sueldo.

BRANCA: Argolla sujeta al costado de la nave, a la que se ataba un ramal (también llamado branca) del que partían distintos ramales que terminaban asegurando a cada forzado, con holgura suficiente para acostarse en los remiches.

CALA Y CATA: Rendición de cuentas anual que debía hacer el Pagador de las Galeras, bajo la supervisión del Veedor y Contador generales.

CALAFATE: Persona con la misión de mantener estanco el buque.

CALAFATIN: Ayudante o aprendiz del calafate

CALCETA: Grillete que se ponía al forzado.

CALDERO DE HABAS: Alimento que, junto con el bizcocho, se proporcionaba a los galeotes.

CASAS GALERAS: Prisiones a las que se destinaban a mujeres por deli-

tos que merecerían pena de galera si el delincuente fuere varón, a las que también fueron enviadas prostitutas, vagabundas, etc.

CASAS RECOGIDAS: V. Casas galeras.

CAPITAN GENERAL: Máxima dignidad de la flota, denominación que substituyó a la de Almirante. Gozaba de especiales facultades y honores.

CLAVEROS: Tenedores de las llaves. Los claveros del arca del dinero de la consignación para la Armada eran el Capitán general y el Veedor y Contador generales.

COLEGIO DE COMITRES: Congregación fundada por los dueños y maestros de embarcaciones mercantes en Sevilla, antes de existir la llamada Universidad de mareantes.

COLLERAS DE GALEOTES: Cadena de galeotes que se conducían desde las prisiones hasta las galeras. También se denominaban «cuerdas de galeotes». Otros aplican este nombre a las cadenas que unían a cada dos forzados.

COMITRE: En las Partidas era el cargo inmediatamente inferior al de Almirante, equivalente a patrón o capitán de nave. Aunque se siguió utilizando genéricamente para aludir a la gente de mar, propiamente pasó a significar oficial que estaba encargado del gobierno, orden y castigo de la chusma.

CONDENACION SALOBRE: Condena a galeras.

CONTADOR GENERAL: Persona que, dependiente del Capitán general, llevaba los libros de los forzados, registrando las fechas de cumplimiento para dar cuenta a la superioridad; también el libro de esclavos; listas de soldados y marineros; tener cuenta del dinero que se librara al Pagador; recoger armas y vituallas capturadas al enemigo o en alguna fuerza.

CORBACHO: Vergajo, azote o látigo con el que castigaba a los forzados el comitre.

CORRER CARAVANAS: Navegar en galeras.

CRUJIA: Pasillo central entre las dos hileras de bancos en que se sentaban a remar los forzados y demás gente de remo.

CUERDAS DE GALEOTES: V. Colleras.

CURULLEROS: Tripulación al cuidado de las anclas y faenas de puerto.

CHUSMA: Palabra de origen turco que designaba al conjunto de los forzados. Se aplica también a grupos de gente soez. Otros la emparentan con enjambre o muchedumbre.

DAJIN: Ayudante o aprendiz del Maestre de Daja.

DEPOSITO, EN DEPOSITO: Lugar donde se retiene al pendiente de juicio o apelación. Durante corto tiempo se destinó a algunos retenidos en tales circunstancias a galeras, en depósito.

ENTRETENIDOS: Pagados para desempeñar determinadas misiones.

ESCORPION: Látigo con alacranes.

ESCRIBIR EN EL MAR: Remar en galeras.

ESPALDER: V. primer remero. Recibía este nombre al ir cara a popa y de espaldas a los demás.

FORZADOS O FORÇATS: Condenados a remar en galeras.

¡FUERA ROPAS! Voz que significaba para la chusma desnudarse de cintura para arriba, con el fin de recibir latigazos del comitre en situaciones de huida o ataque, para extremar el rendimiento de los remeros.

GALE: En griego, galería.

GALEA: En latín, escudo o casco de protección. En griego bizantino, propiamente nombre de varios peces selacios semejantes al tiburón, con cuyos movimientos y acometividad se compararon los de la galera. En castellano antiguo, en las Partidas, por ejemplo, galera o nave en general.

GALERA: Nave descrita en la primera parte de este trabajo. También, prisiones de mujeres, cárceles en general, depósitos y dormitorios de las cárceles, comida ordinaria, etc.

GENERAL: Libro para registrar señas, filiaciones y vicisitudes penales y penitenciarias de forzados y esclavos.

GENTE DE CABO: Se subdividía en *gente de guerra* y *gente de mar*. Tripulación destinada a misiones navales o bélicas, distintas de remar.

GENTE DE REMO: Compuesta por buenas boyas, esclavos y forzados. La encargada de remar en las galeras.

GUARDAAMIGO: Horquilla de hierro que se ponía debajo de la barba de los reos para impedirles bajar la cabeza y, también, argolla o corbatín ancho que ceñía el cuello, de la que bajaban dos hierros que llegaban hasta la cintura, con sendas esposas en sus extremos. Se utilizaba para conducir hacia galeras a los forzados.

GURAPAS: Galeras.

JAULA DE CALANDRIAS: Galera.

MAESTRO DAJA: Del catalán «Maestre d'Aixa». Encargado de los trabajos de carpintería.

MINISTERIO DE HUMEDAD: Galeras.

MISA SECA: Acto de culto celebrado en la galera, también llamada misa náutica, en el que no se hacía la consagración del pan y del vino.

PAGADOR: Persona que hacía las libranzas para el pago de sueldos y otros gastos.

PALAMENTA, PALAZON: Remos.

PASMO: Enfermedad de tétanos, en la que caían con cierta frecuencia los galeotes.

PATRONA: Una de las principales galeras, sede del Capitán general.

PENA DE BAJELES: Consistía en destinar al penado al servicio de la marina de guerra, pero ejerciendo oficios de pajes o grumetes.

PIE DE AMIGO: V. Guardaamigo.

PILOTO: De altura o práctico, alta mar o cerca de la costa. Persona que gobierna la nave.

PILOTÍN: Aprendiz o ayudante del piloto.

PLANA MAYOR: Personas que acompañaban al General de la flota.

PRIMER REMERO: El más vigoroso de los varios que manejaban cada remo, ocupando la parte extrema del banco para asir el remo en su parte más alejada del agua.

PROELES O PROERES: Marineros jóvenes o grumetes. En las Partidas, los que iban a proa para herir al enemigo en primer término.

PROVEEDOR GENERAL: Encargado de hacer compras de todo lo necesario para las galeras y su tripulación.

REAL: Junto con la Patrona, una de las galeras principales, sede de los Reyes o del Capitán general.

REBENQUE: Látigo empleado por el comitre para extremar la exigencia de esfuerzo a los forzados.

REFORMADOS: Personas que iban en las galeras sin estar en activo ejercicio de sus empleos.

REFUERZOS DE LA CHUSMA: Extraordinario en la alimentación, concretamente vino, que se daba a la chusma por su especial esfuerzo o por haber sufrido frío.

REMAR POR CUARTELES: Alternativamente los remos pares e impares.

REMICHES: Huecos existentes debajo de los bancos, donde se acostaban los forzados.

REMOLAR: Encargado de mantener en servicio la palamenta de la galera.

REMOLAROTE: Ayudante o aprendiz del Remolar.

SALUDO DE LA CHUSMA: Remoquete que sonaba «hu, hu, hu», que, a la orden del comitre, emitía la chusma al entrar o salir de la galera los reyes o personas principales.

SANGRADOR: Barbero y encargado de hacer sangrías en la segunda época de las galeras.

SOTACOMITRE: Ayudante y sustituto del comitre.

TOSTA: Banco de los remeros.

VEEDOR GENERAL: Inspector general de las galeras.

VOGABANTE: V. primer remero.

FUENTES UTILIZADAS

Entre las fuentes secundarias o doctrinales hay que destacar dos, tanto por la especificidad del tema como por el número y calidad de fuentes primarias que citan y manejan: *Historia penitenciaria española (La galera)*, Segovia, 1917, muy completa monografía sobre el tema escrita por F. Sevilla y Solanas, discípulo de Rafael Salillas (obra que ha podido ser manejada gracias a la amabilidad del Prof. Barbero Santos), y *Galeotes y Presidarios al servicio de la Marina de guerra en España*, Madrid, 1961, de G. Lasala Navarro. También pueden encontrarse algunas referencias a este aspecto penológico en *Legislación penitenciaria*, Madrid, 1891, de Bravo Moltó y en *Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones*, Madrid, 1903, de Caldaso, así como en *Revista penitenciaria*, Tomo III, Madrid, 1906 (pp. 226-234) en la sección «Historias penitenciarias ejemplares», un extracto realizado por R. Salillas bajo el título «Las galeras del Rey», del estudio de M. Lavisse sobre el tema publicado en *Revue de Paris*, Tomo XVI (1897), pp. 225-262; *A history of the Inquisition of Spain*, Nueva York, 1966, de H. Ch. Lea, que en su volumen III (pp. 139-146 y 553-554), aporta datos de interés general y, sobre todo, de la pena de galeras como castigo impuesto por tribunales de la Inquisición; en la *Revista penal y penitenciaria*, Buenos Aires, 1965-1966 (pp. 44-47), un trabajo de Thorsten Sellis titulado «Reflexiones sobre el trabajo forzado»; en *Penología y sistemas carcelarios*, Tomo I, Buenos Aires, 1974 (pp. 41-42), de Marcó del Pont, se insiste sobre el origen de la pena en Francia apuntado por Chorsten Sellin, y en fin, también hay una breve referencia al tema en *Teoría de las penas y de las recompensas (Obra sacada de los manuscritos de Jeremías Bentham por Es. Dumont)*, traducción española de D. L. B., París, 1826, Tomo I (p. 214).

También como fuentes secundarias, pero en el ámbito no jurídico, cabe citar: «La medicina en las galeras en tiempos de Felipe II», de Gregorio Marañón, en el Tomo III de sus *Obras completas*, Madrid, 1967 (pp. 355-371); voz «galera» en el *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, de Corominas, Madrid, 1961, y voces «galera» y «galeoto», en el Tomo III de la *Enciclopedia general del mar*, Madrid-Barcelona, 1957, redactadas por Martínez-Hidalgo, y en especial, *La galera en la navegación y el combate*, Tomo I., *El buque suelto*, Madrid, 1971, de F. F. Olesa Muñido.

Las fuentes primarias manejadas, expuestas por orden cronológico, son:

- Segunda Partida, Título XXIV, leyes I a IX.
- Séptima Partida, T. XXI, l. IV.
- Adición al Ordenamiento de Alcalá—T. X, l. XI— (Novísima Recopilación, Libro XII, T. X, l. II).
- Idem—l. XII— (Novísima R., L. XII, T. X, l. III).
- Cortes de Teruel de 1428, Alfonso V de Aragón (I) (Fueros y Observancias del Reino de Aragón, Zaragoza, 1624, L. IX, folio 164).
- Real Cédula en Castilla, a 14 noviembre 1502 (Archivo de Sevilla, Sección primera, Carpeta V, n. 41, Sevilla, 1860) (2).
- Pragmática de Carlos I en Tordesillas a 28 noviembre 1520 (3) y en Burgos a 24 enero 1528 (Nueva Recopilación, L. VIII, T. XXIV, l. II).
- Pragmática de Carlos I a 31 enero 1530 (Novísima R., L. XII, T. XL, l. I).
- Idem en 1539 (Novísima R., L. XII, T. XVI, 11. II a VII).
- Cort de Montsó, 1542 (Constitutions i altres drets de Catalunya, superflus, contraris i corregits, L. IX, T. IX, l. I).

- Pragmática de Carlos I, en su nombre el Príncipe Felipe, a 19 diciembre 1544 (Nueva R., L. VIII, T. XXIV, l. III).
- Pragmática de Carlos I en Monzón a 25 noviembre de 1552 y de Felipe II en Madrid a 3 mayo 1566 (Novísima R., L. XII, T. XL, l. II).
- Carlos I en Valladolid a 5 junio 1555, Felipe II a 23 mayo 1559 y Felipe III en Madrid a 10 octubre 1618, Pragmática (Leyes de Indias, L. VII, T. VIII, l. X).
- Carlos I en Valladolid a 5 septiembre 1555, Pragmática (LL. de I., L. VII, T. VIII, l. XII).
- Provincia de Felipe II a marzo 1557 (Nueva R., L. VIII, T. XIV, l. V).
- Idem (ll. VII a IX).
- Cortes de Monzón de 1564 (Fueros y Observancias..., folio 204).
- Pragmática de Felipe II a 3 mayo 1566 (Novísima R., L. XII, T. XL, l. III).
- Idem (l. IV).
- Idem (T. V, l. VII).
- Idem (T. VII, l. V).
- Idem (T. X, l. VI).
- Pragmática de Felipe II a 10 diciembre 1567 (Nueva R., L. VIII, T. II, l. XXI).
- Pragmática de Felipe II a 30 enero 1580 (LL. de T., L. VII, T. VIII, l. XI).
- Idem en El Escorial, a 31 julio 1584 (LL. de I., L. VII, T. VIII, l. XIII).
- Cortes de Monzón de 1585 (Fueros y Observancias..., folio 220).
- Cortes de Tarazona de 1592 (Fueros y Observancias..., folio 239).
- Cédula de Felipe III a 19 de octubre 1600 (LL. de I., L. VII, T. VIII, l. XIV).
- Cédula de Felipe III a 3 septiembre 1611 (Novísima R., L. XII, T. XL, l. V).
- Cédula de Felipe IV a 9 diciembre 1628 (Nueva R., L. VIII, T. XXI, Auto I).
- Cédula de Felipe IV a 15 septiembre 1630 (Nueva R., ídem).
- Providencia de Felipe IV a 12 abril 1639 (Novísima R., L. XII, T. V, l. VIII).
- Providencia de Felipe IV a 13 octubre 1639 (Novísima R., L. XII, T. XL, l. VI).
- Providencia de Felipe IV a 13 noviembre 1653 (Nueva R., L. VIII, T. XXIV, Auto II).
- Idem a 28 septiembre 1654 (Novísima R., L. XII, T. XIX, ll. VII, IX y XV).
- Idem a 22 mayo 1657 (Nueva R., L. VII, T. XXIV, Auto III).
- Idem a 24 septiembre 1658 (Novísima R., L. XII, T. VIII, l. IV).
- Pragmática de Carlos II a 12 junio 1695 y de Felipe V a 15 enero 1717 y Cédula de 1 octubre 1726 (Novísima R., L. XII, T. XVI, l. VI, apartados 6, 9, 10 y 13).
- Pragmática de Felipe V a 23 febrero 1734 (Novísima R., L. XII, T. XIV, l. III).
- Idem a 27 febrero 1745 (Novísima R., L. XII, T. XIII, l. III).
- Real Orden de Fernando VI a 18 octubre 1749 (Novísima R., L. XII, T. XL, l. X, nota 4).
- Pragmática de Carlos III a 12 marzo 1771 (Novísima R., L. XII, T. XL, l. VII).
- Real Orden de Carlos III a 27 de enero de 1787 (Novísima R., L. XII, T. XL, l. XII).
- Idem a 1 junio 1787 (Novísima R., L. XII, T. XL, l. XI).
- Real Orden de Carlos IV a 29 agosto 1794 (Novísima R., L. XII, T. X, l. VI).
- Real Orden de Carlos IV a 30 diciembre 1803 (citado por Sevilla y Solanas).
- Circular del Ministerio de la Guerra de enero 1815, restableciendo para el ejército las que regían en 1808, especialmente la de 29 agosto 1794 (4).

— Real Orden de 22 enero 1824, restableciendo la Pragmática de 23 febrero 1734 (Colección legislativa, Tomo XXIV, p. 80) (4).

— Circular de 22 mayo 1824, restableciendo las Reales Ordenes de 9 febrero 1796 y 22 junio 1819 (Colección Legislativa, Tomo XXIV, p. 366) (4).

— Circular de la Dirección de Presidios de 25 diciembre 1895 (Colección Legislativa de Presidios, Tomo II, pp. 437-438).

— Real Decreto de 11 agosto 1888 (citado por Cadalso, p. 473).

En la Novísima Recopilación también hay referencias a la pena de galeras en el L. XII, T. XXIII, 11. XI a XVI; T. XXVII, 11. II y III; T. XXVIII, 1. VIII, y T. XXXI, 1. IV, como penas al uso, tenencia o fabricación de algunas armas; juegos ilícitos, rufianismo, bigamia, vagabundaje. En las fuentes secundarias citadas pueden encontrarse otras fuentes primarias más específicas y menos generales.

(1) Aunque figura Alfonso I como Rey al que corresponde la disposición, la cronología impone que se trate de Alfonso V.

(2) Fuente citada por LEA, *ob. cit.*, pp. 139-140.

(3) En la Nueva Recopilación figura como primera fecha 1510; si corresponde a Carlos I tiene que tratarse de 1516 (el Cardenal Cisneros en su nombre) o de 1520. Si fuera correcta la fecha aludida como hipotéticamente errónea no correspondería a Carlos I, sino a Fernando el Católico.

(4) Fuentes aportadas por el profesor A. de la Complutense F. J. Alvarez García.

Problemas generales de la seguridad del tráfico

Constataciones de orden criminológico

WOLF MIDDENDORFF

Doctor en Derecho, Juez, Profesor del Instituto Max Planck
de Derecho Penal extranjero e internacional,
Grupo de Investigación Criminológica, Friburgo de Brisgovia

INTRODUCCION

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, las carreteras de Europa, de Estados Unidos y de numerosos países se han visto saturadas de vehículos de motor, lo que ha traído como consecuencia un incremento sin precedentes del número de accidentes y de delitos. En 1976, por ejemplo, 14.560 personas han encontrado la muerte en las carreteras alemanas. Las infracciones de las normas de tráfico representan más del 50 por 100 del total de los delitos juzgados por los tribunales criminales.

A pesar de estas impresionantes estadísticas, nuestros manuales de criminología apenas hacen mención de los delitos en materia de tráfico. Incluso las últimas ediciones no dedican ningún capítulo a la violencia cometida sobre las carreteras. Y en los índices es muy raro encontrar el término «tráfico rodado». Esto vale tanto para Estados Unidos como para Europa. De la misma manera, la opinión pública no suele catalogar las infracciones de tráfico dentro de la misma categoría que los delitos tradicionales, como el bandidaje, el robo con fractura y el asesinato. Son numerosos los conductores de vehículos que cometen delitos, cuyas consecuencias van desde daños materiales de poca importancia hasta el homicidio (delitos que, en muchos casos, son equivalentes a los crímenes tradicionales), pero el público en general tiende a considerar que las infracciones de tráfico no son ni ilícitas ni antisociales. Muy al contrario, cree que todos corren el riesgo de cometer infracciones de este género. Un americano, profesor de

* Ponencia presentada por el profesor Dr. WOLF MIDDENDORFF al Cuarto Coloquio Internacional de la FUNDACION INTERNACIONAL PENAL Y PENITENCIARIA sobre "Los aspectos penales y penitenciarios de los delitos de tráfico", celebrado en Rotterdam los días 13-17 de junio de 1977. Traducción del francés por Manuel Gallego Díaz, Profesor Ayudante de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

Derecho, a quien pregunté por qué las infracciones de tráfico no figuraban en las estadísticas criminales del F. B. I. me respondió: «Las infracciones de tráfico no son delitos». En Inglaterra, la actitud con respecto a las infracciones de tráfico es a menudo análoga: se las considera esencialmente como violaciones técnicas del reglamento, y no como actos criminales. En un informe aparecido en el *Times*, Lord Sommers declaró: «Hoy, la mayor parte de la gente son automovilistas, y la raza británica no está inclinada al crimen».

Es cierto que entre una falta cometida al efectuar un aparcamiento y un homicidio criminal cometido en la vía pública existen diferencias; pero no es menos cierto que las infracciones de tráfico responden enteramente a los mismos criterios de los delitos, pues implican una violación de la ley, son juzgadas por los tribunales criminales y llevan aparejadas las mismas sanciones que los demás delitos. Por otra parte, como más adelante veremos, aquellos sujetos que son castigados por infracciones de tráfico suelen ser los mismos que son condenados por otros delitos. También sería acertado e importante elaborar una criminología del tráfico, paralelamente al trabajo llevado a cabo en el campo de la criminología general, aplicando al problema específico de las infracciones de tráfico los conocimientos existentes en materia de criminología. Por otra parte, estamos muy necesitados de una criminología comparada de orientación internacional.

En cuanto a la criminología del tráfico, es en Estados Unidos donde se obtienen la mayor parte de los resultados (pero no siempre bajo el nombre de «criminología»); muchos otros vienen del Reino Unido, de los países escandinavos y de la República Federal de Alemania.

En las páginas siguientes, presentaré algunas constataciones relativas a la personalidad del delincuente, con algunas observaciones generales sobre la eficacia de las medidas penales.

1. *Personalidad del delincuente de tráfico.*

Desde hace algunos años, la ciencia del comportamiento viene realizando serios esfuerzos por clasificar a las personas que causan accidentes de circulación y cometen infracciones de tráfico. A este respecto, Meyer y Jacobi, en Alemania, distinguen los tipos siguientes: el criminal, el gamberro, el imprudente, el indiferente, el mal conductor, el buen conductor, el enfermo (1).

Desde una perspectiva francesa, Roche identifica un tipo de carácter particular que llama «el presuntuoso». «Consideran a su

(1) III MEYER y JACOBI, *Typische Unfallursachen im deutschen Straßenverkehr*, Frankfurt/Main, 1961, pp. 36 y ss.

Cfr. también GÖPPINGER, *Der Verkehrssünder als krimineller Typus*, en *Kriminalbiologische Gegenwartsfragen*, Heft 4, pp. 76 ss. (Stuttgart, 1960).

vehículo no como medio de transporte, sino como símbolo de su voluntad de afirmarse» (2).

Las investigaciones más importantes y completas se han centrado en la personalidad «predispuesta a los accidentes», es decir, en el conductor que, por razones inherentes a su carácter, acusa un índice de accidentes excepcionalmente elevado. McFarland ha aislado los rasgos que de forma más manifiesta vienen asociados con la repetición de accidentes; a saber:

- 1) Un nivel intelectual bajo.
- 2) Una personalidad carente de madurez, y
- 3) Una personalidad egocéntrica, agresiva, antisocial e irresponsable frente a la sociedad (3).

En el marco de un «Proyecto de investigación y de educación en materia de seguridad», llevado a cabo en la Escuela Normal de la Universidad de Columbia, se ha estudiado el papel que desempeña la personalidad como causa de accidentes de tráfico. Los resultados preliminares muestran ya que los malos conductores son aquellos que dependen en exceso de otros, los impulsivos, hostiles, egocéntricos o los animados por sentimientos de omnipotencia (4).

Sin embargo, no es aún del todo evidente que exista una relación psicológica entre una cierta personalidad tipo y la frecuencia de los accidentes. El estado actual de las investigaciones no nos autoriza a hablar con evidencia de una personalidad predispuesta a los accidentes. Incluso, puede ser que tal personalidad no exista (5). En cambio, ha podido observarse una neta correlación entre la predisposición a los accidentes y la comisión de infracciones de tráfico y otros delitos (6). Según Undeutsch, el conjunto de las investigaciones llevadas a cabo en este terreno establecen de forma inequívoca que, «entre los conductores con un índice de accidentes extremadamente elevado, se encuentran frecuentemente individuos que, desde otros puntos de vista, no cumplen con sus obligaciones para con la sociedad, poseen un registro cargado de antecedentes penales, muestran síntomas de desmoralización y son irascibles y rebeldes» (7).

Desmarez y sus colaboradores constatan que, entre los delincuentes de tráfico que son objeto de sus investigaciones, aparecen con menos frecuencia los policías y los funcionarios y que hay más divorciados que solteros y personas casadas (8).

(2) *En Cycle International d'Etudes sur la Délinquance Routière*, Interpol, pp. 48 (Paris, 1961); cfr. también DESMAREZ y otros, *Psychotechnique et Délinquance Routière*, Bulletin de l'Académie Royale de Médecine de Belgique, 6/7, 1965, p. 531.

(3) Citado en *Die Medizinische*, 26, 1958, p. 15.

(4) *New York Daily News* de 7 de abril de 1966.

(5) GRAF HOYOS, *Psychologie des Strassenverkehrs*, Huber, Bern, 1965, pp. 80, 95.

(6) *Psychologie des Strassenverkehrs*, op. cit., pp. 64, 101, 109.

(7) *Motorwelt* 1, 1962, p. 18.

(8) DESMAREZ, op. cit., p. 545.

«En general, los estudios americanos reconocen tres grupos de delinquentes de tráfico: los que no "pueden", los "ineptos" y los que "no quieren". Los que "no pueden" son los conductores que, por razón de una deficiencia física o mental, no pueden ponerse al volante de un automóvil sin correr el riesgo de producir un accidente. Ya sea que sufren trastornos visuales o auditivos, ya sea que poseen una inteligencia extremadamente débil. Los "ineptos" son aquellos que ignoran la existencia de un código de circulación o que no comprenden sus disposiciones, o incluso aquellos que están desprovistos de la habilidad y experiencia que se necesita para poder conducir un vehículo. Los que "no quieren" son aquellos individuos que violan deliberadamente las leyes y no tienen ningún respeto por los agentes que se encargan de su aplicación. El porcentaje de los que "no pueden", de los "ineptos" y de los que "no quieren" es desconocido. Hay un autor que estima que en Estados Unidos no hay más de un 10 por 100 de los que "no pueden" y que los "ineptos" y los que "no quieren" se distribuyen aproximadamente igual, con muchos contraventores en los dos grupos que presentan características semejantes» (9).

El libro de Willet presenta un buen resumen de las investigaciones en torno a la personalidad del delincuente de tráfico. El autor llega a la conclusión de que un hombre «conduce como vive» y que existe una estrecha relación entre la criminalidad en general y la delincuencia de tráfico (10). En un informe suyo, presentado a la IV Conferencia Europea de Directores de Institutos de Investigaciones Criminológicas, Willet cita un estudio de McFarland y Moseley, en el que se demuestra que la comparación efectuada entre 57 conductores que han tenido repetidos accidentes y otros 57 que no han tenido absolutamente ninguno, revela diferencias significativas, particularmente en lo que concierne a las comparecencias de cualquier género ante los tribunales, cuyo número es mucho mayor en el primer grupo. La distinción es lo suficientemente fuerte como para autorizar a McFarland a afirmar que es posible, sobre la sola base de las condenas, identificar con una precisión del 85 por 100 a los conductores que, en una muestra tomada al azar, han tenido repetidos accidentes» (11).

Otro investigador inglés ha escrito lo siguiente:

«Los resultados que sugieren la existencia de una relación entre las condenas de automovilistas y la desviación social sólo son sorprendentes si consideramos el comportamiento del automovilista como comportamiento prudente. Al principio del presente estudio,

(9) ECONOMOS, *The Traffic Problem, Traffic Laws and Traffic Courts*, The Annals, mayo 1953, pp. 12-20.

(10) WILLET, *Criminal on the Road*, Tavistock Publications, London, 1964, pp. 12 y ss., 34-35, 299 y ss.; MIDDENDORF, *Is there a Relationship between Traffic Offences and Common Crimes?*, International Police Review, 1968, pp. 4 ss.

(11) *Collected Studies in Criminological Research*, Council of Europa, 1968, pp. 26-27.

se pretendía demostrar que el comportamiento del automovilista es el resultado acumulado de una serie de experiencias sociales. Las experiencias sociales de un conductor son de una importancia muy especial, pues actúa en una situación particularmente abierta y poco estructurada, donde generalmente puede evitar todo enfrentamiento con otros conductores y guardar su anonimato, aun cuando su comportamiento sea antisocial.

Las infracciones de tráfico pueden considerarse como medio de expresar un "papel", no sólo por parte de aquellos a quienes la sociedad ha tachado de desviación en razón de su comportamiento fracamente antisocial, sino también por parte de aquellos otros que tienen "problemas" en la acepción más amplia del término» (12).

Desmarez y sus colaboradores han establecido la existencia de una relación entre las infracciones de tráfico y los delitos de agresión, sobre todo los que se cometen con la intención de causar lesiones corporales (13).

La experiencia adquirida en mi condición de juez penal, a lo largo de más de veinte años de actividad en el tribunal que se ocupa de las infracciones de tráfico, me ha llevado al convencimiento de que, sobre todo entre los jóvenes, parte de la agresividad que en otro tiempo daba lugar a riñas, encuentra hoy día su expresión en infracciones de tráfico como el exceso de velocidad y los adelantamientos temerarios (14).

La relación entre las infracciones de tráfico y el delito en general ha sido estudiada por el Instituto para la Seguridad minera, industrial y de tráfico de la Asociación de Vigilancia Técnica (Technischer Überwachungsverein), de Essen, Alemania. He aquí los resultados de un estudio llevado a cabo con 629 conductores que, nacidos entre 1900 y 1935, habían obtenido su permiso de conducir entre 1920 y 1955:

	Registro de antecedentes penales limpio	Inscritos en el registro de antecedentes penales	Total
Personas que habían cometido infracciones de tráfico	111	30	141
Personas que no habían cometido infracciones de tráfico	471	17	488
<i>Total</i>	582	47	629

(12) McMILLAN, *Deviant Drivers*, Saxon House, Westmead a. other, 1975, p. 199.

(13) DESMAREZ, *op. cit.*, p. 564.

(14) Cfr. también *Cycle International d'Etudes sur la Délinquance Routière*, *op. cit.*, p. 22.

Con otras palabras, de los 582 conductores no inscritos en el registro de antecedentes penales habían cometido infracciones de tráfico el 19 por 100, mientras que de los 47 criminales habían cometido infracciones de tráfico el 63 por 100. Otro estudio, llevado a cabo con 102 conductores titulares de un permiso, de los cuales cada uno había sido objeto por lo menos de tres condenas criminales desde 1948, ha revelado que el 83 por 100 de ellos había cometido infracciones de tráfico. Una comprobación efectuada con otro grupo ha permitido constatar que 17 (o el 3 por 100) de las personas no culpables de infracciones de tráfico tenían antecedentes penales, mientras que los tenían 30 (o el 20 por 100) de las que habían cometido tales infracciones. Por último, en un grupo de conductores que, en 1958, habían sido condenados más de dos veces por infracciones de tráfico, la proporción de criminales se elevaba a 62 (o al 38 por 100). La investigación llevada a cabo por el Instituto condujo a la conclusión de que tanto la criminalidad como la mala conducción de un vehículo permiten llegar a una raíz común en la personalidad del delincuente (15).

En el V Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento del delincuente (Ginebra, 1975), un delegado italiano presentó un informe sobre una investigación realizada en su país. Se trataba de examinar a doscientos individuos que habían sido causa de accidentes o habían cometido peligrosas infracciones del código de la circulación. Las autoridades administrativas competentes enviaron a los delincuentes ante la Comisión médica de la provincia, para que decidiese si eran física y psicológicamente aptos para conducir un vehículo.

En cada uno de estos casos, se examinaron más de treinta aspectos diferentes (cada uno con numerosas variables) concernientes a datos sociológicos y legales, a factores psicológicos (con tests mentales), al estado físico, (en general y en particular para poder conducir un vehículo) y también a las circunstancias del accidente. Sobre la base de un estudio estadístico de los datos, se escogió una muestra representativa de cien casos.

El examen de los resultados reveló los puntos siguientes: la frecuente existencia de antecedentes penales, de carácter general o específico; la casi total insignificancia de los defectos somáticos; por el contrario, la existencia de anomalías psicológicas, incluida una inteligencia netamente inferior a la normal.

En su estudio sobre la tipología del crimen en Dinamarca, Preben Wolf concluye: «Es interesante, en particular, hacer notar que las infracciones de tráfico se producen tres o cuatro veces más a menudo entre los verdaderos criminales (culpables de in-

(15) Cfr. también *Cycle International d'Etudes sur la Délinquance Routière*, op. cit., p. 22.

fracciones del Código penal) que entre personas que jamás han sido condenadas» (16).

Kuehling ha constatado que, en un grupo de doscientos jóvenes delincuentes, llegaban a ser reincidentes el 67 por 100 de los autores de infracciones contra los bienes, el 53 por 100 de los autores de ofensas a las buenas costumbres y el 57 por 100 de los delincuentes de tráfico. Su conclusión es que los autores de ofensas a las buenas costumbres y los delincuentes de tráfico no presentan diferencias significativas en lo referente a su situación personal (17).

En Estados Unidos, se han observado correlaciones análogas entre la delincuencia juvenil y las infracciones de tráfico. Una investigación llevada a cabo con 207 jóvenes delincuentes de Los Angeles ha permitido constatar que cuantas más infracciones de tráfico comete un joven, más posibilidades hay de que haya cometido otros delitos.

La indiscutible correlación entre la criminalidad general y la delincuencia de tráfico permite la aplicación, a estos últimos, de tipologías elaboradas para el ámbito más amplio de la criminología general. En primer lugar, deben diferenciarse los delincuentes puramente ocasionales, por una parte, de los reincidentes, por otra. A su vez, los reincidentes pueden subdividirse en *a*) delincuentes ocasionales condenados varias veces y *b*) criminales habituales (18). Puede que esta subdivisión sea difícil de verificar, pues es fácil pasar de un grupo a otro y los casos mixtos son frecuentes. Una posible diferenciación puede estar en el hecho de que el registro de antecedentes penales del reincidente ocasional refleja un movimiento ondulatorio, es decir, sólo comete un delito a continuación de una lucha interior más o menos intensa, mientras que el criminal habitual o profesional continúa constantemente resuelto en la vía que ha escogido. Entre los reincidentes ocasionales, podemos encuadrar a la mayor parte de los conductores predispuestos a los accidentes. Por el contrario, entre los delincuentes de tráfico habituales, están comprendidos la mayoría de los que persisten en conducir bajo la influencia del alcohol o utilizan un vehículo sin haber obtenido el correspondiente permiso de circulación, concertado el seguro o satisfecho el impuesto.

Se han dedicado considerables investigaciones al joven delincuente de tráfico habitual. En uno de estos estudios, por ejemplo, se ha comparado este tipo de delincuente con un grupo de control de jóvenes que no habían cometido infracciones de tráfico. Los resultados han mostrado «que el comportamiento desviado puede

(16) *I Scandinavian Studies in Criminology*, Universitets Forlaget, Oslo, 1965, p. 226.

(17) *Rückfalluntersuchungen an jungen Rechtsbrechern*. Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 6, 1965, pp. 295, 297.

(18) A este respecto, cfr. BELEZA DOS SANTOS, *Récidivistes et délinquants d'habitude*, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, 1954, pp. 687 ss.

ser atribuido, al menos en parte, a un conjunto mensurable de características psicológicas:

1. Según las normas admitidas, se desprecupan bastante de las implicaciones que su comportamiento pueda tener para ellos mismos y para los demás.

2. Muestran tendencia a estar en desacuerdo o en conflicto con los demás, incluso con los parientes más próximos, considerándose humillados y engañados;

3. Son rebeldes y egoístas.

4. Su hiperestesia, su falta de confianza en sí mismos y su sentido de indignidad personal pueden provocar una sobrecompensación, con acciones extravagantes e irreflexivas que pueden tener como consecuencia infracciones de tráfico.

5. Sus padres son relativamente inactivos en el seno de la comunidad, de manera que los hijos tienen un sentido empujado de la responsabilidad cívica» (19).

Sin embargo, no se han emprendido todavía suficientes investigaciones sobre la tipología global de los jóvenes delincuentes de tráfico.

Entre los adultos, ha sido objeto frecuente de investigaciones el que podemos llamar delincuente de tráfico por embriaguez, puesto que ésta constituye con toda evidencia un importante factor dentro de las causas de accidentes de circulación, y esto en numerosos países. En «El genio y la diosa», escribe Aldous Huxley: «"Conduzca con prudencia, dice al abrir la puerta de entrada", "Vivimos en un país cristiano, y es el aniversario del nacimiento del Salvador. Prácticamente todo aquel con el que se encuentre estará borracho"». Es importante, pues, tratar de determinar si existen algunas características particulares que permitan identificar al delincuente de tráfico por embriaguez como tipo especial.

Los criminólogos han descubierto algunas características significativas que podemos resumir de la manera siguiente:

1. El conductor embriagado es un hombre de edad comprendida generalmente entre los 21 y los 30 años.

2. Se da una gran proporción, que puede llegar incluso hasta el 75 por 100, de conductores embriagados que han sido condenados con anterioridad.

3. El mayor porcentaje de conductores embriagados se encuentra en el sector de las rentas modestas.

4. El conductor embriagado, al igual que el que emprende la fuga después de haber causado un accidente, constituye el punto de conexión entre el delincuente de tráfico y el criminal en general; más bien se parece a este último.

(19) BEAMISH y MALFETTI, *A Psychological Comparison of Violator and Non-violator Automobile Drivers in the 16 to 19 year Age Group*. I Traffic Safety, 1962, p. 13; *Safer Driving by Juveniles in Minnesota*, Report to the 1959 Legislature by the Commission on Juvenile Delinquency, Adult Crime, and Corrections, pp. 23-29.

En mi estudio de 600 casos sobre conductores embriagados adultos, se hace mención de tres mujeres y del 33,3 por 100 de conductores de edad comprendida entre los veintiuno y los treinta años. En otro estudio, Langer constata que hay diez mujeres por cada 1.381 delincuentes, de los que el 43,7 por 100 pertenecen al mismo grupo de edad. En mi muestra, el 51,2 por 100 de los sujetos habían sido ya condenados por delitos distintos de infracciones de tráfico de poca importancia. En cuanto a la muestra de Langer, contiene el 46,7 por 100 de condenados anteriormente. Estos porcentajes superan de manera significativa los índices habituales de nuevas condenas.

El 56,1 por 100 de mis sujetos y el 72,2 por 100 de los de Langer desempeñan una ocupación manual. El primero de estos dos estudios cubre el período que va de 1955 a 1960, mientras que el otro se limita únicamente al año 1963 (20).

Con referencia a Suecia, Klette ha publicado unos informes complementarios relativos al conductor embriagado. Sobre la base de un análisis del contenido de 4.000 expedientes de la policía, que se referían a personas condenadas entre 1959 y 1965, y después de una entrevista complementaria con 100 delincuentes, constata Klette que el 30 por 100 de los sujetos habían sido ya condenados por delitos graves, el 40 por 100 por infracciones de tráfico distintas de la conducción en estado de embriaguez, y el 20 por 100 por embriaguez. Los porcentajes correspondientes que se citan para el conjunto de los conductores son respectivamente el 2, el 15 y el 1 por 100 (21).

Por lo que se refiere al conductor que emprende la fuga después de haber causado un accidente, en el seno del Subcomité número VII del Comité europeo para los problemas criminales, un Grupo de trabajo sobre las infracciones de tráfico ha llegado a las conclusiones siguientes:

«Conviene tratar con circunspección los testimonios relativos a las causas, pues faltan los datos necesarios para un análisis estadísticamente controlado de estos factores. Sin embargo, existen algunas pruebas deductivas según las cuales los conductores que poseen antecedentes penales, que han cometido numerosas infracciones de tráfico o que han consumido alcohol, están fuertemente representados en el número de delincuentes. Puede ser que el hecho de que muchos de los conductores culpables del delito de fuga sean del sexo masculino, no hayan alcanzado aún los treinta

(20) MIDDENDORF, 600 *Alkoholtäter, Kriminalistik*, Hamburg, 1960; LANGER, *Alkoholdelikte im Strassenverkehr*, Röhrscheid, Bonn, 1968; WELZEL, *Die Rückfallprognose bei Trunkenheitstätern*, Tatzlaff, Darmstadt, sin indicación de año; y más reciente estudio, MÜLLER, *Der Trunkenheitstäter im Strassenverkehr der Bundesrepublik Deutschland*, Lang, Frankfurt, 1976.

(21) WILLET, en *Collected Studies in Criminological Research*, op. cit., página 29.

años, tengan más de cinco años de experiencia en la conducción de un vehículo o pertenezcan a la clase trabajadora, no refleje más que la estructura, desde el punto de vista del sexo, edad, experiencia y condición social, de la población motorizada o de la población de conductores implicados en accidentes.

Los débiles testimonios relativos a los factores motivacionales que están a la base del delito de fuga, tienden a confirmar la tesis de Brown (1973), quien piensa que es posible, grosso modo, agrupar a los delincuentes en tres categorías:

1) Los conductores que, presas del pánico, abandonan el lugar del accidente, a causa de las características de su personalidad individual.

2) Los conductores que emprenden la huida porque su capacidad de tomar una decisión racional está temporalmente disminuida por el alcohol o la fatiga.

3) Los conductores egotistas que emprenden la huida para salvaguardar su reputación» (22).

En el curso de un reciente estudio llevado a cabo en la Universidad de Michigan, Selzer ha examinado a 72 conductores responsables de accidentes que habían costado la vida a 82 personas. Ha constatado que no sólo una fuerte proporción de estos conductores eran alcohólicos, sino que también existía una relación significativa entre los accidentes, el alcohol y las tendencias suicidas. El automóvil ha servido de instrumento ideal para el suicidio. «Muchas personas con ideas suicidas intentan darse muerte o herirse por medio de accidentes de automóvil... (Estos) rara vez llegan a ser reconocidos como tentativas de suicidio, ya sea por el conductor o por el público» (23). Selzer menciona un interesante estudio de dos grupos de conductores aquejados de enfermedades mentales, uno de los cuales estaba compuesto por personas que habían intentado suicidarse y el otro, por pacientes que nunca habían intentado quitarse la vida; el índice de accidentes del grupo de suicidas era dos veces más elevado que el del otro (24).

En Israel, las investigaciones se han concentrado a la vez en las causas de los accidentes y en la personalidad del delincuente de tráfico (25). De forma especial se ha subrayado la importancia del «stress» debido al entorno (26).

(22) Council of Europa DPC/CEPC VII 75, p. 2; MIDDENDORFF, *Beiträge zur Verkehrskriminologie*, Giesecking, Bielefeld, 1972, pp. 49 ss.

(23) The New York Times Magazine, marzo 20, 1966.

(24) WILLET, *Collected Studies in Criminological Research*, op. cit., página 27.

(25) *Proceedings of the Seminar on Road Accidents in Israel*, Hebrew University, Jerusalem, 1962.

(26) NAFTALI, *Road Accidents in Israel*, I Harefuah, 1963.

2. Notas generales sobre la eficacia de las medidas penales.

Podemos definir la pena como la consecuencia desagradable que el Código penal prescribe para un comportamiento humano socialmente no deseable y que los tribunales criminales imponen según las disposiciones del código de procedimiento penal. O, en pocas palabras, la pena es la inflicción voluntaria de sufrimientos. En su acepción criminológica, el término «punición» tiene un contenido más amplio: todos aquellos medios puestos a disposición de la justicia, pudiendo añadirse las medidas de carácter educativo que —impuestas voluntariamente o no— son aceptadas como «punición». También el término «medidas penales» (o más simplemente «pena») está justificado.

Ya desde hace mucho tiempo, la criminología viene despreocupándose de emprender una investigación crítica de lo que la pena puede llegar a cumplir. Necesitamos saber, en primer lugar, si la pena tiene alguna eficacia (es decir, si es más eficaz que los otros medios de control social), y en segundo lugar, hasta qué punto las sanciones y medidas ejercen alguna influencia. Debemos recordar que los instrumentos de que se vale la justicia no son más que un medio de control social; un comportamiento lícito es el producto de un gran número de diferentes elementos. Depende notablemente de la educación, de la religión, de las relaciones sociales, de la condición económica y de la aprobación o desaprobación del medio propio al que una persona pertenece.

En los países democráticos de Occidente, y de modo particular en Estados Unidos, las influencias preventivas son en general débiles; la mayor parte de los delincuentes no tienen necesidad de temer la desaprobación general de su medio, puesto que pueden alejarse e irse a vivir a cualquier otro lugar. Por otro lado, son numerosos los delitos modernos que no llevan consigo ninguna desaprobación moral, sobre todo cuando no hay una víctima visible a la que compadecer, como es el caso, por ejemplo, de delitos tan «respetables» como el fraude fiscal y la mayor parte de las infracciones de tráfico de poca importancia. La eficacia preventiva del derecho penal y de las condenas varía mucho de un individuo a otro, en función de su clase social, experiencia de la vida, inteligencia, educación moral y otros factores (27).

Podemos, sin embargo, citar ejemplos de una prevención general eficaz. Desde hace ya muchos años, los Estados escandinavos poseen una estricta legislación para la represión de la embriaguez en la conducción, acorde con una rigurosa política de aplicación que prevé penas severas para todos los casos. Esta estricta política global ha tenido un efecto considerable en Noruega, donde el riesgo de prisión por embriaguez en la conducción es una rea-

(27) Cfr. MACKENNA, *General Deterrence*, en *Progress in Penal Reform*, ed. por Blom-Cooper, Clarendon Press, Oxford, 1974, pp. 189 y ss.

lidad viva para todo automovilista. Andennaes ofrece el siguiente resumen de los resultados que se han obtenido en su país gracias a la severidad de las leyes sobre la embriaguez en la conducción, a su eficaz aplicación y a la severidad de las penas infligidas:

«Esta política rigurosa parece haber tenido una influencia considerable en la actitud de los automovilistas con respecto a la conducción bajo la influencia del alcohol, viniendo a constituir la embriaguez en la conducción un porcentaje débil dentro de las causas de accidentes de circulación. Sin embargo, esta legislación entró en vigor en una época en que había muchos menos automóviles y accidentes que hoy día. En consecuencia, es imposible demostrar estadísticamente el impacto de esta legislación... A medida que la aplicación de una ley va siendo más eficaz y las penas infligidas a los que la contravienen, más severas, la clase de delincuentes llega a ser más anormal. Es sin duda verdad que la conducción en estado de embriaguez fue frecuente en toda la población hasta la introducción de sanciones penales severas. Desde la entrada en vigor de la nueva legislación, la distribución de los delincuentes es menos general. La composición de la clase de conductores embriagados está cambiando. En lugar de constituir una muestra relativamente fortuita de los automovilistas, los conductores embriagados serán sobre todo aquellos que encuentran en el alcohol un medio de olvidar sus problemas y aquellos que ya han sido condenados por conducción en estado de embriaguez —gente menos fácil de tratar cuando se trata de prever el efecto de un aumento de la severidad con la que se sanciona un delito ya rigurosamente sancionado. Quien cuenta con una mayor severidad debe esperar una disminución del rendimiento» (28).

Son pocos los criminólogos que se han preocupado del hecho de que la sanción penal tiene la función de inhabilitar al delincuente. La necesidad de esta función goza de una gran evidencia, a pesar de que, en algunos medios, los asistentes sociales, faltos de realismo hasta el extremo de llegar a negar su existencia, prefieran hablar con mayor facilidad de rehabilitación, aun en los casos en que no es posible rehabilitación alguna. La verdad escueta es que son necesarias medidas de cuarentena para prevenir la reincidencia de los delincuentes peligrosos. En el ámbito de la legislación de tráfico, por ejemplo, la retirada del permiso de conducción es un poderoso medio de inhabilitar a su titular.

Reforma, rehabilitación, tratamiento: el concepto más utilizado en la criminología actual y al mismo tiempo el utilizado de forma más abusiva. Hay que recordar que, en la mayor parte de los casos juzgados por los tribunales, no es necesario ningún tratamiento. Tal vez suceda así con el 90 por 100 de las infracciones de tráfico, con la inmensa mayoría de los crímenes «respetables» y aun con muchas violaciones de la ley penal clásica.

(28) *Punishment and Deterrence*, The University of Michigan, Ann Arbor, 1974, pp. 105, 95

El tratamiento es indicado sobre todo para los delincuentes sexuales, pero los delitos sexuales sólo representan un porcentaje del 3 al 5 por 100 del total de los delitos cometidos en la mayor parte de los países.

Parece más humano imponer un tratamiento en lugar de una pena; pero, en realidad, el tratamiento resulta a menudo más inhumano que la pena misma.

La teoría de los tres factores.

Según esta teoría, la eficacia de la justicia penal depende en conjunto de tres factores:

1. Una buena legislación (es decir, una legislación aplicable).
2. Aplicación rápida y segura.
3. Penas moderadas y uniformes.

Estos tres factores son interdependientes, y la tarea más importante del legislador, de la policía y del poder judicial consiste en asegurar el máximo de eficacia estableciendo un buen equilibrio entre ellos.

La historia de la criminología nos enseña que todo desequilibrio entre estos factores compromete la eficacia. Así, cuando la legislación era en Inglaterra y Estados Unidos muy estricta, sucedía que los magistrados no la aplicaban más que de forma imprecisa. Lo mismo, cuando los magistrados imponen penas muy severas, el número de acciones penales sufre una disminución, debida a un sentimiento de solidaridad con el delincuente. Obligada a contar con las informaciones suministradas por el público, la policía no tiene ni la posibilidad ni la voluntad de seguir aplicando la ley. Igualmente existe una estrecha relación entre la uniformidad en la aplicación de la ley y el sistema político de un país dado, con el equilibrio entre la libertad individual y los derechos del Estado.

Es necesario que las leyes sean fácilmente aplicables por los tribunales de primera instancia y fácilmente comprendidas por el público.

Para las nuevas situaciones, se necesitan nuevas leyes. En Noruega, los conductores embriagados intentaban evitar ser castigados declarando: «No ha sido antes, sino después del accidente, cuando he bebido alcohol». Como consecuencia de ello, se creó una nueva ley que prohíbe la consumición de alcohol durante las seis horas siguientes a un accidente. En Africa del Sur, el delito de fuga se ha convertido en aleatorio al obligar una nueva ley a los responsables de los garajes a dar cuenta a la policía de todo vehículo que haya sufrido algún daño.

El procedimiento penal ideal es el que combina la rapidez con la certeza de las persecuciones judiciales.

La certeza de ser condenado es lo que produce más miedo y lo que, en el plano de la prevención general, constituye un elemento más significativo que la misma severidad de las penas. Ahora bien,

es claro que hay un punto óptimo en el que una norma jurídica permite ser aplicada con el máximo de eficacia. Una aplicación exagerada puede ser tan desastrosa como una aplicación insuficiente.

Ni que decir tiene que la policía desempeña un papel extremadamente importante, si no decisivo, en la aplicación de la ley. Su trabajo es a menudo más importante que el del poder judicial, pues los agentes de la policía impiden la comisión de muchos delitos, gracias a su presencia, incluso en las calles y grandes carreteras. El acercamiento de un vehículo de la policía produce indudablemente un efecto psicológico preciso y favorece un comportamiento prudente de parte de conductores y peatones. En el marco de una experiencia llevada a cabo en Suecia, se aumentó cuatro veces el número normal de vehículos de la policía sobre una carretera principal en una longitud de 160 kilómetros y durante un período de dos meses; en este tiempo, el número de accidentes experimentó un descenso del 30 por 100, sin que se hubieran tomado otras medidas de seguridad de carácter excepcional (29).

En muchos países, suelen todos quejarse de un viejo mal: la imposición de penas muy diferentes a delinquentes semejantes en casos semejantes. Las penas deberían ser uniformes y lógicas, pudiendo y debiendo atenuarse a medida que las modalidades de aplicación de la ley, el descubrimiento de los delinquentes y las medidas punitivas fueran siendo mejor definidas (30).

En el presente informe, podemos dejar de lado la cuestión de la eficacia de las penas largas privativas de libertad, pues las penas que se imponen a los delinquentes de tráfico son casi siempre de corta duración. Los expertos, en general, son unánimes en reconocer el efecto nefasto y los peligros de una pena corta de prisión, al tener todos los inconvenientes de un período largo de detención, sin ofrecer sus ventajas. «La aclimatación a la vida de la prisión, el peligro de contaminación moral y la ruptura entre el detenido y su entorno familiar, social y profesional no son, de hecho, compensados por una contribución constructiva como la que aporta un tratamiento suficientemente prolongado» (31). Por otro lado, se piensa que es necesario admitir las penas privativas de libertad por el recurso tan frecuente que se hace hoy día de ellas y porque las estadísticas no muestran verdaderamente en qué medida una reincidencia es debida a la privación de libertad que resulta de la detención, y no a cualquier otro factor (32).

(29) *Road Safety*, Council of Europa, Strasbourg, 1963, pp. 16, 17.

(30) Cfr. MIDDENDORF, *The Effectiveness of Punishment*, op. cit., p. 28, y HOGARTH, *Sentencing as a Human Process*, University of Toronto Press, Toronto, 1971, p. 7.

(31) "Decisions of the Working Group on Short-term Prison Sentences in Europa", publicadas con un examen de la frecuencia de las penas cortas privativas de libertad en los países de Europa, en "Bewährungshilfe", octubre 1959, pp. 264, 265, 219 ss. Cfr. también *Short-term Imprisonment*, United Nations, 1960, pp. 31 ss.

En Inglaterra, Hood ha llegado a la conclusión de que, para la mayoría de los delincuentes, no hay ninguna prueba de que una pena corta privativa de libertad sea más eficaz, como medio de prevención de la reincidencia, que la multa o la libertad vigilada (33). No obstante, existen casos en los que una pena corta privativa de libertad parece inevitable.

En Francia, se ha intentado atenuar el efecto nefasto de una pena corta privativa de libertad autorizando a los detenidos a trabajar durante la jornada fuera de la prisión, con o sin vigilancia según los casos (34).

Las opiniones expresadas en Bélgica son contradictorias. El fiscal de Gante, Bekaert, estima que la prisión es la pena más eficaz para el delincuente de tráfico (35). Pero, sin embargo, Dupréel, muy experimentado en la administración penitenciaria, es del parecer contrario (36).

Un autor holandés estima que las multas son tan eficaces como las penas privativas de libertad (37).

En Noruega, Andenaes ha escrito:

«No tengo nada que censurar en el mantenimiento de la pena corta privativa de libertad como columna vertebral del sistema penal, cuando la multa o la libertad vigilada se juzgan insuficientes. La multa y la libertad vigilada han venido, en gran medida, a reemplazar a la prisión, y esta tendencia persiste tal vez por razones humanitarias o económicas. Pero, sin embargo, estas sanciones necesitan en segundo término de la prisión como última reacción contra aquellos que rehúsan cooperar» (38).

En Alemania, hasta hace veinte o incluso diez años, la conducción en estado de embriaguez llevaba consigo generalmente una pena privativa de libertad. En algunas regiones, en la mayor parte de los casos se acordaba la condena condicional, en otras casi nunca. Los partidarios de una y otra tendencia ponían en cuestión la eficacia de la práctica contraria, trayendo en su apoyo pareceres y estadísticas.

(32) "Decisions of the Working Group on Short-term Prison Sentences in Europa", op. cit.

(33) HOOD, *Sentencing in Magistrate's Court*, Stevens & Sons, London, 1962, pp. 121, 122; cfr. también ANDRY, *The Short-term Prisoner*, Stevens & Sons, London, 1963, estudio sugerido por MANNHEIM, que en el prólogo escribe (p. XI): "Debemos defender la causa de una política que tienda a reducir al mínimo las penas privativas de libertad". Sobre el parecer contrario expresado por un juez americano, cfr. *The Prison Journal*, Autumn 1961, p. 43.

(34) GERMAIN, *Post-war Prison Reform in France*, *The Annals*, mayo 1854, p. 144.

(35) BEKAERT, en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, abril 1962, p. 674.

(36) DUPRÉEL, en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, mayo 1964, p. 743.

(37) STEENHUIS, *Ridjen onder invloed*, van Gorcum, Assen, 1972, p. 105.

(38) Op. cit., p. 163.

La investigación más completa en este género ha sido llevada a cabo por el Ministerio de Justicia del Estado de Bade-Wurtemberg, cuyo estudio abarca todos los casos de embriaguez juzgados entre 1959 y 1962 en algunos distritos judiciales de Bade y de Wurtemberg. Se examinaron todos los delitos, prescindiendo de si habían sido causa o no de accidentes. Los resultados revelan diferencias muy marcadas en lo que afecta al porcentaje de la condena condicional, que oscila entre el 78,1 y el 1,3 por 100; los índices de reincidencia, en cambio, son casi idénticos. Estas cifras muestran claramente que la pena corta privativa de libertad no es más eficaz que la condena condicional: los resultados son los mismos. Y el Ministerio concluye: «sobre la base de estas cifras, es imposible decir que las diferentes prácticas en materia de condena condicional tengan repercusiones uniformes y típicas sobre el número de accidentes debidos a la embriaguez o sobre los índices de reincidencia» (39).

En Alemania, el arresto de fin de semana, que permite purgar por etapas una pena de cierta duración, se ha comprobado completamente ineficaz. Este sistema representaba una carga considerable para el personal de la prisión, mientras que el arrestado se sentía muchas veces feliz pasando una noche tranquila en prisión, sin ser molestado por la familia.

Libertad vigilada

A pesar de imponerse con frecuencia la libertad vigilada, los investigadores se han despreocupado a menudo de sus resultados e índices de éxito. Es difícil medir estadísticamente la eficacia o ineficacia de la libertad vigilada, pues ello requiere un estudio continuado y sucesivo, a largo plazo, de los casos individuales, a la vez que exige también, en buena medida, ponerse de acuerdo sobre algunas definiciones específicas. Sin embargo, existen indicaciones claras sobre la eficacia de lo que accesoriamente lleva consigo la libertad vigilada, en cuanto que implica vivir en un hogar, asilo o campamento, con un trabajo constructivo. Sabemos también que algunos factores, como la clase de delito y los hábitos profesionales de la persona puesta en libertad vigilada, están estrechamente ligados al éxito o fracaso del tratamiento (40).

(39) Informe inédito del Ministerio de Justicia del Estado de Bade-Wurtemberg.

(40) Cfr. MIDDENDORFF, *Estudios concernientes a los resultados de la Probation*, en "Memoria del VI Congreso Internacional de Criminología", Vol. I, Madrid, 1973, pp. 297 ss.; *Criminallogical Research Trends in Western Germany*, ed. Kaiser y Wurtemberg, Springer, Berlin, 1972, pp. 58 ss.; WALKER, *Sentencing in a Rational Society*, Allen Lane The English Press, London, 1969, p. 94: "Probation was followed by more reconviictions then imprisonment".

Multas

El empleo de la multa ha cobrado en muchos países gran extensión, pero la cuestión de su eficacia no ha despertado todavía el interés necesario al nivel de la investigación científica. En algunos países, las multas se imponen en la forma de una suma única; en otros, como Suecia y Alemania, se fijan sobre la base de ciertas fracciones por día (*Tagessatzsystem*) (41).

Las multas no dejan estigmas; y pueden ser aceptadas igual que un impuesto suplementario o una elevación de la prima del seguro.

Inhabilitación para conducir

La inhabilitación para la conducción constituye otra de las medidas penales cuyos efectos no han sido aún objeto de investigaciones empíricas sustanciales. Sin embargo, los criminólogos y todos los que se ocupan de cuestiones criminales se muestran unánimes en reconocer que ejerce un poderoso efecto sobre la persona condenada y sobre los que forman parte de su medio social, siempre y cuando tengan conocimiento de ella. En un comentario a un antiguo proyecto de código penal alemán, nos encontramos con la siguiente afirmación: «El hecho de que este proyecto mantenga la inhabilitación para conducir como medida de justicia penal se debe, en primer lugar, a la experiencia extremadamente favorable que se ha adquirido desde la introducción de esta medida» (42). Como juez, me ocupo de las infracciones de tráfico desde hace más de veinte años, y he constatado con frecuencia que los acusados se resisten mucho más enérgicamente a la inhabilitación para conducir que a una pena privativa de libertad, prefiriendo ir a prisión antes que verse privados durante un cierto tiempo de su permiso de conducir. Si un hombre está cumpliendo una pena de prisión, este hecho puede pasar desconocido fuera del círculo de los familiares más próximos, pero si está inhabilitado para conducir un vehículo de motor, este hecho aflora inmediatamente a la vista de gran número de personas y, en particular, de sus colegas. La posesión de un permiso de conducir es simplemente un importante factor de prestigio social.

Un estado temporal de inhabilitación para conducir, es decir la retirada por parte de la policía, a título preventivo, del permiso de conducir inmediatamente después de una infracción o un accidente, se ha comprobado particularmente eficaz. Para el interesado, las consecuencias suelen ser graves, pues tal medida puede

(41) Cfr. GREBING, *Probleme der Tagesstz-Geldstrafe*, ZStW 1976, pp. 1049 ss.

(42) *Projet de code pénal allemand E 1962*, p. 225; cfr. MÜLLER, op. cit., p. 232.

entorpecer sus actividades profesionales. Probablemente, sería incluso preferible que el permiso fuera retirado por la policía inmediatamente y por un tiempo limitado, en lugar de ser retirado y posteriormente por el tribunal por un período de mayor duración. Bekaert va más lejos al preconizar la inmovilización, temporal pero absoluta, de los vehículos, es decir, la puesta fuera de servicio de un vehículo por el tiempo que determinara el tribunal; a este respecto, bastaría con retirar la placa de la matrícula o, mejor aún, con entregar el vehículo a la autoridad para su custodia (43). En las grandes ciudades, sin embargo, la falta de espacio impediría la entrega del vehículo. En muchos casos, esta inmovilización del vehículo intensifica el efecto punitivo de la inhabilitación para conducir, pues, incluso, llega a impedir al condenado hacerse conducir por un miembro de su familia, que, de otro modo, podría utilizar el vehículo. Pero es casi imposible evitar consecuencias molestas para la familia si queremos que la sanción produzca una poderosa impresión en el delincuente.

Un comentarista americano ha llegado a la conclusión de que «las experiencias que intentan determinar el efecto de la inhabilitación temporal sobre los accidentes e infracciones son poco concluyentes. Permiten hacer suponer que un tal estado de inhabilitación es beneficioso, pero no en la medida que sugieren la mayor parte de los partidarios de una política "dura"» (44).

Se ha llegado a afirmar que la retirada del permiso a un joven conductor produce un efecto mayor que una multa, pues generalmente las multas son pagadas por los padres. «Este permiso es lo más precioso a los ojos del muchacho» (45). El National Council on Crime and Delinquency sugiere por su parte que «el miedo a perder el permiso de conducir es un factor muy poderoso de desaliento para el joven de dieciséis a diecisiete años que quiere poner a prueba su capacidad rodando a 130 ó 145 Km/h.; muy distinto sería el caso del adulto a quien le fuera impuesta una multa de 25 ó 50 dólares» (46).

Willet ha descubierto, como llegué a hacerlo yo mismo hace ya algún tiempo, que la inhabilitación para conducir está a la base de la mayoría de los casos en que un condenado interpone recurso de apelación de la sentencia pronunciada por el tribunal de primera instancia (47). Se trata de una sanción que los delincuentes encuentran particularmente molesta. Así, en un informe irlandés se llegaba a la conclusión de «que la retirada del permiso de conducir es un medio de prevención eficaz y que, por lo general,

(43) BEKAERT, op. cit., p. 676.

(44) The Annals, noviembre 1956, p. 59.

(45) *Safer Driving by Juveniles in Minnesota*, Report to the 1959 Legislature by the Commission on Juvenile Delinquency, Adult Crime, and Corrections, p. 90.

(46) Informe inédito del National Council on Crime and Delinquency, 1966.

(47) WILLET, op. cit., p. 206.

es mucho más temido que la imposición de una multa» (48). Los casos en que los delincuentes continúan conduciendo a pesar de la retirada del permiso de conducir tienen su explicación en el hecho de que apenas hay lugar a esperar un control policial.

Recordemos otra voz inglesa:

«Puesto que la inhabilitación para conducir tiene por finalidad, y ciertamente también como consecuencia, apartar de la carretera a una persona que es manifiestamente indigna de ser autorizada a conducir un vehículo, parece que esta medida debería ser reconocida como la única sanción verdaderamente eficaz en este terreno. La conducción de un automóvil ha llegado a ser algo tan normal y tan necesario en la vida de tantas personas —no un lujo, sino un medio realmente indispensable para llegar al puesto de trabajo, etc.— que la perspectiva de verse privado, aunque sea temporalmente, del derecho a conducir es un poderoso factor de desaliento. Pero si incluso, por una u otra razón, esta perspectiva no llegara a desalentar, la sanción tiene al menos un efecto preventivo. Impide cualquier futura conducción delictiva de parte de aquellos a los que no ha podido ahora apartar de la comisión de una falta. Y consigue este resultado sin ser costosa para el Estado. No hacen falta prisiones, ni guardianes, ni racionados, ni oficinas de recaudación (como para las multas); el país no tiene más que renunciar al pago del permiso por parte del delincuente» (49).

Sin embargo, existe al parecer un límite de tiempo en lo relativo al período de inhabilitación. Tal vez el período óptimo sea de seis a doce meses. Willet piensa que un período de tres meses con frecuencia suficiente (50).

En un informe australiano inédito, (*How Effective are Present Operations?*), se afirma con insistencia que es «indispensable proceder a la determinación del período óptimo» (51).

La importancia de la inhabilitación para conducir queda subrayada por el hecho de haberse elaborado un proyecto de «Convención europea sobre los efectos internacionales de la pérdida del derecho a conducir un vehículo de motor» (52).

Medidas educativas y otras

En los países que poseen un sistema de sanciones de cierta flexibilidad, se ha recurrido a veces a medidas más originales, pero no sabemos gran cosa sobre su grado de eficacia. En Santa Mónica, California, un delincuente de tráfico fue condenado a

(48) Ireland, Report on Driving while under the Influence of Drink or a Drug, 1963, p. 61.

(49) ELLIOT/STREET, *Road Accidents*. Penguin Books, 1968, p. 117.

(50) *Drivers after Sentence*, Heinemann, London, 1973, p. 140.

(51) Cfr. también BÜRCHLER, op. cit., p. 67, y KLETTE, *Om Social Kontroll av Gröve Trafikbrottslighet*, Stockholm, 1972, pp. 111 ss.

(52) Council of Europe, DPC/CEPC VII (74), 12.

pasar un cierto tiempo viendo películas de accidentes horribles. En otro caso, cinco conductores, que habían sido condenados por exceso de velocidad, fueron obligados a ir vestidos de presos y a recoger los restos que habían quedado después de un accidente. Otros delincuentes, que querían volver a tomar posesión de sus vehículos confiscados, debieron ir a pie hasta el límite de la ciudad, a unos 65 kilómetros de distancia. En Fort Wayne, Indiana, tres delincuentes recibieron la orden de fijar en la parte posterior de su vehículo un letrero que indicara con caracteres legibles a distancia la naturaleza de su delito. En Nevada, un juez condenó a una mujer que había arrojado una botella de Coca-Cola por una ventanilla del vehículo, a pasar cuatro días en el lugar del delito y a recoger los restos de papel y de botellas que se encontraban en los bordes de la carretera. En New Jersey, no le es devuelto al conductor después de un período de inhabilitación el permiso normal; recibe un permiso rojo que lleva una descripción de las penas con que se conminan las infracciones cometidas en la carretera. Si entonces vuelve a cometer un accidente, pierde inmediatamente el derecho a conducir. Se piensa que el conductor, titular de un permiso especial de esta clase, será más prudente que otros usuarios de la carretera. Bakaert ha propuesto la publicación de las sentencias pronunciadas en materia de infracciones de tráfico, pero no se ve claramente si él entiende que deba ser indicado o no el nombre del culpable (54).

En Estados Unidos sobre todo se han organizado «actividades para el perfeccionamiento de los conductores», de carácter no judicial, pero su valor es aún incierto. Un informe californiano llega a la conclusión de que los DIM (Driver Improvement Meetings, es decir, «reuniones para el perfeccionamiento de conductores») no han tenido mucho éxito:

1. No hay ninguna indicación de que el programa DIM haya contribuido a reducir el número de accidentes.
2. Para las personas que sean admitidas a las reuniones, el programa DIM es medio eficaz de reducir el número de condenas por infracciones de tráfico.
3. Desde el punto de vista de los accidentes y de las condenas, no se ha probado que el programa DIM se muestre más eficaz para un grupo de personas (del mismo sexo y de la misma edad) que para otro.
4. En cuanto a las personas que reciben las informaciones DIM, no existe indicación alguna de que su participación en las reuniones lleve consigo una mejora desde el punto de vista de los accidentes o de las condenas» (56).

(53) Kraftfahrt und Verkehrsrecht, 7, 1965, pp. 304 ss.

(54) BEKAERT, op. cit., p. 676.

(55) The Annals, noviembre 1958, p. 58.

(56) *A Re-evaluation of Group Driver Improvement Meetings*, State of California, Department of Motor Vehicles, Report 17, 1965, pp. 1, 2.

En muchas regiones de Estados Unidos se han organizado también cursos de formación para conductores principiantes jóvenes. Otro estudio publicado en California compara los índices de accidentes y de condenas entre los jóvenes que siguen estos cursos y entre los que no han participado en ellos. Se ha constatado que «el grupo de participantes cuenta con menos infracciones, pero que desde el punto de vista de los accidentes, no se han encontrado diferencias significativas entre los dos grupos. Aunque sea completamente posible que algunos distritos escolares organicen individualmente programas eficaces, esta constatación plantea la preocupante cuestión de la eficacia general, para la reducción del número de accidentes, de los cursos de formación organizados en el conjunto del territorio del Estado» (57).

Un informe californiano más reciente aborda el problema de la clasificación y tratamiento de los conductores dados a la bebida: «¿Cuál es la eficacia de los programas de tratamiento individualizados?»

1. No existen pruebas científicamente aceptables que demuestren que la clasificación de los conductores dados a la bebida influya favorablemente en el número de accidentes subsiguientes y en la reincidencia de los que ya han sido condenados por conducción en estado de embriaguez, o que los programas de tratamiento de rehabilitación individualizados sobre la base de tales clasificaciones influya positivamente en el registro de antecedentes penales de los conductores sometidos a tratamiento. Sin embargo, estos resultados no nos autorizan a concluir en la ineficacia de tales programas, pues casi todas las evaluaciones tomadas en consideración han presentado defectos de orden metodológico.

2. Existen indicaciones que permiten hacer suponer que las sanciones penales influyen en el registro de antecedentes penales de los conductores condenados y que, por lo general, ejercen efectos preventivos sobre la población motorizada. Este es particularmente el caso de la retirada del permiso de conducir» (58).

En Wisconsin, ha tenido éxito un «Sistema de autorización y perfeccionamiento de conductores». Durante la duración del programa, que comprende sesiones individuales y en grupo, el permiso no es retirado (59).

En Alemania, no hay «pruebas convincentes» de la eficacia de las medidas tomadas para el perfeccionamiento de los conductores (60).

En los procesos por infracciones de tráfico, el derecho penal

(57) *The Teen-age Driver*, State of California, Department of Motor Vehicles, Report 21, 1965, p. 23; otra opinión en *The Annals*, noviembre 1958, p. 98.

(58) Final Report to the Legislature of the State of California, California Department of Motor Vehicles, Sacramento, 1975.

(59) SPOERER, *Rehabilitation von alkoholauffälligen Kraftfahrern in Nordamerika*, Blutalkohol, 1977, pp. 1 ss., con bibliografía.

(60) MÜLLER, op. cit., p. 216.

más que ningún otro, ofrece la ocasión de combinar las penas con otras medidas; por ejemplo, puede combinarse una multa, una pena de prisión con condena condicional y medidas de libertad vigilada con la inhabilitación para conducir. Pero hasta el presente nada sabemos en absoluto de los efectos particulares de las diferentes combinaciones posibles.

Al imponer una pena combinada, el tribunal puede investigar los diferentes efectos según el caso particular; en casos comparables, sin embargo, el conjunto de la pena no debe tener un peso mayor para un delincuente que para otro. Por ejemplo, el efecto de una pena privativa de libertad puede ser completamente diferente en un distrito rural que en el anonimato de una gran ciudad. Por otra parte, es ciertamente imposible determinar, en una ciudad, si una persona, cuyo permiso le ha sido retirado, conduce a pesar de todo, y en tal caso una pena privativa de libertad puede ser particularmente importante por razones de prevención especial. En las regiones urbanas, por otra parte, los transportes públicos están generalmente tan bien organizados que la inhabilitación para conducir no le causa al delincuente las mismas dificultades que en el campo, donde no podrá ni utilizar su tractor para los trabajos agrícolas. En resumen, los tribunales deben vigilar muy particularmente que las penas y las medidas sean combinadas en cada caso de forma apropiada, para que puedan ser tan eficaces como posibles.

El artículo 497 del Código penal

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO
Doctor en Derecho. Magistrado

SUMARIO: I. El párrafo 1.º: A) La unidad de acción. B) Sujetos y objeto. C) El tipo objetivo: a) El apoderamiento de papeles o cartas. b) El descubrimiento como revelación. D) La antijuricidad. E) La culpabilidad.—II. El párrafo 2.º.—III. El párrafo 3.º.

I. EL PARRAFO 1.º

A) *La unidad de acción.*

Sostiene Cobo (1) que la modalidad de «divulgación» del párrafo 1.º del artículo 497 debe ser estructurada como un delito compuesto. En su opinión aquélla se integra por la conjugación de las siguientes acciones: a) apoderarse de papeles o cartas de otro con la finalidad de descubrir sus secretos; b) descubrir los secretos en cuestión, y c) divulgar aquéllos. Recuerda este jurista que ya Pacheco afirmaba tratarse de un delito «compuesto y doble», consistiendo «en apoderarse del secreto, haciéndolo de los papeles» y «en divulgarle, dándole publicidad».

Para Quintano Ripollés (2) el repetido párrafo constituye un característico ejemplo de lo que en terminología alemana se denominan «delitos de dos actos» o «zweiaktige Delikte», requirién-

(1) COBO DEL ROSAL cita en la página 686 del ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1971, en su trabajo *Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo 2.º del artículo 497 del Código Penal)*, los tres apartados a), b) y c), cuyo contenido hemos tomado literalmente de su exposición en la página 683, a la que sin duda se refiere. Lo curioso es que ya aquí, en la página 686, añade que tales apartados «quedan enlazados por una finalidad común que les informa y da sentido, cual es la de descubrir». No hay duda de que, si ese «descubrir» ha de alcanzar al apartado c), ello sólo será posible tomando el vocablo en el sentido de «divulgación», precisamente la exégesis que dicho profesor rechaza. Es significativo también que en la página 686 hable de «conjugación de varias acciones», mientras que en la 682 se refiera a «hitos de un período ejecutivo».

(2) *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. T. I. Vol. 2, Madrid, 2.ª edición, 1972, pág. 1015; LANDROVE DÍAZ, G., *Descubrimiento y revelación de secretos*, en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela, pág. 212.

dose «una primera conducta de apoderamiento para conocer el secreto, que es lo que lógicamente debiera servir de base para constituir en sí misma una figura delictiva perfecta, y sobre ella, otra en cierto modo sustantiva también, la de comunicar lo ilícitamente sabido».

A nuestro entender conviene no dejarse llevar por el afán clasificador. Sobre todo cuando, como ocurre con la noción del delito compuesto, las elaboraciones doctrinales distan mucho de ser unánimes. Lo que de verdad nos interesa es descubrir cuáles sean los elementos de un delito y la relación que guarden entre sí. Resulta peligroso, por el contrario, aferrarse precipitadamente a una terminología concreta para luego completar el examen del tipo en consonancia con aquella, incurriendo así en un círculo vicioso.

Las palabras de Pacheco encierran un gran valor descriptivo, pero no entran —ni lo pretenden— en la problemática del delito compuesto, tal y como modernamente se plantea. Por lo que respecta a Cobo y Quintano Ripollés, pensamos que su posición merece algunas puntualizaciones críticas. Suele afirmarse que el delito compuesto «strictu sensu», o complejo, es el formado por la unión de varias infracciones criminales. Se trata de aquellos supuestos en los que, al decir de Rodríguez Devesa (3), en la realidad se presentan a veces dos conductas criminales que al unirse, como acontece con el robo con homicidio del artículo 501-1.º del Código penal, ponen de manifiesto una especial perversidad o energía criminal, en atención a las cuales su gravedad resulta superior a la correspondiente a la suma de las penas que se obtendrían por separado. Es evidente que en el párrafo 1.º del artículo 497 no se contemplan dos delitos que, en principio, tendrían tipificación y punición separadas. Pero lo más importante radica, no en que se recojan en ese precepto dos acciones no punibles individualmente, sino en que falta pura y simplemente la misma pluralidad de acciones.

La unidad natural de la acción descansa en un único acto de voluntad, de acuerdo con la concepción general de la vida (4). Esta doctrina —que los alemanes denominan «Einheitstheorie», «teoría de la unidad», con arreglo a la cual el concurso ideal aparece como caso especial dentro de la unidad de la acción— (5) es la aceptada comúnmente por el Tribunal Supremo español. En otras ocasiones nuestro Alto Tribunal se ha inclinado más bien, como apunta Sáinz Cantero, por un criterio más amplio, en la línea de Antolisei, para quien la unidad de la acción depende de que haya o no una sola finalidad desenvuelta en un solo contexto. Esto significa que el párrafo 497-1.º se construye sobre una acción

(3) *Derecho penal español, Parte General*. Madrid, 1976, pág. 356.

(4) *Derecho penal, Parte General*. 1949, pág. 455.

(5) Mantenido en Alemania por Liszt-Schmidt, Sauer, Jescheck y Baumann.

única, respaldada por una voluntad igualmente única, o sea, descubrir los secretos de otro; al margen de que la ejecución aparezca más o menos fraccionada. Ya el apoderamiento de los papeles o cartas ha de realizarse con aquella voluntad y finalidad. Bien entendido que el descubrimiento deseado se refiere —y de ello se hablará en su momento— al que se orienta hacia terceros, o sea, al descubrimiento-revelación. Sobre la razón de esta equivalencia se volverá en el estudio del tipo del injusto y de la culpabilidad, así como al analizar la naturaleza y función del párrafo 2.º de este artículo.

Lógicamente la existencia de una sola acción en el párrafo 1.º del artículo 497 aparece aún con mayor nitidez si, prescindiendo de la estructura misma del delito, se acude a la identificación con cada tipo penal (lo que en el concurso ideal daría tantas acciones como tipos, por lo que en tal contexto se habla de la «Mehrheitstheorie» o «teoría de la pluralidad») (6). A idéntica conclusión práctica se llega con Welzel, para quien la unidad de la acción jurídico-penal se establece por dos factores: la proposición de un fin voluntario y el enjuiciamiento normativo social y jurídico en razón de los tipos (7).

En una posición sintética se sitúa Mezger. Partiendo de que existe unidad natural de la acción cuando ésta consiste en un único acto de voluntad, estima que dada tal unidad de voluntad no puede hablarse nunca de pluralidad de acciones en sentido jurídico. Lo que sí se admite es el caso contrario, o sea, el de que en determinados supuestos la pluralidad de acciones naturales se reduzca a una unidad jurídica. Un ejemplo sería el artículo 249 del Código alemán —calificado por Mezger (8) de delito compuesto—, en el que se recoge el robo simple como unidad formada por la acción y el hurto; y otro, la violación del artículo 177. Maurach (9) enumera también estos supuestos entre las muestras de «tipos por combinación», o sea, de aquellos que responden a la relación natural entre diferentes actos de voluntad.

Es cierto que volvemos así a la problemática del delito compuesto, pero creemos que aun en tales casos esa pretendida unidad jurídica se apoya en la unidad natural. Lo que sucede es que, si bien la acción de amenaza puede darse con su necesario componente volitivo como acción natural cerrada en sí misma y encontrarse tipificada como tal, sin más aditamento, y si bien la sustracción o apropiación de cosa mueble ajena puede ser una conducta respaldada por un sólo acto volitivo y hallarse tipificada separadamente, ello no es obstáculo para que la vida real presen-

(6) Defendida por Frank y Mayer.

(7) WELZEL *Derecho penal alemán, Parte General*. Santiago de Chile, 11.ª edic., 1970, pág. 309.

(8) MEZGER: *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de la 2.ª edic. alemana por Rodríguez Muñoz. Madrid 1949, T. II, págs. 345 y ss.

(9) MAURACH: *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 4.ª edic., pág. 735.

te casos de voluntad conjunta. Con otras palabras, los actos de ejecución correspondientes a una acción única pueden ser homogéneos o heterogéneos. La variedad y contenido de los actos ejecutivos no determina la unidad o pluralidad de acción. Más bien hay que proceder a la inversa: arrancando de la acción —y en particular de la voluntad subyacente— para saber qué actos concretos la desarrollan.

La construcción del delito compuesto nos parece artificiosa en cuanto tiende a confundir la pluralidad de acciones (en sentido natural, ontológico y prejurídico) con la pluralidad de tipos más simples subsumibles en el del delito compuesto. La elaboración de un complicadísimo plan para acceder a la caja fuerte de un banco, con innumerables y muy variados actos de ejecución —desde el alquiler de un local próximo hasta la voladura de la caja meses más tarde y el transporte del dinero en vehículo preparado al efecto, pasando por la excavación de un túnel de acceso— sería acción única, constitutiva de un delito simple, pero la entrada en las oficinas, encañonando al cajero, en una operación de pocos minutos, daría un delito compuesto —y por ende una pluralidad de acciones!— sólo porque en el Código penal, además de la figura del robo, se encuentran las de amenazas, coacciones y hurto.

La verdad es que en España ni el robo, ni la violación, suelen considerarse delitos compuestos. El autor quiere sustraer la cosa mueble y en esa voluntad se incluyen accesorias e instrumentalmente la conducta intimidatoria o la rotura de una puerta. Igual sucede con el uso de la fuerza física en el delito de violación. Pues bien, lo mismo ocurre con el párrafo 1.º del artículo 497: se quiere la revelación de los secretos y simultáneamente se incluyen en el plan de ejecución determinados medios, pero todo ello dentro de una sola acción. Cuando se inicia el apoderamiento de los papeles o cartas del titular del secreto, y eso se hace ya con la finalidad divulgadora, se comienza a la vez la realización del tipo. Se trata, en definitiva, de un delito de medios determinados, en la línea de los anteriores ejemplos de robo y violación, a los que puede añadirse el delito de lesiones, al menos el de las comprendidas en el artículo 420.

En apoyo de nuestra tesis ha venido la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1974 (10), según la cual el artículo 497 exige que «el apoderamiento, además del móvil inicial de conocer los secretos de otro, tenga el ulterior móvil de divulgación o «animus desvelandi», aunque no es indispensable, para la consumación del delito, que llegue efectivamente a ocurrir dicha divulgación, y si llegara a darse se aplicará la figura agravada del artículo 497-párrafo 1.º».

(10). R. Aranzadi, 1231.

B) *Sujetos y objeto.*

Aunque no falten algunos partidarios de restringir al sujeto activo de esta figura a los particulares (11), la opinión común —a la que nos sumamos— entiende que el sujeto activo puede ser cualquiera (12), por ausencia de restricciones legales (13), si bien tratándose de un funcionario público quepa el concurso con las infidelidades de los artículos 192 ó 364 del Código penal, en caso de darse un cierto abuso o aprovechamiento del propio cargo (14).

Tampoco existe limitación directa en cuanto al sujeto pasivo, pero sí un condicionamiento indirecto. Cuello Calón opina que el sujeto pasivo es la persona a quien pertenecen los papeles o cartas (15), por lo que parece acentuar más la titularidad sobre el medio que la titularidad del secreto. Con iguales palabras se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1974 (16). Nosotros nos inclinamos por arrastrar la restricción desde esa segunda titularidad. Es cierto que por exigencia legal han de coincidir en una misma persona las posesiones del documento y del secreto, pero ello no es óbice para —como se desprende también de la consideración del bien jurídico protegido— proclamar que el Código trata de reaccionar contra el ataque al secreto mismo.

Los papeles o cartas aparecen como objeto intermedio de la acción. Su objeto último es el propio secreto. La calificación de tal secreto como objeto material o jurídico del delito ofrece, sin embargo, dificultades derivadas de su naturaleza espiritual. Tal vez por eso Cuello Calón lo identifique con el bien jurídico protegido, como hace la sentencia citada más arriba, mientras que Rodríguez Devesa (17) entiende que dicho bien no es el secreto de la correspondencia, sino la voluntad de que no sea conocido el secreto contenido en las cartas o papeles. La concepción de este último jurista —que incluye el descubrimiento y revelación de secretos, junto al allanamiento de morada, en el grupo de los delitos de menosprecio de la voluntad— quizá permita relegar el secreto en sí a objeto «material» de la repetida infracción. El problema es, en todo caso, de muy secundario interés práctico.

En la disputada noción de lo que sea el secreto nos inclinamos por la fórmula de Rodríguez Devesa: hecho sabido sólo en un círculo limitado de personas, respecto al cual el afectado no quiere.

(11) *Descubrimiento y revelación de secretos*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Seix), T. VII, pág. 241.

(12) CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*. T. II, Vol. I, 14.^a edic., página 815.

(13) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español, Parte Especial*, Madrid, 1965, pág. 287.

(14) QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado*, I, II, pág. 1109.

(15) CUELLO CALÓN, *Ob. cit.*, pág. 815.

(16) R. Aranzadi, 1231.

(17) RODRÍGUEZ DEVESA: *Ob. cit.*, pág. 288.

conforme a su interés, que sea conocido por otros (18). El vigente texto legal, invariable desde 1848 (19), ha sido superado por la realidad, y constituye una insuficiente defensa de la intimidad. Las críticas en tal sentido son unánimes. Del secreto profesional sólo se ocupan, de forma fragmentaria, algunos artículos de los Capítulos I y III del Título VII del Libro II, cuya rúbrica —de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos— no ha impedido incluir a abogados y procuradores en el artículo 360.

Volviendo al artículo 497, ha de recordarse que en el Capítulo VII del Título XII del repetido Libro II del Código penal se contiene también un artículo 499, defensor de los secretos industriales, y un artículo 498 que tipifica y pune determinadas revelaciones hechas por personas más o menos dependientes del titular del secreto, o unidas a él por una relación de confianza. Del examen conjunto de tales preceptos suelen deducir los autores que la protección del artículo 497 sólo abarca a los secretos documentales: privados (20). Nosotros no compartimos tan restrictivo criterio, sino que —siguiendo a Puig Peña (21)— pensamos que el secreto puede ser de cualquier clase, siempre que se consigne documentalmente. Es cierto que la referencia a los «papeles o cartas» parece apuntar a esa esfera privada, pero la verdad es que el contenido del primero de ambos sustantivos es muy amplio y que, de otro lado, no cabe olvidar el modelo de sociedad vigente cuando se promulga el Código de 1848. El artículo 497 no distingue en cuanto a la clase del secreto. Así las cosas, sorprende que se censure la escasa protección de que el secreto disfruta en nuestro Código y, acto seguido, se recorte innecesariamente el secreto amparado en el mencionado precepto. ¿Qué dificultad existe para incluir en el artículo 497 el quebranto de un secreto doméstico o industrial cuando no se cumplan los requisitos de los artículos 498, 499, pero sí los del 497? Como subrayan modernamente, entre otros, Mir Puig (22) y Muñoz Conde, la función fundamental de la letra de la ley es la de fijar el límite máximo dentro del cual la precisión del tipo viene determinada por la concreción de la ley según las exigencias que en cada época presente el sector de la realidad regulado específicamente.

No se le oculta a Puig Peña que el párrafo 3.º del tan repetido artículo 497 difícilmente se explica con la exégesis que defiende

(18) Nuestro Tribunal Supremo viene sosteniendo desde la conocida sentencia de 10 de diciembre de 1908 que toda carta cerrada es por sí secreta. Véase la sentencia de 6 de octubre de 1967 (R. Aranzadi, 4090).

(19) Si se exceptúa la supresión de la no incriminación del marido a partir de 1932.

(20) Así, categóricamente, RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, pág. 287, mientras que CUELLO CALÓN, *Ob. cit.*, pág. 815, traslada la "privacia" a los propios papeles o cartas.

(21) PUIG PEÑA, *Ob. cit.*, pág. 242.

(22) TORÍO: *El delito de coacciones en el Código Penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1977, pág. 277.

para el concepto de secreto. ¿Por qué —se pregunta— esta excusa absolutoria va a eximir de responsabilidad al tutor o padre que descubre un secreto mercantil de su propio hijo? Nosotros responderíamos advirtiendo que ese párrafo 3.º ofrece idénticos inconvenientes dentro de los secretos más privados. Aquella pregunta podría repetirse respecto a un secreto personalísimo —como por ejemplo un vicio vergonzoso— que el padre o tutor desea divulgar no con «animus corrigendi», sino con el deseo de inferir un daño. En este sentido la eliminación del escollo no depende de que veamos en tal párrafo una excusa absolutoria o una causa de justificacón. Lo que ocurre es que en cualquiera de ambos supuestos hay que partir de una redacción excesivamente simplista y generosa.

C) *El tipo objetivo.*

a) *El apoderamiento de papeles o cartas.*

El apoderamiento admite formas muy diversas, desde la sustracción con desplazamiento posesorio —y empleo o no de fuerza o violencia— hasta conductas más próximas a lo que en los delitos contra la propiedad se conoce como apropiación indebida. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1969 (23) reconoce que en principio «es necesaria una actividad, una acción positiva, un hacer algo para que los documentos pasen a poder del sujeto, puesto que la sola inactividad o pasividad no produciría el efecto de tener por suyo o poder disponer de lo que recibió», pero sin que ello excluya supuestos excepcionales «cual el contemplado en la sentencia de esta Sala de 6 de octubre de 1967 (24), apertura y retención de correspondencia por persona distinta del destinatario, llegada a poder de aquélla por error». Este último caso se mantiene más cerca del hurto que de la apropiación indebida, pero muestra al menos un apoderamiento sin desplazamiento material de la cosa. Un ejemplo en línea con el artículo 535 puede ser el del hotelero que abre la carta cerrada que le entregó un cliente para guardar en la caja fuerte junto con el dinero. Ahí la propia apertura revela que se ha dispuesto de lo depositado

En tales supuestos de apoderamiento del documento ya poseído surgirán con frecuencia problemas de prueba, sobre todo cuando los papeles o cartas se mantienen o reintegran inmediatamente a la situación fáctica anterior. Si, en el ejemplo de la carta, el hotelero la traslada a su habitación particular, enseñándola allí o fuera del establecimiento, no habría dificultades. Distinto es el caso cuando la carta se lee en el propio lugar en que se encuentra, sin necesidad de abrirla o de acceder a ella por medio no autori-

(23) R. Aranzadi, 5567.

(24) R. Aranzadi, 4090.

zado (al margen de que tal autorización no tenga precisamente como objeto acceder a su contenido). Algún autor se hace eco de la modalidad de «captación mental» (25) incriminada en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1957 (26). Dicha resolución condena a un individuo que, al encontrar casualmente sobre la mesa de una agencia, a la que tiene acceso normal como viejo cliente, la documentación presentada por otro para obtener una patente de invención, la examina, sin necesidad de abrir sobre o sello alguno, y aprovecha los conocimientos así adquiridos para adelantarse en la inscripción registral. Para nosotros el hecho es atípico porque los secretos no se adquieren mediante apoderamiento de papeles. Hubo, si se quiere, apoderamiento de secretos, pero no de documentos (27).

No hay duda de que los papeles han de ser del propio titular del secreto. En otro caso se trataría de un descubrimiento atípico. Así ocurre —y lo destaca Quintano Ripollés— cuando se trata de secretos propios, aunque reflejados en documentos ajenos. Si los documentos no contuviesen los secretos que se desea descubrir o revelar, su punición, como delito imposible, se hará por el párrafo 2.º del artículo 52 (28).

El apoderamiento es esencial para el delito del artículo 497. Ya Pacheco escribía que «quien publica lo que ha sabido legítimamente podrá ser indelicado, pero no es criminal; lo penará la opinión, mas no lo pena la ley, como no cometa injuria, calumnia u otro delito».

b) *El descubrimiento como revelación.*

Recordemos cómo Cobo veía en el párrafo 1.º del artículo 497 un delito en el que se pasaba desde el apoderamiento de papeles o cartas —para descubrir el secreto— hasta la divulgación de éste, con el descubrimiento personal como eslabón. Dicha distinción entre descubrimiento para sí y revelación (o divulgación) hacia terceros es seguida también por Quintano Ripollés (29), quien observa en el repetido artículo una doble modalidad típica: descubrimiento en el párrafo 1.º, y divulgación en el párrafo 2.º. Cerezo estima que el párrafo 2.º contiene un tipo básico, sobre el que se construye el agravado del párrafo 1.º mediante la posterior divulgación del secreto. Rodríguez Devesa parece situarse en posición similar cuando escribe que, al menos nominalmente —alude a la homogeneización de las penas— «el caso de la divulgación sigue siendo cualificado». Puig

(25) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, I, II, pág. 1010.

(26) R. Aranzadi, 1264.

(27) De alguna forma guarda relación con este tema la sentencia de 30 de septiembre de 1929.

(28) RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, pág. 288.

(29) QUINTANO RIPOLLÉS: *Curso de Derecho penal*, II, Madrid, 1963, pág. 131, y *Tratado*, I, II, págs. 1011 y 1015.

Peña (30) insiste en que el verbo descubrir se refiere tan sólo a conocer y da tres razones para ello: la primera, porque el título general contrapone descubrir a revelar; la segunda, porque de la divulgación se ocupa separadamente el párrafo 2.º; y la tercera, porque el mero descubrimiento de lo que debe permanecer secreto merece punición.

Nuestra posición coincide con la de Cuello Calón (31), para quien el dolo específico de este delito —son sus palabras— está constituido por el ánimo de revelar o divulgar el secreto contenido en los papeles o cartas, tal y como, a su entender, ha mantenido la escasa jurisprudencia sentada sobre este artículo. Para él la ausencia de divulgación efectiva es únicamente una causa de atenuación de la pena.

Por nuestra parte apoyamos la identificación de los vocablos «descubrir» y «divulgar» (o «revelar»), dentro del artículo 497, en las siguientes consideraciones:

1.ª Las rúbricas de los títulos y capítulos tienden esencialmente a sistematizar la materia y a facilitar el manejo de los Códigos. De ahí que su importancia para la interpretación de los preceptos sea muy relativa: ni la violación exige la honestidad de la mujer, ni las conductas recientemente marginadas del artículo 416 se referían al aborto.

2.ª El vocablo «descubrimiento» admite en el Diccionario de la Real Academia las dos acepciones de descubrimiento personal y hacia terceros. Tan correcto es afirmar que uno mismo ha descubierto un secreto que hasta ahora le había estado oculto, como decir que le ha descubierto a otro lo que, estando oculto para la generalidad, él mismo ya conocía.

3.ª Resulta evidente que en los artículos 360 y 368, dentro del Título VII, el verbo descubrir se refiere a la transmisión del secreto que uno ya conoce. Exactamente igual ocurre en el artículo 499, situado ya en este Capítulo VII del Título XII, cuya rúbrica es «Del descubrimiento y revelación de secretos». De esta forma la terminología empleada en dicho Capítulo —doble si sólo atendemos a la rúbrica, pero triple si añadimos el verbo divulgar, que se emplea en el articulado— parece explicarse por un prurito literario, tendente a evitar la repetición cansina de un único vocablo. Y no se olvide —si esta razón no satisficere— que la opinión contraria pugna de frente con lo que el propio Código, dentro y fuera del propio Capítulo VII a que nos estamos refiriendo, entiende por descubrir.

4.ª Lo razonado más arriba sobre la unidad de acción impide distinguir en el párrafo 1.º del artículo 497 dos voluntades sucesivas (32). Lo mismo sucede si nos acercamos al problema desde

(30) PUIG PEÑA, *Ob. cit.*, pág. 241; LANDROVE, *op. cit.*, pág. 199.

(31) CUELLO CALÓN, *Ob. cit.*, pág. 816.

(32) Del párrafo 2.º nos ocuparemos más adelante.

el ángulo de la culpabilidad, buscando la necesaria correlación entre su tipo y el de la antijuridicidad (33).

5.^a La declaración de Puig Peña, en el sentido de que el descubrimiento para sí debe ser castigado por su indiscutible ilicitud, es una mera opinión de lege ferenda, a la que nos sumamos, pero de escaso interés para una exégesis del texto vigente. No olvidemos tampoco que, probada la finalidad de revelación, el acceso personal al secreto será punible como forma delictiva imperfecta. Precisamente en esta materia de la protección penal del secreto, tan fragmentariamente recogida en nuestro Código, no puede sorprender la existencia de una laguna más, y

6.^a La orientación jurisprudencial a favor de nuestra exégesis, representada fundamentalmente hasta hoy por la Sentencia de 30 de septiembre de 1929, se ha visto recientemente reforzada por la Sentencia de 8 de marzo de 1974, a tenor de cuyo cuarto considerando constituye requisito esencial de este delito el «animus desvelandi», aunque no sea indispensable para la consumación que la divulgación llegue a ocurrir efectivamente (34).

Entrando ahora en cuál sea el alcance que en nuestro Código tenga ese descubrimiento hacia terceros, se observan dos criterios opuestos. Por un lado, Antón Oneca y Cerezo estiman que divulgar significa hacer una cosa de dominio vulgar, por lo que para la consumación del delito procede exigir que el conocimiento llegue a una pluralidad de personas (35). Guallart, Cuello Calón (36) y Quintano Ripollés (37) entienden, por el contrario, que basta que lo que era secreto se comunique a otra persona. De ahí que Quintano Ripollés prefiera la palabra «revelación», que es la que figura en la rúbrica del Capítulo. Nosotros participamos de esta segunda opinión. Creemos que tampoco aquí se violenta el marco trazado por la literalidad del precepto, sobre todo si se admite —como a nosotros nos parece insoslayable— que la «revelación» del epígrafe se identifica con la «divulgación» del artículo 497. A ello se une la práctica imposibilidad de impedir posteriormente la progresiva generalización y conocimiento de lo que en principio fue revelado a un único individuo. La jurisprudencia se ha orientado igualmente en la exégesis que defendemos (38).

Es en principio indiferente la persona a que tales secretos se comunican. La sentencia de 3 de abril de 1957 (39) declara que «no puede discutirse que lo sea (divulgación) la inscripción de determinado asiento en un registro público». La de 10 de diciem-

(33) Ver infra el apartado que se ocupa de tal elemento.

(34) Ver supra el final del apartado dedicado a la unidad de acción.

(35) PACHECO utiliza el vocablo «publicidad». *El Código Penal concordado y comentado*. T. III, Madrid, 1856, 2.^a ed., pág. 273.

(36) CUELLÓ CALÓN, *Ob. cit.*, pág. 816.

(37) QUINTANO RIPOLLÉS: *Curso*, II, pág. 131.

(38) Véase la sentencia de 5 de diciembre de 1958, tan censurable por otra razones. R. *Aranzadi*, 4164.

(39) R. *Aranzadi*, 1264.

bre de ese mismo año (40) se pronuncia de igual modo respecto a una carta que, tras su apropiación, se entrega a un abogado y acaba incorporada a unas actuaciones judiciales. La sentencia de 22 de marzo de 1962 (41) aprecia tal delito en un caso de presentación de documentos en la Delegación de Hacienda, pero añade que, «si bien el motivo aparente fue el de denunciar ciertas defraudaciones a la Hacienda Pública, el móvil que les indujo a ello no fue simplemente el de ejercitar una acción pública y ciudadana, sino el de perjudicar al ofendido por las malas relaciones con que con él se encontraban, descubriendo y divulgando sus secretos al sacarlos de la natural reserva a la luz pública». Recogemos, por su interés, la reserva expuesta, pero lógicamente no cabe confundir la problemática ahora examinada con la relativa a la posible concurrencia de causas de justificación.

Lo que no aceptamos es que la revelación frente al titular del secreto tenga relevancia alguna a efectos de tipificación penal. En tales supuestos falta la proyección hacia terceros. Quien se apodera de los papeles o cartas de otro para hacerle saber que conoce sus secretos, sin pretender transmitirlos a nadie más, ni consume el delito del párrafo 1.º del artículo 497, ni comienza siquiera a recorrer el «iter criminis» que, como luego se verá, viene construido «ab initio» finalísticamente. Sin ánimo de descubrir los secretos de otros —y recuérdese nuestra interpretación de tal descubrimiento como equivalente a revelación o divulgación— todo el tipo queda vacío. Por esta razón discrepamos de la doctrina mantenida en la ya citada sentencia de 5 de diciembre de 1958, que apreció «animus desvelandi» en quien se apodera de un epistolario amoroso no para enterarse de unas relaciones sexuales ilícitas, que ya conocía, ni para hacerlas llegar a quienes las ignoraban, sino con la finalidad de poder demostrar al hombre implicado en ellas que se está en la posesión de tal conocimiento.

Se acostumbra a pensar que el sujeto mismo debe venir en conocimiento del contenido de los documentos en cuestión, pues sólo así se evita la quiebra entre el apoderamiento y la divulgación. Rodríguez Devesa argumenta que mal se puede divulgar el contenido de una carta que no se ha leído. Con él coincide Sáinz Cantero (42) y, al menos en cuanto al párrafo 1.º del artículo 497, Cobo (43), de cuya tripartición de acciones nos hemos ocupado al empezar este artículo: apoderamiento, descubrimiento y divulgación. Por nuestra parte, creemos que tal conocimiento intermedio —entre el apoderamiento documental y la revelación— será lo común por la propia mecánica de la conducta delictiva, pero ni se exige en el párrafo 1.º (y luego veremos que tampoco en el 2.º), ni es imposible imaginar casos en los que se llega a la revelación sin

(40) R. Aranzadi, 3246.

(41) R. Aranzadi, 1188.

(42) Véanse sus *Unidades Complementarias para el estudio de la Parte Especial del Derecho Penal en la UNED*, Madrid, 1974, XVII-7.

(43) Ver nota primera.

previo conocimiento personal, o en los que el apoderamiento de los papeles o cartas se hace para poder divulgar con garantías de éxito lo que se conoce. Quien intercepta papeles cerrados de otro y, sin siquiera leerlos —pero en la idea de que contienen secretos y con el deseo de que lleguen a tercero—, pero cambia consecuentemente su curso, llena sin duda el tipo legal. Así sucede con la carta de la doméstica sospechosa de hurto, que la señora de la casa presenta a la policía, aún sin abrir, con la esperanza de que se averigüe lo ocurrido; y ello al margen de la posible concurrencia de una causa de justificación. Otro ejemplo podría ser el de quien opera en forma similar respecto a un escrito en lengua o clave que él ignora, pero no el nuevo destinatario. La segunda posibilidad —la de quien inició el «*iter criminis*» después de conocer el secreto— se deduce de nuestra interpretación sobre la finalidad del descubrimiento como revelación. Entonces el agente se apodera de los papeles, no para conocer él, pues ya conoce, sino para poder descubrir el secreto hacia los demás. Este parece ser el caso examinado en la sentencia de 10 de febrero de 1908, pues «el procesado recurrente encontró en una calle una carta cerrada, suscrita y confiada al correo, dirigida a un cura párroco, y después de leerla, con lo que realizó una acción reprobable, se la apropió para divulgar su contenido». Con otras palabras, durante la lectura el acusado sólo realizó una acción moralmente rechazable, siendo luego, conocido ya el secreto, cuando comienza la realización del tipo con el apoderamiento para divulgar.

D) *La antijuridicidad.*

La finalidad de descubrir (hacia tercero) los secretos de otro constituye un elemento subjetivo del injusto incorporado expresamente al tipo (44). Adviértase sin embargo que aquí no se adelanta la consumación, como ocurre con el ánimo de lucro en el delito de hurto. El lucro podrá lograrse o no, sin que tal evento afecte a la consumación, pero el ánimo especial del artículo 497 no permite prescindir —al menos en el delito de su párrafo 1.º— de la realidad de la revelación. No se trata, pues, de un delito de resultado cortado, sino de tendencia interna intensificada.

Convienes subrayar además que tal ánimo, que Quintano Ripollés denomina «*sciendi*», pero que para nosotros es más bien un «*animus transmitendi*», no puede ser sobrevenido, sino que ha de presidir el mismo apoderamiento. Esto es importante porque ya hemos denunciado la propensión a descomponer el tipo, lo que permitiría conformarse con que el repetido ánimo de revelación se hallara presente en la fase última de la conducta criminal. Es cierto que con frecuencia se tropezará con arduos problemas probatorios, pero no es lícito mezclar las consideraciones dogmá-

(44) COBO, *Ob. cit.*, pág. 685.

ticas con las procesales. Coincidimos con Rodríguez Devesa (45) en que si el apoderamiento de cartas o papeles se encamina a una defraudación, se aplicará, en su caso, el artículo 529-8.º; y si se busca su destrucción, el artículo 560.

Por lo que respecta a las posibles causas de justificación, es claro que la interpretación restrictiva mantenida por nuestra jurisprudencia (46) en cuanto a los bienes protegidos y el concepto de agresión ilegítima hace muy difícil la aplicación de la circunstancia eximente de legítima defensa prevista en los números 4, 5 y 6, del artículo 8 de nuestro Código penal. Incluso como atenuante resulta muy discutible. Con todo, quizá cupiera apreciar algún caso límite, si por otros medios —piénsese en el desenmascaramiento de quien ataca nuestro honor— fuera imposible salir al paso de tales ataques.

Mayores posibilidades ofrece, por su construcción predominantemente objetiva, el estado de necesidad como circunstancia genérica del número 7 del repetido artículo 8. Sobre el alcance del requisito consistente en que tal situación no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto, permítasenos una remisión a la doctrina general.

Poco ha de decirse sobre las eximentes agrupadas en el número 11 del artículo 8, perfectamente aplicables en el delito que examinamos. Al analizar el párrafo 3.º del artículo 497 volveremos sobre este punto. Valga destacar ahora que, al ser nuestro delito de descubrimiento hacia terceros, el debate afecta sólo a la justificación de tales conductas. Papel decisivo jugará en ocasiones el carácter público o privado de la persona a la que se revela el secreto. En todo caso, quien únicamente desea conocer para sí, se mantiene fuera del tipo legal y en consecuencia al margen también de toda circunstancia justificatoria.

E) *La culpabilidad.*

El elemento subjetivo del injusto, objeto del apartado anterior, comporta fuertes restricciones en el ámbito de la culpabilidad. La voluntad de descubrir los secretos de otro se configura como ánimo específico, incompatible tanto con las formas culposas como con el dolo eventual. Sólo el dolo directo llena la parte subjetiva de este delito. El error significa la no incriminación del hecho (47).

También desde esta perspectiva se reafirma el «leit motiv» de nuestro trabajo: que el descubrimiento a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 497 (y tácitamente el párrafo 2.º) es el proyectado hacia terceros.

(45) RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, pág. 288.

(46) DÍAZ-PALOS: *La legítima defensa*, Barcelona 1971; ANTÓN ONECA: *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, pág. 248.

(47) RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, pág. 288; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, I, II, pág. 1017; CUELLO CALÓN, *Ob. cit.*, pág. 816; LANDROVE DÍAZ, *op. cit.*, pág. 200.

La lectura del párrafo 1.º del artículo 497 permite comprobar que el acaecer descrito no se reduce al apoderamiento de los papeles o cartas, sino que se extiende a la divulgación de los secretos allí contenidos. La expresión «y divulgar aquellos» apunta a un comportamiento humano que aleja a su vez toda idea de cualificación por el resultado. La posibilidad de mantener tal cualificación, al menos para los supuestos de una divulgación posterior objetiva —o sea con independencia de toda culpabilidad— de los secretos descubiertos dolosamente para sí, parece indefendible. Es opinión pacífica que los delitos cualificados por el resultado, como opuestos a los modernos derechos penales edificados sobre la culpabilidad, no pueden ir más allá de los casos en que los Códigos los recojan de forma indubitada. De ahí que, al menos directamente, los autores no insinúan siquiera la posibilidad de que el párrafo 1.º del artículo 497 nos ofrezca uno de esos criticados ejemplos. Lo malo es que la tesis de Cobo, como la de los restantes juristas que contraponen descubrimiento y revelación, se acerca peligrosamente a dicha concepción.

Sabido es que precisamente la revisión que del tipo del delito hace Beling en su obra «Die Lehre von Tatbestand» tiende a destacar la imprescindible congruencia entre el tipo del injusto y el tipo de culpabilidad. Así el tipo del delito abarca ambos elementos y aparece simultáneamente como tipo del injusto y tipo de la culpabilidad. Pues bien, ese «revelare» a que se refiere al final el párrafo 1.º del artículo 497 sólo puede «culpabilizarse» con una voluntad de revelar (48), sin que quepa sustituir aquí el tipo de la culpabilidad acudiendo al que correspondería a un descubrir para sí.

De esta manera, aceptado que el delito del párrafo 1.º del artículo 497 sólo se consume con una revelación «culpabilizada» en sus propios términos, la única forma de evitar dos tipos de culpabilidad distintas en un mismo precepto —uno para la primera parte de la ejecución, o sea como voluntad de conocer para sí, y otro para la segunda parte de la ejecución, como voluntad de comunicar los secretos a tercero— radica en entender que la expresión «para descubrir los secretos de otro» cubre todo el tipo del supuesto, y por eso descubrir equivale a divulgar o revelar.

La posición contraria termina en un callejón sin salida, dándonos una muestra insólita de delito, una rara avis sin otra compañera de especie. ¿Dolo directo en ese primer descubrimiento para sí y quizá indirecto en la divulgación? ¿Y por qué no divulgación por imprudencia? ¿Y si se descubre para sí, sin voluntad inicial de revelación a tercero, y luego, meses o años después, se divulga dolosa o culposamente? Creemos que los escollos son, por este camino, innumerables.

(48) Recuérdese cómo, según se vio en la nota número 2, el propio Cobo acude a la finalidad común para enhebrar los tres diferentes estadios que, en su opinión, son otras tantas acciones.

II. EL PÁRRAFO 2.º

La polémica sobre la naturaleza del párrafo 2.º del artículo 497 supera con mucho lo que pudiera esperarse. En definitiva se trata de un precepto cuya aplicación tropieza con dificultades de prueba, hasta el extremo de existir una sola sentencia del Tribunal Supremo que se ocupe directamente del mismo, la de 6 de octubre de 1967.

Para Cerezo, Puig Peña y Rodríguez Devesa se encuentra en este párrafo 2.º el tipo básico, recogiendo el párrafo 1.º un tipo cualificado por la divulgación. También es ésta la posición de Quintano Ripollés en 1963, para quien «el divulgar constituye por su parte una modalidad complementaria agravada» (49). De igual forma se expresa en su cuarto considerando la sentencia de 8 de marzo de 1974 (50). Cuello Calón parece invertir los términos cuando afirma que «la no divulgación es causa de atenuación de la pena».

Cobo, autor en 1971 del único trabajo monográfico sobre el particular, sostiene que, si en el párrafo 1.º se estructura un delito compuesto, cuyos tres hitos son el apoderamiento documental con la finalidad de descubrir los secretos, el descubrimiento de los mismos y su divulgación, para el delito del párrafo 2.º basta recorrer el primer apartado, o el primero y el segundo. He aquí sus palabras: «El tipo estudiado no es, en modo alguno, una forma imperfecta (ya sea tentativa o frustración) de un delito perfecto, entendiéndose por éste la modalidad de divulgación o, incluso, el apoderamiento con descubrimiento. Por el contrario, estamos en presencia de un delito completo y perfecto desde el momento que se comprueba la existencia de un apoderarse de los documentos con la finalidad, mera finalidad —potencialidad, en suma, con respecto a la realización de aquélla—, de descubrir los secretos que se contengan, quedando, en consecuencia, de esa suerte consumado». Recordando a Mezger, subraya que el descubrimiento en sí queda volatizado en lo subjetivo, sin que sea necesaria su externa y objetiva realización (51).

La preocupación acerca de si el párrafo 2.º encierra o no una forma imperfecta del delito tipificado en el párrafo 1.º no nace con Cobo. Años antes, en 1966, Quintano Ripollés se separa de su primitiva posición para preguntarse si no «se referirá el segundo párrafo del artículo a la no divulgación voluntaria, es decir, a la no querida». Su respuesta es afirmativa «pues en otro caso se trataría de una tentativa o frustración del delito, que de este modo no cabe por tener cualificación especial» (52).

(49) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, II, pág. 131.

(50) R. Aranzadi, 12-30.

(51) COBO, *Ob. cit.*, 690.

(52) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1966, pág. 914.

A nuestro juicio la solución del problema a nivel general es: relativamente simple: la única diferencia entre el párrafo 1.º y el 2.º radica en que haya o no divulgación (o revelación). Evitemos, pues, la tentación de bailar el chotis en un ladrillo, si se nos permite una frase bien recibida por algunos juristas.

La aplicación del párrafo 2.º exigirá todos los elementos del párrafo, menos la divulgación real y efectiva. Eso significa que ha de estar presente, «ab initio», la finalidad de descubrimiento hacia terceros, o sea de divulgación o revelación, pero sin que ésta se produzca.

Así las cosas, rechazamos que los dos párrafos del artículo 497 reflejen una relación entre un tipo básico y otro cualificado (éste: último agravado o privilegiado, según se busque el tipo básico en el párrafo 2.º o en el primero). Aquí no hay unas características comunes, a las que, en uno de los casos, se añadan otras para determinar el aumento o disminución de pena. La relación se traza entre una figura consumada y ciertas formas imperfectas de aquélla. Por tal razón tampoco nos parece correcto ver en el párrafo 2.º un delito «sui generis», si entendemos tal denominación en su acepción común. Para nosotros el párrafo 1.º es la figura básica y el párrafo 2.º eleva a delito independiente algunas de sus formas imperfectas (no todas). A lo sumo cabe hablar de un tipo derivado.

El párrafo 2.º del artículo 497 cubre todas las frustraciones del párrafo 1.º, así como las tentativas más avanzadas, o sea las que interrumpen el «iter criminis» ya en la fase ejecutiva de la propia revelación. En tales supuestos el Código acude a una penalidad superior a la resultante de los artículos 3, 51 y 52. La relativa homogeneización de penas entre ambos párrafos, realizada por el texto de 1944, ha dado un paso más en una línea que se remonta a 1848.

La necesidad de situar esta tipificación especial dentro de la normativa común de los delitos no consumados obliga a señalar una doble restricción. Por un lado, las tentativas anteriores a los actos ejecutivos de la revelación se castigarán según las reglas generales. Por otro, hay que destipificar del párrafo 2.º del artículo 497, como ocurre respecto al artículo 3.º —donde en principio se «tipifican» las formas imperfectas—, los correspondientes supuestos de desistimiento u arrepentimiento activo. El legislador no ha podido pretender que en ámbito del descubrimiento y revelación de secretos se castiguen ejecuciones incompletas que, por ejemplo, serían impunes en relación con el homicidio.

Una interrogante como contraste de nuestras conclusiones: ¿Ofrece otra solución más satisfactoria el problema de las formas imperfectas —quizá comunes a los párrafos 1.º y 2.º— en la tesis de Cobo?

III. EL PARRAFO 3.º

Se encuentra muy extendida —sobre todo a partir de las notas de Rodríguez Muñoz al Tratado de Mezger— la opinión de que el párrafo 3.º del artículo 497 contiene una causa de justificación. Según Viada (53), este párrafo se refiere a personas a quienes corresponde «el derecho y aun el deber de vigilar la conducta de las personas que la Ley pone respectivamente bajo su autoridad, potestad o guarda». Rodríguez Muñoz (54) sostiene que el párrafo en cuestión no encierra una excusa absolutoria, como creen algunos, sino una causa de justificación; eso sí, superflualmente individualizada, puesto que se encuentra comprendida en el número 11 del artículo 8, incurriéndose por ello en un defecto que se repite en el artículo 483, pero no afecta al fondo del problema. Cuello Calón (55) escribe que la conducta en tales supuestos «está autorizada por la Ley», siendo entonces legítima y no constituyendo delito. Antón Oneca (56) se pronuncia explícitamente a favor de la causa de justificación, porque «la finalidad educadora prevalece sobre el interés de los hijos o educandos a la conservación de sus secretos, y el principio del interés preponderante hace justa la conducta». En la misma línea se colocan Rodríguez Devesa (57) y Jiménez de Asúa (58).

Por la excusa absolutoria se deciden modernamente Puig Peña (59) y Quintano Ripollés. Comenzó entendiendo este segundo autor que, a falta de dicha excusa, sería de igual aplicación la eximente 11.ª del artículo 8, por lo que el problema no ofrecería mayor importancia (60). Más tarde, sin embargo, matiza su postura (61). Reconoce, de un lado, que la justificación tendría sentido dentro del descubrimiento para sí, pero no en la revelación. De otro, que tan absurdo sería no mantener la responsabilidad civil en algunos casos, así en la usurpación de patente, como poner obstáculo a la punición de los partícipes. No admite que su posición quiebre porque el párrafo 3.º del artículo 497 omita la referencia a la responsabilidad civil y al castigo de terceros, a diferencia de lo que sucede en el artículo 564. En su opinión, tales efectos se desprenden de la propia condición de excusa absolutoria y no es que su expresión falte en el artículo 497, sino que sobra en el 564.

(53) *Código Penal de 1870*, Madrid, 1890, T. III, pág. 336.

(54) RODRÍGUEZ MUÑOZ, traducción del *Tratado de Mezger*, T. I, página 165.

(55) CUELLO CALÓN, *Ob. cit.*, pág. 817.

(56) ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, pág. 318.

(57) RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, pág. 288.

(58) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Buenos Aires, 1961, pág. 546; LANDROVE DÍAZ, *op. cit.*, pág. 203.

(59) PUIG PEÑA: *Ob. cit.*, pág. 242.

(60) QUINTANO RIPOLLÉS: *Curso*, II, pág. 131.

(61) QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado*, I, II, págs. 1017 y ss.

Cerezo, citando a Guallart, estima que nos encontramos ante una circunstancia mixta, que operará, según los casos, como causa de justificación o como excusa absoluta. La causa de justificación basada en el interés preponderante resultaría inadmisibles en algunos casos, como en el del hijo de veinte años.

Nuestro punto de vista coincide con el mantenido por Bajo en su interesante monografía sobre el parentesco en el Derecho penal (62). El párrafo 3.º del artículo 497 no es un caso particular del ejercicio legítimo de un derecho y menos aún puede afirmarse —so pena de incurrir en círculo vicioso— que precisamente en ese párrafo se otorgue dicho derecho. Como quiera que existen multitud de casos en los que tal finalidad correctiva no se da, hay que concluir que en el repetido precepto se recoge solamente una excusa absoluta. No es de apreciar ambivalencia alguna: primero se examinará la posible aplicación del artículo 8, número 11, como causa de justificación, y sólo cuando subsista la antijuridicidad (y culpabilidad) de la conducta entrará en juego la excusa absoluta.

Nos preguntamos también, con Bajo, si la redacción de este precepto no será un «lapsus» del legislador, y por ende postulamos su supresión. Aunque nos movamos en el terreno de las excusas absolutas —con lo que ello comporta en cuanto a la pervivencia de responsabilidad civil para su beneficiario, e incluso de la penal para los restantes partícipes—, no vemos razón suficiente para su mantenimiento.

La única Sentencia sobre esta materia, la de 5 de diciembre de 1958, emplea la denominación de excusa absoluta a propósito del párrafo 3.º del artículo 497. También la Exposición de Motivos del Código de 1932, se inclina, con algunas reservas, por este término de alternativa: «Esta razón de igualdad de sexos nos ha llevado a radicar la llamada excusa absoluta en favor del marido que descubre los secretos de su mujer».

La extensión del privilegio se limita en atención a sujetos activos y pasivos muy determinados, unidos además por una relación de dependencia. La referencia a quienes hagan las veces de los padres o tutores ha de interpretarse restrictivamente, como corresponde a una excusa absoluta, si bien, como escribe Casabó, la fórmula legal resulte tan amplia que se da cabida incluso a meras situaciones de hecho. La tradicional inclusión del marido en los Códigos anteriores a 1932, además de vejatoria, resultaba insostenible, aunque sólo fuera porque la evolución social, y aun jurídica, ha ido socavando progresivamente la dependencia exigida por el precepto.

(62) *El parentesco en el Derecho Penal*, Barcelona, 1973, págs. 151 y siguientes.

El concepto de la peligrosidad social en el Derecho español

JOSE MARIA MORENILLA RODRIGUEZ

Doctor en Derecho. Juez de Peligrosidad y Rehabilitación Social

SUMARIO: 1. Dificultades que presenta la delimitación del concepto de peligrosidad social en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y su Reglamento.—2. Orientaciones reflejadas en la Exposición de Motivos y en el articulado de la Ley.—3. Los elementos del «estado peligroso» según el texto legal.—4. La «peligrosidad» como juicio de pronóstico.—5. La doctrina de la Sala especial de Apelación: evolución de la jurisprudencia.

1. Aunque parezca paradójico, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social no define lo que sea la «peligrosidad social». El Reglamento para su aplicación tampoco contiene esa definición. Ambos textos parecen darlo por sabido y mencionan repetidamente ese concepto como si estuviera acuñado y delimitado en el Derecho patrio. La Ley de Vagos y Maleantes, antecedente inmediato y sin solución de continuidad de la Ley de Peligrosidad Social, que introdujo toda una normativa sobre el «estado peligroso» no se detuvo en fijar en su articulado el alcance y sentido jurídico del término peligrosidad. No puede, pues, sorprender la afirmación de Conde-Pumpido («Aspectos sustantivos de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970», en «Temas Penales», Universidad de Santiago de Compostela, 1973, pág. 202) de que «lo que sea la peligrosidad social no se define en la Ley, igual que no se definen expresamente en el Código penal el dolo o la culpa». Pero, ver Cobo Del Rosal, «Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970», en «Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad», Universidad de Valencia, 1974, págs. 113-114) a diferencia del dolo y la culpa, que son conceptos jurídicos indefinidos en Código penal pero perfectamente determinados en sus contornos y contenido, la peligrosidad social es un concepto relativamente nuevo en el ordenamiento jurídico español que carece de una significación precisa.

Se hecha de menos ese concepto en la Ley y no como una cuestión doctrinal, sino como un elemento indispensable para la recta aplicación de aquélla, ya que toda la dinámica de la Ley gira sobre la «peligrosidad». Sin embargo, ese concepto puede diferirse no sólo de los presupuestos doctrinales de la Ley —como sostiene Conde-Pumpido (ob. y lugar cit.)— sino del articulado de la misma y de su Reglamento. La «extracción» de ese concepto no es, empero, tarea fácil o sin obstáculos y hacia ella se dirige nuestro estudio, y es de resaltar que en el Derecho legislado patrio sólo el Código penal de 1928 se detuvo en ofrecer una definición inequívoca de la peligrosidad «criminal» que constituía el soporte legal para la imposición de medidas de seguridad. El artículo 71 del citado Código decía explícitamente «el estado especial de predisposición de una persona del cual resulte la pobilidad de delinquir constituye peligro social criminal». Así, pues, a falta de ese concepto tendremos que «elaborar» uno partiendo de la misma Ley —según propugnaba la Circular de 21 de junio de 1972 de la Fiscalía del Tribunal Supremo «sobre la nueva Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social» (parte I, B), examinando la Exposición de Motivos y estudiando detenidamente el articulado de la Ley y de su Reglamento.

Pero, antes de entrar en ese análisis de los textos legales, es necesario destacar que, a diferencia de la Ley de Vagos y Maleantes que era una ley sobre el «estado peligroso», la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social distingue el «estado peligroso» de la «peligrosidad social», concepto éste que no se mencionaba en la Ley de Vagos y Maleantes. En esta ley el «estado peligroso» era una situación que el Juzgador «podía» apreciar en los sujetos de unas conductas no delictivas previstas en el artículo 2.º o en los autores de delitos; según la Ley de Peligrosidad Social, artículo 2.º, «serán declarados en estado peligroso, y se le aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación, quienes: A) Resulten probadamente incluidos en alguno de los supuestos de este artículo; y B) Se aprecie en ellos una peligrosidad social». Y aun cuando, como ha destacado Cobo Del Rosal (ob. cit., pág. 112), «ambas (leyes) vienen a decir la misma cosa y ambas conducen a idénticos resultados y ambas expresan equivalente mentalidad y función», lo cierto es que la discrecionalidad que consagraba el artículo 2.º de la Ley de Vagos al permitir al Juez declarar o no en estado peligroso al sujeto de alguna conducta típica que incidía en el orden social, queda delimitada en la Ley de Peligrosidad Social que impone al Juez una preceptiva «declaración en estado peligroso» al sujeto de una conducta típica que incide en el orden social, cuando «aprecie en él una peligrosidad social».

De este artículo 2.º de la Ley de Peligrosidad y del artículo 21 de la misma Ley, se desprende que según la Ley «estado peligroso» y «peligrosidad social» son conceptos distintos y que el

segundo es un elemento del primero; pero que este elemento no es una «apreciación» subjetiva del Juez, sino que la «peligrosidad social» tiene un carácter objetivo en cuanto, según el apartado a) del artículo 21 citado, debe ser «probada». El concepto de peligro, como después veremos, es un concepto de futuro porque hace referencia a un riesgo de daño. La «prueba» de un riesgo es una imposibilidad actual. Por ello de este galimatías, debe obtenerse la consecuencia práctica de que el legislador al exigir la peligrosidad como un elemento del estado peligroso, no ha querido establecer un tautológico «peligro de peligro» sino que ha pretendido distinguir algo que la Ley de Vagos y Maleantes no expresó bien y que la Ley de Peligrosidad Social parece haber intuido sin que tampoco haya conseguido la formulación deseada: que una cosa son los supuestos legales de conductas socialmente reprobadas *indiciarias* de una situación subjetiva de riesgo de daño social y otra distinta es esa situación de peligro subjetivo; y que esa situación de peligro subjetivo tiene que acreditarse no sólo por la prueba de que el denunciado es el sujeto de alguno de esos comportamientos típicos socialmente dañosos, sino *además* por la prueba de unas *condiciones objetivas* que demuestren que esa conducta es sintomática de un *estado* de conflictividad social que permite establecer el juicio de pronóstico de que, por esas condiciones objetivas, continuará conduciéndose en el futuro de una manera socialmente dañosa.

Sin embargo, extraer esta conclusión no va a ser empresa fácil: ya que el artículo 4.º de la Ley empieza a confundir «estado peligroso» con «peligrosidad social» al referirse a la «declaración de peligrosidad social» y esta confusión se repite en el articulado (ver artículos 12, 27, 30, 31 y 32), el artículo 13 alude a los «estados de peligrosidad» de los artículos 2.º, 3.º y 4.º y el artículo 17, 1.º, se refiere a «conductas peligrosas» para señalar los supuestos de estado peligroso. El Reglamento para la aplicación de la Ley es, a este respecto, mucho más explicativo y su artículo cuarto es desde nuestro punto de vista la interpretación «auténtica» de la intención del legislador al redactar el artículo 2.º de la Ley. En ese precepto, después de repetir en su párrafo 1 la misma fórmula del encabezamiento del artículo 2.º sobre los elementos de la declaración del estado peligroso, en su párrafo 2 establece «*la inclusión en alguno de los supuestos de aplicación de la Ley será apreciada en función de las pruebas practicadas en el expediente o juicio de revisión que habrán de tramitarse según lo establecido en el título II de la Ley. La existencia del estado de peligrosidad social se apreciará tomando en consideración la repercusión que el comportamiento del sujeto puede producir en la comunidad, su personalidad, los elementos ambientales y familiares y los demás a ponderar, pero consignando siempre todo ello expresamente en la resolución que dice*» (subrayado nuestro).

La objetivación de los elementos del juicio de peligrosidad, será,

pues, la otra garantía que la Ley añade a la tipificación de los índices o categorías de daño social constituidos no sólo por *acciones* tipificadas como delitos en la Ley penal, sino por *comportamientos delictivos* (hábitos criminales) o *conductas disociales* tipificadas en la propia Ley de Peligrosidad Social. Sobre estos elementos objetivos el Juez establecerá la declaración del estado peligroso del sujeto como expresión de un pronóstico con relevante probabilidad, sobre el comportamiento futuro del encartado y consiguiente aptitud o idoneidad para causar nuevas acciones socialmente dañosas. Como consecuencia, se imponen unas medidas de seguridad y rehabilitación correctoras de los hábitos disociales probados y que se encaminan a que el riesgo temido no llegue a producirse, más que por el «castigo» por la conducta socialmente dañosa, por la «corrección» de unos hábitos disociales que deben producir la reinserción social del sujeto, defendiendo, así, a la vez, a la sociedad y al individuo marginado.

2. La exposición de motivos de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social ofrece algunas premisas bastantes para llegar a ese concepto: De un parte, se afirma la finalidad «defensista» de la Ley y su carácter «parapenal» al decir que «los ordenamientos contemporáneos, impulsados por la *necesidad de defender a la sociedad contra determinadas conductas individuales, que sin ser, en general, estrictamente delictivas, entrañan un riesgo para la comunidad*, han ido estableciendo, junto a sus normas penales propiamente dichas, dirigidas a la sanción del delito e inspiradas en el Derecho penal clásico, un sistema de normas nuevas encaminadas a la aplicación de medidas de seguridad a los sujetos socialmente peligrosos...». Posteriormente, al motivar el cambio del título de la ley anterior que se reformaba, «la Ley de Vagos y Maleantes», por el de «Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social», se sostiene que este cambio de denominación es «más fielmente expresivo del fundamento y del de la norma, al señalar como objetivo *el primordial compromiso de reeducar y rescatar al hombre para la más plena vida social...* (exigiendo y facilitando) la adquisición de un conocimiento lo más perfecto posible de la *personalidad biopsicopatológica del presunto peligroso y su probabilidad de delinquir...*». Y claramente se expone que esa investigación y valoración de las condiciones del sujeto «parecen necesarias en el ámbito de unas normas que, por no integrar una ley penal construida objetivamente sobre hechos y tipos de delito, sino una serie de *preceptos en función de determinadas categorías subjetivas de peligro*, requieren, inexcusablemente la prueba bien fundada del estado de peligrosidad del individuo.» Y finalmente concluye la Exposición aludiendo a los «propósitos ambiciosos de servir por los medios más eficaces a la plena *reintegración de los hombres y de las mujeres que, voluntariamente o no, hayan podido quedar marginados de una vida ordenada y normal*».

Insistiendo en esta última finalidad, el preámbulo del Reglamento para la aplicación de la Ley de Peligrosidad Social se refiere a «los objetivos proclamados por el legislador al promulgar el texto legislativo y, especialmente, *su carácter humano y social*, que no se limita a una pragmática defensa de la sociedad, sino que *aspira a obtener la reintegración a la vida ordenada y normal de aquellas personas que, por una u otra razón han quedado marginadas de ella*» (todo el subrayado es nuestro).

No obstante esta confusión entre el medio jurídico («medidas de seguridad y rehabilitación social») y el concepto mismo de la peligrosidad social, podemos ya extraer unos elementos integradores de lo que el juzgador debe valorar para «apreciar peligrosidad social» en determinados sujetos y que serían: 1.º Una conducta determinada que entraña un riesgo para la comunidad; 2.º Una investigación biopsicopatológica del sujeto; 3.º Una investigación de las circunstancias «sociológicas». Estos datos «fácticos» permitirán establecer un juicio sobre la personalidad del sujeto y su «marginación social» y un juicio sobre su «probabilidad de delinquir».

La probabilidad de delinquir, o sea la llamada «peligrosidad criminal», parece ser, según esta interpretación, la esencia de la «peligrosidad social». Pero en otro párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley se alude a «nuevas categorías de *estados de peligrosidad* que las actuales circunstancias sociales demandan, por ofrecerse, ciertamente, como *reveladoras de futuras y probables actividades delictivas o de presentes y efectivas perturbaciones sociales, con grave daño o riesgo para la comunidad*». Y la redacción de estas líneas, subrayadas por nosotros, es expresiva de esa confusión de concepto, pues, de una parte se refiere a «estados de peligrosidad», en plural, cuando menciona «categorías... reveladoras de futuras actividades delictivas, etc.»; y de otra, prescinde del juicio de probabilidad respecto a esas categorías reveladoras «de presentes y efectivas perturbaciones sociales», acentuando el matiz defensivo y represivo de las medidas de seguridad respecto a los sujetos de esas conductas.

Y si de la Exposición de Motivos descendemos al articulado observamos la misma confusión de concepto: Los artículos 2.º, 3.º y 4.º contienen unas normas de difícil conciliación. Si la esencia de la peligrosidad social es la «predisposición delictiva» (artículo 2.º, 10) o la «inclinación delictiva» (art. 2.º, 15) es difícilmente comprensible que puedan ser declarados en estado peligroso a los enfermos o deficientes mentales que sean inimputables; si se «presume» la «habitualidad criminal» en condenados por «delitos», es evidente que *tendrán* que ser declarados peligrosos sociales. La ausencia de una idea directriz sobre lo que sea la peligrosidad social se advierte en las referencias a juicios valorativos personales que se incluyen en los distintos supuestos de estado peligroso previstos en la Ley. Así se exponen como requisi-

tos del tipo conceptos como «menosprecio de las normas de convivencia social o del respeto debido a personas o lugares», «comportamiento insolente, brutal o cínico», «perjuicio para la comunidad» (art. 2.º, 9.º), «predisposición delictiva» (art. 2.º, 10), «presumible utilización como instrumento de agresión» (artículo 2.º, 11), «conducción peligrosa» (art. 2.º, 13, que constituye un claro ejemplo de «peligro de peligro»), «perversión moral» (artículo 2.º, 14), «inclinación delictiva» (art. 2.º, 15), «riesgo para la comunidad» (art. 3.º, otro ejemplo de «peligro de peligro»), «habitualidad criminal» (art. 4.º).

Toda esta variedad de ideas no permiten, desgraciadamente, ni obtener un concepto único de tan dispares componentes, ni escoger uno de ellos desdeñando los demás. Hay, ciertamente, elementos que contienen una idea de pronóstico o proyección hacia el futuro (art. 2.º, núms. 10, 13 y 15 y art. 3.º), otros que entrañan un juicio de culpabilidad (art. 2.º, 9.º y 11). Son, todos, elementos de la declaración del «estado peligroso», del «genérico» juicio de peligrosidad, pero sobre ello no se puede construir un concepto legal de la «específica peligrosidad social. Como dice Cobo Del Rosal (ob. cit., pág. 124) «su complejidad es tal que se convertirá en algo indefinido e indefinible, al menos en el presente momento interpretativo, en atención, sobre todo a su variadísima composición y posible contenido. Será, por tanto, irreductible a una categoría conceptual unitaria y no susceptible de ser incorporada a una definición. Sólo de forma aproximada, incorrecta y pluridimensional, se nos presenta la idea legal de «estado peligroso», si es que ha llegado a tenerse alguna con mínima coherencia».

La Circular de 21 de junio de 1972 (Fiscalía del Tribunal Supremo), sobre la nueva Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (I, B), sostiene, en cambio, que ese concepto puede elaborarse partiendo de algunas expresiones contenidas en la Ley... la peligrosidad, que no se describe queda, sin embargo, dibujada en sus principales rasgos» (refiriéndose a los apartados 9.º, 10 y 15 del artículo 2.º y el artículo 3.º de la Ley). Pero, en nuestra opinión —como hemos anteriormente expuesto— más que unos rasgos conceptuales la Ley nos ofrece, en su exposición de motivos y en su articulado, unos elementos integrantes de la noción legal de «estado peligroso» que permitirán al Juez declarar o no «sujeto peligroso» al expedientado. Y estos elementos no solamente se encuentran en la descripción de los «supuestos legales de estado peligroso», sino en otros artículos de la Ley (6.º, 8.º, 12, 21, 30 y 31) y así sostener que, por una parte la «peligrosidad social» es un «juicio» dimanado de unas «condiciones» objetivas «probadas» en el expediente y relativas a unas conductas antijurídicas «típicas» que contrarían determinados valores sociales y a unas circunstancias personales (bio-psico-sociológicas), de las que se deriva un pronóstico de daño social; y de otra parte, la «peligrosidad» social es el estado en que se encuentran los enfermos y deficientes men-

tales, en situación de abandono o tratamiento inadecuado, del que se deriva el pronóstico de un «riesgo para la comunidad».

Porque, en realidad, del texto de la Ley se obtienen hasta tres conceptos distintos de peligrosidad social: el de la «peligrosidad no criminal», o sea el de la llamada, en sentido estricto, «peligrosidad social» apreciada en aquellos sujetos responsables «asociales» o «antisociales» revelada por unas conductas socialmente reprobadas tipificadas en la Ley y por unas circunstancias personales de conflictividad social que permite establecer un pronóstico de continuidad en esos comportamientos; la «peligrosidad» de los enfermos mentales irresponsables que signifiquen un riesgo para la comunidad; y la «peligrosidad criminal» de antisociales o multide!incuentes que por su conducta anterior y cotánea y por sus demás circunstancias personales permiten establecer el pronóstico de nuevas acciones delictivas. Son, por tanto, tres «categorías subjetivas de peligrosidad social» por representar los sujetos una potencial aptitud dañosa para la sociedad.

Esta notoria imprecisión legal no es, desafortunadamente, consecuencia de una defectuosa redacción de la Ley o de preceptos contradictorios, sino que obedece a una evidente ausencia de criterio legal sobre el concepto. El legislador, lo mismo en 1933 que en 1970, contempló, fundamentalmente, el aspecto puramente defensivo del orden social, de la «normal convivencia», para sancionar a los sujetos de unas *conductas* o unos *tipos de autor* que sin ser necesariamente delictivos contrariaban valores sociales, mediante unas «medidas de seguridad» impuestas en razón de la «peligrosidad social», complementando —o superponiéndose— a las penas impuestas a los autores culpables de *acciones*. Y, consecuente con este criterio represivo, la adopción de medidas de seguridad —corolario jurídico de la declaración de un sujeto en estado peligroso— se ciñe a unas garantías semejantes a las de la imposición de penas. El amplio arbitrio judicial que supone la libre apreciación de la peligrosidad social de un sujeto queda rígidamente limitado, en aras al principio de la legalidad, a la prueba de una conducta disocial típica que constituye el «presupuesto», más que el supuesto, del estado peligroso o, con mayor exactitud, la inclusión probada de un sujeto en alguno de los tipos de los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley, es el requisito previo a la «apreciación de peligrosidad social», determinantes, ambos, de la declaración del estado peligroso con la consiguiente imposición de las medidas de seguridad que correspondan al tipo legal probado.

De esta manera la «apreciación de la peligrosidad social» es un «plus», un requisito distinto al de la atribución de la conducta típica denunciada al sujeto, más que un requisito «prius» y «sine qua non» al juicio de pronóstico sobre el comportamiento futuro del encartado, o, en la terminología legal, «expedientado». Porque —aunque la Ley no lo diga explícitamente— este «plus» es una

prognosis que tiene que basarse en unos *datos objetivos* derivados de la adaptación social del sujeto y de unas circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores a los hechos jurídicos integrantes de la conducta enjuiciada, que permiten hacer una predicción de futuro inmediato sobre el comportamiento social del denunciado. Esta predicción tiene ciertamente un «aleas» pero muy limitado por la determinación legal (art. 16 de la Ley) de los elementos fácticos del pronóstico. Y aquí es donde la valoración judicial confiere una garantía legal, distinta y distante de sistemas de «puntuación» que pretenden basar el pronóstico sobre bases «científicas» que —al menos en el estado actual de las investigaciones— no se han encontrado. La valoración de datos concretos recogidos en el expediente, insistimos, limita la «intuición» judicial a una «apreciación» de aquellos susceptibles de ser revisada en apelación. Y esta apreciación se hace por un órgano judicial de cometido único y de competencia especializada (art. 8.º de la Ley y 69 del Reglamento) y en base a unos dictámenes periciales médicos y especializados (art. 16 de la Ley y 83 y 85 del Reglamento), por lo que «la prognosis clínica intuitiva» (estudiada por Wolf Middendorf («Teoría y práctica de la prognosis criminal», trad. esp. de Rodríguez Devesa, Madrid 1970, pág. 192) se complementa con la aportación de los peritos y se eleva sobre el «prius» de la atribución al sujeto de una conducta que atenta contra el orden social, soslayando los efectos negativos de una rígida «aplicación de la ley de la causalidad al ser humano, de la captación de su irrepitibilidad y de la libertad de la voluntad» (Middendorf, ob. cit., pág. 188).

Es cierta la afirmación de Hans Göppinger («Criminología», trad. esp. de Schwark y Luzarraga, Madrid, 1975, pág. 312) de que «a pesar de que reina unanimidad sobre el hecho de que el pronóstico intuitivo —hecho sin la necesaria formación psiquiátrica o psicológica— suele ser el menos seguro, y que, por tanto no puede ser recomendado, éste sigue siendo con diferencia el método empleado con mayor frecuencia en la práctica actual de los Tribunales de Justicia y en la práctica penitenciaria». Y, por ello, que las exigencias que viene a imponer la Ley de Peligrosidad Social para declarar «probada la peligrosidad» del encartado, estimamos que constituyen unas garantías que podríamos calificar de «suficientes», sobre todo teniendo en cuenta que su efecto inmediato —la declaración del estado peligroso y consiguiente imposición de medidas de seguridad— es el resultado de un doble juicio, pero indisolublemente unido, en el que al juicio de «culpabilidad» o «atribuibilidad» (para los enfermos mentales irresponsables) de la conducta socialmente dañosa se añade un juicio de personalidad y de pronóstico *relativo al sujeto de esa conducta de perseverar en ella; pero este juicio no es determinante de la sanción legalmente prevista para la conducta reprobada, sino una condición para su imposición*. Solamente bajo este aspecto restrictivo o excusatorio

puede ser rectamente comprendido y valorado el juicio de pronóstico. Y por esta nuestra interpretación de la Ley no podemos compartir las críticas de Vives Antón («Métodos de determinación de la peligrosidad», en «Peligrosidad social y medidas de seguridad», ob. cit., pág. 414) cuando ve en la determinación judicial de la peligrosidad una quiebra del principio de legalidad y hasta el peligro de que el sistema de la Ley de peligrosidad pudiera degenerar en «una especie de terror penal» «porque terror es también una leve condena pronunciada por el juez cuando no se señalan límites precisos a su arbitrio». Creemos que éste no es el sistema español de imposición de medidas de seguridad, que se ajusta a unos requisitos que sobrepasan los de la imposición de penas por la culpabilidad por un «acto» aislado, artificialmente separado de la existencia del autor.

Para la imposición de medidas de seguridad, el acto aislado es «incoloro», lo esencial es la prueba de una repetición de actos reprobados y de unas «circunstancias personales» que permitan establecer en esos actos se engranan en una «conducta» con trascendencia social. Circunstancias pasadas, presentes y de futuro inmediato (cambios en su situación familiar, laboral o social) fácticas, objetivas, permitirán al Juez apreciar si continuará o no comportándose como lo estaba haciendo al iniciarse el proceso; y si su juicio es afirmativo, esto es si aprecia peligrosidad social, lo declarará en estado peligroso adoptando las medidas de seguridad expresamente previstas por el artículo 6.º para cada uno de los tipos legales de conductas socialmente temidas. El juicio de pronóstico queda, pues, en la Ley objetivamente determinado y el arbitrio judicial muy limitado; sólo muy excepcionalmente —por la incidencia de circunstancias sociológicas *nuevas*— el Juez *podrá* no disponer medidas de seguridad. En los demás casos el arbitrio judicial se ejerce en la apreciación de si los hechos probados quedan engranados en una conducta o hábito típico contrario a la ordenada convivencia de una personalidad en conflicto con la sociedad. El juicio de atribución de conducta y el juicio sobre la personalidad se identifican en el momento «criminal» del juicio de peligrosidad, como el juicio sobre la personalidad y el juicio de pronóstico se identifican en el momento «social» del mismo juicio, en el que la protección social se superpone sobre la reprobación que pueda merecer una conducta, como respondiendo a la doble finalidad defensiva de la sociedad y resocializadora del sujeto que constituyen el fundamento de la llamada «peligrosidad social».

3. Esta nuestra opinión puede ser desarrollada recorriendo el articulado de la Ley no obstante sus incoherencias e incorrecciones; y esta interpretación ha permitido la actuación de la Ley a pesar de no existir un concepto normativo de la peligrosidad, ni una terminante determinación de sus elementos y, ni siquiera, una correcta definición de los supuestos de estado peligroso.

1) La peligrosidad en la Ley es un «estado» (artículos 2.º, 6.º, 8.º, 12, 21, 30 y 31), aun cuando —con patente incorrección— el Capítulo I, del Título I, se rubrica «De los estados de peligrosidad» (comenzando, así, «ab initio» la confusión entre los síntomas o «presupuestos» —las conductas disociales— y la condición personal). Este estado de potencial actividad dañosa se revela no sólo por el comportamiento contrario al orden social establecido, sino por unos «elementos de juicio» (artículo 14) relativos a la situación personal del sujeto y a su relación con su entorno social; elementos que tienen que ser «probados» en el procedimiento por las declaraciones y los documentos relativos al sujeto (informes de conducta, hojas de antecedentes, dictámenes periciales, expedientes archivados) que se refieren, al tenor del artículo 16 de la Ley y 4.º del Reglamento: *a)* a su identidad personal y a la investigación biológica, psíquica y patológica del sujeto (informes y dictámenes médicos); *b)* a su situación familiar (declaraciones e informes de conducta); *c)* a su entorno social (declaraciones e informes relativos al domicilio o residencia, repercusión de su comportamiento en la comunidad); *d)* a situación laboral (trabajo, ocupación o manera de vivir durante los cinco últimos años); *e)* a su conflictividad social (antecedentes penales, policiales, de peligrosidad social y expedientes archivados); *f)* a su conducta social (informes policiales, de autoridades, de empresarios o patronos, de compañeros de trabajo, de profesores, de vecinos, etcétera). Todos estos elementos tienden a manifestar la proyección social de la personalidad del sujeto y se mencionan suscintamente en el citado artículo 4.º del Reglamento.

2) El estado de conflictividad social del sujeto no permite sin embargo un pronunciamiento sobre su peligrosidad social, aun cuando se manifestara totalmente desfavorable. El derecho español no condiciona la declaración de peligrosidad a la comisión de un delito (como hemos visto que ocurre en el derecho italiano), pero ello no significa que cualquier «desviado» o «marginado» pueda ser declarado en estado peligroso, porque esa declaración exige como «presupuesto de procedibilidad» que el sujeto venga comportándose según alguna de las categorías «típicas» previstas en la Ley y que se integran por hechos que no tienen que ser necesariamente delictivos. Estas «categorías» son unas «conductas» o «hábitos» que como tales exigen una *repetición* de esos hechos que si aisladamente pueden ser «incoloros», al repetirse expresan un «modo de ser» o una «manera de vivir», o una «actitud respecto a los demás» nociva para una convivencia ordenada, esto es, basada en el respeto a los iguales derechos y libertades de los demás y en las exigencias de una vida comunitaria en un momento histórico determinado. Estas conductas son —en expresión del artículo 4.º del Reglamento— «supuestos de aplicación de la Ley» y la

inclusión del sujeto «será apreciada en función de las pruebas practicadas en el expediente o juicio de revisión».

Todos estos «presupuestos» —con la repetida excepción de la enfermedad mental— constituyen unas conductas «disociales» o «desviadas», de las que suelen ser sujetos individuos inadaptados socialmente, pero responsables, que se apartan de los modos sociales y se comportan «anormalmente» según las tres categorías siguientes: *a)* conductas asociales («parasitarias») no delictivas que son degradantes para la persona humana por atentar contra su dignidad, su titularidad de derechos y deberes inherentes a su condición sociable, incompatible con situaciones de explotación o sumisión o de egoísmos insolidarios (vagancia, mendicidad, prostitución, alcoholismo y toxicomanías); *b)* unas conductas antisociales que perturban o destruyen unos «valores» protegidos por la comunidad y manifestada por actos que generalmente están tipificados en el Código penal (la llamada «peligrosidad codelictiva»); actos que impiden o perturban el ejercicio de los iguales derechos y libertades reconocidos por igual a todos los miembros del grupo social con una incidencia directa en el orden comunitario, en la «pax publica» (explotación de la prostitución, pornografía o drogas, perturbadores de la seguridad en lugares de uso público —gamberrismo, matonismo, pandillas—, ataques a la «moral sexual» de la comunidad —homosexualidad, exhibicionismo, pornografía—); y *c)* unos «hábitos» delictivos, o sea, la repetida comisión de hechos tipificados como delitos mediando o no sentencias condenatorias anteriores (supuestos de multirreincidencia, multidelinuencia que responden a un modo de vivir —profesionalidad— o a una psicopatía —sociopatías o perversiones del instinto—).

Pero este elemento objetivo del estado peligroso no aparece descrito en la Ley con caracteres inequívocos: en lugar de referirse a «tipos de autor» o a «tipos de conducta», la Ley se remite a unos y a otros sin siquiera definirlos. Así menciona a los «vagos», «rufianes», «proxenetes», «prostitución», «pornografía», «mendigos», «ebrios», «toxicómanos», en los números 1.º, 2.º, 5.º, 6.º y 7.º del artículo 2.º, sin detenerse a precisar cada uno de estos genéricos conceptos. Otras veces, y ello es más grave, sigue un criterio penalístico y se refiere a «actos» (artículos 2.º, números 3.º, 4.º, 5.º y 9.º). Otras veces se describe el tipo acudiendo a valoraciones subjetivas extrañas a la necesaria objetivación de la definición y que corresponden al juicio sobre la peligrosidad del sujeto (las citadas expresiones de «inclinación delictiva», «predisposición delictiva», «riesgo para la comunidad» o «habitualidad criminal»). Y otras, en fin, se describen conductas coincidentes con tipos delictivos, haciendo muy difícil, por grande que sea el ingenio del intérprete, su distinción. (Ver Cobo Del Rosal, *ob. cit.*, págs. 118 y 119; Juan Del Rosal, «Política criminal de la Ley de Peligrosidad Social», en «Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad», *ob. cit.*,

págs. 141-142; Rodríguez Devesa, «Algunas cuestiones jurídicas en relación con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social», en «Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad», ob. cit., págs. 333-336; y del autor de este trabajo, José María Morenilla, «Los supuestos del estado peligroso...», en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», año 1976, núm. 1078, págs. 3-5 y «La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución», en «Anuario de Derecho penal y C. p.», 1977, vol. II, pág. 67).

3) El último elemento de la peligrosidad social y su última garantía es su apreciación por un órgano judicial especializado (artículo 8.º, en relación con los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley) en sentencia recaída en un procedimiento minuciosamente regulado en la Ley, que sigue las pautas del procedimiento llamado de urgencia previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, además es de aplicación supletoria.

Pero también este elemento se halla descrito con poca o ninguna fortuna en la Ley: el artículo 21 a) establece que la sentencia habrá de contener uno de los pronunciamientos siguientes: a) Declarar *probada la peligrosidad social del sujeto* y su inclusión en alguno de los supuestos legales consignando los hechos que lo acrediten y señalando las medidas de seguridad aplicables; y b) Declarar que no ha lugar a la adopción de medidas de seguridad *por no darse las condiciones del estado de peligrosidad o por ser infundada la denuncia*. Ambos pronunciamientos son expresivos de esa confusión entre *conductas* peligrosas y *estado* peligroso, entre los síntomas y la enfermedad, que preside la redacción de la Ley. Si hay algo que el Juez no puede declarar probado en la sentencia es «la peligrosidad social del sujeto» ya que la «peligrosidad» es un concepto de futuro, y es un contrasentido declarar en presente la prueba de un pronóstico; es, pues, indudable que lo que el legislador quiso decir es que deben declararse probadas las «condiciones objetivas» del estado peligroso que son dos: *primera*, la inclusión del sujeto en alguno de los supuestos de los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley; y *segunda*, las circunstancias personales que fundamentan el juicio de pronóstico (las del artículo 16 de la Ley, mencionadas en el art. 4.º del Reglamento). Ello, aunque el mismo apartado b) aluda a «ser infundada la denuncia» como un pronunciamiento distinto del anterior, cuando, en realidad, entre esas *condiciones* de la declaración del estado peligroso está la comprobación de los hechos denunciados.

La apreciación de la peligrosidad social es en esencia un juicio de pronóstico; aunque la Ley no lo diga expresamente, el mismo concepto de «peligro» hace referencia a un daño futuro que se prevé con relevante probabilidad. Este daño, como ya hemos expuesto al examinar la Exposición de Motivos, no es solamente la «probabilidad de delinquir» sino el prevenir determinadas «categorías de estados de peligrosidad que se ofrecen ciertamente

como reveladoras de futuras y probables actividades delictivas o de presentes y efectivas perturbaciones sociales». En este sentido el artículo 6.º de la Ley nos da la clave de la intención del legislador al establecer rígidamente unas medidas de seguridad en función de las conductas disociales previstas como supuestos legales de estado peligroso; medidas de seguridad y *rehabilitación* que se prevén como *correctoras* de esos comportamientos, con el evidente propósito de evitar que los hábitos probados en el procedimiento vuelvan a exteriorizarse. De igual modo, la misma naturaleza del juicio de revisión revela el carácter de pronóstico de la apreciación de la peligrosidad en un sujeto, al permitir al Juez «examinar la evolución de la peligrosidad declarada» y modificar las medidas adoptadas, e incluso cancelarlas por «terminación» del estado de peligrosidad, valorando la evolución «favorable» o «desfavorable» del sujeto peligroso (artículos 30 y 31). Finalmente ya hemos examinado cómo en determinados supuestos de estado peligroso la ley incluye en el tipo el juicio de pronóstico (generalmente delictivo) en frases como «evidente predisposición delictiva» (artículo 2.º, 11), «peligrosidad para la circulación» (artículo 2.º, 13), «inclinación delictiva» (artículo 2.º, 15) o «riesgo para la comunidad» (artículo 3.º).

En nuestra opinión, la declaración del estado de peligrosidad de un sujeto porque ha observado una conducta reprobada por la sociedad implica *siempre* un pronóstico; ya la misma idea de habitualidad recogida en los supuestos 4.º (prostitución), 6.º (mendigos), 7.º (ebrios y «toxicómanos»), 12 (migración), 13 (utilización ilegal vehículos ajenos) y 15 (trato con delincuentes) del artículo 2.º y en el artículo 4.º (habitualidad criminal) tiene una proyección existencial (pasado-presente-futuro) y cuando, además de la declaración de que un sujeto se halla probadamente incluido en un supuesto o «hábito» de estado groso, se exige la «apreciación de su peligrosidad social» no hay duda de que se refiere a una previsión de hechos futuros y una valoración sobre la probabilidad de que se repitan los mismos u otros hechos socialmente reprobados. Pero, forzoso es constatarlo, la naturaleza del riesgo, del daño social «temido», tampoco aparece claramente en la Ley.

El legislador, en su propósito defensorista, parece apuntar la idea de que son sujetos peligrosos, más que los sujetos socialmente desviados que revelan una aptitud para producir un daño en la comunidad, los «autores» de unos «supuestos» —los sujetos de las conductas o hábitos típicos— que estima socialmente perjudiciales. Parece, así, identificar «comportamientos peligrosos» y «sujetos peligrosos» imponiendo unas «medidas de seguridad y rehabilitación» (que en su ejecución en poco o nada se diferencian de las penas) a los «culpables» (o, respecto a los enfermos mentales, «sujetos») de esos comportamientos social y legalmente reprobados. Pero esta apariencia queda desvanecida ante la terminante redacción del artículo 2.º de la Ley que señala los dos

requisitos o elementos de la «declaración en estado peligroso» de un sujeto en los apartados A) y B) del citado precepto; o sea la conducta o supuesto legal y la «apreciación de la peligrosidad social». Y aunque la Ley no define expresamente esa «peligrosidad» ni se refiere a los datos objetivos de esa «apreciación», el silencio legal tiene que ser suplido por la significación del vocablo en el Diccionario de la Lengua española que define el peligro como «contingencia inminente de que suceda algún mal», «cosa u ocasión que produce o aumenta la inminencia del daño» y el adjetivo «social» como «perteneciente o relativo a la sociedad».. Apreciar en un sujeto de una conducta reprobada «peligrosidad social» es ver en él una ocasión que produce la inminencia de un daño o mal relativo a la sociedad. Implica, pues, un juicio de futuro, un «pronóstico», una «predicción», sobre el comportamiento futuro de un individuo del que se teme un daño inminente para la sociedad.

Este daño inminente temido procede del comportamiento anterior del sujeto y de las circunstancias personales y sociales «desfavorables» del sujeto, siendo apreciado por el Juez. Es, por ello, un elemento subjetivo, pero no porque se refiera al sujeto enjuiciado (pues en ese caso la atribución de una conducta sería también un requisito subjetivo) sino porque es un juicio valorativo del juez, que es quien aprecia la relevante probabilidad o la inminencia del daño. Y como tal decisión judicial tiene que fundamentarse en la sentencia partiendo de unos «hechos» o datos objetivos probados en el proceso. La apreciación de peligrosidad social expresa un juicio «pesimista» del juez sobre la personalidad del sujeto de una conducta socialmente dañosa y tipificada como tal en la Ley; más que un «plus» es un «nisi», porque solamente cuando el Juez aprecia esa situación personal de potencial e inminente daño social, impondrá las medidas de seguridad correctoras del hábito disocial enjuiciado.

Sólo en este sentido puede compartirse la opinión de Conde Pumpido («Aspectos sustantivos de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social», ob. cit., pág. 200) que tan severas objeciones ha levantado (Cobo Del Rosal, «Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970», ob. cit., págs. 117-118; Rodríguez Mourullo, «Medidas de Seguridad y Estado de Derecho», en ob. cit., página 361; Jorge Barreiros, «Las medidas de seguridad en el Derecho español», ob. cit., págs. 143-146) de que «el estado peligroso queda sometido al principio de la determinación judicial (reflejo del declaración judicial del derecho)». La apreciación de la peligrosidad social del sujeto queda sometida al principio de la determinación judicial, ajeno a un ilimitado arbitrio judicial; pues es un juicio de pronóstico inseparablemente derivado de unos datos objetivos fijados en la Ley sobre los cuales el Juez ha obtenido un juicio sobre la atribución de una conducta al sujeto y sobre su «estado» de conflictividad social. De esta manera la apreciación

judicial de que el sujeto continuará realizando en el inmediato futuro nuevos hechos dañosos para la sociedad no se hace en el vacío o caprichosamente, sino que es una conclusión fundamentada que el Juez realiza en la sentencia basándose en unos hechos que estima probados, permitiendo así un recurso contra esa decisión judicial ante un Tribunal superior.

En conclusión puede sostenerse que si bien la Ley no da un concepto de la peligrosidad social ni precisa los elementos o requisitos del «estado» peligroso con la suficiente claridad —cuestiones, ambas, que «de lege ferenda» sería conveniente dilucidar— su articulado y la semántica nos permite construir ese concepto y esos elementos o «condiciones» del «estado de peligrosidad social», por encima de las dificultades derivadas de una tan defectuosa e incorrecta redacción e incluso de la confusión del legislador entre los conceptos fundamentales que integran la «peligrosidad social». De los preceptos de la ley aparece con toda claridad un sistema de imposición de «medidas de seguridad y rehabilitación social» por razón de la peligrosidad social de un sujeto. Recapitulando brevemente lo anteriormente expuesto, el articulado de la ley nos permite seguir las etapas del «juicio de peligrosidad»: Existe, en primer lugar, un «sujeto», un «denunciado o presunto peligroso» (artículo 12), una «persona afectada» (artículo 16) a quien se incoa un procedimiento en virtud de unas actuaciones (denunciadas o de oficio, artículo 12) promovidas para esclarecer una atribución de unos «hechos» o de una «conducta» integrantes de alguno de los «supuestos legales del estado peligroso previstos en los artículos 2.º, 3.º y 4.º». Estos hechos o conductas tienen que ser repetidos, expresivos de unos «hábitos» que son contrarios a la ordenada convivencia, hábitos que pueden ser «no delictivos», integrados por actos que pueden estar previstos como delictivos o bien por «delitos». Para que el juez pueda apreciar esos «hábitos», para distinguir los actos aislados u ocasionales —que, en su caso caerán en el ámbito de la jurisdicción penal, tiene que adentrarse en el conocimiento de la personalidad del sujeto, tanto en el aspecto biosicológico como en el sociológico con el fin de buscar las motivaciones y establecer unas reglas de conducta pasada y presente. El conjunto de estos datos *objetivos* aunque referentes a un sujeto permite descubrir no sólo la culpabilidad o atribuibilidad de la conducta o hechos denunciados, sino la posición del individuo con respecto al medio social en donde se desenvuelve, explicando así el porqué de su comportamiento. Todos estos *hechos probados* en el procedimiento permiten al Juez incluir o no al encartado en alguno de esos «supuestos legales de estado peligroso», y valorar su adaptación al medio que ha perturbado o atacado con los hechos a él atribuidos.

Sobre este doble juicio de atribución de un hábito contrario al orden comunitario y de diagnóstico de un «estado» personal de conflictividad con los valores sociales, se superpone el juicio

de peligro que partiendo de la conducta pasada y de la situación personal presente se proyecta hacia el futuro para predecir si continuará o no en esos hábitos socialmente perjudiciales o si aceptará las normas comunitarias dominando sus impulsos egoístas. Y si se aprecia esa situación personal de peligro social, tendrá que imponer algunas o todas las medidas previstas en el artículo 6.º para que cese el hábito o conducta reprobada mediante un internamiento o limitación de su libertad o derechos, adecuados para curación o recuperación social del sujeto. Y este «tratamiento» podrá ser modificado o «revisado» cuando las nuevas circunstancias personales del «peligroso» así lo requieran hasta la cancelación del expediente.

5. La imprecisión legal sobre el concepto y elementos de la peligrosidad social ha motivado una copiosa jurisprudencia de la Sala de Apelación establecida en un principio en la Audiencia Territorial de Madrid con ámbito nacional hasta su inserción en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, también con el carácter de una sala especial. Esta jurisprudencia no ha seguido una trayectoria uniforme, pudiendo distinguirse tres épocas distintas, correspondiendo la primera a las sentencias dictadas hasta 1974; la segunda significa un cambio de orientación que se mantiene o hasta el año 1977 en que la jurisprudencia de la Audiencia Nacional abre una tercera época.

a) De las numerosas sentencias consultadas quizá sea la de 2 de noviembre de 1972 la que mejor y más comprensivamente ha expuesto el criterio de la Sala de Apelación, en esa primera época, interpretando la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social sobre el concepto de peligrosidad social y cuyos tres primeros considerando reproducimos a continuación (subrayados nuestros):

CONSIDERANDO, que la peligrosidad social determinada por su constatación y declaración, sobre los índices legales, de un estado personal o condición de autor, que conduzca a las medidas de seguridad, no se produce sólo por el imperio objetivo del hecho, sino fundamentalmente como un «plus» luego de manifestarse alguna de las categorías de peligro subjetivo, por la presencia de las circunstancias reales, descritas en cada uno de los índices o categorías de los artículos dos, tres o cuatro de la Ley de cuatro de agosto de mil novecientos setenta, y además por el resultado de la investigación antropológica, psíquica y patológica del expediente, así como de sus factores familiares y sociales, a constatar por imperativo del artículo dieciséis de la propia Ley, que en definitiva permitan hacer un pronóstico de futuro o previsión anticipada, en valoración judicial, de potencial idoneidad para cometer acciones dañosas o criminales.

CONSIDERANDO, que por tanto, no es de extrañar, que el artículo segundo de dicha Ley en su párrafo primero A), *exija*, en relación con el artículo veintiuno a) y artículo cuarto primero de su Reglamento de trece de mayo de mil novecientos setenta y uno, *que el sujeto resulte probadamente incluido en alguno de los supuestos o índices legales de peligrosidad, luego de la investigación efectuada en el expediente, y del conocimiento de su personalidad, mundo circundante en que desarrolla las actividades vitales, repercusión de su comportamiento en la comunidad, y resultado de la investigación bio-psico-patológica plasmada en dictamen pericial médico.*

CONSIDERANDO, que dicha inclusión probada en los índices legales y en la resultante peligrosidad, que delimite un tipo de autor con riesgo comunitario, ha de hacerse sobre pruebas o justificaciones, que fundamentalmente de manera directa, y excepcionalmente de manera indirecta o deductiva, pero en este supuesto lógicamente, *conduzcan a la creación en el Juzgador, de una convicción psicológica o creencia íntima de certeza, según deriva de la ilimitada expresión de dicho artículo segundo, párrafo primero a) de la Ley en su relación, y por la remisión de su artículo treinta y cuatro, a cuanto disponen los artículos ciento cuarenta y dos, número segundo y setecientos cuarenta y uno de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de cuyo contenido se deduce que el convencimiento del Juez es soberano, íntimo, y sometido únicamente a las propias reglas personales de conocimiento y aceptación de situaciones ajenas, en sana y subjetiva crítica, sin más cortapisas que las debidas a su conciencia moral.*

Según esta doctrina la peligrosidad social es «la declaración judicial de un estado personal o condición de autor, de potencial idoneidad para cometer acciones dañosas o criminales»; la «apreciación de la peligrosidad social» es «un pronóstico de futuro o previsión anticipada, en valoración judicial, de potencial idoneidad para cometer acciones dañosas o criminales». Los requisitos legales de la declaración del estado peligroso son: 1.º, que el sujeto resulte probadamente incluido en alguno de los supuestos o índices legales de peligrosidad, luego de la investigación efectuada en el expediente; 2.º, el conocimiento de su personalidad, mundo circundante en que desarrolla las actividades vitales, repercusión de su comportamiento en la comunidad, y resultado de la investigación bio-psico-patológica plasmada en dictamen pericial médico; 3.º, un pronóstico de futuro sobre la potencial idoneidad del sujeto para cometer acciones dañosas o criminales (no ciñendo,

pues, la predicción a una probabilidad de delinquir, o sea, a una estricta «peligrosidad criminal»); 4.º, esta valoración judicial del sujeto consiste en delimitar un tipo de autor con riesgo comunitario que tiene que hacerse sobre pruebas o justificaciones siguiendo las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la redacción de las sentencias penales (art. 142) y en la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio criminal (art. 741), por la remisión del artículo 34 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social a la expresada Ley procesal penal.

Las dudas que púdiere presentar la interpretación de la Ley de Peligrosidad Social han quedado inequívocamente aclaradas por esta jurisprudencia que ha fijado los límites de la actuación judicial en la declaración de peligrosidad social y subsiguiente adopción de medidas de seguridad, de manera que queda salvaguardado el principio de legalidad (por tipificación de los supuestos del estado peligroso) y el de certeza (por la limitación del arbitrio judicial a los datos fácticos declarados probados en el proceso de peligrosidad). En sentencia anterior (de 27 de abril de 1972) la Sala de Apelación ya había abordado el problema de la naturaleza jurídica del juicio para la imposición de medidas de seguridad definiéndolo como «un sistema mixto legal y judicial, pues a la conducta típica determinada por el legislador, comprobada por el Juez, ha de agregarse por éste un pronóstico de futuro, que se adivina, y al que aboca la trayectoria dinámica del sujeto». En esta misma sentencia se alude a la esencia misma de la «apreciación de la peligrosidad social» diciendo que «considerar a un sujeto peligroso social supone *detectar la potencial idoneidad de cometer acciones dañosas o perjudiciales para la comunidad*, por su mismo riesgo, de convertirse en delincuente, por hallarse ya en la situación de oposición o marginación social *evidente*». Esta doctrina se mantiene en numerosas sentencias que insisten en la necesidad de que se prueben los hechos reveladores del estado de peligroso social, de una «inadaptación social *evidente* que está llamada *indudablemente* a futuro delictual *cierto*» (Sentencia de 25 de septiembre de 1973), o bien la prueba de los componentes o elementos de los diversos supuestos o índices de estado peligroso, que sean «condiciones objetivas, que coinciden con las subjetivas, de manifestar un riesgo comunitario» (Sentencia de 12 de mayo de 1973) o «revelar indiciariamente la peligrosidad y el ánimo hacia el delito en prognosis o pronóstico de futuro, a decretar por el juicio valorativo del Juez» (Sentencia de 9 de noviembre de 1973).

Interpretando esta doctrina de la Sala de Apelación, la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1972, ya citada (B) dice que «la Sala de Apelación de la jurisdicción de peligrosidad y rehabilitación social, a través de una doctrina muy reiterada, configura la peligrosidad como la potencial idoneidad de las personas para cometer acciones dañosas, o bien, como

la abstracta posibilidad de delinquir en el futuro, *prevista para una persona por la especial conducta que desarrolla*. De una parte, es un pronóstico de futuro o una previsión anticipada sobre las actividades de un ser humano; y de otra representa un juicio de probabilidad partiendo de un autor y de su conducta que no se debe *efectuar inductivamente sino en virtud de un proceso racionalizador apoyado en las pruebas científicas predicadas sobre él*, el conocimiento biosíquico-patológico y el *investigado desarrollo vital*.

Esta interpretación de la jurisprudencia está ya mostrando una tendencia o dirección más pragmática y simplista que consiste en obtener la apreciación de la peligrosidad de la misma categoría o supuesto de peligrosidad; se identifica así el índice de peligrosidad con la peligrosidad misma y, en cambio, se busca en el tipo legal un elemento «subjetivo» de «hábito» individualizador del comportamiento reprobado y del que se extrae la peligrosidad del sujeto. Esta jurisprudencia responde a una orientación «penalística» del tratamiento de las «conductas peligrosidad» que se corresponde con los medios disponibles para la ejecución de las medidas de seguridad (generalmente penitenciarios) y que se ajusta al principio de la legalidad al limitar estrictamente el arbitrio judicial, ya que la inclusión de un sujeto en una categoría de peligrosidad lleva inseparablemente la declaración del estado peligroso y subsiguiente aplicación de las medidas de seguridad correctoras del índice legal probado. Pero, al menos formalmente, no se descubre el juicio de pronóstico ni la finalidad preventiva y resocializadora de las medidas de seguridad porque éstas vienen impuestas más en consideración al daño social causado que a las expectativas de daño futuro.

Según esta jurisprudencia, en cada índice de peligrosidad existe un elemento «objetivo», manifestado por los hechos reveladores de la conducta «peligrosa», y un elemento «subjetivo», manifestado por la reiteración o persistencia en la realización de esos hechos, por la «habitualidad»; y la apreciación conjunta de ambos elementos es determinante de la adopción de la medida o medidas correspondientes. Esta orientación, se corresponde, sin embargo a la Jurisprudencia de la Sala de Apelación en el período 1975-1976, más que al anterior, que —como hemos expuesto— reiteradamente sostuvo que el juicio de peligrosidad tenía por objeto una «prognosis» o pronóstico de potencial actividad dañosa que el Juez hacía después de comprobar que el sujeto enjuiciado era autor de una conducta tipificada en la Ley y que presentaba un estado de conflictividad social. En la dirección de la jurisprudencia todos estos elementos del juicio de peligrosidad se funden en la atribución al sujeto de un «hábito» socialmente dañoso, de los previstos en los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley, de cuya atribución se deriva la peligrosidad del sujeto de una conducta que entraña una incidencia en los valores sociales.

Expresiva de esta tendencia jurisprudencia es la sentencia de 26 de mayo de 1975, recaída en un supuesto de prostitución, y en la que se sostiene:

«ya que es manifiesta la concurrencia de los *dos requisitos* que integran *dicho estado de peligrosidad*, o sea, *el objetivo determinado por el inmoral tráfico sexual retribuido* a que la recurrente ha venido dedicándose, *no de una manera esporádica u ocasional*, sino que, por el contrario, *se trata de un ejercicio habitual* de ese ilícito comercio carnal *que es lo que integra* el elemento subjetivo, *siendo la reiteración de esta conducta lo que constituye la peligrosidad de la expedientada por el riesgo que esa perseverante manera de obrar supone como generadora de una antisocial actividad*, que es lo que obliga a adoptar las medidas de seguridad, pues el ejercicio de la prostitución constituye un grave daño, tanto para la expedientada como para la sociedad por atentar a los valores éticos comunitarios».

Según esta doctrina no hay *un* estado de peligrosidad, sino diversos estados, cada uno de los cuales se integran por dos requisitos, el objetivo determinado por los hechos integradores del tipo legal y el subjetivo manifestado por la habitualidad; la proyección de futuro dimana de ese elemento subjetivo del tipo porque ese hábito «genera» una actividad antisocial, de manera que «la reiteración de esa conducta es lo que constituye la peligrosidad» que «obliga adoptar las mencionadas medidas de seguridad». En el mismo sentido la sentencia de 1 de julio de 1975, relativa a un supuesto de homosexualidad corruptora de menores de edad, declara:

«Toda vez que este índice, relacionado con el párrafo preliminar y apartados A) y B) del mencionado precepto legal, requiere para su aplicación *la conjunta concurrencia de dos elementos o requisitos —objetivo y subjetivo—* determinado *el primero* por la realización de actos de homosexualidad, o lo que es lo mismo *por una plural conducta de inversión sexual*, lo que supone, por tanto, la realización de actos de tal naturaleza, *estando constituido el segundo por la peligrosidad originada por la reiteración en la práctica de estos actos homosexuales...* existiendo el elemento subjetivo dada la reiteración del apelante en esa conducta sexualmente aberracionista *como integrante de dicha peligrosidad que es obligado corregir*». «... (su profesión) que le permite tener una asidua relación con jóvenes menores de edad, *lo que supone tan grave riesgo que obliga a prevenir el peligro social* que supone esa incisión, legal y moralmente reprobada, en los valores éticos, culturales y sociales comunitarios».

En esta sentencia, sin embargo, se han valorado unas circunstancias personales (la ocupación del expediente y la edad de los otros sujetos) ajenas al supuesto tipificado pero con una clara incidencia, así en el juicio de atribución de conducta como en el de probabilidad de daño social. También en esta orientación la

sentencia de 18 de febrero de 1975 ya mantenía que «sabido es (proxenetismo) denota el citado índice de peligrosidad que por esta conducta reiterada, habitual, como lo es la del recurrente, ha de ser objeto de las anteriormente indicadas medidas de seguridad que la habitualidad en la realización de actos de tal naturaleza».

Igual jurisprudencia se sienta en las sentencias de 12 de mayo de 1975 y 10 de junio del mismo año. En la sentencia de 2 de diciembre también de 1975 esta orientación se mantiene bajo una declaración que manifiesta ese matiz penal del tratamiento de la peligrosidad social a la que, incluso, se despoja de su carácter más específico, la *temibilidad*, con la que en su significación semántica se confunde:

(la prostitución) «genera la categoría peligrosa a que se contrae el número cuarto del artículo segundo B) de la Ley Especial de esta Jurisdicción cuando concurre la nota de habitualidad, esto es cuando no se trata de un acto aislado y puramente esporádico, incluso por precio, sino que de tan lamentable actividad se hace un oficio que además de desvalorar socialmente al que lo ejerce atenta a las normas del pudor de la comunidad, a defender las cuales junto con la rehabilitación de la persona que con su comportamiento las infringe, tiende la ley citada; síguese de ello el notorio error que, cual es el caso que ahora enjuicia la Sala, resulta de asignar a la locución «peligrosidad» un sentido peyorativo de la temibilidad, que si en alguno de los supuestos del artículo segundo de la repetida Ley quizá corresponda, es inadecuado al supuesto que se contempla al menos con ese carácter».

Esta orientación no se sigue, sin embargo, de una manera uniforme y el criterio de la jurisprudencia anterior se mantiene en otras sentencias; así en la de 30 de abril de 1976 se declara «esa conducta (la toxicomanía) revela la presencia en aquella de un hábito o inclinación intensa al consumo de drogas alucinógenas, lo cual entraña la toxicomanía... para concluir conjugándose con los demás antecedentes personales de la expedientada, en la declaración del estado de peligrosidad».

La jurisprudencia de la Sala especial de la Audiencia Nacional está mostrando un criterio de interpretación del artículo segundo de la Ley en función del artículo 4.º del Reglamento exigiendo—como en la jurisprudencia anterior a 1975— como requisitos para la declaración de estado de peligrosidad y subsiguiente imposición de medidas de seguridad, la constatación del supuesto legal, categoría o índice de peligrosidad social y además la apreciación en el sujeción de la conducta reprochada de una situación de *temibilidad*, o sea el juicio de pronóstico de daño social que se produce luego de pronunciarse, «prius» sobre la atribución al sujeto de la conducta denunciada.

La sentencia de 17 de febrero de 1978 recoge esta orientación

expresada ya en numerosas sentencias de la expresada Sala resolviendo las dudas que pudieran plantearse en los términos, de por sí expresivos, siguientes (Ponente Ilmo. Sr. Luis Fernando Martínez Ruiz):

«CONSIDERANDO que la jurisdicción de Peligrosidad y Rehabilitación Social *no es represiva y tiene como fines proteger la sociedad de aquellos sujetos que se revelen como verdaderamente temibles y hacer de ellos ciudadanos aptos para la convivencia social.*

CONSIDERANDO que *la técnica que sirve para detectar la peligrosidad social, no es la misma que se emplea en derecho penal, pues mientras en éste la constatación de un tipo es de ordinario condición necesaria y suficiente para imponer la pena, en materia de peligrosidad social, la constatación de un tipo no es sino un presupuesto que va a permitir investigar si el sujeto es verdaderamente temible. Así, si una persona se encuentra incluida en alguno de los supuestos del artículo 2.º de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, se ha de mirar si la repercusión que su comportamiento pueda tener en la comunidad, los elementos ambientales y familiares y los demás que se hayan de ponderar (como quiere el artículo 4.º, 2 del Reglamento de Peligrosidad) permiten apreciar en aquella persona esa peligrosidad a que se refiere el apartado B) del artículo 2 de la ley, porque si estos elementos no la configuran como un sujeto temible, aunque su conducta cayera de lleno en uno de los supuestos de la ley, no podrá declarársela en estado peligroso.*

CONSIDERANDO que esta Sala no encuentra que XX se muestre como *un ser al que tengan que tener las demás personas de la comunidad...* mas estas salpicaduras no llevan connotaciones que muestren temibilidad real. *Falta, pues, ese elemento B) sin el cual el «prius» de una conducta tipificada por la ley no debe dar lugar a que se adopten medidas de seguridad.»*

Perspectivas futuras del Derecho penal panameño

(A propósito de la revisión del Anteproyecto de 1970)

CARLOS ENRIQUE MUÑOZ POPE

Profesor Asistente de Derecho penal de la Universidad de Panamá

I. INTRODUCCION

A fines de la década de los años 50 se inicia a nivel mundial un proceso general de reforma penal inspirado en la liberalización y humanización del Derecho penal que se ha trastocado por la Segunda Guerra Mundial. Dentro de este contexto la reforma penal europea es una muestra elocuente, en donde la mayoría de los países de Europa Occidental se preocupan por dictar nuevas leyes penales y, que tiene en la República Federal de Alemania el más digno ejemplo, toda vez que dicho proceso de reforma se ha precedido por extensos estudios de Derecho comparado, que recientemente empiezan a dar frutos (1). Por otra parte, los países de Europa Oriental sienten la necesidad urgente de reformar sus viejas estructuras penales y adecuarlas cada vez más a los principios del Estado socialista. Muestra de ello lo constituyen los nuevos Códigos penales de la República Democrática Alemana, Polonia, Hungría, Checoslovaquia, Bulgaria y Rumania.

En tierras latinoamericanas también se hace sentir la necesidad de la reforma de la legislación penal en toda su extensión. Argentina encabeza la lista de países que elaboran proyectos en este sentido. El Proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica constituye el más importante intento de unificar las legislaciones

(1) Véase, al respecto, JESCHECK, Hans-Heinrich: «The New German Criminal Law in the International Context», en *Law and State*, vol. 12, 1975, páginas 85-95 (traducido y publicado posteriormente en la Revista *Universitas*, vol. XIII, diciembre de 1975, págs. 163-175, bajo el título «El nuevo Derecho Penal Alemán en el contexto internacional»). Del mismo autor, también: «Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho Penal Alemán», en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo XXIX (1976), fasc. I, págs. 5-16; y más recientemente, del mismo autor: *Reforma del Derecho Penal en Alemania. Parte General*. Ediciones Depalma. Trad. de Conrado A. Finzi. Buenos Aires, 1976.

de nuestros países y es el antecedente más o menos directo de los Códigos penales aprobados y en vigor a partir de 1970 (2).

La mayoría de los países del istmo centroamericano adoptan, luego de sus respectivos procesos codificadores, Códigos de fechas recientes. En este sentido: el de Costa Rica, de mayo de 1970; el de El Salvador, de febrero de 1973; el de Guatemala, de julio de 1973, y el de Nicaragua, de marzo de 1974. Estos Códigos, relativamente nuevos en el tiempo, son una prueba elocuente de que en ésta área también se considera necesaria la reforma del Derecho penal, al igual que sucedió en la Europa de los años 50.

No sea crea, sin embargo, que por recientes estos textos legales responden a modernas concepciones penales. Así lo ha demostrado Bacigalupo (3) no hace mucho tiempo. El sistema de las penas contenido en el Código de Nicaragua, por ejemplo, es una muestra fiel de lo que constituye un sistema anticuado y superado en casi todos los aspectos.

Honduras y Panamá son los únicos países del área centroamericana en los que, a pesar de haber iniciado la reforma penal, aún rigen viejos códigos basados en modelos europeos de mediados del siglo pasado y en concepciones en franca «crisis», incluso para la época en que fueron aprobados.

En Panamá, situándonos dentro del marco general de la reforma penal, también se ha hecho sentir esa urgente necesidad, imperante en Europa y América Latina, de adecuar las antiguas estructuras penales al último cuarto del siglo xx.

En nuestro país, cuyo Código penal vigente (que data de 1922) se inspira fundamentalmente en los postulados de la escuela clásica y en los principios plasmados en el Código penal italiano de 1889, llamado comúnmente Código Zanardelli, se pretende efectuar la reforma penal a partir de las concepciones propugnadas por el Código Penal Tipo y los instrumentos aprobados en países hermanos que se basan en él.

Durante el período de cincuenta y cinco años que lleva de vigencia el Código penal panameño, las críticas que al mismo se han formulado son numerosas. Ello ha originado la necesidad de que los distintos gobiernos hayan designado diversas Comisiones Codificadoras para elaborar los proyectos correspondientes, sin prestar, no obstante, en los pocos casos que éstas han cumplido su labor, a los mismos la más mínima atención, salvo el Proyecto de 1943 que fue llevado a la Asamblea Nacional.

Así, por ejemplo, recién dictado el Código penal vigente se inició una reacción contra el mismo, fundamentalmente por el ca-

(2) Confróntese: *Código Penal tipo para Latinoamérica*, publicado bajo la dirección de Francisco Grisolia. Editorial Jurídica de Chile, tomo I, Santiago, 1973 (que sólo abarca la Parte General). Dicho texto también ha sido publicado en *Nuevo Pensamiento Penal*, año I (1972), págs. 153 y ss.

(3) BACIGALUPO, Enrique: «El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y proyectos latinoamericanos», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1977, núm. 2, págs. 3-22.

rácter anticuado de los principios en que se inspiró. Es por ello, que se creó en 1926 una Comisión Codificadora que elaboró el Proyecto de Código Penal de 1928. Posteriormente se creó otra Comisión que elaboró un proyecto que después fue revisado por Emilio González López, Ricardo A. Morales y Alejandro Tapia y que es conocido como el Proyecto de 1943. En 1950 se creó otra Comisión Codificadora que en 1952 entrega el Proyecto correspondiente y del que son autores Manuel A. Herrera Lara, Dámaso A. Cervera, José Dolores Moscote, Manuel A. Grimaldo y Benito Reyes Testa. En 1967 el gobierno panameño se hace eco de la necesidad de adecuar los instrumentos juridicopenales a la realidad imperante en nuestro medio y se decide contratar los servicios profesionales del destacado abogado penalista José Manuel Faúndes para que realice tal labor, aunque la misma sólo se circunscribió a una revisión parcial del Código vigente y que no tuvo mayor fortuna que los intentos anteriores.

Llegamos así a 1970 y el gobierno militar instaurado el 11 de octubre de 1968 crea una nueva Comisión Codificadora, en la que le ha correspondido al doctor Arístides Royo, Profesor de Derecho penal de la Universidad de Panamá, elaborar el anteproyecto de Código penal que motiva estas líneas.

Dicho proyecto, se ha podido constatar, se inspira básicamente en los trabajos realizados por los penalistas latinoamericanos en el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica. Sin embargo, no está demás señalar que el anteproyecto de 1970 también contiene influencia de otros textos penales y proyectos que en esa fecha circulaban por América y Europa. Así, por ejemplo, es de señalar la influencia que en el mismo se advierte por parte del Proyecto argentino de 1960 del Profesor Sebastián Soler; por los antecedentes y trabajos preliminares del Proyecto elaborado por el Profesor Guillermo Padilla Castro para Costa Rica; y, entre otros, también es notable la influencia que en el mismo ejerció el anteproyecto elaborado en 1967 para la República de Venezuela y del que son autores los profesores Luis Jiménez de Asúa y José Rafael Mendoza T.

II. PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL ANTEPROYECTO DE 1970

En este apartado interesa destacar los principios esenciales que inspiran la redacción original del Anteproyecto de 1970 y que orientan la reforma que con el mismo se pretende introducir en la República de Panamá. Para tal fin, examinaremos los tres aspectos más importantes de su Libro I (Parte General):

A) *Teoría de la Ley Penal* (Título I)

Como en todo Código moderno, en el Anteproyecto figura en lugar preeminente el principio de estricta legalidad, del que se deducen en materia de interpretación una serie de consecuencias que han adquirido singular importancia en el Estado de Derecho, y que el autor ha preferido tratar expresamente (concurso aparente de leyes, analogía y retroactividad).

Se adopta el principio de la territorialidad de la ley penal panameña para todos los delitos cometidos en el territorio panameño. Se señalan además los supuestos en que se aplica dicha ley, aunque se trate de delitos cometidos en el extranjero.

Finaliza la regulación de la teoría de la ley con el intento de establecer los principios generales que deben regir la aplicación de la ley en el tiempo y en cuanto a las personas, si bien algunos de estos principios constituyen repetición de algunos principios ya consagrados en los artículos anteriores.

B) *Teoría Jurídica del Delito* (Títulos II y III)

Siguiendo muy de cerca los lineamientos del Código tipo, el Anteproyecto de 1970 pretende estructurar la teoría del delito a partir del concepto de acción (tiempo, lugar y forma del hecho punible).

A continuación se regula, no muy acertadamente, la tentativa y el delito imposible. A este respecto cabe destacar que se omite toda distinción entre tentativa y delito frustrado, que ya la moderna doctrina penal había propuesto por artificiosa y problemática.

Con posterioridad se incluyen —desafortunadamente mal ubicadas— las circunstancias del hecho punible, en donde es fácil advertir la regulación sistemática —aunque no correcta— de las mismas (agravantes, atenuantes y las denominadas «circunstancias especialmente atenuantes»).

Luego se regulan las causas de justificación, destacando la disposición relativa al «exceso por emoción» que, de ser reconocida por el juzgador, faculta al tribunal para eximir de pena al agente.

En materia de culpabilidad resalta la declaración que sólo se sanciona un hecho si ha sido realizado con dolo o culpa. Sin embargo, es preciso reconocer que en el Libro II (Parte Especial) se incluyen supuestos de responsabilidad por el resultado, lo que contraría el principio antes indicado. Por otra parte, no hay en el Anteproyecto ninguna alusión al principio de culpabilidad como límite preciso y verdadero para la aplicación o ejecución de la pena.

Especial consideración merece el «error de derecho» que declara exento de pena al que cree que realiza un hecho que no

está sujeto a pena, lo que armoniza con todos los principios modernos puestos de manifiesto en las últimas décadas por la doctrina penal europea, muy especialmente por los autores alemanes.

Finaliza el capítulo referente a la culpabilidad la regulación del «principio de no exigibilidad de otra conducta» como un aspecto negativo de la misma, si bien reducido a los supuestos de coacción o amenaza.

El Título II concluye con la regulación de los conceptos de reincidencia, habitualidad, profesionalismo y peligrosidad, en donde encontramos notables imprecisiones y vaguedades.

En el Título III del Anteproyecto se ubica el resto de la teoría jurídica del delito. Dicho título, denominado «Responsabilidad por los hechos punibles», abarca lo relativo a la imputabilidad y al sujeto activo del delito.

Interesa destacar, para finalizar este apartado, que se pretende introducir en nuestro derecho el concepto del «dominio del hecho», como criterio diferenciador entre autoría y participación.

C) *Teoría de la Pena y Medidas de Seguridad* (Títulos IV, V, VI y VII)

El Anteproyecto adopta la distinción entre penas principales y penas accesorias. Como principales figuran: la pena privativa de libertad (prisión), el extrañamiento y la pena pecuniaria (el sistema de días-multa); como accesorias: la inhabilitación y la interdicción legal.

Más adelante se aprecia la regulación de la «aplicación de las penas», la «ejecución de las penas», el «reemplazo de las penas cortas de privación de libertad», la «suspensión condicional de la ejecución de la pena», la «libertad condicional» y la «rehabilitación».

El Título V está dedicado especialmente a la extinción de las acciones penales y de la pena.

En el Título VI encontramos, en dos capítulos, la regulación de las medidas de seguridad: el primero, contiene una serie de principios referidos a las medidas de seguridad, pero casi idénticos a los enumerados en cuanto a las penas, y algunas reglas relativas a su ejecución; el segundo, dedicado a las clases de medidas de seguridad y a la aplicación de las mismas.

Finalmente, para concluir esta breve reseña, el Título VII está dedicado a la regulación de «la responsabilidad civil derivada del delito».

III. BALANCE CRÍTICO DE ANTEPROYECTO DE 1970

El anteproyecto de Código penal de 1970 constituye el más serio esfuerzo realizado por dotar a nuestro país de un texto puni-

tivo moderno, acorde con las transformaciones que a nivel mundial se vienen operando en tal sentido (4).

Sin embargo, el Anteproyecto es producto de una época determinada y fiel reflejo de las concepciones en ese momento imperantes. Se puede afirmar que a pesar de haber sido elaborado en 1970, se trata de un texto inspirado en principios de la década de los 60, pues en esa fecha se gesta en Chile (1963) el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, que ha servido en gran medida de modelo al Anteproyecto.

Es necesario reconocer que ambos textos se inspiran en concepciones superadas en los últimos diez años, principalmente a partir de 1966 en que ve la luz el *Proyecto Alternativo* de Código penal para la República Federal de Alemania que ha servido de modelo al reciente Proyecto de Parte General elaborado para la República Argentina (5).

Como consecuencia lógica de esta realidad, el Anteproyecto de 1970 tenía que ser revisado y actualizado antes de su aprobación legislativa. De ello es consciente la doctrina nacional (6) que se ha manifestado en tal sentido y, en cierto modo, obligado al Gobierno panameño a postergar su consideración hasta tanto no sea sometido a lo que se ha denominado la «Comisión Revisora» que está elaborando, de un modo lento pero decidido, desde julio de 1976 hasta la fecha (7).

(4) Debemos señalar que en el mismo aparecen como innovaciones en nuestro Derecho: el sistema de regulación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; la regulación de la habitualidad, profesionalismo y peligrosidad; el extrañamiento como sanción penal (pena principal); el sistema de días-multa; el reemplazo de las penas cortas de privación de libertad; la conmutación de la pena de prisión por multa; el perdón del ofendido; la renuncia a la prescripción de la acción penal; el perdón judicial; las medidas de seguridad y la responsabilidad civil derivada del delito.

(5) Son autores de este Proyecto, elaborado durante 1974-1975, Acevedo, Aftalión, Bacigalupo, Levene y Masi. Cfr. *Nuevo Pensamiento Penal*, año IV (1975).

(6) En este sentido, MUÑOZ RUBIO, Campo Elías-GUERRA DE VILLALAZ, Aura Emérita: *Observaciones al Anteproyecto de Código Penal*, elaborado por el doctor Aristides Royo. Universidad de Panamá. Imprenta Universitaria. Panamá, 1975.

(7) Luego de la edición de las *Observaciones al Anteproyecto de Código Penal elaborado por el doctor Aristides Royo*, el Gobierno Nacional comprendió la urgente necesidad de someter a revisión la obra del también catedrático de la Universidad de Panamá, profesor Aristides Royo, para lo cual se creó una comisión *ad-honorem* que inició sus labores en julio de 1976.

La «Comisión Revisora» está integrada por representantes de los diversos estamentos de la sociedad panameña (profesores universitarios, jueces y magistrados, fiscales y procuradores, empresarios, trabajadores, educadores y abogados).

En mayor o menor medida, el anteproyecto revisado es el resultado de una labor fecunda en la que han tomado parte numerosas personas, entre otras, profesor Aura E. Guerra de Villalaz, profesor Carlos Pérez Castellón, profesor Carlos Enrique Muñoz Pope, profesor Campo Elías González Ferrer (Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de

IV. REVISION Y ACTUALIZACION DEL ANTEPROYECTO DE 1970

Desde julio de 1976 hasta la fecha está en proceso de revisión y actualización del anteproyecto elaborado por el Profesor doctor Arístides Royo.

Una vez concluida la revisión de la Parte General (Libro I), la distribución del mismo ha quedado de la siguiente manera: Título I, que contiene las disposiciones generales o preliminares básicas y la teoría de la ley penal, Título II, que trata de la teoría jurídica del delito; Título III, sobre penas; Título IV, sobre extinción de la acción penal y de la pena; Título V, que se refiere a las medidas de seguridad y, finalmente, el Título VI, que trata de la responsabilidad civil derivada del delito.

Como se podrá apreciar se ha suprimido un título del anteproyecto original (el III) y se ha refundido con las disposiciones del Título II. El Título III originalmente abarcaba los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad y de autoría y participación. Ahora están comprendidos dentro del Título II que está referido a «los hechos punibles» (Teoría jurídica del delito).

Es necesario, a continuación, exponer brevemente los resultados de esta labor conjunta en sus aspectos más sobresalientes: la teoría jurídica del delito y todo el sistema de penas y medidas penales (teoría de la pena y medidas de seguridad).

A) *Teoría Jurídica del Delito* (Título II)

Tomando en cuenta las definiciones dogmáticas del delito, se ha estructurado el Título regulando con marcado interés las formas de acción, tiempo y lugar del hecho punible (Capítulo I). En el artículo 17 se ha añadido la regulación de la «comisión por omisión», sancionándose a aquellas personas que teniendo el deber jurídico de evitar un determinado resultado no lo han hecho habiendo podido evitarlo.

En cuanto a las causas de justificación, cabe señalar que se

Panamá), profesor Jorge L. Cisneros (Departamento de Psicología de la Universidad de Panamá), profesor Jorge Arosemena (Departamento de Sociología de la Universidad de Panamá), profesor Rafael Rodríguez (Derecho Penal-Universidad Santa María La Antigua), Ramón Fábrega y Enrique Bernabé Pérez (Órgano Judicial y Ministerio Público), Oscar Ceville (Comisión de Legislación-Coordinador de la Comisión Revisora), profesor Fulvia de Sánchez (Educadora), Luis Armijo y Eric Sierra (abogados).

Hasta la fecha se ha revisado toda la Parte General (Libro I) y se encuentra bastante adelantada la Parte Especial (Libro II), de la que se han revisado los ocho primeros títulos. Cabe también señalar que, al igual que el Código vigente, el Anteproyecto omite la regulación de «las faltas» que continúan siendo de competencia de las autoridades administrativas, también llamadas *de policía* (alcaldes, corregidores, etc.).

han producido algunas modificaciones en los requisitos que se exigen para que se dé el estado de necesidad y la legítima defensa, basadas fundamentalmente en la doctrina jurisprudencial patria, que a este respecto se ha pronunciado con bastante acierto (Capítulo II).

En lo que se refiere a la imputabilidad e inimputabilidad, ahora en el artículo 23, se señala que, salvo prueba en contrario, se presume la imputabilidad del sujeto y que nadie puede ser declarado culpable por un hecho si no es imputable. Por otra parte, se adoptan medidas precisas para aquellos casos en que los funcionarios de instrucción o juzgadores adviertan, durante el sumario o el plenario, la posible inimputabilidad del procesado (Capítulo III).

Con respecto de la culpabilidad, destaca el principio de que nadie puede ser declarado culpable por un hecho legalmente descrito si no lo ha realizado con dolo, salvo los casos de culpa expresamente previstos en la ley penal. Esto implica dos consecuencias importantes: 1) que se adopta el sistema del *numerus clausus* en cuanto a los delitos culposos, que no estaba contenido en el anteproyecto original y, 2) que no deben existir supuestos de responsabilidad objetiva.

Sobre autoría y participación también encontramos algunas modificaciones de cierta trascendencia. Se ha sustituido el original concepto de autor (art. 54: «Son autores quienes ejecutan directamente el hecho delictivo, con dominio del acto típico»), por otro menos problemático, sencillo y formal-objetivo, abandonando el concepto finalista de autor que originariamente existía en el anteproyecto y que fue objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina nacional. En la Comisión Revisora ha prevalecido la opinión de que sólo es autor el que realiza la conducta descrita como punible, lo que equivale a decir que sólo es autor el que realiza cada uno de los tipos de la Parte Especial (Capítulo V).

Concluye este título con la regulación de la tentativa y del desistimiento. Originalmente se decía que hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente (art. 22). En la regulación de la tentativa se varía ahora el criterio de «actos directamente encaminados» por el de «actos idóneos encaminados a la consumación», por estimarse que lo importante es la idoneidad de los actos y no que éstos estén directamente o no encaminados a la realización del hecho. Por último, resulta importante señalar que se ha eliminado la incriminación del delito imposible por absoluta inidoneidad de los medios utilizados que se consagraba en el artículo 23 del anteproyecto.

B). *Teoría de la pena y medidas de seguridad* (Títulos III, IV, V y VI)

A diferencia de nuestro Código vigente que, inspirado en la legislación italiana de 1889, establece tres categorías bien diferenciadas de penas privativas de libertad (reclusión, prisión y arresto), el Anteproyecto de 1970 sólo presenta una pena de esta naturaleza: la de prisión. El anteproyecto revisado ha mantenido este criterio que se ha considerado fundamental para la reforma penitenciaria que, una vez vigente el nuevo Código, debe emprenderse. La principal innovación sobre la pena privativa de libertad que se ha introducido en el anteproyecto en su límite mínimo, que se ha estimado en seis meses. En todos aquellos supuestos en que luego de individualizar la pena, por efecto de las circunstancias atenuantes, resulte una pena inferior al término mínimo, se deberá sustituir la misma por días-multa o decretar la «suspensión condicional de su ejecución» según los casos (8).

Por otra parte, el anteproyecto en su concepción original señalaba que la pena de prisión podía llegar hasta un máximo de veinticinco años; sin embargo, en la revisión se ha estimado que no debe ser nunca superior a veinte años, pues en la práctica se ha demostrado que las penas privativas de libertad superiores a quince o veinte años destruyen fácilmente la personalidad del individuo.

Se mantiene del anteproyecto original la concepción de los días-multa como pena principal, pero se ha eliminado el «extrañamiento» por cuanto que se considera que debe ser una sanción de naturaleza administrativa para los extranjeros que no deban seguir permaneciendo en el territorio nacional. Además, en cuanto a la primera se ha reducido el límite máximo de quinientos a trescientos sesenta y cinco días-multa.

En cuanto a las penas accesorias, también se han introducido modificaciones. La más importante consiste en incluir como tal el «comiso» que en el anteproyecto original se consideraba como una medida de seguridad de naturaleza patrimonial.

Otra modificación de cierta importancia al anteproyecto consiste en incluir una disposición especial para darle al juzgador algunas pautas al momento de «individualizar la pena», que anteriormente se confundían con el concepto de peligrosidad que ha sido eliminado del anteproyecto.

Se ha introducido un capítulo nuevo que incluye reglas para establecer la pena en aquellos supuestos de «concurso de delitos»

(8) Este principio se ha visto alterado enormemente por el voto mayoritario de la Comisión Revisora, a instancia de los funcionarios judiciales que la componen, en el sentido de sancionar hechos delictivos de escasa gravedad —muchos de los cuales debieran despenalizarse—, con penas privativas de libertad superiores a seis meses que en muchos casos no merecen más que una sanción administrativa de multa.

(concurso ideal, concurso material y delito continuado), toda vez que dicha materia se regulaba a través de disposiciones imprecisas, a propósito de la «aplicación de las penas».

La Comisión Revisora ha eliminado casi todas las penas que en el anteproyecto original tenían por efecto sustituir las sanciones cortas de privación de libertad (prisión en días y horas no laborables, trabajo forzoso sin prisión y, reclusión domiciliaria), pero ha querido darle mayor importancia, como sustitutivo de las penas cortas privativas de libertad, a la *repreñión* pública o privada según los casos.

Con respecto de la «suspensión condicional de la ejecución de la pena» o «condena condicional», la mayoría de la Comisión Revisora, en contra de la opinión por nosotros sustentada, ha estimado conveniente reducir (9) de tres a dos años el límite de las penas que se podrían favorecer con este instituto, que si bien no es nuevo en nuestra legislación (10), coloca al anteproyecto dentro de las concepciones de política-criminal claramente destacadas en los últimos años por la doctrina penal contemporánea (11).

Sobre la extinción de la acción penal y de la pena cabe destacar que se ha reubicado en este Título «la rehabilitación», que antes aparecía incluida dentro del título correspondiente a las penas; toda vez que se dirige a dejar sin efecto las consecuencias de la pena de inhabilitación. Además, se ha eliminado el «perdón judicial» ya que los supuestos en que puede darse se pueden solucionar a través de las «excusas absolutorias».

El sistema de las medidas de seguridad ha sido reconstruido en base al modelo contenido en el Proyecto de Código Penal Tipo y al Código penal de El Salvador. Se determinan las clases de medidas de seguridad (preventivas, educativas y curativas) y se

(9) Para tal fin se ha utilizado el absurdo argumento de que de otra forma vamos a tener un Código Penal para no condenar a nadie y que todos los delinquentes sabrían que serían *premiados* con la «suspensión de sus condenas». Parece ser que en nuestros *primitivos* países el Derecho Penal no es la *última* ratio para contener el delito, sino la *primera*, al decir de numerosos miembros de la Administración de Justicia. Si esto es así y efectivamente piensan de esa forma, me pregunto, ¿qué clase de justicia penal podemos tener? Indudablemente que no de las mejores.

(10) Nuestro Código Penal vigente consagró esta figura en el art. 29, pero *reduciéndola* a una condena no mayor de cuatro meses de prisión, arresto o confinamiento o 50 balboas (que equivaldrían a unas 4.000 pesetas) de multa, lo que indudablemente, sumado a otras exigencias, desnaturalizó su objetivo. Cabe destacar, además, que los sancionados a la pena de reclusión están excluidos de este *supuesto benefico* y, si se toma en consideración que esta pena es la que más abunda en el Libro II (De los delitos en particular), es fácil confirmar que esta institución hasta ahora no ha tenido casi importancia ni aplicación real.

(11) Si, como decíamos en una nota anterior, el Derecho Penal es la *última ratio* para contener la delincuencia, deben ponerse en operación otros mecanismos para tal fin, sin tener que recurrir a la pena privativa de libertad, que si hoy domina en la mayoría de los textos penales, está casi totalmente desacreditada.

dictan las reglas necesarias para su aplicación, modificación y extinción. Sin embargo, dicha regulación no está exenta de las críticas muy atinadas que no hace poco ha formulado Bacigalupo a las recientes reformas y proyectos latinoamericanos (12).

Finalmente, y en lo que a la responsabilidad civil derivada del delito se refiere, cabe destacar la inclusión de la responsabilidad del Estado, en aquellos supuestos en que se decreta la detención preventiva del procesado y éste resulte sobreseído o declarado inocente (y haya sido privado de su libertad por un año o más).

(12) BACIGALUPO: «El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y proyectos latinoamericanos», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1977, número 2, págs. 10-14.

SECCION LEGISLATIVA

A) LEGISLACION ESPAÑOLA

a) DISPOSICIONES LEGALES

LEY 20/1978, de 8 de mayo, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De conformidad con la Ley aprobada por las Cortes, vengo en sancionar:

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 siete (segundo párrafo), ciento ochenta y cuatro, ciento noventa y uno, doscientos cuarenta, trescientos nueve, trescientos once, trescientos veintidós (primer párrafo), trescientos 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 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 sesenta y cinco, doscientos sesenta y siete (primer párrafo), doscientos sesenta y ocho, doscientos sesenta y nueve bis (primer párrafo), doscientos ochenta y uno, doscientos ochenta y dos, doscientos noventa y dos, trescien-

tos 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 (párrafos 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 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 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 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.

Decimooctava. La pena de multa establecida 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, a diez a treinta pesetas, y en su número tercero, de cuatro a veinte pesetas.

Vigésima. La pena de multa establecida en los artículos quinientos noventa 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, estimaren 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.

LEY 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

De conformidad con la Ley aprobada por las Cortes, vengo a sancionar:

Artículo uno. Uno. Se derogan los artículos cuatrocientos cuarenta y nueve a cuatrocientos cincuenta y dos del Código Penal y, en consecuencia,

queda suprimido el capítulo VI, título IX, del libro segundo, de dicho Código, que lleva como rúbrica la expresión «Adulterio», rectificándose correlativamente la numeración de los capítulos VII y VII, que pasan a ser el VI y VII.

Dos. Igualmente se deroga el artículo cuatrocientos cuarenta y tres del Código Penal.

Artículo dos. Uno. Se deroga el número siete del artículo ochenta y cuatro del Código Civil y se traslada a su lugar el texto del número ocho del mismo artículo.

Dos. Se deroga parcialmente el artículo ciento nueve del Código Civil, que, con la supresión de su último inciso, queda redactado así:

«El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad.»

Artículo tres. Uno. Se deroga el número cinco del artículo setecientos cincuenta y seis del Código Civil. También se derogan las remisiones a esta disposición contenidas en el artículo setecientos cincuenta y ocho, párrafo segundo, y en los artículos ochocientos cincuenta y dos, ochocientos cincuenta y tres, párrafo primero y ochocientos cincuenta y cuatro, párrafo primero, quedando eliminadas de los mismos las menciones del número cinco del artículo setecientos cincuenta y seis.

Dos. El texto del número seis del artículo setecientos cincuenta y seis se traslada al número cinco y el texto número siete se traslada al número seis.

Tres. En el número tres del artículo setecientos cincuenta y seis se sustituye la expresión «pena aflictiva» por la de «pena no inferior a la de presidio o prisión mayor».

Artículo cuatro. Se modifica el artículo ochocientos cincuenta y dos del Código Civil, cuyo texto pasa a ser el siguiente:

«Son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos ochocientos cincuenta y tres, ochocientos cincuenta y cuatro y ochocientos cincuenta y cinco, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo setecientos cincuenta y seis con los números uno, dos, tres y seis. Asimismo es justa causa para desheredar haber cometido adulterio con el cónyuge del testador.»

Artículo cinco. Uno. En el párrafo primero del artículo ochocientos cincuenta y tres se incluyen los hijos adoptivos, quedando redactado de esta forma:

«Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes legítimos y naturales, así como a los hijos adoptivos, además de las señaladas en el artículo setecientos cincuenta y seis con los números dos, tres y seis, las siguientes.»

Dos. En el párrafo primero del artículo ochocientos cincuenta y cuatro se incluyen los padres adoptantes, quedando redactado así:

«Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes legítimos y naturales, así como a los adoptantes, además de las señaladas en el artículo setecientos cincuenta y seis con los números uno, dos, tres y seis, las siguientes.»

REAL DECRETO-LEY 21/1978, de 30 de junio, sobre medidas en relación con los delitos cometidos por grupos o bandas armados.

Los crecientes y gravísimos actos cometidos por grupos o bandas armados constituyen intolerables atentados contra la vida de las personas y contra la seguridad ciudadana y, en definitiva, representan una amenaza constante para el ejercicio de las libertades fundamentales en el supuesto ineludible del Estado de Derecho. Es por ello por lo que la lucha contra esta forma de delincuencia exige, para que sea realmente eficaz, la adopción de una serie de medidas de distinta naturaleza, a las que es necesario incorporar la promulgación de normas jurídicas que mejoren las actualmente existentes para prevenirla y reprimirla.

Esas fueron las razones que en su día aconsejaron al Gobierno a aprobar y remitir a las Cortes un Proyecto de Ley sobre medidas en relación con los delitos cometidos por grupos o bandas armados.

El Proyecto de Ley antes citado se encuentra actualmente en tramitación en las Cortes por el procedimiento de urgencia; pero es evidente que su aprobación definitiva, en la forma y contenido que las Cámaras decidan, no podrá producirse en plazo inmediato, por las lógicas exigencias de tiempo que todo proceso legislativo comporta y la densa carga de trabajo que actualmente pesa sobre las Cortes.

Ambas circunstancias, unidas a la gravedad e importancia de las acciones y conductas a que se quiere poner eficaz remedio, determinan la urgencia de adoptar de forma inmediata dichas medidas, en perfecta sintonía con la generalizada exigencia de la sociedad española y con el sentir reflejado en la moción aprobada por el Pleno del Congreso de Diputados en su sesión del día veintiocho de junio sobre la más rápida y eficaz acción para la prevención y, en su caso, represión de tan graves delitos y conductas.

Todo ello determina la necesidad y urgencia de su aplicación y puesta en práctica, en tanto se aprueba definitivamente por las Cortes el Proyecto de Ley actualmente pendiente en las mismas y sin que, en ningún caso, la vigencia de este Real Decreto-ley exceda de un año.

En su virtud, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día veintinueve de junio de mil novecientos setenta y ocho, en uso de la autorización que me concede el artículo trece de la Ley Constitutiva de las Cortes, y oída la Comisión de las Cortes a que se refiere el número uno de la disposición transitoria segunda de la Ley uno/mil novecientos setenta y siete, de cuatro de enero, para la Reforma Política,

DISPONGO:

Artículo primero.—Las disposiciones contenidas en este Real Decreto-ley serán aplicables exclusivamente a los delitos de asesinato, lesiones gra-

ves, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos, terrorismo y delitos conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en bandas o grupos organizados y armados.

Asimismo se aplicarán a los miembros de dichas bandas o grupos.

Artículo segundo.—La instrucción, conocimiento y fallo de las causas por los delitos y conductas enumerados en el artículo anterior correspondrán exclusivamente a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional.

Los detenidos por hallarse implicados en cualquiera de los delitos o conductas enumerados en el artículo anterior serán puestos directamente a disposición del Juez competente para instruir el correspondiente procedimiento, dentro de las setenta y dos horas siguientes. No obstante, la detención gubernativa podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores, en cuyo caso la autoridad gubernativa deberá poner este hecho en conocimiento del Juez antes de que transcurra dicho plazo; la autoridad judicial, en el término previsto en el artículo cuatrocientos noventa y siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podrá denegar la prolongación de la detención propuesta, o confirmarla, entendiéndose que acepta tácitamente la prórroga si dejare transcurrir aquel plazo sin rechazarla.

Artículo tercero.—A los efectos prevenidos en el artículo quinientos cincuenta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los delitos comprendidos en este Real Decreto-ley se considerarán siempre como flagrantes.

La autoridad gubernativa comunicará al Juez competente el registro efectuado y las causas que lo motivaron.

Artículo cuarto.—La autoridad gubernativa podrá ordenar la observación postal, telegráfica y telefónica para aquellas personas de las que se estime racionalmente puedan estar relacionadas o integradas en los grupos o bandas organizados a que se refiere el artículo primero de este Real Decreto-ley. Al tiempo de ejercitar esta facultad comunicará por escrito la decisión al Juez competente, fundando la adopción de la medida; la autoridad judicial, también con expresión de los motivos, podrá revocar total o parcialmente lo acordado por la autoridad gubernativa, en cuyo caso deberá ejecutarse inmediatamente tal resolución.

Artículo quinto.—La tramitación de las causas a las que se refiere este Real Decreto-ley, incluso las ya iniciadas, tendrá absoluta preferencia, procurándose además la agilización de los trámites procesales y la utilización de los medios de comunicación más rápidos. Si, por razón de la penalidad asignada al delito, se siguiera el procedimiento ordinario, desde la presentación del último escrito de calificación hasta la vista, no transcurrirán más de tres meses.

Artículo sexto.—Ni los indultos generales, si los hubiere, ni tampoco los particulares, podrán alcanzar a los condenados por cualesquiera de los delitos mencionados en el artículo primero. Tampoco serán de aplicación los beneficios legales de la libertad condicional y la redención de penas por el trabajo.

Artículo séptimo.—Uno. Las facultades que en este Real Decreto-ley se atribuyen a la autoridad gubernativa se ejercerán exclusivamente por el Ministro del Interior.

Dos. El Gobierno tendrá el deber de informar periódicamente a las Cortes, en la forma que el Congreso de los Diputados y el Senado determinen, del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas reguladas en este Real Decreto-ley.

DISPOSICION TRANSITORIA

El presente Real Decreto-ley quedará derogado en la fecha en que entre en vigor el Proyecto de Ley sobre medidas en relación con los delitos cometidos por grupos o bandas armados, sin que en ningún caso tenga una vigencia superior a un año.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—El presente Real Decreto-ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", y de él se dará inmediata cuenta a las Cortes.

Segunda.—Se autoriza al Gobierno y, en su caso, a los Ministros de Justicia y del Interior para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución del presente Real Decreto-ley.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogadas las normas legales que se opongan a lo dispuesto en este Real Decreto-ley durante la vigencia del mismo.

b) PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY SOBRE MODIFICACION DEL CODIGO PENAL
EN MATERIA DE TERRORISMO

La lucha contra el terrorismo ocupa hoy un primer plano entre las preocupaciones nacionales por la extraordinaria importancia de unas actividades que afectan a los bienes jurídicos más valiosos, perturban gravemente la convivencia social y la paz ciudadana, y dificultan la estabilidad de la democracia política. Las directrices jurídico-penales seguidas hasta ahora para combatirlo han consistido en la creación de nuevas figuras de delito y en un aumento repetido de las penas, sin tener en cuenta exigencias técnicas ineludibles, prodigando las repeticiones defectuosas y olvidando las normas sobre el concurso de delitos que en estos casos tienen o deben tener frecuente aplicación por pertenecer el sujeto a organizaciones criminales y producirse el ataque simultáneo o sucesivo a diversos bienes jurídicos. La reconsideración de las directrices seguidas hasta este momento obligan no sólo a desplazar el acento de esa política criminal, sino a prescindir de denominaciones carentes de un auténtico significado técnico-jurídico, reintegrado a tales conductas, contrarias a las más elementales normas de convivencia, la genuina calificación que merecen de asesinatos agravados o detenciones ilegales cualificadas. Es preciso, además, tener presentes los Convenios internacionales y, muy en particular, el Convenio europeo para la represión del terrorismo, donde éste viene definido por la realización de determinados delitos comunes, con absoluta independencia de los móviles políticos que concurran e incluso de su ausencia. Por otro lado, la aplicación efectiva de las penas establecidas o que ahora se establecen para los delitos de asesinato, detenciones ilegales condicionadas o con simulación de autoridad y estragos será suficientemente severa por sí sola para disuadir a los culpables o inocularlos durante el tiempo de su condena.

Esta reforma, que pretende una simplificación y, por tanto, una más fácil aplicación y mayor eficacia del Código Penal, obliga a modificar algunos preceptos del mismo, descuidados y anticuados por técnicas globales que no han tomado en consideración el resto de las normas punitivas. Por ello se modifican los artículos diecisiete, doscientos sesenta y cuatro, doscientos sesenta y cinco, trescientos treinta y ocho bis, cuatrocientos ochenta y uno, quinientos uno/segundo y quinientos cincuenta y cuatro. El artículo doscientos sesenta y tres se traslada a más congruo lugar con el número doscientos cuarenta y seis, y el nuevo artículo cuatrocientos noventa y seis bis recoge sustancialmente lo prevenido en el que era artículo doscientos sesenta y dos. Es obvia también la necesidad de alterar el contenido de lo establecido en el artículo primero del Real Decreto-ley tres/mil novecientos setenta y siete, de cuatro de enero, sobre la competencia para conocer de los delitos en que ahora queda descompuesto el «terrorismo». Del artículo doscientos sesenta y cuatro se suprime la mención del depósito de armas y municiones porque se encuentra ya castigado en el artículo doscientos

cincuenta y siete, así como la referencia a la mera colocación o empleo, porque es acto ejecutivo inicial de otro delito, donde si no se produce el resultado apetecido por los culpables, incurrirán éstos en responsabilidad criminal por tentativa o frustración del delito que se propusieran cometer. El artículo doscientos sesenta y cinco se desliga de la precisión de que el depósito se constituya precisamente en el domicilio de la asociación, bastando que sea a nombre o por cuenta de ésta, salvando así la contradicción que existía entre el primero y el segundo párrafo, y se suprime las normas actuales sobre presunción de responsabilidad. Las modificaciones del artículo cuatrocientos ochenta y uno tienen por objeto modernizarlo, añadiendo a la exigencia de rescate la imposición de cualquier otra condición y la retención después de cometer un delito contra la propiedad; se reduce el tiempo de veinte días a quince y se sustituye la simulación de Autoridad pública por la de funciones públicas, corrigiendo por otra parte las dificultades que surgen del concepto de Autoridad, excesivamente limitador a estos efectos, que da el artículo ciento diecinueve. Se introducen dos nuevos artículos, el cuatrocientos ochenta y uno bis y doscientos cuarenta y nueve bis, para tipificar actos que, de no hacerlo así, constituirían meras actividades preparatorias inconcretas normalmente impunes, pero que en la vida real constituyen comportamientos generalizados dignos de sanción, y aquellos actos, favorecidos por el anonimato de los medios de comunicación, que consisten en producir alarmas o perjuicios mediante notificaciones falsas. Las demás modificaciones son consecuencia ineludible del giro que con esta reforma se pretende imprimir a la lucha contra el terrorismo, en la que, por lo demás, desempeñan un papel acaso más importante que el Código Penal las medidas adoptadas para que éste se aplique realmente, pues sabido es que no importa tanto la severidad de las penas como su efectiva aplicación.

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 primero.—La rúbrica del capítulo XII, título II, del libro II del Código Penal quedará redactada en los siguientes términos: «De la tenencia y depósito de armas o municiones, y de la tenencia de explosivos». Igualmente se modifica la rúbrica de la Sección segunda del referido capítulo y título, que será: «De la tenencia de explosivos».

Artículo segundo.—La circunstancia segunda del número tercero del artículo diecisiete del Código Penal se modificará como sigue: «Segunda. La de ser el delincuente reo de traición, homicidio del Jefe del Estado o su sucesor, parricidio, asesinato, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos, o reo conocidamente habitual de otro delito».

Artículo tercero.—Se introduce un nuevo artículo con el número doscientos cuarenta y nueve bis, redactado como sigue: «Los que, con ánimo

de causar alarma, afirmaren falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros similares, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de veinte mil a doscientas mil pesetas».

Artículo cuarto.—El artículo doscientos sesenta y tres del Código Penal queda sin contenido y su texto sin variación alguna se traslada al capítulo IX del mismo título, donde recibirá el número doscientos cuarenta y seis, pasando el actual doscientos cuarenta y seis a denominarse doscientos cuarenta y seis bis.

Artículo quinto.—El artículo doscientos sesenta y cuatro quedará redactado así: «La tenencia de sustancias o aparatos explosivos, inflamables o asfixiantes, así como su fabricación, transporte o suministro de cualquier forma, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigado con la pena de prisión mayor. Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el culpable y en el hecho y la gravedad de éste, podrán rebajar en uno o dos grados la pena a que se refiere el párrafo anterior».

Artículo sexto.—El artículo doscientos sesenta y cinco quedará redactado en estos términos: «Los depósitos de armas, municiones o explosivos establecidos en nombre o por cuenta de una asociación determinarán la disolución de ésta para todos los fines, tanto si dichas armas, municiones o explosivos se encuentran en su domicilio como fuera de él».

Artículo séptimo.—El artículo trescientos treinta y ocho bis se redactará como sigue: «El que, pudiendo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, impedir un delito contra la vida o que cause grave daño a la integridad, la honestidad, la libertad o la seguridad de las personas, se abstuviere voluntariamente de hacerlo o de ponerlo en conocimiento de las Autoridades en el término más breve posible, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de veinte mil a doscientas mil pesetas, o con ambas penas».

Artículo octavo.—El artículo cuatrocientos ochenta y uno se modifica en los siguientes términos: «El delito previsto en el artículo anterior será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo o reclusión menor en su grado medio, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurriere el culpable: Primero. Si se hubiere exigido rescate o impuesto cualquier otra condición o fuere consecutivo a un delito contra la propiedad. Segundo. Si el encierro o detención hubiere durado más de quince días. Tercero. Si se hubiere ejecutado con simulación de funciones públicas».

Artículo noveno.—Se introduce un nuevo artículo, con el número cuatrocientos ochenta y uno bis, redactado como sigue: «El que construyere, acondicionarse o por cualquier título tuviere a su disposición lugares especialmente preparados para la eventual comisión de delitos previstos en este capítulo, será castigado con la pena de prisión menor».

Artículo décimo.—Se introduce un nuevo artículo con el número cuatrocientos noventa y seis bis, redactado como sigue: «Si las amenazas o coacciones se cometieren con el propósito de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, se impondrá la pena superior en un grado».

Artículo undécimo.—Se suprime el artículo quinientos uno, número se-

gundo, el inciso último, donde se hace referencia que «el robado fuere detenido bajo rescate o por más de un día, o cuando se intentare el secuestro de alguna persona».

Artículo duodécimo.—El artículo quinientos cincuenta y cuatro quedará redactado en los siguientes términos: «Incurrirá en la pena de presidio mayor, como reo de estragos, con independencia del fin propuesto por el culpable, el que causare maliciosamente daños de cualquier cuantía, mediante destrucción de aeronave, inmersión o varamiento de nave, empleo de sustancias explosivas, inundación, levantamiento de carriles o cambio de señales de una vía férrea, destrozos de hilos o postes telegráficos, de aparatos o instrumentos de transmisión por ondas, o de cualquier otro medio de destrucción semejante a los expresados. Al que produjere una situación de peligro para la vida o la integridad corporal de las personas se le impondrá la pena en el grado máximo o la superior en grado. Lo establecido en los dos párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir el culpable por tenencia ilícita de explosivos o por cualquier otro delito».

Artículo decimotercero.—En el artículo primero del Real Decreto-ley tres/mil novecientos setenta y siete, de cuatro de enero, la expresión «Delitos de terrorismo» se sustituirá por delitos de asesinato lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos y delitos conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por miembros de bandas o grupos organizados, usando de armas, explosivos u otros medios susceptibles de ocasionar grandes estragos y que produzcan gran alarma en el cuerpo social».

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados los artículos doscientos sesenta, doscientos sesenta y uno y doscientos sesenta y dos del Código Penal, así como los artículos uno, dos y tres del anexo al Código Penal añadido por el Real Decreto-ley tres/mil novecientos setenta y siete, de cuatro de enero. («Boletín Oficial de las Cortes Españolas», núm. 101, de 30 de mayo de 1978.)

PROYECTO DE LEY SOBRE ABOLICION DE LA PENA DE MUERTE EN EL CODIGO PENAL

La presente ley constituye un paso fundamental en el proceso de gradual abolición de la pena de muerte en nuestro Ordenamiento. Se trata de una reforma circunscrita al Código Penal común que no altera la sistemática del mismo, en tanto se procede a la elaboración de un cuerpo jurídico penal nuevo. Por ello, en lugar de modificar todos y cada uno de los artículos de aquél relativos a la pena de muerte, se ha adoptado el criterio de complementar las reglas de determinación de la pena en el sentido de que cuando resulte aplicable el castigo máximo a tenor de lo dispuesto en la regla se-

gunda del artículo sesenta y uno del Código Penal, el mismo será sustituido por la pena de reclusión mayor con la cláusula de que su duración sea de cuarenta años, tal como ya prevé para caso paralelo el artículo setenta y cinco, número primero, del citado cuerpo legal.

Al mismo tiempo se limita la posibilidad de aplicación a los así condenados de medidas de gracia, prohibiéndose los indultos de carácter general, rechazables en principio por cuanto pueden contribuir al desprestigio y a la pérdida del valor ejemplar de la penalidad.

Sin embargo, quienes resulten condenados en la forma que la presente ley regula, podrán disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios previstos por el Ordenamiento jurídico, si bien, siempre con el límite de que los mismos no podrán ser determinantes de una reclusión efectiva e ininterrumpidamente inferior a veinte años, conjugando de esta manera los diversos fines tradicionalmente atribuidos a la sanción penal.

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 primero.—Cuando por la aplicación de los preceptos del Código Penal vigente hubiera de imponerse la pena de muerte, se observará lo dispuesto en la regla primera del artículo setenta y cinco de dicho Código, sustituyéndose aquélla por la pena de reclusión mayor, con la cláusula de que su duración será de cuarenta años.

Artículo segundo.—La pena resultante de la sustitución prevista en el artículo anterior no podrá ser objeto de reducción por virtud de indultos y otras medidas de gracia de carácter general.

Artículo tercero.—La redención de pena por el trabajo, el período de libertad condicional y demás beneficios penitenciarios que puedan aplicarse a la pena así sustituida no afectará en ningún caso al cumplimiento efectivo de veinte años de reclusión ininterrumpida. («Boletín Oficial de las Cortes Españolas», núm. 101, de 30 de mayo de 1978.)

PROYECTO DE LEY SOBRE MODIFICACION DEL CODIGO PENAL EN MATERIA DE REINCIDENCIA

El artículo diez, circunstancia quince, y el artículo sesenta y uno, regla sexta, del Código Penal, texto refundido de mil novecientos cuarenta y cuatro, establecieron un régimen jurídico para la circunstancia agravante de reincidencia, que, tras algunas vacilaciones, fue definitivamente interpretado por la Jurisprudencia en el sentido de que la «segunda reincidencia», a que se refería el segundo de los mencionados preceptos, sólo podía apreciarse cuando el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado en más de una sentencia por delitos comprendidos en el mismo título del Código, es decir, que lógicamente no era posible estimar una segunda reincidencia si anteriormente el culpable no había sido ya considerado una primera vez como

reincidente. La reforma operada por Ley treinta y nueve/mil novecientos setenta y cuatro, de veintiocho de noviembre, alteró dicho régimen y equiparó, como «doble reincidencia», la primera reincidencia por varios delitos a la segunda reincidencia en sentido propio, distorsionando la sistemática penal y la naturaleza de las cosas. Por ello parece conveniente restablecer de inmediato la regulación anterior de las aludidas circunstancias agravantes, sin perjuicio del tratamiento definitivo que en su día se aplique a la delincuencia reincidente, habitual y profesional, actualmente en estudio. Al propio tiempo, se considera oportuna limitar en la segunda reincidencia, que ahora pasa a denominarse más propiamente «multirreincidencia», la pena a imponer a la superior en un grado a la establecida por la Ley para el delito cometido haciéndola facultativa con el fin de evitar un endurecimiento excesivo de la sanción del multirreincidente, que, por lo demás, podrá, en su caso, ser objeto de las oportunas medidas de seguridad en la forma legalmente prevista.

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 primero.—Se deroga el artículo segundo de la Ley treinta y nueve/mil novecientos setenta y cuatro, de veintiocho de noviembre, en lo relativo a la modificación del artículo diez, circunstancia quince, del Código Penal, y se restablece la redacción anterior de dichos artículo y circunstancia conforme al Decreto tres mil noventa y seis/mil novecientos setenta y tres, de catorce de septiembre, por el que se publicó el último texto refundido del expresado cuerpo legal, agregándole un tercer párrafo del tenor siguiente:

«Hay multirreincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por dos o más delitos de los mencionados en el párrafo anterior en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiera apreciado ya la circunstancia de reincidencia».

Artículo segundo.—En el texto vigente del artículo sesenta y uno, regla sexta, del Código Penal, se sustituirá la frase «doble reincidencia, decimoquinta del artículo diez en su segundo párrafo», por «multirreincidencia definida en el artículo diez, circunstancia decimoquinta», y la expresión «se aplicará la pena superior en uno o dos grados» por «se podrá aplicar la pena superior en grado».

Artículo tercero.—La presente Ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». («B. O. Cortes Españolas», número 101, 30 mayo 1978.)

c) ANTEPROYECTOS DE LEY

ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL PENITENCIARIA (*)

EXPOSICION DE MOTIVOS

La necesidad de una Ley general penitenciaria en nuestro ordenamiento había sido puesta de relieve desde hace largo tiempo por la doctrina, al no constituir el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal lugares adecuados para una regulación de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, y al no revestir las normas reglamentarias la fijeza que demanda la consagración positiva de los derechos y deberes fundamentales de los internos.

Tal laguna pretende ser colmada por la presente disposición, que, en síntesis, comprende las normas fundamentales relativas al estatuto jurídico del interno, las funciones y cometidos de la Administración penitenciaria, la competencia del Juez de vigilancia de ejecución de las penas, de nueva creación en el ordenamiento español, y una referencia al papel también protagonista que corresponde a la sociedad, tan implicada en las funciones penitenciarias como lamentablemente lo está en la génesis de la delincuencia. Para la redacción de esta normativa se han tenido principalmente en cuenta, junto a las conclusiones de la Ciencia penitenciaria de nuestro tiempo, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos elaboradas por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, los Pactos internacionales sobre derechos humanos, las leyes penitenciarias de los países más avanzados y el Anteproyecto de Constitución española.

Las prisiones son un mal necesario y, no obstante, la indiscutible crisis de las penas de privación de libertad, previsiblemente habrán de seguirlo siendo por mucho tiempo. Los cambios de las estructuras sociales y de los regímenes políticos determinarán, sin duda, modificaciones esenciales en la concepción y realidad sociológica de la delincuencia, así como en las sanciones legales encaminadas a su prevención y castigo, pero es difícil imaginar el momento en que la pena de privación de libertad, predominante hoy día en los ordenamientos penales de todos los países, pueda ser sustituida por otra de distinta naturaleza, que, evitando los males y defectos inherentes a la reclusión, pueda servir en la misma o en mejor medida a las necesidades requeridas por la defensa social.

La finalidad fundamental que doctrina y legislación atribuyen en la actualidad a las penas y medidas de privación de libertad es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados, sin perjuicio de prestar la atención debida a las finalidades de advertencia e intimidación que la prevención general demanda, y a la proporcionalidad de las penas con la gravedad de los delitos cometidos que el sentido más elemental de justicia requiere.

(*) Este es el Anteproyecto que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias ha entregado al Ministro de Justicia. Está pendiente del Dictamen de la Comisión General de Codificación, así como de las observaciones de los demás Ministerios, antes de su elevación al Consejo de Ministros.

Al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena, la Ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la Sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometida a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad. De aquí se desprende una doble consecuencia: la necesidad de que el Derecho, como elemento garantizador, discipline minuciosamente la situación del interno en relación con la Sociedad que le sanciona y desea su plena reintegración a la misma, y la necesidad asimismo de contar con la cooperación de las Ciencias de la conducta para establecer el tratamiento reformador más apto para la personalidad de cada penado.

La relación que une al penado con la Administración penitenciaria, representante de la Sociedad, es una relación jurídica en que, a los derechos y deberes de una de las partes, se contraponen los correspondientes deberes y derechos de la otra. El penado conserva todos los derechos reconocidos a los ciudadanos nacionales por las normas jurídicas vigentes, con excepción, naturalmente, de aquellos cuya privación o limitación constituya precisamente el contenido de la pena impuesta, y por ello se ponen a su disposición los medios adecuados para su defensa, así como para la defensa de aquellos derechos que nacen específicamente de la condición de interno. Paralelamente se prohíben los abusos por parte de la Administración penitenciaria, se crea un órgano judicial de vigilancia de la actividad de la misma, y se atribuye a la citada Administración una labor de asistencia y tutela al lado de sus funciones de vigilancia y tratamiento. Al propio tiempo hay que señalar los deberes y obligaciones propios de los internos, consecuencia, bien de la aplicación de normas constitucionales válidas para todos los españoles, bien de la indiscutible obligación fundamental de respetar la prisión preventiva o de cumplir la pena o la medida impuesta por sentencia judicial, para cuya consecución la Administración ha de contar con los pertinentes medios coercitivos y disciplinarios, que combinen justamente un criterio de rigor en la defensa del orden en los establecimientos, requerido por las propias necesidades del internamiento y la demanda social de paz, con el humanismo que inspira toda la reforma.

La sanción de privación de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, mediante la utilización de los métodos científicos adecuados. El tratamiento no pretende consistir en una modificación impuesta de la personalidad del hombre, sino en una puesta a disposición del mismo de los elementos necesarios para ayudarle a vivir fecundamente su libertad. En consecuencia, será programado, individualizado y voluntario, estimulándose la colaboración personal del interno, llamado a desempeñar un papel cada vez más intensamente protagonista, en el marco de un sistema penitenciario progresivo, dotado de una flexibilidad que lo aleja de los precedentes clásicos, aproximándolo a lo que podría denominarse un «sistema de individualización científica».

Como resumen de cuanto antecede, cabe indicar que los rasgos más so-

bresalientes de esta Ley son los siguientes: consagración expresa del principio de legalidad con referencia a la ejecución de las penas y medidas penales, potenciación del régimen abierto y reducción del cerrado a supuestos extraordinarios, sumisión general del régimen penitenciario a las exigencias del tratamiento científico de los internos, trabajo equiparado al trabajo en libertad, régimen disciplinario adaptado a las normas promulgadas en 1973 por el Consejo de Europa, implantación de la figura del Juez de Vigilancia como órgano decisivo amparador de los derechos de los internos, importancia atribuida a la asistencia social durante el internamiento y postpenitenciaria, que conduce a la creación del Consejo de Asistencia Social y del Cuerpo de Asistentes Sociales al servicio de la Administración penitenciaria como elementos claves de dicha asistencia.

Una Ley Penitenciaria no puede representar ni resolver por sí sola las complejas cuestiones que plantea la Administración de Justicia en sus diversas facetas, ni siquiera solamente en la ejecutiva. Por eso, esta disposición se inserta en un contexto general de renovación de nuestra legislación, del que cabe destacar muy especialmente las reformas en curso del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que afectarán respectivamente, entre otros extremos, a las clases y duración de las penas de privación de libertad, sustitutivos penales, extensión de la remisión condicional de la pena, y de la libertad condicional e instituciones análogas, publicidad limitada del Registro de Antecedentes Penales y a la duración de los plazos procesales, ámbito de aplicación de la prisión preventiva e introducción en el proceso penal de una fase de estudio criminológico del imputado para facilitar el juicio de culpabilidad y la determinación de la pena por el juzgador. Por otra parte, el régimen jurídico de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias, sin cuyo esfuerzo ninguna reforma penitenciaria sería posible, y la determinación de los medios materiales precisos para la construcción de nuevos establecimientos y las necesidades del régimen y el tratamiento penitenciario, habrán de ser objeto de regulación en las correspondientes disposiciones. Esta Ley constituye, pues, sólo un primer paso en la normalización de la situación penal y penitenciaria de nuestro país y la implantación de un sistema de ejecución de penas y medidas de seguridad más justo y humano, en el marco de un Estado democrático de Derecho. Y también constituye, al mismo tiempo, una llamada de atención a la conciencia de la Sociedad española, sin cuya participación y colaboración activa y convencida, el problema de las presiones carecerá de solución definitiva.

TITULO PRELIMINAR

Artículo 1.º.—1. Las Instituciones Penitenciarias reguladas por la presente Ley tienen como *fin primordial* la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

2. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados.

Artículo 2.º. La actividad penitenciaria se ejercerá respetando en todo

caso la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza.

En consecuencia:

1. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.

2. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión.

3. Se garantizará el ejercicio del derecho de sufragio de todos los internos no suspendidos ni inhabilitados para el mismo, en la forma que las leyes lo permitan.

4. Se facilitará que los internos continúen los procedimientos que tuvieren pendientes en el momento de su ingreso en prisión y puedan entablar nuevas acciones.

5. La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos.

6. El interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre.

Artículo 3.º Los internos deberán:

a) Permanecer en el Establecimiento a disposición de la Autoridad que hubiere decretado su internamiento o para cumplir las condenas que se les impongan, hasta el momento de su liberación.

b) Acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del Establecimiento, cumpliendo las sanciones disciplinarias que les sean impuestas en el caso de infracción de aquéllas.

c) Colaborar en el tratamiento penitenciario, con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado.

d) Mantener una actitud de respeto y consideración con los funcionarios de Instituciones Penitenciarias y Autoridades Judiciales o de otro orden.

e) Observar una conducta correcta con sus compañeros de internamiento.

Artículo 4.º El régimen de prisión preventiva tiene como principal objeto retener al interno a disposición de la Autoridad judicial. El principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos.

Artículo 5.º Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra.

Artículo 6.º La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los Reglamentos y las sentencias judiciales.

TITULO I

De los Establecimientos y medios materiales

Artículo 7.º Los Establecimientos Penitenciarios, dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, comprenderán:

a) Establecimientos preventivos.

- b) De cumplimiento de penas.
- c) Especiales.

Artículo 8.º.—1. Los Establecimientos preventivos son Centros de ámbito provincial destinados a la retención y custodia de detenidos y presos. También podrán cumplirse penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses.

2. En cada provincia podrá existir más de un establecimiento de esta naturaleza.

3. Cuando no existan establecimientos preventivos para mujeres y jóvenes ocuparán en los de hombres departamentos que constituyan unidades con absoluta separación y con organización y régimen propios.

Artículo 9.º.—1. Los Establecimientos de cumplimiento son Centros de ámbito nacional o regional destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad. Se organizarán separadamente para hombres y mujeres y serán de dos tipos: de régimen ordinario y abierto.

2. Los jóvenes cumplirán separadamente de los adultos. A los efectos de esta Ley, se entiende por jóvenes las personas de uno y otro sexo que no hayan cumplido veintiún años. Excepcionalmente y teniendo en cuenta la personalidad del interno, podrán permanecer en Centros destinados a jóvenes, quienes, habiendo cumplido veintiún años, no hayan alcanzado los veinticinco.

Artículo 10.—1. Existirán Establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, concurriendo además en ambos supuestos la comisión repetida de faltas disciplinarias muy graves, siempre que el estudio de la personalidad del sujeto excluya la presencia de anomalías o deficiencias que determinarían su destino al Centro especial correspondiente.

2. También podrán ser destinados a estos Establecimientos, con carácter de excepción y previa autorización judicial, con absoluta separación de los penados, aquellos internos preventivos en los que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior.

3. La permanencia en estos Centros será por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso.

Artículo 11. La ubicación de los Establecimientos de cumplimiento será fijada por la Administración Penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados.

Artículo 12. Los Establecimientos especiales son aquellos de ámbito nacional o regional en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos:

- a) Centros hospitalarios.
- b) Centros psiquiátricos.
- c) Centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia.

Artículo 13. Los Establecimientos penitenciarios deberán contar en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos de dormitorios individuales, enfermería, escuelas, biblioteca, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, patios, peluquerías, cocina, comedor, locutorios, departamento de información exterior, salas anejas de relaciones familiares y, en general, todos aquellos que permitan desarrollar en ellos una vida de colectividad organizada y una adecuada clasificación de los internos, en relación con los fines que en cada caso les están atribuidos.

Artículo 14. El Estado, a través de la Administración penitenciaria, velará para que los Establecimientos sean dotados de los medios materiales y personales necesarios que aseguren el mantenimiento, desarrollo y cumplimiento de sus fines.

TITULO II

Del régimen penitenciario

CAPITULO I

Organización general

Artículo 15.—1. El ingreso de un detenido, preso o penado en cualquiera de los Establecimientos penitenciarios se hará mediante mandamiento u orden de la Autoridad competente, excepto el supuesto de presentación voluntaria, que será inmediatamente comunicado a la Autoridad Judicial, quien resolverá lo procedente.

2. A cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria, y a cada penado un protocolo de personalidad.

Artículo 16. Cualquiera que sea el Centro en el que tenga lugar el ingreso, se procederá, de manera inmediata, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, edad, antecedentes, estado físico y mental, y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento.

En consecuencia:

a) Los hombres y las mujeres deberán estar separados. No obstante, podrá autorizarse un régimen conjunto en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen.

b) Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes.

c) Los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

d) Los que presenten enfermedad, anomalías o deficiencias físicas o mentales, de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento.

Artículo 17.—1. La libertad de los detenidos, presos o penados sólo podrá ser acordada por la Autoridad competente.

2. Los detenidos serán puestos en libertad por el director del establecimiento si, transcurridas las setenta y dos horas siguientes al momento del ingreso, no se hubiere recibido mandamiento u orden de prisión.

3. Los condenados a penas de arresto serán liberados el día señalado.

4. Para proceder a la excarcelación de los condenados no arrestados será precisa la aprobación del licenciamiento definitivo por el Tribunal sentenciador o de la propuesta de libertad condicional por el Juez de vigilancia.

5. En el momento de la excarcelación se entregará al liberado el saldo de su cuenta de peculio, los valores y efectos depositados a su nombre, así como una certificación del tiempo que estuvo privado de libertad y cualificación profesional obtenida durante su reclusión. Si careciere de medios económicos se le facilitarán los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos.

Artículo 18. Los tralados de los detenidos, presos y penados, se efectuarán de forma que se respete la dignidad de los internos.

Artículo 19.—1. Todos los internos se alojarán en celdas individuales.

Ante la insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del médico o de los equipos de observación y tratamiento se podrá recurrir a dependencias colectivas. En estos casos, los internos serán seleccionados adecuadamente.

2. Tanto las dependencias destinadas al alojamiento nocturno de los reclusos como aquellas en que se desarrolle su vida, deberán satisfacer las necesidades de la higiene y estar acondicionadas de manera que el volumen de aire, ventilación, agua, alumbrado y calefacción se ajusten a las condiciones climáticas de la localidad.

3. Por razones de higiene se exigirá un cuidadoso aseo personal. A tal fin, la Administración facilitará gratuitamente a los internos los servicios y artículos de aseo necesarios.

Artículo 20.—1. El interno tiene derecho a vestir sus propias prendas, siempre que sean adecuadas, u optar por las que le facilite el Establecimiento, que deberán ser correctas, adaptadas a las condiciones climatológicas y desprovistas de todo elemento que pueda afectar a la dignidad del interno.

2. En los supuestos de salida al exterior, deberán vestir ropas que no denoten su condición de reclusos. Si carecieran de las adecuadas, se les procurarán las necesarias.

Artículo 21.—1. Todo interno dispondrá de la ropa necesaria para su cama y de mueble adecuado para guardar sus pertenencias.

2. La Administración proporcionará a los internos una alimentación controlada por el médico, convenientemente preparada y presentada, que responda en cantidad y calidad a las normas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta su estado de salud, la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas y religiosas.

Artículo 22.—1. Cuando el Reglamento no autorice al interno a conservar en su poder dinero, ropas, objetos de valor u otros que le pertenezcan, serán guardados en lugar seguro o enviados a personas autorizadas para recibirlos.

2. El director a instancias del médico, podrá ordenar por razones de higiene, la inutilización de las ropas y efectos contaminados propiedad de los internos.

3. En igual forma se decidirá sobre el destino de los medicamentos que los internos tuvieran en su poder a su ingreso o reciban del exterior.

Si les fueran intervenidos estupefacientes se cumplirá lo previsto en las disposiciones legales.

Artículo 23. Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, así como las requisas de las instalaciones del Establecimiento, se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen.

Artículo 24. Se establecerán y estimularán, en la forma que se señale reglamentariamente, sistemas de participación de los internos en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo. En el desenvolvimiento de los servicios alimenticios y confección de racionados se procurará igualmente la participación de los internos.

Artículo 25.—1. En todos los establecimientos penitenciarios regirá un horario que será puntualmente cumplido.

2. El tiempo se distribuirá de manera que se garanticen ocho horas diarias para el descanso nocturno y queden atendidas las necesidades espirituales y físicas, las sesiones de tratamiento y las actividades formativas, laborales y culturales de los internos.

CAPITULO II

Trabajo

Artículo 26. El trabajo será considerado como un derecho y un deber del interno.

Sus condiciones serán:

- a) No tendrá carácter afflictivo ni será aplicado como medida de corrección.
- b) No atentará a la dignidad del interno.
- c) Tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre.
- d) Se organizará y planificará atendiendo a las aptitudes y cualificación profesional de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con el buen orden del Establecimiento y las exigencias de la Administración.
- e) Será facilitado por la Administración.
- f) Gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social.
- g) No se supeditará al logro de intereses económicos.

Artículo 27. 1. El trabajo que realicen los internos dentro o fuera de los Establecimientos, estará comprendido en alguna de las siguientes modalidades:

- a) Las de Formación profesional, a las que la Administración dará carácter preferente.
- b) Las dedicadas al estudio y formación académica.
- c) Las de producción en régimen laboral o mediante fórmulas cooperativas o similares de acuerdo con la legislación vigente.

- d) Las ocupacionales que formen parte de un tratamiento.
- e) Las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del Establecimiento.

2. Las modalidades comprendidas en los apartados c) y e) del número anterior serán remuneradas y se desarrollarán en las condiciones de seguridad e higiene establecidas en la legislación laboral vigente.

Artículo 28. El trabajo será compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de enseñanza en los niveles obligatorios. A tal fin, la Administración adoptará las medidas que reglamentariamente se determinen para asegurar la satisfacción de aquellos fines y garantizar la efectividad del resultado.

Artículo 29.—1. Todos los penados tendrán obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales.

Quedarán exceptuados de esta obligación, sin perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios:

- a) Los sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad, hasta que sean dados de alta.
- b) Los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos.
- c) Los mayores de sesenta y cinco años.
- d) Los perceptores de prestaciones por jubilación.
- e) Las mujeres embarazadas, durante las seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto y las ocho posteriores al alumbramiento.
- f) Los internos que no puedan trabajar por razón de fuerza mayor.

2. Los sometidos a prisión preventiva podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones. La Administración del Establecimiento les facilitará los medios de ocupación de que disponga permitiendo al interno procurarse a sus expensas otros, siempre que sean compatibles con las garantías procesales y la seguridad y el buen orden de aquél. Los que voluntariamente realicen cualquiera de los trabajos expresados en el artículo 27 lo harán en las condiciones y con los efectos y beneficios previstos en esta Ley. En todo caso, las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del Establecimiento tendrán carácter obligatorio.

Artículo 30. Los bienes, productos o servicios obtenidos por el trabajo de los internos tendrán, en igualdad de condiciones, carácter preferente en las adjudicaciones de suministros y obras de las Administraciones públicas.

Artículo 31.—1. La dirección y el control de las actividades desarrolladas en régimen laboral dentro de los Establecimientos corresponderá a la Administración penitenciaria.

2. La Administración procurará estimular la participación de los internos en la organización y planificación del trabajo.

Artículo 32. Los internos podrán formar parte del Consejo Rector y de la Dirección o Gerencia de las Cooperativas que se constituyan. La Administración podrá adquirir la cualidad de socio de aquéllas siempre que efectivamente contribuya a la consecución del correspondiente objeto social de conformidad con la legislación vigente.

Artículo 33.—1. La Administración organizará y planificará el trabajo de carácter productivo en las condiciones siguientes:

a) Proporcionará trabajo suficiente para ocupar en días laborables a los internos garantizando el descanso semanal.

b) La jornada de trabajo no podrá exceder de la máxima legal y se cuidará de que los horarios laborales permitan disponer de tiempo suficiente para la aplicación de los medios de tratamiento.

c) Velará porque la retribución sea conforme al rendimiento, categoría profesional y clase de actividad desempeñada.

d) Cuidará de que los internos contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento de sus restantes obligaciones, disponiendo de la cantidad sobrante en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

2. La retribución del trabajo de los internos sólo será embargable en las condiciones y con los requisitos establecidos para el salario del trabajador libre.

Artículo 34. Los internos, en cuanto trabajadores por cuenta ajena o socios cooperadores, asumirán individualmente la defensa de sus derechos e intereses laborales o cooperativos, que ejercerán ante los tribunales competentes, previa reclamación o conciliación en vía administrativa y en la forma que reglamentariamente se determine.

Artículo 35. Tendrán derecho a la prestación por desempleo los liberados que se hayan inscrito en la oficina de empleo dentro de los quince días siguientes a su excarcelación y no hayan recibido una oferta de trabajo adecuada.

CAPITULO III

Asistencia sanitaria

Artículo 36.—1. En cada Centro existirá un médico general con conocimientos psiquiátricos, encargado de cuidar de la salud física y mental de los internos y vigilar las condiciones de higiene y salubridad en el Establecimiento. Igualmente, habrá cuando menos un Ayudante Técnico Sanitario. También se dispondrá de los servicios de un médico dentista y del personal auxiliar adecuado.

2. Además de los servicios médicos de los Establecimientos, los internos podrán ser asistidos en las Instituciones Hospitalarias y Asistenciales de carácter penitenciario y, en caso de necesidad o de urgencia, en otros Centros hospitalarios.

Artículo 37. Para la prestación de la asistencia sanitaria todos los Establecimientos estarán dotados:

a) De una enfermería, que contará con un número suficiente de camas y estará provista del material clínico, instrumental adecuado y productos farmacéuticos básicos para curas de urgencia e intervenciones dentales.

b) De una dependencia destinada a la observación psiquiátrica.

c) De una unidad para enfermos contagiosos.

Artículo 38.—1. En los Establecimientos o departamentos para mujeres existirá una dependencia dotada del material de obstetricia necesario para el tratamiento de las internas embarazadas y de las que acaben de dar a luz y se encuentren convalecientes, así como para atender aquellos partos cuya urgencia no permita que se realicen en hospitales civiles.

2. Igualmente podrá existir un local habilitado para guardería infantil, con el fin de que las internas puedan tener en su compañía a sus hijos que no hayan alcanzado la edad de escolaridad obligatoria.

Artículo 39. Los diagnósticos psiquiátricos que afecten a la situación penitenciaria de los internos deberán realizarse por un equipo técnico integrado por un especialista en psiquiatría, un médico forense y el del Establecimiento, acompañándose en todo caso informe del Equipo de Observación o de Tratamiento.

Artículo 40. La asistencia médica y sanitaria estará asegurada por el reconocimiento inicial de los ingresados y los sucesivos que reglamentariamente se determinen.

CAPITULO IV

Régimen disciplinario

Artículo 41. 1. El régimen disciplinario de los Establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada.

2. Ningún interno desempeñará servicio alguno que implique el ejercicio de facultades disciplinarias, salvo la participación en órganos colegiados que se determine reglamentariamente.

Artículo 42.—1. Los internos no serán corregidos disciplinariamente sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en esta Ley.

Las infracciones disciplinarias se clasificarán en faltas muy graves, graves y leves.

2. No podrán imponerse otras sanciones que:

- a) Aislamiento en celda, que no podrá exceder de dieciséis días.
- b) Aislamiento de hasta ocho fines de semana.
- c) Privación de permisos de salida por un tiempo que no podrá ser superior a dos meses.
- d) Limitación de las comunicaciones orales, durante un mes como máximo, al mínimo de tiempo previsto reglamentariamente.
- e) Privación de paseos y actos recreativos comunes, en cuanto sea compatible con la salud física y mental, hasta un mes como máximo.
- f) Amonestación.

3. En los casos de reincidencia, las sanciones podrán incrementarse en la mitad de su máximo.

4. La sanción de aislamiento en celda sólo será de aplicación en los casos en que se manifieste una evidente *intimidación*, agresividad o violencia por parte del interno. En todo caso, la celda en que se cumpla la sanción deberá ser de iguales características que las restantes del Establecimiento.

5. Al culpable de dos o más faltas se le impondrán las sanciones correspondientes a todas ellas para su cumplimiento simultáneo si fuera posible y, no siéndolo, se cumplirán por orden de su respectiva gravedad, pero el máximo de su cumplimiento no podrá exceder nunca del triplo del tiempo correspondiente a la más grave, ni cuarenta y ocho días consecutivos en el caso de aislamiento en celda.

6. Las sanciones podrán ser reducidas por decisión del órgano colegiado correspondiente o a propuesta del Equipo Técnico, y, cuando se advierta que hubo error en la aplicación de un correctivo, se procederá a una nueva calificación o, en su caso, a levantar inmediatamente el castigo.

Artículo 43.—1. La sanción de aislamiento se cumplirá con informe del médico del Establecimiento, quien vigilará diariamente al interno mientras permanezca en esa situación, informando al director sobre su estado de salud física y mental y, en su caso, sobre la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta.

2. En los casos de enfermedad del sancionado y siempre que las circunstancias lo aconsejen, se suspenderá la efectividad de la sanción que consista en internamiento en celda de aislamiento, hasta que el interno sea dado de alta o el correspondiente órgano colegiado lo estime oportuno, respectivamente.

3. No se aplicará esta sanción a las mujeres gestantes, a las púerperas hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo.

Artículo 44.—1. Las sanciones disciplinarias serán impuestas por el correspondiente órgano colegiado, cuya organización y composición serán determinadas en el Reglamento.

2. Ningún interno será sancionado sin ser previamente informado de la infracción que se le atribuya y sin que se le haya permitido presentar su defensa verbal o escrita.

3. Los recursos contra resoluciones que impongan la sanción de aislamiento en celda serán de tramitación urgente y preferente. La interposición de recurso suspenderá la efectividad de la sanción, salvo cuando, por tratarse de un acto de indisciplina grave, la corrección no deba demorarse.

Artículo 45.—1. Sólo podrán utilizarse, con autorización del director, aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente en los casos siguientes:

a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos.

b) Para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas.

c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.

2. Cuando, ante la urgencia de la situación, se tuviere que hacer uso de tales medios, se pondrá en conocimiento inmediato del director.

3. El uso de medidas coercitivas estará dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad, sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario y deberá ser vigilado por el médico.

CAPITULO V*Recompensas*

Artículo 46. Los actos que pongan de relieve buena conducta y espíritu de trabajo serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado.

CAPITULO VI*Permisos de salida*

Artículo 47. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuges, hijos, hermanos u otras personas íntimamente vinculadas con los internos, así como por importantes y comprobados motivos, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas, permisos de salida.

Artículo 48. Se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del Equipo Técnico, hasta un total de 18, 24 ó 36 días por año a los condenados de primero, segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido sesenta días de condena efectiva o la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

CAPITULO VII*Información, quejas y recursos*

Artículo 49. Los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre el régimen del Establecimiento, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. A quienes no puedan entender la información por el procedimiento indicado les será facilitada por otro medio adecuado.

Artículo 50.—1. Los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del Establecimiento ante el director o persona que lo represente para que las haga llegar a las Autoridades u organismos competentes. Si fueren hechos por escrito podrán presentarse en pliego cerrado, que se entregará bajo recibo.

2. Si los internos interpusieren alguno de los recursos previstos en esta Ley, los presentarán asimismo ante el director del Establecimiento, quien los hará llegar a la Autoridad judicial, entregando una copia sellada de los mismos al recurrente.

CAPITULO VIII*Comunicaciones y visitas*

Artículo 51.—1. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, con sus familiares, amigos y representantes

tes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del Establecimiento.

2. Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial.

3. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales colegiados en lo relacionado con su actividad, con los asistentes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones serán intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente.

4. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el reglamento.

Artículo 52.—1. En los casos de defunción, enfermedad o accidente grave del interno, el director informará al familiar más próximo o a la persona designada por aquél.

2. Igualmente se informará al interno del fallecimiento o enfermedad grave de un pariente próximo o de persona íntimamente vinculada con aquél.

3. Todo interno tiene derecho a comunicar inmediatamente a su familia y abogado su detención o traslado a otro Establecimiento.

Artículo 53. Los Establecimientos dispondrán de locales anejos especialmente adecuados para las visitas familiares de aquellos internos que no puedan obtener permisos de salida.

Estas visitas se concederán en los casos, con los requisitos y periodicidad que reglamentariamente se determinen.

CAPITULO IX

Asistencia religiosa

Artículo 54. La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse.

CAPITULO X

Instrucción y educación

Artículo 55.—1. En cada Establecimiento existirá una escuela en la que se desarrollará la instrucción de los internos y, en especial, de los analfabetos y jóvenes.

2. Las enseñanzas que se impartan en los Establecimientos se ajustarán en lo posible a la legislación vigente en materia de educación y formación profesional.

3. La Administración Penitenciaria fomentará el interés de los internos por el estudio y dará las máximas facilidades para que aquéllos que no puedan seguir los cursos en el exterior lo hagan por correspondencia, radio o televisión.

Artículo 56. La Administración organizará las actividades educativas, culturales y profesionales de acuerdo con el sistema oficial, de manera que los internos puedan alcanzar las titulaciones correspondientes.

Artículo 57. En cada Establecimiento existirá una biblioteca provista de libros adecuados a las necesidades culturales y profesionales de los internos, quienes además podrán utilizar los libros facilitados por el servicio de bibliotecas ambulantes establecido por la Administración o entidades particulares con el mismo fin.

Artículo 58. Los internos podrán leer libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado. También se fomentará que estén informados a través de audiciones radiofónicas, televisivas y otras análogas.

TITULO III

Del tratamiento

Artículo 59.—1. El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados.

2. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.

Artículo 60.—1. Los servicios encargados del tratamiento se esforzarán por conocer y tratar todas las peculiaridades de personalidad y ambiente del penado que puedan ser un obstáculo para las finalidades indicadas en el artículo anterior.

2. Para ello deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos humanos, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades.

Artículo 61.—1. El interno participará en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos.

2. Serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses

personales será tenida en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo.

Artículo 62. El tratamiento se inspirará en los siguientes principios:

a) Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno.

b) Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto.

c) Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno.

d) En general será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado.

e) Será programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores.

f) Será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.

Artículo 63. Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándosele al Establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

Artículo 64.—1. La observación de los preventivos se limitará a recoger la mayor información posible sobre cada uno de ellos a través de datos documentales y de entrevistas, y mediante la observación directa del comportamiento, estableciendo sobre estas bases la separación o clasificación interior en grupos a que hace referencia el artículo 16.

2. Una vez recaída sentencia condenatoria, se completará la información anterior con un estudio científico de la personalidad del observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de Establecimiento que corresponda.

Artículo 65.—1. La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al Establecimiento del régimen que corresponda o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.

2. La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno, y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en él mismo y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes que implicarán una mayor libertad.

3. La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad.

4. Cada seis meses como máximo los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interesado.

Quando un mismo equipo reitere por segunda vez la calificación de primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga en la Central de Observación. El mismo derecho le corresponderá cuando, encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena.

Artículo 66.—1. Para grupos determinados de internos, cuyo tratamiento lo requiera, se podrán organizar en los centros correspondientes programas basados en el principio de comunidad terapéutica.

2. Se concederá especial atención a la organización en los Establecimientos de cumplimiento de cuantas sesiones de asesoramiento psicopedagógico y psicoterapia de grupo se juzguen convenientes dada la programación del tratamiento y los criterios de selección usados en estos métodos, así como a la realización de terapia de comportamiento y de procedimientos tendentes a modificar el sistema de actitudes del interno cuando sean desfavorables o negativos.

3. En el programa de tratamiento se integrará también la formación y el perfeccionamiento profesional de aquellos sujetos cuya readaptación lo requiera, realizándose con asesoramiento psicológico continuo durante el proceso formativo y previa la orientación personal correspondiente.

Artículo 67. Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre la posible reincidencia y comportamiento futuro del sujeto en libertad que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional.

Artículo 68.—1. En los centros especiales el tratamiento se armonizará con la finalidad específica de cada una de estas instituciones.

2. En los Establecimientos para jóvenes menores de veintiún años, al concluir el tratamiento con la emisión del juicio pronóstico final, se procurará la evaluación del resultado del mismo a través de los datos que proporcionen los servicios centrales correspondientes.

Artículo 69. Las tareas de observación, clasificación y tratamiento las realizarán equipos cuñificados de especialistas cuya composición y funciones se determinarán en el estatuto orgánico de funcionarios. Dichos equipos contarán con la colaboración del número de educadores necesarios dadas las peculiaridades de los grupos internos tratados.

Artículo 70.—1. Para el debido asesoramiento en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos existirá una Central Penitenciaria de Observación, donde actuará un equipo técnico de especialistas con los fines siguientes:

- a) Completar la labor de los equipos de observación y de tratamiento en sus tareas específicas.
- b) Resolver las dudas y consultas de carácter técnico que se formulen por la Inspección o la Sección de Tratamiento del Centro Directivo.
- c) Realizar una labor de investigación criminológica.
- d) Participar en las tareas docentes de la Escuela de Estudios Penitenciarios.

2. Por dicha central pasarán los internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los Establecimientos o los grupos o tipos de aquellos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro Directivo.

Artículo 71.—1. El fin primordial del régimen de los Establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.

2. Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas. La dirección del Establecimiento organizará los distintos servicios de modo que los miembros del personal alcance la necesaria comprensión de sus correspondientes funciones y responsabilidades para lograr la indispensable coordinación.

Artículo 72.—1. Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema progresivo, que comprenderá cuatro grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.

2. Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en Establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los Establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 10 de esta Ley.

3. Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden.

4. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.

TITULO IV

De la asistencia postpenitenciaria

Artículo 73.—1. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos.

2. Los antecedentes no podrá ser en ningún caso motivo de discriminación *social* o jurídica.

Artículo 74. El Ministerio de Justicia, a través del Consejo de Asistencia Social, cuya organización y funciones se determinarán en el Reglamento Orgánico de dicho Departamento, prestará a los internos, a los liberados condicionales o definitivos y a los familiares de unos y otros la asistencia social necesaria.

Artículo 75. El personal asistencial del Consejo de Asistencia Social estará constituido por funcionarios que pasarán a prestar sus servicios en el citado órgano, con exclusión de cualesquiera otras actividades que no sean las estrictamente asistenciales.

TITULO V

Del juez de vigilancia

Artículo 76.—1. El juez de vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

2. Corresponde especialmente al juez de vigilancia:

a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las sentencias en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los jueces y tribunales sentenciadores.

b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos penitenciarios sobre redención de penas por el trabajo, tanto ordinaria como extraordinaria.

d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a veinticuatro días.

e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

f) Resolver en base a los estudios de los equipos de observación y de tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

h) Realizar las visitas a los Establecimientos Penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

i) Autorizar los permisos de salida de los clasificados en primer grado y aquellos cuya duración sea superior a dos días, de los que se encuentren en segundo grado.

Artículo 77. Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Investigaciones Penitenciarias formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los Establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

Artículo 78. En lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a jueces de vigilancia y a los procedimientos de su actuación, se estará a lo dispuesto en las leyes correspondientes.

TITULO VI

De los funcionarios

Artículo 79. Corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las instituciones que se regulan en la presente Ley, con excepción de la competencia que en el Reglamento Orgánico de dicho Ministerio se atribuya al Consejo de Asistencia Social.

Artículo 80.—1. Para el desempeño de las funciones que le están encomendadas la Administración Penitenciaria contará con el personal necesario y debidamente cualificado.

2. Los funcionarios penitenciarios tendrán la condición de funcionarios públicos, con los derechos, deberes e incompatibilidades regulados por la legislación general de funcionarios civiles de la Administración del Estado, sin perjuicio de las especiales particularidades que legalmente se establezcan para cada uno de los cuerpos o escalas en que se integren.

En el ejercicio de sus funciones se atenderán al principio de imparcialidad política, de conformidad con las normas constitucionales.

3. La selección y, en su caso, el ascenso de los funcionarios penitenciarios se ajustarán a los mismos procedimientos establecidos en el Estatuto de la Función Pública.

4. Antes de iniciar su actividad los funcionarios penitenciarios deberán recibir la formación específica, tanto teórica como práctica, que reglamentariamente se determine.

DISPOSICIÓN FINAL

En el plazo máximo de tres meses, el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley de creación del Cuerpo de Asistentes Sociales al servicio de la Administración Penitenciaria y regulación de sus funciones de acuerdo con los principios básicos y en el seno de los organismos establecidos por la presente Ley.

d) DICTAMENES DE LA COMISION DE JUSTICIA

Dictamen de la Comisión de Justicia sobre proposición de Ley para tipificar la tortura en el Código Penal.

DICTAMEN

«Artículo único. Se introduce en el Código Penal un artículo 204 bis con el texto que sigue:

La Autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los capítulos I y IV del título VIII y capítulo VI del título XII de este Código, será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial.

Si con el mismo fin ejecutaren alguno de los actos penados en los artículos 582, 583, número 1, 585, el hecho se reputará delito y serán castigados con las penas de arresto mayor y suspensión.

En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la Autoridad o funcionario de Instituciones Penitenciarias que cometiere, respecto de detenidos o presos, los actos a que se refieren los párrafos anteriores.

La Autoridad o funcionario público que en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad, será castigado con la pena de arresto mayor e inhabilitación especial.

Igualmente se impondrán las penas establecidas en los párrafos precedentes a la Autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiesen que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos.» («B. O. de las Cortes Españolas», núm. 109, de 11 de junio de 1978).

e) PROPOSICION DE LEY

Proposición de ley sobre modificación del párrafo 1 del artículo 100 del Código Penal.

«Podrán redimir su pena por el trabajo los reclusos condenados a las penas de reclusión, presidio y prisión. Al recluso trabajador se le abonará para el cumplimiento de la pena impuesta un día por cada dos de trabajo,

y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad provisional.»

MOTIVACIÓN

1.º El artículo 100 del Código Penal vigente, en su párrafo primero, dice textualmente:

«Podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, presidio y prisión. Al recluso trabajador se abonará para el cumplimiento de la pena impuesta un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional.»

2.º El artículo 66 del Real Decreto 2.273/1977, de 29 de julio, por el que se modifica el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, ha venido en establecer:

1. Todo recluso que reúna los requisitos legales, cualquiera que sea el grado penitenciario en que se encuentre, podrá redimir su pena por el trabajo, abonándosele un día de aquélla por cada dos de trabajo, a efectos de su liberación definitiva, contándose, asimismo, el tiempo redimido, en su caso, para la concesión de la libertad condicional.

2. La Junta de Régimen del Establecimiento elevará la propuesta correspondiente al Patronato de Nuestra Señora de la Merced y, aprobada aquélla, le serán de abono los días trabajados, con carácter retroactivo, a partir del día en que dio comienzo el trabajo.»

3.º Claramente, pues, ha aparecido una antinomia. El Código Penal sólo permite la redención de pena desde que sea firme la sentencia respectiva, pero sin establecer el carácter retroactivo para quienes ya hubieran venido trabajando durante el tiempo de prisión preventiva.

El Reglamento de Servicios de Instituciones Penitenciarias, con un sentido mucho más humano, establece en el párrafo 2 del artículo 66 que, aprobada la propuesta de redención, sean de abono los días trabajados con carácter retroactivo a partir del día en que dio comienzo el trabajo.

4.º Tenemos constancia de que, planteada la cuestión por alguna prisión, concretamente la de Cádiz, la propia Dirección General ha advertido el escollo que representa la diferencia de jerarquía de normas entre el Código Penal y el Reglamento de Instituciones Penitenciarias aprobado por Real Decreto, lo que de hecho se ha traducido en la no aplicación del precepto contenido en este último Reglamento.

5.º El Proponente entiende que es de absoluta necesidad y justicia la desaparición del escollo antes referido y, consiguientemente, que el Código Penal, en su artículo 100, desaparezca la frase «desde que sea firme la sentencia respectiva». («Boletín Oficial de las Cortes Españolas», número 97, de 19 de mayo de 1978.)

f) PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO PENAL

La Ponencia encargada por el Gobierno de preparar un Proyecto de nuevo Código penal, ha elaborado las siguientes "Líneas Generales de la Reforma":

I.—La *reforma del Código penal* que ahora se proyecta se plantea como una revisión profunda del vigente y no como la redacción de un nuevo Código. Redactar un nuevo Código penal es tarea que requiere largo tiempo de estudios preparatorios y de consultas a las Universidades, Tribunales, Colegios de Abogados y a otras Corporaciones y Asociaciones. La revisión que se propone será, sin embargo, tan profunda que en algunos aspectos fundamentales, como es el sistema de penas —por sólo citar un ejemplo— implicará auténticas innovaciones.

La reforma fija como objetivo principal acompañar el Código penal vigente, cuyas líneas maestras se remontan al año 1848, a las actuales exigencias político-criminales, derivadas de las profundas transformaciones sociales operadas desde entonces y del cambio político que se está produciendo en estos momentos en el país, que quedará culminado en la nueva Constitución. Procurará también corregir aquellos errores técnicos sobre cuya necesidad de revisión exista consenso, evitando, en todo caso, consagrar a nivel legislativo doctrinas o conceptos que desde el punto de vista dogmático resultan controvertibles y son, de hecho, en la actual literatura penal objeto de polémica.

II.—Se reconoce que todo sistema penal es la expresión de una determinada realidad político-social, de tal suerte que sin la comprensión del momento político en que una legislación nace y se desarrolla no se puede entender su íntimo valor. Desde este punto de vista, la revisión que se proyecta responderá a los principios propios de un Estado social y democrático de Derecho.

Esto comporta, por de pronto, respecto a la etapa política anterior, un cambio sustancial acerca de la función misma que debe atribuirse a la legislación penal. La reforma que ahora se inicia parte de la firme base de que el Derecho penal no es instrumento de opresión que sirva para imponer coactivamente determinadas ideas políticas o morales, sino, por el contrario, garantía de libertad política y moral, que precisamente hace posible, en una sociedad pluralista, el ejercicio pleno de todas las libertades reconocidas en las restantes ramas jurídicas. El Derecho penal debe estar al servicio de un marco mínimo de convivencia, lo que debe traer consigo una mayor tolerancia con el comportamiento desviado.

La nueva perspectiva política obliga a conseguir que las garantías penales, hoy ya proclamadas formalmente, lleguen a tener efectiva vigencia material. Por otra parte, hace necesario eliminar del Código los rasgos autoritarios propios del período político antecedente, mediante la dulcificación y humanización del sistema penal.

III.—La reforma se inspirará, entre otros, en los siguientes principios técnicos:

1.—*Legalidad*

La vigencia material de este principio hace preciso revisar todos aquellos preceptos del actual texto legal que quebrantan las exigencias de certeza y seguridad jurídica que derivan del principio de legalidad, que habrán de ser asimismo escrupulosamente respetadas en las disposiciones de nueva creación.

2.—*Dignidad de protección del bien jurídico e intervención mínima*

La reforma concibe al delito, desde el punto de vista sustancial, como lesión o efectivo peligro de bienes jurídicos. Por ello se evitarán en lo posible los delitos formales y los de mera desobediencia.

La reforma parte de la base de que el Derecho penal es esencialmente de naturaleza fragmentaria, porque reduce su contenido a los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes. El Derecho penal debe cubrir únicamente aquellos bienes jurídicos que se muestren merecedores, necesitados y capaces de protección penal. Un bien jurídico es merecedor de protección penal cuando la generalidad, y no sólo una minoría o clase dominante, lo considera altamente valioso y digno, por tanto, de máxima protección. Un bien jurídico está necesitado de protección penal cuando fracasan los medios de que disponen las otras ramas jurídicas. El Derecho penal es la *última ratio legis* y sólo debe intervenir—principio de la intervención mínima— cuando las sanciones propias de otras ramas jurídicas se muestran ineficaces para desempeñar la función protectora del bien jurídico. Un bien jurídico es capaz de protección penal cuando, por su estructura y contenido, los ataques a él dirigidos pueden ser realmente reprimidos o evitados por medio de sanciones penales.

El principio de la dignidad de protección del bien jurídico obliga a despenalizar ciertos hechos, hoy previstos como delitos, que no suponen ataques a bienes que la generalidad sienta como merecedores de protección penal o que entrañan atentados contra bienes incapaces de protección penal, frente a los cuales la Ley penal fracasa sistemáticamente y resulta totalmente ineficaz. El mismo principio obliga a penalizar ciertos hechos, hoy no considerados delictivos, que la generalidad, al contrario que ciertas minorías interesadas, siente como merecedores de protección penal.

3.—*Culpabilidad*

La reforma procurará dotar de la máxima vigencia al principio “ninguna pena sin culpabilidad”. Para conseguirlo se propone suprimir o corregir todos aquellos preceptos tanto del Libro I como de los Libros II y III del vigente Código, que originan responsabilidad objetiva.

4.—Proporcionalidad y finalidad de la pena

La reforma se emprende con la firme convicción de que la gravedad de la pena conminada debe ser proporcional al hecho cometido y su ejecución deberá orientarse a finalidades preventivas, en particular la readaptación social del condenado.

El principio de proporcionalidad de la pena hace necesario revisar la penalidad que el Código establece hoy para numerosos delitos, por tratarse de penas notoriamente desproporcionadas y que quebrantan la jerarquía valorativa que el propio Código elige como punto de partida.

En cuanto a las finalidades preventivas de la pena, se parte de la idea de que ésta sólo puede aspirar a cumplir un fin de prevención general si se crea en la generalidad de los ciudadanos la conciencia de que la pena conminada en la ley para el hecho cometido se cumple efectivamente, sin perjuicio, en todo caso, de los correspondientes beneficios penitenciarios de que pueda gozar el condenado. La intimidación que la pena pueda producir no depende tanto, como es sabido, de la gravedad de la misma a nivel legal abstracto, como de su concreta imposición y efectivo cumplimiento. De ahí que la rebaja de penalidad a que conduce el principio de proporcionalidad deba ir acompañada de la corrección del actual desajuste entre lo que podríamos llamar valor nominal y valor efectivo de la pena.

La finalidad de prevención especial que la pena debe cumplir aconseja consolidar y ampliar las actuales instituciones individualizadoras, pero evitando la aplicación automática y mecanicista que de ellas se viene haciendo, que no sirve a la prevención especial y perturba la función de prevención general al crear la imagen de que determinadas infracciones gozan sistemáticamente de práctica impunidad. Se estudiará la conveniencia de introducir nuevas instituciones individualizadoras que permitan renunciar a la ejecución o incluso a la imposición de la pena si la ejecución o la imposición no es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y resulta inconveniente desde la perspectiva de la prevención especial.

IV.—Fuentes

Las fuentes a utilizar entendemos deben ser:

a) El propio Código penal vigente, en su completa dimensión histórica, con consideración de las versiones precedentes y de los distintos proyectos que se han elaborado desde el siglo pasado. El vigente texto legal debe ser mantenido en cuanto corresponda a las normas culturales de la sociedad española y esté asimilado ya por el pueblo. En lo que sea congruente con las necesidades de la modernización técnica, deberán conservarse las definiciones, las formulaciones de las circunstancias eximentes y modificativas y las tipificaciones ya consagradas por el uso y aclaradas en sus límites por la jurisprudencia.

b) La legislación comparada, especialmente los modernos Códigos penales cuya mayor perfección técnica ha sido reconocida por la doctri-

na Código penal suizo, alemán e italiano) y los más próximos a nuestra área cultural (Proyecto de Código penal-tipo para Latinoamérica). Ha de rehuirse, sin embargo, toda tentación de importar soluciones técnicas, por brillantes que sean, que carezcan de arraigo en nuestro Derecho penal y choquen con las concepciones penales patrias.

c) Las construcciones jurisprudenciales tanto por vía de interpretación como de acomodación de nuevas corrientes doctrinales y de creación de conceptos.

d) Las memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en cuanto han venido exponiendo propuestas de reforma de la Ley penal, inspiradas en gran parte en la praxis y la experiencia nacida de la diaria aplicación del Derecho positivo.

e) Los trabajos previos de la Sección 4.^a de la Comisión General de Codificación y los estudios de nuestros especialistas en Derecho penal, publicados a lo largo de la vigencia del Código penal y sus sucesivas reformas parciales.

ESQUEMA DE LA REFORMA

LIBRO I

1) Se estudiará la conveniencia de introducir un Título Preliminar, que recoja las normas relativas a las garantías penales y reglas de aplicación de la ley penal.

2) Revisión de la definición legal del delito, a fin de dotar al principio de culpabilidad de una base legal firme y conseguir que la responsabilidad criminal quede limitada a la derivada de dolo o imprudencia.

3) Punibilidad de la conspiración, proposición y provocación para delinquir sólo en aquellos casos en que la ley expresamente lo determine.

4) Revisión técnica de las circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad criminal.

5) Revisión del artículo 15, relativo a los responsables de delitos y faltas que se cometen por medio de la imprenta u otro procedimiento que facilite la publicidad, con observancia del principio de responsabilidad personal.

6) Revisión del encubrimiento-participación, llevando a los delitos contra la Administración de Justicia el favorecimiento real y personal.

7) Introducción de una cláusula general relativa a las actuaciones en nombre de otro, a fin de evitar la impunidad que se produce cuando las características típicas concurren en la persona representada, pero no en la que actúa en su nombre.

8) Modificación del sistema de penas:

A.—Abolición de la pena de muerte.

B.—a) Pena privativa de libertad única, con duración máxima efectiva de quince años. Posibilidad de duración superior, con carácter excepcional, para hechos de gravedad también excepcional.

b) Alternativa: Arresto para las faltas; prisión para los delitos menos graves; y reclusión para los graves.

C.—Sustitución de la actual pena de multa por la de días-multa.

D.—Introducción del arresto fin de semana en la escala de penas.

E.—Ampliación a otros supuestos de la pena privativa del derecho de conducir vehículos de motor.

9) Medidas de seguridad postdelictuales para los sujetos peligrosos.

10) Revisión de las reglas de aplicación de penas, para adaptarlas al nuevo sistema determinador y hacerlas más flexibles. Especial consideración de los supuestos de concurso de delitos.

11) La responsabilidad civil recibirá un tratamiento unitario, agrupándose en un solo capítulo los preceptos sobre personas civilmente responsables por los actos ilícitos penales y las reglas sobre la extensión, alcance y efectividad de aquélla. Se definirá mejor la responsabilidad civil derivada de los actos inculpables y la forma de hacerla efectiva a través del proceso penal. Se precisarán los límites de la responsabilidad civil subsidiaria, de acuerdo con las últimas orientaciones jurisprudenciales.

12) Rehabilitación automática y prescripción de la reincidencia.

LIBRO II

1) Se estudiará la conveniencia de introducir un primer Título referente a los delitos contra la Comunidad Internacional.

2) El actual Título de delitos contra la Seguridad interior del Estado será reestructurado, regulando separadamente los delitos contra las Instituciones, los relacionados con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los delitos contra el Orden público y contra la Autoridad y sus agentes.

3) Se estudiará la conveniencia de suprimir el actual Título VII de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, reconviniendo sus distintas modalidades a aquellos grupos de delitos contra las Instituciones con los cuales guardan afinidad en atención a los bienes protegidos (Delitos contra las Cortes, Administración de Justicia y Administración Pública).

4) Reconsideración, desde un punto de vista de política criminal, y de la cooperación internacional, de la actual regulación de los delitos referentes a las drogas tóxicas y estupefacientes.

5) Revisión técnica de los supuestos de hecho y de la punición de los delitos contra la vida.

6) Nuevo tratamiento penal del aborto.

7) Introducción de criterios más modernos para la regulación de las lesiones y reconsideración de la eficacia del consentimiento en tales delitos.

8) Posible introducción de un nuevo Título de delitos contra la familia, para reagrupar en él los que afectan a la misma y se hallan actualmente dispersos en el Código.

9) Revisión de los delitos contra la honestidad, tomando como criterios rectores los ataques a la libertad de las personas adultas y a los menores.

- 10) Protección penal de la intimidad.
- 11) Revisión de los delitos contra la propiedad, con introducción de nuevos criterios para su punición y rebaja de las sanciones penales.
- 12) Posible introducción de un Título de delitos contra la Economía Pública o el Orden Económico, así como regulación de los delitos contra el medio ambiente y el legado histórico, cultural y artístico de los pueblos de España.
- 13) Revisión de la regulación de los delitos imprudentes.

LIBRO III

Despenalización de las Faltas que posean sustancialmente carácter gubernativo.

Para terminar, la Ponencia especial quiere señalar que es consciente de que las líneas generales de reforma que quedan expuestas, están sometidas a la eventualidad de modificaciones, tanto porque los trabajos de desarrollo pongan de manifiesto nuevos puntos necesitados de elaboración, como porque el resultado de esos mismos trabajos desaconseje llevar a cabo alguna de las revisiones propuestas o reducir su alcance.

B) LEGISLACION EXTRANJERA

Ley sobre la ejecución * de la pena privativa de libertad y de las medidas de seguridad y corrección privativas de libertad.-Ley de ejecución de penas

Traducido del alemán por ANTONIO GARCIA PABLOS, Profesor adjunto en la Universidad Complutense

(StVollzG)

De 16 de marzo de 1976 («Boletín Oficial», I, página 581, rectificación en página 2088).

Modificada por Ley de 18 de agosto («Boletín Oficial», I, página 2181)

PARTE PRIMERA. AMBITO DE APLICACION

§ 1. AMBITO DE APLICACION.—Esta Ley regula la ejecución de las penas privativas de libertad en los establecimientos penitenciarios dependientes de la Administración de Justicia, y la de las medidas de corrección y seguridad privativas de libertad.

* NOTAS DEL TRADUCTOR.—Al título de la ley (StVollzG): «Vollzug». Traduzco «Vollzug» por : «ejecución». Pero entendiendo este término en una acepción muy amplia, comprensiva, también, de la de: «cumplimiento». Coincidiría, en definitiva, con la de la rúbrica del Capítulo V del Título III del Libro I del Código Penal español: «de la ejecución de las penas»; o con la terminología legal del artículo 990 de la Ley de Enjuiciamiento criminal («las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los Reglamentos»). Por otra parte, creo que por razones de uniformidad es oportuno adoptar este giro ya acuñado (Ley de «ejecución» de penas), cuya latitud permite acudir al mismo en los numerosos pasajes de la StrVollG que emplean dicho término con significados no siempre coincidentes.

Reconozco, sin embargo, que la traducción no es enteramente satisfactoria desde un punto de vista técnico; y que no permite distinguir con claridad dos conceptos distintos: «Vollzug» y «Vollstreckung» (Vollzug significa: consumación, efectividad, cumplimiento; Vollstreckung: ejecución, en sentido estricto). Sería como confundir el «cumplimiento» de la pena con la «ejecución» de la sentencia condenatoria que impone la misma. Pero obsérvese que tanto el Código Penal español como nuestra Ley procesal penal dan pie a la confusión. Porque, si bien de la rúbrica del Libro VII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como de su articulado (arts. 984, 985, 986, 988, 990

PARTE SEGUNDA. EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Título primero. Principios fundamentales

§ 2. COMETIDOS DE LA EJECUCION.—Con la ejecución de la pena privativa de libertad ha de capacitarse al recluso para llevar una vida, en el futuro, socialmente responsable sin delinquir, (objetivo de la ejecución). La ejecución de la pena privativa de libertad está al servicio también de la defensa de la generalidad frente a ulteriores hechos criminales.

§ 3. CONFIGURACION DE LA EJECUCION.—[1] La ejecución debe acomodarse, en la medida de lo posible, a las condiciones generales de vida.

[2] Deben contrarrestarse las consecuencias nocivas de la privación de libertad.

[3] La ejecución se debe orientar de tal modo que ayude al recluso a incorporarse a la vida en libertad.

§ 4. SITUACION DEL RECLUSO.—[1] El recluso cooperará en la conformación de su tratamiento y en el logro de los objetivos de la ejecución.

Su buena disposición en tal sentido debe promoverse y estimularse.

[2] El recluso está sometido a las restricciones de la libertad que se contemplan en esta Ley. En tanto no contenga la Ley una previsión específica sólo podrán imponérsele las restricciones que resulten imprescindibles para mantener la seguridad o para evitar un grave trastorno del orden del establecimiento.

Título segundo. Planificación de la ejecución

§ 5. PROCEDIMIENTO DE INGRESO EN PRISION.—[1].¹ No deberán estar presentes otros reclusos en el momento del ingreso en prisión.

[2] El recluso será instruido sobre sus derechos y deberes.

[3] Inmediatamente después de su ingreso en prisión el recluso será re-

y 997) se desprende que lo que se «ejecuta» es la «sentencia» y no la «pena»; porque las «penas» se «cumplen»; no obstante, la rúbrica del Capítulo V del Título III, Libro II, del Código Penal distingue el «cumplimiento» de la «ejecución» de las «penas», empleando el término de «ejecución», como comprensivo de ambos; los artículos 81, 82 y 83 del C. P. y el 900 de la Ley procesal penal utilizan el concepto de «ejecutar» con relación al de «penas»; y viceversa: el de «cumplimiento» respecto a las «sentencias» (art. 82 del C. P. y 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Volviendo a la distinción entre «*Vollstreckung*» y «*Vollzug*» baste con señalar que la primera es el género; y que comprende todo el conjunto de medidas necesarias para hacer efectivo un pronunciamiento judicial firme. Que la «*Vollzug*» es la especie: que se refiere exclusivamente a las «penas» y «medidas» de seguridad o corrección privativas de libertad, materia ésta administrativamente regulada por una normativa federal unitaria y que hacen valer determinados funcionarios (Cfr. CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, 2.^a Ed., 1970, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, voz *Strafvollstreckung*).

(1) El párrafo 5, párrafo [1], entra en vigor el 1 de enero de 1986. Vid., párrafo 198, párrafo [2], núm 3.

conocido médicamente y presentado al director del centro o departamento de ingresos.

§ 6. INVESTIGACION DEL TRATAMIENTO. PARTICIPACION DEL RECLUSO.—[1] Terminado el proceso de ingreso se empezará a investigar la personalidad y condiciones de vida del recluso. Puede prescindirse de esto si no parece indicado considerando la duración de la ejecución.

[2] La investigación abarcará las circunstancias cuyo conocimiento sea necesario para una terapia planificada del recluso durante la ejecución y para la reinserción del mismo después de su puesta en libertad.

[3] La programación del tratamiento se discutirá con el recluso.

§ 7. PLAN DE LA EJECUCION.—[1] Sobre la base de la investigación del tratamiento (§ 6) se trazará un plan de la ejecución.

[2] El plan de la ejecución contendrá indicaciones, al menos sobre las siguientes medidas de terapia:

1. Internamiento en régimen de ejecución cerrada o abierta.
2. Asignación de sección y de tratamiento.
3. Desempeño del trabajo, así como medidas sobre formación profesional, perfeccionamiento profesional o cambio de oficio.
4. Participación en actos formativos.
5. Medidas especiales de asistencia o de tratamiento.
6. Medidas atenuatorias de la ejecución.
7. Medidas necesarias para preparar la puesta en libertad.

[3] El plan de ejecución ha de mantenerse acorde con la evolución del recluso y con los resultados ulteriores de la investigación de su personalidad. Para ello han de preverse en el plan de ejecución unos plazos prudenciales.

§ 8. CONDUCCION. TRASLADO.—[1] El recluso puede ser conducido a un centro pertinente para la ejecución de la pena privativa de libertad distinto del previsto en el plan:

1. Si de este modo se favoreciera el tratamiento del recluso o la reinserción después de su puesta en libertad.
2. Si se requiriese por causa de la organización de la ejecución o por otros motivos poderosos.

[2] Por un motivo poderoso puede trasladarse al recluso de uno a otro establecimiento penitenciario.

§ 9. TRASLADO A UN ESTABLECIMIENTO DE TERAPIA SOCIAL.—[1] Un recluso podrá ser conducido a un establecimiento de terapia social si son indicados para su resocialización los medios terapéuticos especiales y de asistencia social de tal establecimiento. Podrá ser retornado al establecimiento de origen si con estos medios y asistencias no pudiera conseguirse allí ningún resultado positivo.

[2] El recluso podrá ser conducido a un establecimiento de terapia social o a un centro de observación de terapia social hasta por tres meses para examinar si concurren los presupuestos del párrafo [1], inciso 1.

[3] El traslado precisa del consentimiento del director del centro de terapia social.

§ 10. EJECUCION ABIERTA Y CERRADA.—[1] Un recluso debe ser internado, con su consentimiento, en un centro o dependencia de los de régimen de ejecución abierta si satisface los requisitos especiales de ésta y, ante todo, si no hay que temer que vaya a sustraerse a la ejecución de la pena privativa de libertad o a aprovecharse de las posibilidades que el régimen de ejecución abierta proporciona para delinquir².

[2] En los demás casos deben internarse los reclusos en régimen de ejecución cerrada. Un recluso puede ser internado, también, en régimen de ejecución cerrada—o retornar a ésta—si fuera necesario para su tratamiento.

§ 11. ATENUACION DE LA EJECUCION.—[1] Como medidas atenuatorias de la ejecución puede disponerse, principalmente, que el recluso:

1. Pueda desempeñar fuera del establecimiento una ocupación con regularidad (*ocupación en el exterior*) bajo control o sin control (*pase libre*) del personal encargado de la ejecución.

2. Pueda abandonar el establecimiento durante unas determinadas horas del día bajo el control (*salida vigilada*) o sin control por parte del personal encargado de la ejecución (*salida libre*).

[2] Estas medidas atenuatorias pueden acordarse, con el consentimiento del recluso, si no es de temer que vaya a sustraerse a la ejecución de la pena privativa de libertad o a aprovechar tales beneficios en la ejecución para delinquir.

§ 12. SALIDA (*) POR MOTIVOS ESPECIALES.—También sin su consentimiento puede hacerse salir a un recluso de la prisión, si fuera necesario por motivos especiales.

§ 13. PERMISO FUERA DE LA PRISION.—[1] Un recluso puede disfrutar de hasta veintiún días de permiso, en un año, fuera de la prisión. El párrafo 11, párrafo [2], rige por analogía.

[2] Por lo general, el permiso debe concederse sólo cuando el recluso haya cumplido al menos ya seis meses en período de ejecución.

[3] Un recluso condenado a privación perpetua de libertad puede obtener permiso si ha pasado diez años en período de ejecución, incluyendo la prisión preventiva precedente u otra privación de libertad, o si ha sido transferido al régimen de ejecución abierta.

[4] Puede concedérseles, también, permiso con arreglo a los preceptos vigentes para el régimen de ejecución abierta a los reclusos aptos para el régimen de ejecución abierta, pero que, por motivos especiales, fueron internados en un establecimiento de ejecución cerrada.

[5] El cumplimiento de la pena no se interrumpe por el permiso.

§ 14. INSTRUCCIONES. REVOCACION DE LAS MEDIDAS ATENUATORIAS DE LA EJECUCION Y PERMISOS.—[1] El director del establecimiento

(2) Véase también la disposición transitoria hasta el 31 de diciembre de 1985, en el párrafo 201, núm. 1.

(*) Al 12: «*Ausführung*». Traduzco por «salida» (en el sentido de «salida vigilada»).

to puede dar instrucciones al recluso en cuanto a los beneficios en la ejecución y permisos.

[2] Podrá revocar los beneficios en la ejecución y los permisos:

1. Si estuviere facultado para negar tales medidas por razón de circunstancias sobrevenidas.

2. Si el recluso abusa de estas medidas.

3. Si el recluso no sigue las instrucciones recibidas.

Podrá anular el régimen atenuado de ejecución y los permisos, con efectos para el futuro, si no concurrieron los presupuestos para su concesión.

§ 15. PREPARACION PARA LA PUESTA EN LIBERTAD.—[1] Debe atenderse la ejecución (§11) para preparar la puesta en libertad.

[2] El recluso puede ser trasladado a un establecimiento de régimen abierto o a una sección de éste (§10), si esto contribuye a preparar la puesta en libertad.

[3] En el curso de los tres meses previos a la puesta en libertad puede concederse un permiso especial de hasta una semana para preparar aquélla. Los párrafos 11, párrafo [2], 13 [5] y 14 rigen por analogía.

[4] A los reclusos que disponen de *pase libre* (§ 11 [1], núm. 1) puede concedérseles un permiso especial de hasta seis días al mes en el curso de los nueve meses que preceden a la puesta en libertad. Los párrafos 11 [2], 13 [5] y 14 rigen por analogía. El párrafo [3], inciso 1 no se aplicará.

§ 16. MOMENTO DE LA PUESTA EN LIBERTAD.—[1] El recluso ha de ser puesto en libertad el último día de su período de condena lo más pronto posible, en todo caso, durante la mañana.

[2] Si coincide el fin de la pena en sábado o domingo, en fiesta oficial, en el primer día laborable después de Pascua o Pentecostés o en el tiempo comprendido entre el 22 de diciembre y el 2 de enero, podrá ser excarcelado el recluso entonces la víspera laborable de tales días o período de tiempo mencionado, si cabe a tenor de la duración de la pena y no se oponen a ello motivos de asistencia.

[3] El momento de la puesta en libertad puede anticiparse hasta dos días si concurren razones apremiantes que lo reclamen para la reinserción del recluso.

Título tercero. Alojamiento y alimentación del recluso

§ 17. ALOJAMIENTO DURANTE EL TRABAJO Y EL TIEMPO LIBRE.—[1] Los reclusos trabajarán en común. Lo mismo rige respecto a la formación profesional, el perfeccionamiento profesional, el cambio de orientación profesional, así como las ocupaciones de terapia laboral—y restantes—durante la jornada de trabajo.

[2] Durante el tiempo libre los reclusos pueden permanecer en común unos con otros. Para la participación en actos colectivos el director del establecimiento puede dictar normas específicas en atención a las condiciones espaciales, personales y organizativas del centro.

[3]. El alojamiento en común durante la jornada de trabajo y el tiempo libre pueden limitarse:

1. Si es de temer que influya nocivamente en otros reclusos.
2. Si el recluso es reconocido y examinado con arreglo al § 6, pero entonces durante no más de dos meses.
3. Si lo exigen la seguridad y el orden del establecimiento y,
4. Si el recluso consiente en ello.

§ 18. ALOJAMIENTO DURANTE EL TIEMPO DE DESCANSO.—[1] Los reclusos se alojarán solos en sus celdas durante el tiempo de descanso. Se autoriza un internamiento colectivo sólo en tanto que un recluso esté necesitado de atención o exista peligro para su vida o salud⁴.

[2] En el régimen de ejecución abierta los reclusos pueden ser alojados en común durante el tiempo de descanso, con el consentimiento de los mismos, si no es de temer por ello influencia nociva alguna. En el régimen de ejecución cerrada y fuera de los casos previstos en el párrafo [1] sólo se permitirá el alojamiento en común temporalmente y por motivos apremiantes.

§ 19. ACONDICIONAMIENTO DE LA CELDA POR EL RECLUSO Y PERTENENCIAS DE ESTE.—[1] El recluso puede poner su celda con sus cosas personales dentro de unos límites razonables. Se le permitirán fotos de personas allegadas y recuerdos de valor personal.

[2] Podrán excluirse los aparatos y objetos que dificulten la visibilidad de la celda o que pongan en peligro de otro modo la seguridad y el orden del establecimiento.

§ 20.—VESTIMENTA.—[1] El recluso llevará el uniforme del establecimiento. Para el tiempo libre recibirá una vestimenta especial.

[2] El director del centro permitirá al recluso llevar traje propio durante una salida de la prisión si es de esperar que no se evada. En todo caso podrá autorizarlo siempre que corran por cuenta del interno los gastos del tinte, mantenimiento y conservación en buen estado y cambio regular de ropa.

§ 21. ALIMENTACION.—Se controlará médicamente la composición y el valor nutritivo de los avituallamientos del centro. Por indicación médica se suministrará una alimentación especial. Hay que hacer posible que el recluso siga las prescripciones alimentarias de su comunidad religiosa.

§ 22. COMPRAS.—[1] Con la *asignación doméstica* (§ 47) y con el *dinero para pequeños gastos* (§ 46) que recibe el recluso podrá adquirir éste en la oferta que organice el establecimiento penitenciario productos alimenticios (*) y útiles para su aseo personal. El centro ha de procurar una oferta que responda a los deseos y necesidades de los internos.

(3) Véase también la disposición transitoria en el párrafo 201, núm. 2.

(4) Véase disposición transitoria en el párrafo 201, núm. 3.

(*) Al 22: «*Genussmittel*». Literalmente, el término *Genussmittel* hace alusión a la naturaleza de ciertos productos que se ingieren, que se paladean; que se «gustan». A veces se utiliza como sinónimo de «golosina», de «capricho» o, incluso, como sinónimo de «estimulante» (gastronómicamente equivaldría a «condimento»). En el texto he optado por entenderlo inseparable-

[2] Pueden excluirse los objetos que pongan en peligro la seguridad y el orden del establecimiento. Por indicación médica puede prohibírsele a un recluso—en todo o en parte—la compra de concretos productos alimenticios si es de temer que pongan seriamente en peligro su salud. En los hospitales y secciones de enfermos, y por indicación médica, puede prohibirse con carácter general o limitarse la adquisición de concretos productos alimenticios.

[3] Si no dispone el recluso, sin culpa propia, de la *asignación doméstica* o *del dinero* que se le concede para *pequeños gastos*, se le permitirá hacer compras con cargo a su *dinero propio* en términos razonables.

Título cuarto. Visitas, correspondencia, así como permisos y salidas del establecimiento por un motivo especial

§ 23. PRINCIPIO FUNDAMENTAL.—El recluso tiene derecho, en el marco de las disposiciones de esta Ley, a relacionarse con personas de fuera de la prisión. Deben promoverse las relaciones del recluso con personas de fuera del establecimiento.

§ 24. DERECHO A VISITAS.—[1] El recluso puede recibir visitas con regularidad. La duración total de las mismas alcanzará, como mínimo, una hora al mes. El reglamento de régimen interno regulará todo lo demás.

[2] Además de esto han de admitirse visitas si favorecen el tratamiento o reinserción del recluso o si son convenientes para asuntos personales, jurídicos o económicos que no puedan ser despachados por el recluso por carta, ni atendidos por un tercero, ni aplazados hasta la puesta en libertad de aquél.

[3] Por razones de seguridad puede condicionarse una visita a que el visitante se deje registrar.

§ 25. PROHIBICION DE VISITAS.—El director del establecimiento puede prohibir visitas:

1. Si peligraran la seguridad y el orden del establecimiento.
2. En el caso de visitantes que no sean *allegados* del recluso en el sentido del Código Penal (*), si es de temer que tengan una influencia nociva en aquél o dificulten su reinserción.

§ 26. VISITAS DE ABOGADOS DEFENSORES, ABOGADOS Y NOTARIOS.—Deben permitirse las visitas de defensores, así como las de abogados y notarios, relacionadas con asuntos jurídicos que afecten al recluso. El § 24, párrafo [3] rige por analogía. No es admisible un control del contenido de los textos escritos y demás documentos que lleve consigo el defensor. Queda a salvo lo dispuesto en el § 29, párrafo [1], incisos 2 y 3.

mente unido al de «Nahrungsmittel», acepción que avala la más neutra de producto alimenticio, que he seguido.

(*) Al 25, 2: «*Angehörig*». Este precepto se refiere —y remite— al término «*Angehörig*», en la acepción del Código Penal alemán. El concepto de «allegado» (así lo traduzco), aparece, entre otros, en el párrafo 52 [2], del StGB. En el mismo se comprenden, junto a ciertos «parientes», los «prometidos» («*Verlobten*»).

§ 27. VIGILANCIA DE LAS VISITAS.—[1] Las visitas pueden ser vigiladas por razón del tratamiento del recluso, de la seguridad o del orden del centro. La conversación habrá de controlarse sólo si es necesario por aquellos motivos.

[2] Puede interrumpirse una visita si el visitante o el recluso infringen los preceptos de esta ley o las órdenes dadas en base a la misma, a pesar de la previa advertencia disuasoria. No se intentará la disuasión si es imprescindible interrumpir inmediatamente la visita.

[3] Las visitas de abogados defensores no se vigilarán.

[4] Sólo con permiso puede hacerse entrega de objetos durante una visita. Esto no rige, en caso de visita de un abogado defensor, en cuanto a los escritos y demás documentos que se entregan, como tampoco respecto a los escritos y demás documentos que, con motivo de la visita de abogados y notarios, se entregan para atender a alguna cuestión jurídica que afecta al recluso; en las visitas de un abogado o notario las entregas pueden condicionarse al permiso previo, por razones de orden y seguridad del establecimiento. El párrafo 29, párrafo [1], incisos 2 y 3, permanece inalterado.

§ 28. DERECHO A LA CORRESPONDENCIA.—[1] El recluso tiene derecho a enviar o recibir escritos sin limitaciones.

[2] El director del establecimiento puede prohibir la correspondencia con determinadas personas:

1. Si peligrara la seguridad o el orden del centro.

2. En el caso de personas que no sean *allegados*, en el sentido del Código Penal, del recluso, si es de temer que dicha correspondencia tuviera un influjo nocivo en el recluso o dificultara su reinserción.

§ 29. CONTROL DE LA CORRESPONDENCIA.—[1] La correspondencia del recluso con su abogado defensor no se controlará. Si la ejecución de la pena privativa de libertad tiene como fundamento un hecho delictivo a tenor del párrafo 129a (*) del Código Penal, regirán por analogía los párrafos 148 [2] (*) y el § 148 a) (*) de la Ordenanza (*) Procesal Penal. Esto rige

(*) Al 29 [1]: párrafos 129 a) del StGB, 148 [2] y 148 a) de la StPO. El párrafo 29 [1] se remite a tres preceptos—del Código Penal y de la Ordenanza Procesal Alemana—que se introdujeron por Ley de 18 de agosto de 1976.

En cuanto a la Ordenanza Procesal Penal (mantengo la traducción literal de «Ordenanza», aunque en nuestro ordenamiento dicho término carece ya de interés) se trata de los párrafos 148, 2 y 148 a). El párrafo 148, 2 dispone ahora que: «si el inculpado no se encuentra en libertad y es objeto de las indagaciones sumariales un hecho delictivo a tenor del párrafo 129 a) (asociaciones de carácter terrorista), habrán de rechazarse los papeles u otros objetos en tanto el remitente o persona que quiere entregarlos al recluso de forma directa no exprese su conformidad en el sentido de que sean presentados previamente al juez» (Trato con el inculpado). El párrafo 148 a), introducido en 18 de agosto de 1976 («Ejecución de las medidas de vigilancia»), dispone: «Para la ejecución de las medidas de vigilancia a tenor del párrafo 148, 2, es competente el juez del tribunal en cuya jurisdicción se encuentre el establecimiento penitenciario. Si debiera presentarse una denuncia, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 138 del Código Penal (infracción del deber penal de denunciar determinados hechos criminales), se tomarán en depósito los papeles y otros documentos de los que deriva la obliga-

también si se hubiese que ejecutar una pena privativa de libertad por razón de un hecho delictivo a tenor del § 129a del Código Penal contra un penado, en relación con la condena que sirve de base a la ejecución de la pena privativa de libertad.

[2] Tampoco se controlarán los escritos del recluso a las representaciones parlamentarias de la Federación [BUNDES] y de los Estados federados [LÄNDER]—como a los miembros de aquéllas—o a la Comisión Europea para los derechos humanos, siempre que los escritos vayan dirigidos a las señas de tales representaciones y consignen correctamente el remitente.

[3] El resto de la correspondencia puede controlarse por razón del tratamiento o de la seguridad y el orden del centro.

§ 30. CURSO DE LOS ESCRITOS. SU CONSERVACION.—[1] Mientras que no se autorice otra cosa, el recluso hará intervenir por el establecimiento el envío y recepción de sus escritos.

[2] Hay que dar curso, sin demora, a los escritos que llegan o salen de la prisión.

[3] El recluso ha de conservar abiertos los escritos que recibe, en tanto no se ordene otra cosa. Puede transmitirlos a su peculio cerrados.

ción de denunciar, inmediatamente. Permanecen sin modificaciones los preceptos legales relativos al secuestro (párrafo 1). El juez a quien se le encomienden las medidas de vigilancia no debe ocuparse ni ser ocupado con el asunto que es objeto de la idagación sumarial. Respecto a los datos que suministran las medidas de vigilancia ha de guardar secreto el juez. El párrafo 138 del Código Penal no se modifica (párrafo 2).»

En cuanto al *parágrafo 129 a) del Código Penal alemán (StGB)* obsérvese que no es el que introdujo la Ley de 30 de agosto de 1951, y que suprimió posteriormente la Ley de Asociaciones de 5 de agosto de 1964 (Asociaciones prohibidas, en virtud de una previa declaración judicial del Tribunal Supremo Federal o de la más alta autoridad jurisdiccional de los Länder, con arreglo al artículo 9, 2, de la Ley Fundamental), sino un nuevo precepto introducido por reforma reciente de 18 de agosto de 1976, y que incrimina, en términos muy similares a los de las asociaciones ilícitas del párrafo 129, a aquellas otras que persiguen finalidades *terroristas*. El párrafo 129 a) (*constitución de bandas terroristas*) castiga con una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años a quien «funde», «haga propaganda» o «apoye» o «participe como miembro» de una asociación cuyo «objeto» o cuya «actividad» vayan dirigidos a la comisión de asesinatos, homicidios o genocidios, hechos delictivos contra la libertad personal en los casos de los § 239 a) o § 239 b) (ciertos casos de secuestro y de captura de rehenes) y de hechos delictivos de peligro común en los supuestos de los § 306 a § 308 (ciertos incendios), § 310 b), párrafo [1], § 311, párrafo [1], § 311 a) [1], § 312, § 316 c), párrafo [1] o del § 324 (explosiones mediante energía nuclear, o por otros medios, radiaciones con peligro para la salud, inundaciones con peligro para la vida, atentados en el tráfico aéreo, envenenamiento de ciertos suministros de uso general). El párrafo 129 a) establece las penas en función del grado de responsabilidad en la organización; declara expresa—pero exclusivamente—punible la tentativa de fundación de estas asociaciones y permite al juez prescindir de la pena en ciertos supuestos o aplicarla en el grado que estime oportuno a su libre arbitrio respecto a los asociados cuya culpa sea reducida o de muy escasa entidad su colaboración; así como autoriza al juez para imponer determinadas penas accesorias restrictivas de derechos o medidas de seguridad.

§ 31. RETENCION DE ESCRITOS.—[1] El director del establecimiento puede retener escritos:

1. Si peligraran los objetivos de la ejecución o la seguridad y el orden del establecimiento.
2. Si la difusión de los mismos, conociendo su contenido, realizara un tipo penal o una infracción sancionada con multa (*).
3. Si contienen relatos burdamente incorrectos o sustancialmente desfigurados sobre las condiciones del establecimiento.
4. Si contienen graves insultos.
5. Si pudieran poner en peligro la reinserción de otro recluso.
6. Si están redactados en clave, de forma ilegible, ininteligible o en lengua extranjera, sin que hubiera motivo grave para ello.

[2] Los escritos al exterior que contengan manifestaciones incorrectas pueden ser acompañados de un anexo, si el recluso insiste en su envío.

[3] Si un escrito es retenido se le comunicará al recluso. Los escritos retenidos serán devueltos al remitente o se conservarán por la autoridad, en depósito, si aquello no fuera posible o resultare impracticable por motivos especiales.

[4] No pueden ser retenidos los escritos cuyo control quedó excluido, a tenor del párrafo 29, párrafos [1] y [2].

§ 32. LLAMADAS A LARGA DISTANCIA Y TELEGRAMAS.—Puede autorizarse al recluso para que haga llamadas a larga distancia y ponga telegramas. Por lo demás, rigen para las llamadas a distancia los preceptos sobre visitas, y para los telegramas los previstos para la correspondencia, por analogía.

§ 33. PAQUETES.—[1] El recluso puede recibir un paquete con productos alimenticios tres veces al año, en intervalos prudenciales. La autoridad encargada de la ejecución puede fijar las fechas y cantidades máximas de los envíos y de los objetos singulares. La recepción de otros paquetes o de paquetes con contenido distinto requerirá de la autorización de aquélla. Para excluir objetos se procederá con arreglo al párrafo 22, párrafo [2], que rige por analogía.

[2] Los paquetes deben abrirse en presencia del recluso. Los objetos que se rechazaron pueden recibirse con cargo a su patrimonio o devolverse al remitente. Los objetos no entregados al recluso, con cuyo reenvío o depósito pudieran causarse lesiones a personas o daños en las cosas, pueden destruirse. Las medidas que se acuerden con arreglo a esto serán notificadas al recluso.

[3] La recepción de paquetes puede negarse temporalmente si fuera im-

(*) Al 31, [1], 2.º: «*Bussgeldtatbestand*». Este término, o el de *Geldbusse*, aparece en diversos lugares del texto, contrapuesto al de *Strafe* (párrafo 68 [2], párrafo 70 [2], 1.º, párrafo 102 [3], etc.) He optado por traducirlo en su acepción más amplia: multa, sanción pecuniaria. Creo que lo impone el sentido de los pasajes citados, donde «*Geldbusse*» aparece contrapuesto no al término de *Freiheitsstrafe*, sino al de *Strafe*, y, sin duda, para abarcar una serie de conductas que dan lugar a sanción pecuniaria distinta de la «pena».

prescindible por razón de peligro para la seguridad y el orden del establecimiento.

[4] Puede autorizarse al recluso a enviar paquetes. La autoridad encargada de la ejecución puede comprobar el contenido de los mismos por motivos de seguridad o de orden del establecimiento.

§ 34. UTILIZACION DE LAS INFORMACIONES OBTENIDAS.—[1] Las informaciones obtenidas de la vigilancia de visitas o de la correspondencia podrán ser utilizadas solamente:

1. En la medida en que sea necesario para salvaguardar la seguridad y el orden del establecimiento o para prevenir, impedir o perseguir la comisión de hechos delictivos o de contravenciones.

2. En cuanto sea necesario por razón del tratamiento. El recluso ha de ser oído.

[2] Las informaciones pueden transmitirse sólo al personal encargado de la ejecución, a los tribunales de justicia y a las autoridades competentes, que lo sean para prevenir, impedir o perseguir los delitos y las contravenciones (*).

§ 35. PERMISOS, SALIDAS Y CONDUCCION DEL RECLUSO POR MOTIVOS DE IMPORTANCIA.—[1] Por un motivo importante puede proporcionar el director del establecimiento al recluso una salida del centro o concederle un permiso de hasta siete días. No debe superar los siete días en un año el permiso que se dispense por algún motivo importante que no sea el de la enfermedad grave o la muerte de alguna persona allegada al recluso. Los párrafos 11, párrafo [2], párrafo 13, párrafo [5] y párrafo 14 rigen por analogía.

[2] El permiso a que se refiere el párrafo [1] no se computará a los efectos del permiso ordinario.

[3] Si no pudieren ser concedidos la salida de la prisión o el permiso, por los motivos previstos en el párrafo 11, párrafo [2], el director del establecimiento puede hacer conducir al recluso. Los gastos de ello han de correr a cargo de éste. La pretensión no podrá hacerse valer si dificultara el tratamiento o la reinserción del interno.

§ 36. SEÑALAMIENTOS JUDICIALES.—[1] El director del establecimiento puede conceder permiso o permitir la salida a un recluso para que concorra a un señalamiento judicial si hay que suponer que éste obedecerá la citación y que no existe ningún peligro de evasión o de abuso (párrafo 11, párrafo 2). Los párrafos 13, párrafo [5] y párrafo 14 rigen por analogía.

[2] Si un recluso es citado a una comparecencia, pero no se le concede la salida del centro ni el permiso, el director del establecimiento, con el consentimiento del recluso, le hará conducir a la citada comparecencia, en tanto no se opongan a ello motivos más poderosos por razón de peligro de evasión o de abusos (párrafo 11, párrafo 2). A requerimiento de un

(*) Traduzco el término «*Ordnungswidrigkeit*» por «*contravención*», como hace —por ejemplo— el Profesor Cerezo Mir, J. (Curso de Derecho Penal Español, 1976, Tecnos, pág. 40), a quien sigo.

Tribunal hará comparecer al recluso a presencia del mismo, con tal que exista la orden de comparecencia.

[3] La autoridad ⁽¹⁾ encargada de la ejecución informará al tribunal sobre lo acordado.

Título quinto. Trabajo, formación y perfeccionamiento

§ 37. ⁵ ASIGNACION DE TRABAJO.—[1] El trabajo, la ocupación de terapia laboral, la formación profesional y el perfeccionamiento profesional persiguen fundamentalmente el objetivo de dispensar, conservar o fomentar las aptitudes del recluso para que realice una actividad con la que se gane la vida ⁽²⁾ una vez que sea puesto en libertad.

[2] La autoridad encargada de la ejecución debe asignar al recluso un trabajo económicamente productivo, tomando en cuenta sus aptitudes, destreza e inclinaciones.

[3] A los reclusos capacitados para ello debe dárseles la oportunidad de conseguir formación y perfeccionamiento profesional, de cambiar de oficio o profesión o de participar en otras medidas de instrucción y perfeccionamiento del proceso formativo.

[4] Si no se puede asignar a un recluso apto para trabajar ningún trabajo económicamente productivo ni procurar su participación en las medidas oportunas a tenor del párrafo 3, se le proporcionará, entonces, una ocupación adecuada.

[5] Si un recluso no está capacitado para realizar un trabajo económicamente productivo deberá ser ocupado con una terapia laboral.

§ 38. CLASES.—[1] Para los reclusos capacitados, que no obtuvieron, sin embargo, el diploma de la enseñanza básica (HAUPTSCHULE) ⁽³⁾, deben preverse clases de las especialidades propias para la obtención del diploma de aquélla o una enseñanza correspondiente a la que se imparte en las escuelas especiales. Para la formación profesional o para los casos de cambio de oficio o profesión deben preverse clases de capacitación profesional. Esto rige también para el perfeccionamiento profesional en cuanto que la naturaleza del sistema en cuestión lo requiera.

[2] Las clases han de tener lugar durante la jornada de trabajo.

⁽¹⁾ Al 36, 3: «Vollzugsbehörde». Traduzco el término como «autoridad» (Behörde). Lo hago, sin embargo, sólo para evitar unas perífrasis que sería bastante más acertada: «órganos encargados de la ejecución». Porque el concepto de «autoridad» es equívoco, y cuenta en el idioma alemán con otros términos más precisos para designarlo.

⁽⁵⁾ El párrafo 37 entra en vigor el 1 de enero de 1980. Véase el párrafo 198, párrafo 2, núm. 1.

⁽²⁾ Al 37, 1: «Erwerbstätigkeit». Literalmente: actividad productiva, rentable, remunerada. Pero prefiero el giro más libre de la traducción que ofrezco: actividad con la que el recluso pueda ganarse la vida.

⁽³⁾ Al 38, 1: «Hauptschule». El término Hauptschule, como el de Grundschule, Realschule..., etc., carecen de traducción en nuestro idioma porque corresponden a instituciones del sistema educativo alemán muy distinto del nuestro. Con toda clase de reservas, por tanto, sugiero como traducción posible ésta: enseñanza básica.

§ 39. REGIMEN DE LIBRE EMPLEO, AUTOEMPLEO.—[1].⁶ Debe permitirse al recluso que desempeñe un trabajo o prosiga la formación profesional, el perfeccionamiento profesional o el cambio de profesión fuera del establecimiento penitenciario, con arreglo al principio de régimen de libre empleo, si en el marco del plan de ejecución ello sirve al objetivo de dispensar, conservar o fomentar las aptitudes del recluso para el desempeño de una actividad con la que pueda ganarse la vida una vez puesto en libertad y no se oponen a ello motivos prioritarios de la ejecución. Los párrafos 11, párrafo [1], núm. 1, el párrafo [2] y el párrafo 14 permanecen inalterados.

[2] Puede permitirse al recluso que se emplee el mismo.

[3] La autoridad encargada de la ejecución puede exigir que se le transfieran a ella los salarios para abonarlos a la cuenta del recluso.

§ 40. DIPLOMAS.—De los diplomas relativos a cursos de formación o perfeccionamiento no debe desprenderse la condición de recluso de un participante.

§ 41. DEBER DE TRABAJAR.—[1] El recluso está obligado a desempeñar el trabajo que se le ha asignado de acuerdo con su aptitud física, la ocupación de terapia laboral o las restantes ocupaciones que su estado físico le permitan atender. Puede estar obligado a realizar actividades auxiliares en el establecimiento hasta por tres meses al año y, con su aquiescencia, por más tiempo. Los incisos 1 y 2 no rigen con relación a reclusos de más de sesenta y cinco años ni para las mujeres en período de gestación o lactancia, en la medida en que existan normas prohibitivas de empleo para protección de madres asalariadas.

[2] ⁷ La participación del recluso en una de las previsiones del párrafo 37, párrafo [3] requiere de su consentimiento. El consentimiento no puede revocarse intempestivamente.

[3] ⁸ El empleo en un negocio propiedad de un empresario particular (párrafo 149, párrafo 4), requiere del consentimiento del recluso. La revocación del consentimiento surtirá efecto sólo cuando la plaza pueda ser ocupada por otro recluso, lo más tarde después de seis semanas.

§ 42. ⁹ EXENCION DEL DEBER DE TRABAJAR.—[1] Si el recluso ha desempeñado a lo largo de un año la actividad que se le asignó a tenor del párrafo 37 o las actividades auxiliares del párrafo 41, párrafo [1], inciso 2, podrá exigir que se le exima del deber de trabajar por dieciocho días laborables. El tiempo durante el que el recluso viera impedido su rendimiento.

(6) El párrafo 39, párrafo [1], entra en vigor el 1 de enero de 1980. Véase el párrafo 198, párrafo [2], núm. 1.

(7) El párrafo 41, párrafo [2], entra en vigor el 1 de enero de 1980. Véase el párrafo 198, párrafo [2], núm. 1.

(8) El párrafo 41, párrafo [3], entra en vigor el 1 de enero de 1982. Véase el párrafo 198, párrafo [2], núm. 2.

(9) El párrafo 42 entra en vigor el 1 de enero de 1980. Véase el párrafo 198, párrafo [2], núm. 1. Hasta el 31 de diciembre de 1979 está en vigor el párrafo 42 con arreglo a la redacción provisional del párrafo 199, párrafo [1], núm. 1.

laboral como consecuencia de una enfermedad, se computará a los efectos del año, con el límite de seis semanas por año.

[2] En el período de la exención del deber de trabajar se computará el tiempo de permiso fuera de la prisión (parágrafos 13 y 35), en cuanto que éste coincidiera con el período laboral y no hubiese sido concedido por razón de grave enfermedad o de muerte de persona allegada al recluso.

[3] El recluso continuará percibiendo durante el tiempo de la exención el sueldo que se le hubiere pagado por última vez.

[4] Las normas sobre permisos que rigen las condiciones de empleo fuera del régimen de ejecución de penas permanecen inalteradas.

§ 43. REMUNERACION DEL TRABAJO.—[1] Si el recluso desempeña el trabajo que se le ha asignado, las otras ocupaciones o una actividad auxiliar con arreglo al párrafo 41, párrafo [1], inciso 2, recibirá una remuneración. La estimación de ésta tomará como base el índice señalado en el párrafo 200 del salario medio del año anterior de todos los pensionistas, trabajadores y empleados, excluidos los que están en período de formación (*sueldo base*). El salario-día es la 250 a/. parte del *sueldo base*. La remuneración puede estimarse, también, por una fracción-hora.

[2] La remuneración puede graduarse según el rendimiento del recluso y la índole del trabajo. Sólo si el rendimiento del recluso no satisface las exigencias mínimas podrá quedar por debajo del 75 por 100 del sueldo base.

[3] Si el recluso desempeña la ocupación de terapia laboral que se le asignó, recibirá una remuneración en cuanto corresponda a la índole de dicha ocupación y a su rendimiento laboral.

[4] La remuneración debe ponerse en conocimiento del recluso por escrito.

§ 44. SUBVENCIONES CON FINES FORMATIVOS.—[1] Si el recluso toma parte en cursos de formación profesional, de aprendizaje de un nuevo oficio o profesión, de perfeccionamiento profesional, o asiste a clases y ha sido liberado de su obligación de trabajar con este objeto, recibirá entonces una subvención con fines formativos en tanto no le correspondan para su subsistencia las prestaciones que se conceden por tal motivo a los no reclusos. El rango subsidiario de la asistencia social, con arreglo al párrafo 2, párrafo 2, de la ley federal de asistencia social, no queda afectado.

[2] En cuanto a la estimación de las subvenciones de fines formativos rigen, por analogía, los párrafos 43, párrafos [1] y [2].

[3] Si el recluso tomó parte en clases durante el tiempo de trabajo, por días o por horas, o bien en otras actividades que se le asignen con arreglo al párrafo 37, párrafo [3], recibirá una subvención con fines formativos por el importe correspondiente a la remuneración de la que, por tal razón, se vio privado.

§ 45. ¹⁰ INDEMNIZACION COMPENSATORIA.—[1] Recibirá una indemnización compensatoria el recluso apto para trabajar a quien por motivos

(10) El párrafo 45 entrará en vigor en virtud de una ley federal especial. Véase el párrafo 198, párrafo [3].

ajenos a su persona y durante más de una semana no se le haya podido asignar un trabajo u ocupación en el sentido del párrafo 37, párrafo [4].

[2] Recibirá igualmente una indemnización compensatoria el recluso que con posterioridad al comienzo de su trabajo u ocupación y como consecuencia de una enfermedad vea impedido su rendimiento laboral, sin culpa por su parte, durante más de una semana. Lo mismo rige respecto a reclusos que han disfrutado de una subvención con fines formativos según el párrafo 44, o de una indemnización compensatoria a tenor del párrafo [1].

[3] Las mujeres en período de gestación que no pueden desempeñar un trabajo u ocupación en el sentido del párrafo 37, recibirán una indemnización compensatoria en las últimas seis semanas anteriores al alumbramiento y hasta el transcurso de ocho semanas; y de hasta doce semanas después del alumbramiento, en caso de parto prematuro o de partos múltiples.

[4] La indemnización compensatoria puede ser inferior al 60 por 100 del sueldo base a que se refiere el párrafo 43, párrafo [1], sólo si el recluso no ha alcanzado la remuneración mínima del párrafo 43, párrafo [2], con anterioridad al desempleo o a la enfermedad.

[5] La indemnización compensatoria se concederá por una duración máxima en su total de seis semanas por año sin perjuicio de la regla establecida en el párrafo [3]. Una indemnización compensatoria ulterior se dispensará sólo cuando el recluso haya percibido de nuevo remuneración por su trabajo o subvenciones con fines formativos al menos durante un año.

[6] Decaerá la pretensión a obtener una indemnización compensatoria en la medida en que el recluso reciba ya una asignación con arreglo al párrafo 566, párrafo 2, de la Ordenanza de Seguros del Reich.

§ 46 ¹¹. ASIGNACION PARA PEQUEÑOS GASTOS (*).—Si un recluso, por razón de su edad o decrepitud, ya no trabaja o no se le concede—o deja de concedérsele—una indemnización compensatoria, recibirá una cantidad razonable de dinero para pequeños gastos, caso de que lo necesite. Lo mismo rige para reclusos que no reciben remuneración alguna por la ocupación que desempeñan a tenor del párrafo 37, párrafo [5].

§ 47. ¹¹ ASIGNACION DOMESTICA (*).—[1] De los emolumentos re-

(*) Al 46: «*Taschengeld*». Literalmente —y la expresión es suficientemente gráfica—: «dinero de bolsillo». *Taschengeld* se denomina, también, al dinero que dan los padres a sus hijos, o el cónyuge a su consorte para la diaria manutención. En el texto he acudido a la fórmula: asignación o dinero para pequeños gastos, con la que pretendo recoger de algún modo las características de esta asignación: que no es contrapartida de una actividad laboral (presupone su ausencia), que su cuantía es muy reducida y de carácter subsidiario (cantidad prudencial y sólo para el caso de que se necesite) y que se destina a la adquisición por el recluso, en el Economato, de productos alimenticios o útiles para su aseo personal, fundamentalmente (párrafo 22).

(11) Los párrafos 46 y 47 entrarán en vigor en virtud de una ley federal especial. Véase el párrafo 198, párrafo [3]. Hasta la entrada en vigor de esta ley federal especial regirán los párrafos 46 y 47 con arreglo a la redacción del párrafo 199, párrafo [2], núms. 1 y 2.

(*) Al 47: «*Hausgeld*». He traducido este término por «asignación domés-

gulados en esta Ley puede el recluso gastar en compras (parágrafo 22, párrafo 1) o emplear de otra manera al menos 30 DM mensuales (asignación doméstica) y el dinero a que se refiere el parágrafo 46 (dinero para pequeños gastos).

[2] El importe mínimo de la asignación doméstica se incrementará en un 10 por 100 sobre lo que excedan de 300 DM los ingresos mensuales. La autoridad encargada de la ejecución puede hacer depender la fijación de cuantías más elevadas del importe del «fondo de garantía».

[3] A los reclusos que se encuentran en régimen de libre empleo (parágrafo 39, párrafo 1) o a quienes les está autorizado emplearse ellos mismos (parágrafo 39, párrafo 2), se les fijará de sus emolumentos una cantidad razonable en concepto de asignación doméstica.

§ 48. POTESTAD REGLAMENTARIA DELEGADA.—Se faculta al Ministro Federal de Justicia para dictar las normas reglamentarias oportunas sobre niveles de sueldos, de acuerdo con el Ministro Federal para el Trabajo y Organización Social y con la aprobación del Consejo Federal.

§ 49. CUOTA DE MANTENIMIENTO.—[1] Para satisfacer el deber legal de mantenimiento hay que pagar a las personas legitimadas o a un tercero, a petición del recluso y de los haberes de éste, una cantidad en concepto de cuota de mantenimiento.

[2] Si no alcanzan los ingresos del recluso para compensar el pago de los gastos de prisión, una vez deducida la asignación doméstica y la cuota de mantenimiento, se pagará entonces una cuota de mantenimiento sólo hasta el importe de la cantidad inembargable a tenor del parágrafo 850 c (*) de la Ordenanza procesal civil. En la estimación de la cantidad correspondiente a tenor del inciso 1 se reducirá en una el número de personas con derecho a ser mantenidas.

§ 50. ¹² CUOTA DE GASTOS DE PRISION.—[1] De los emolumentos que se regulan en esta Ley y de los que percibe el recluso que se encuentra en régimen de libre empleo (parágrafo 39, párrafo 1) puede retenerse una cantidad en concepto de cuota de gastos de prisión por el importe que a tenor del parágrafo 160, párrafo 2, de la Ordenanza de Seguros del Reich, se ha fijado

«tica». Pero obsérvese que se trata aquí de una cantidad de la que se permite disponer libremente al recluso (para compras o de otro modo) y que es proporcional a la cuantía de sus emolumentos e ingresos, con un mínimo de 30 marcos mensuales. Más que un subsidio, como sucede en el caso del parágrafo 46, es una verdadera limitación al poder de disposición sobre un dinero que se ha obtenido por el recluso. Su cuantía es, también, reducida.

(*) *Al 49, 2: El parágrafo 850 c) de la Ordenanza Procesal Civil fue introducido por Ley de 20 de agosto de 1953, y modificado por Ley de 1 de marzo de 1972. Dicho parágrafo regula, en sus tres apartados, el embargo de las cantidades procedentes de ingresos por razón de rentas de trabajo, estableciendo los mínimos exentos, los criterios y los cómputos del embargo. («Pfändungsgrenzen für Arbeitseinkommen»).*

(12) Los párrafos 49 y 50 entrarán en vigor en virtud de una ley federal especial. Véase el parágrafo 198, párrafo [3]. Hasta la entrada en vigor de esta ley federal especial regirá el parágrafo 50 en la redacción del parágrafo 199, párrafo [2], núm. 3.

como término medio para la estimación de las aportaciones en especie. El Ministro Federal de Justicia fijará la cuota media para cada año según la estimación de las aportaciones en especie vigentes al día 1 de octubre del año anterior y dará a conocer la misma en el «Boletín Oficial». La cuota de gastos de prisión puede también imputarse a la parte inembargable de los emolumentos del recluso, pero no a costa de la asignación doméstica ni de la cuota de mantenimiento.

[2] El autoempleo (parágrafo 39, párrafo 2) puede condicionarse a que el recluso pague mensualmente por anticipado la cuota de gastos de prisión.

§ 51. FONDO DE GARANTIA (*).—[1] De los emolumentos que se regulan en esta Ley y de los de aquellos reclusos que se encuentran en régimen de empleo libre (parágrafo 39, párrafo 1) o a quienes se les autoriza para contratarse ellos mismos (parágrafo 39, párrafo 2) ha de formarse un fondo de garantía que asegure la subsistencia del recluso y de las personas a que éste ha de mantener durante las cuatro primeras semanas que siguen a su puesta en libertad.

[2] El fondo de garantía le será pagado al recluso al ser puesto en libertad. La autoridad encargada de la ejecución puede transferirlo en todo o en parte al Delegado de Libertad Vigilada o a un centro de los que prestan asistencia a los excarcelados, quienes han de decidir sobre cómo se pagará el dinero a los reclusos durante las cuatro primeras semanas que siguen a la puesta en libertad de los mismos. El Delegado de Libertad Vigilada y el centro de asistencia de excarcelados tienen la obligación de mantener separado de sus patrimonios este fondo de garantía. Con el consentimiento del recluso puede transferirse también el fondo de garantía a la persona que tiene derecho a ser mantenida por aquél.

[3] El director del centro puede autorizar que el fondo de garantía sea afectado a gastos útiles para la reinserción del recluso.

[4] El derecho al reintegro del fondo de garantía es inembargable. Si no alcanzara la cuantía determinada en el párrafo [1] será entonces inembargable también por la diferencia el derecho al reintegro del dinero propio del recluso. El dinero en efectivo de los reclusos puestos en libertad, a quienes se les ha pagado dinero por razón del derecho inembargable previsto en el inciso 1 y 2 no está sujeto a embargo durante las cuatro semanas que siguen a la puesta en libertad, en tanto corresponda a derechos por el tiempo comprendido entre tal embargo y el transcurso de las cuatro semanas.

(*) *Al 51: «Überbrückungsgeld»*. Literalmente: dinero-puente». Y lo es porque persigue asegurar la atención de las necesidades del recluso y de su familia durante las cuatro semanas siguientes a su puesta en libertad. Por esta función de garantía a la que se afectan tales fondos he traducido del modo que lo hago en el texto: fondo de garantía.

(*) *Al 51 [5]: El parágrafo 850 d, párrafo 1, inciso primero*, fue modificado por Ley de 1 de marzo de 1973. Versa sobre la posibilidad legal de embargo en caso de pretensiones basadas en un derecho de alimentos o mantenimiento. Según dicho precepto, determinados ingresos y salarios pueden embargarse sin las limitaciones que impone el parágrafo 850 c) de la propia Ordenanza Procesal Civil cuando se trata de pretensiones basadas en un deber legal de mantenimiento en favor de un pariente, consorte, ex cónyuge o madre de hijo ilegítimo.

[5] El párrafo [4] no rige en el caso de embargo por razón de un derecho al mantenimiento señalado en el párrafo 850, párrafo 1, inciso 1, de la Ordenanza procesal civil. Sin embargo, hay que dejar al recluso excarcelado cuanto requiera para su propio sustento y para que atienda sus restantes obligaciones legales de mantenimiento por el período comprendido entre el embargo y el transcurso de las cuatro semanas que siguen a su puesta en libertad.

§ 52. DINERO PROPIO.—Los emolumentos del recluso que no se detraigan en concepto de asignación doméstica, cuota de gastos de prisión, cuota de mantenimiento o fondo de garantía, habrán de abonársele al mismo como dinero propio.

Título sexto. Práctica de la religión

§ 53. ATENCION ESPIRITUAL.—[1] Al recluso no puede negársele la atención espiritual de un pastor de su comunidad religiosa. A ruego del mismo ha de ayudársele para que se ponga en contacto con un pastor de su comunidad religiosa

[2] El recluso puede poseer los textos religiosos básicos. Se le pueden retirar sólo en caso de abuso notorio.

[3] Han de dejársele al recluso, en medida razonable, objetos de culto religioso.

§ 54. ACTOS RELIGIOSOS.—[1] El recluso tiene derecho a participar en el culto divino y en otros actos religiosos de su confesión.

[2] Se admitirá al recluso en el culto divino o en actos religiosos de otras comunidades religiosas si el pastor de éstas consintiere.

[3] Puede excluirse la participación del recluso en el culto divino o en otros actos religiosos si esto fuera necesario por razones prioritarias de orden o seguridad; el pastor ha de ser oído con anterioridad.

§ 55. OTRAS CONFESIONES NO RELIGIOSAS.—Los párrafos 53 y 54 rigen, por analogía, respecto a los afiliados a profesiones caracterizadas por su común concepción del mundo.

Título séptimo. Atención sanitaria

§ 56. REGLAS GENERALES.—[1] Hay que velar por la salud corporal y espiritual del recluso. El párrafo 101 permanece inalterado.

[2] El recluso ha de apoyar las medidas necesarias para la protección de la salud y la higiene.

§ 57. MEDIDAS PARA EL PRONTO DIAGNOSTICO DE ENFERMEDADES.—Los reclusos tienen derecho, en garantía de su salud, a las siguientes medidas para el pronto diagnóstico de enfermedades:

1. Las mujeres, a un reconocimiento para el pronto diagnóstico de enfermedades cancerosas, una vez al año, y desde que cumplan los treinta en adelante.

2. Los varones, a un reconocimiento para el pronto diagnóstico de enfermedades cancerosas, una vez por año y desde que cumplan los cuarenta y cinco.

3. Las mujeres, respecto a los niños que se alojen con ellas en el establecimiento penitenciario y hasta que éstos cumplan los cuatro años, a un reconocimiento para el pronto diagnóstico de las enfermedades que, en mayor medida, ponen en peligro el desarrollo normal del niño, físico e intelectual.

§ 58. ASISTENCIA MEDICA.—El recluso recibirá tratamiento médico desde el principio de la enfermedad; comprenderá, de modo particular:

1. Tratamiento médico y de odontólogo.
2. Suministro de medicinas, vendajes, remedios curativos y lentes.
3. Piezas anatómicas postizas, aparatos ortopédicos y otros medios auxiliares.
4. Subvenciones para gastos de dentaduras postizas y coronas dentarias o asunción de la totalidad de los costes.
5. Prueba de resistencia y terapia laboral, en cuanto no se opongan a ello los intereses de la ejecución.

§ 59. INDOLE Y EXTENSION DE LAS PRESTACIONES.—En cuanto a la clase de reconocimientos y al alcance de las prestaciones para el pronto diagnóstico de enfermedades y para su atención médica rigen los correspondientes preceptos de la Ordenanza de Seguros del Reich y las normas pertinentes a tenor de la misma.

§ 60. ASISTENCIA MEDICA DURANTE EL PERMISO.—Durante el permiso o salida de la prisión tiene derecho el recluso a exigir de la autoridad encargada de la ejecución tratamiento y cuidados médicos sólo en el centro que le corresponda.

§ 61. DOTACION DE MEDIOS ASISTENCIALES.—El recluso tiene derecho a ser dotado de piezas anatómicas postizas, aparatos ortopédicos y otros medios auxiliares que sean necesarios para prevenir un impedimento inminente, para asegurar el éxito de un tratamiento curativo o para compensar una deformidad corporal, con tal que esto no resulte injusto considerando la brevedad de su privación de libertad. El derecho comprende, también, los cambios necesarios, la colocación y obtención de piezas de repuesto, así como el aleccionamiento sobre el uso de tales medios, siempre que no se opongan a ello los intereses de la ejecución.

§ 62. SUBVENCIONES PARA PIEZAS DENTARIAS POSTIZAS Y CORONAS DENTARIAS.—La Administración de Justicia de los Estados federados determinará mediante disposiciones administrativas de carácter general el importe de las subvenciones para gastos de piezas dentarias postizas y de coronas dentarias. Puede acordar que se asuman la totalidad de los gastos.

§ 63. TRATAMIENTO MEDICO PARA LA REINSERCIÓN SOCIAL.—Con la conformidad del recluso, la autoridad encargada de la ejecución ha de

disponer se lleven a cabo el tratamiento médico, particularmente las operaciones o medidas protésicas que favorezcan su reinserción social. El recluso deberá participar en los gastos correspondientes, si es justo de acuerdo con sus condiciones económicas y no se pone en tela de juicio de este modo la finalidad del tratamiento.

§ 64. ESTANCIA AL AIRE LIBRE.—Si el recluso no trabaja al aire libre se hará factible una estancia diaria del mismo de una hora, como mínimo, al aire libre siempre que lo permitan las condiciones climatológicas durante el tiempo señalado.

§ 65. TRASLADO.—[1] Un recluso enfermo puede ser trasladado a un establecimiento hospitalario o a un centro penitenciario mejor acondicionado para su atención.

[2] Si no puede reconocerse o tratarse la enfermedad de un recluso en un centro penitenciario o en un establecimiento hospitalario, o si no es posible trasladar a tiempo al recluso a un establecimiento hospitalario, se le trasladará a un hospital fuera del régimen de ejecución.

Si durante la estancia del recluso en el centro hospitalario se interrumpió el cumplimiento de la pena, el recluso asegurado tendrá derecho a las prestaciones necesarias de acuerdo con los preceptos del seguro legal de enfermedad¹³.

§ 66 NOTIFICACION EN CASO DE ENFERMEDAD O DE MUERTE—[1] Si enfermara gravemente un recluso, deberá darse cuenta sin tardanza a un allegado del mismo, a persona de su confianza o representante legal. Lo mismo debe observarse si el recluso fallece.

[2] En la medida de lo posible ha de corresponderse el deseo del recluso de dar cuenta también a otras personas.

Título octavo. Tiempo libre

§ 67. CUESTIONES GENERALES.—El recluso tendrá ocasión de organizarse su tiempo libre. Ha de tener la oportunidad de participar en clases, incluso de deportes, cursos a distancia, cursillos y demás manifestaciones del proceso formativo, en grupos, coloquios colectivos, así como en concursos de deportes y a utilizar una biblioteca.

§ 68. PERIODICOS Y REVISTAS.—[1] El recluso puede suscribirse a periódicos y revistas que le suministre el establecimiento dentro de unos límites razonables.

[2] Se excluyen los periódicos y revistas cuya difusión se encuentre conminada con una pena (*) o con multa. Pueden retenérsele al recluso ediciones

(13) El parágrafo 65, párrafo [2], inciso 2, entrará en vigor en virtud de ley federal especial. Véase el parágrafo 198, párrafo [3].

(*) *Al* § 68 [2]. En el texto alemán de la edición de la Editorial BECK-TEXTE se dice: «Stafe», y no: «Strafe». Es una errata sin mayor trascendencia.

·concretas o partes de periódicos o revistas si pusieran considerablemente en peligro los objetivos de la ejecución o la seguridad y el orden del establecimiento.

§ 69. RADIO Y TELEVISION.—[1] El recluso puede tomar parte en la escucha de programas de radio del establecimiento, así como en audiciones colectivas de televisión. Han de seleccionarse los programas de tal modo que se tengan en cuenta prudencialmente, según fuentes de información ciudadanas, los gustos y las necesidades, los fines educativos y los de mero esparcimiento. Las sesiones de radio y televisión pueden suspenderse temporalmente o serles prohibidas a un recluso determinado si fuera imprescindible para mantener la seguridad y el orden del establecimiento.

[2] Los aparatos de radio del recluso se le permitirán con las condiciones del párrafo 70, los de televisión sólo en fundados casos excepcionales.

§ 70. TENENCIA DE OBJETOS PARA LA OCUPACION DEL TIEMPO LIBRE.—[1] El recluso puede tener libros y otros objetos, en cantidad razonable, para su formación o para la ocupación de su tiempo libre.

[2] Esto no rige si la posesión, cesión o el uso de tales objetos:

1. Estuviere conminada con una pena o con multa.
2. Peligrara el objetivo de la ejecución o la seguridad o el orden del establecimiento.

[3] La autorización puede revocarse en las hipótesis del párrafo [2].

Título noveno. Asistencia social

§ 71. PRINCIPIO FUNDAMENTAL.—El recluso puede reclamar la asistencia social del establecimiento para resolver sus problemas personales. La ayuda debe orientarse a poner en condiciones al propio recluso para que arregle y normalice él mismo sus asuntos.

§ 72. ASISTENCIA EN EL MOMENTO DEL INGRESO EN PRISION.—[1] Al ingresar en prisión se ayudará al recluso a proveer las medidas necesarias con relación a sus allegados necesitados de asistencia y a poner en seguro su patrimonio de fuera de la prisión.

[2] El recluso ha de ser aconsejado en cuánto al mantenimiento de un seguro social.

§ 73. ASISTENCIA DURANTE LA EJECUCION.—Se respaldará el empeño del recluso por cumplir con sus derechos y obligaciones, principalmente, el ejercicio del derecho de voto, el cuidado de quienes han de ser mantenidos por él y la compensación de los daños causados por su hecho delictivo.

§ 74. ASISTENCIA CON VISTAS A SU PUESTA EN LIBERTAD.—Para preparar la puesta en libertad el recluso debe ser aconsejado respecto a la organización de sus asuntos personales, económicos y sociales. El consejo comprenderá también la designación de los centros competentes para las prestaciones sociales. Hay que ayudar al recluso para que encuentre trabajo,

alojamiento y asistencia personal para el tiempo que sigue a su puesta en libertad.

§ 75. ASISTENCIA EN LA PUESTA EN LIBERTAD.—[1] En la medida en que no le basten al recluso sus medios propios, recibirá del establecimiento una ayuda para gastos de viaje así como una *ayuda-puente* y, en caso necesario, ropa suficiente.

[2] Para la estimación de la cuantía de la *ayuda-puente* habrán de tenerse en cuenta la duración de la privación de libertad, el desempeño personal del trabajo por el recluso durante el tiempo de condena y su buena administración en el empleo del dinero propio y del dinero que recibió como asignación doméstica. El párrafo 51, párrafo [2], incisos 2 y 3, rige por analogía. La *ayuda-puente* podrá transferirse también, bien en todo, bien parcialmente, a las personas que el recluso ha de mantener.

[3] El derecho a ayudas de gastos de viaje y los pagos de tales ayudas son inembargables. En cuanto al derecho a la *ayuda-puente* y en cuanto al dinero en efectivo por razón del pago de una *ayuda-puente* al recluso rige, por analogía, el párrafo 51, párrafo [4], incisos 1 y 3, y el párrafo [5].

Título décimo. Preceptos especiales para la ejecución de penas a mujeres:

§ 76. AYUDAS DE MATERNIDAD.—[1] Hay que tener en consideración el estado de una reclusa embarazada o que acabe de dar a luz. Los preceptos de la Ley sobre protección de madres asalariadas, en cuanto a la naturaleza del puesto de trabajo, han de aplicarse por analogía.

[2] La reclusa, durante el embarazo y después del alumbramiento, tiene derecho a cuidados médicos y a asistencia de comadrona en el establecimiento penitenciario. En la atención médica durante el embarazo se comprenden, de modo especial, las exploraciones para la comprobación del embarazo, así como los reconocimientos de carácter precautorio, incluyendo los análisis médicos.

[3] Para el parto debe trasladarse a la reclusa a un hospital, fuera del régimen de ejecución. Si esto no fuera indicado, por motivos especiales, se llevará a cabo, entonces, el parto en un centro penitenciario con departamento de maternidad. Durante el parto se prestará asistencia por una comadrona y, caso necesario, por un facultativo.

§ 77. MEDICAMENTOS, VENDAJES Y OTROS MEDIOS CURATIVOS.—Al producirse los trastornos propios del embarazo o los inherentes al parto, se proporcionarán medicamentos, vendajes y medios curativos.

§ 78. CLASE Y ALCANCE DE LAS AYUDAS DE MATERNIDAD.—Los párrafos 59, 60 y 65 rigen por analogía para las prestaciones de ayudas de maternidad.

§ 79. PARTE DE NACIMIENTO.—En el parte de nacimiento al encargado del Registro Civil pueden no consignarse el centro penitenciario como lugar

de nacimiento del niño, la relación del declarante con el establecimiento penitenciario y la condición de reclusa de la madre.

§ 80. MADRES CON NIÑOS.—[1] Si el hijo de una reclusa no está aún en la edad de la enseñanza obligatoria, podrá ser alojado en el establecimiento penitenciario en que se encuentre su madre, si es en provecho del niño y con el beneplácito del titular del derecho a fijar su residencia. Antes de proceder al internamiento del niño ha de oírse al Departamento de menores.

[2] El internamiento corre a cargo del obligado a mantener al niño. Puede prescindirse de la pretensión a hacer valer el reintegro de los gastos si con ella se pusiera en peligro el internamiento en común de la madre y el hijo.

Título decimoprimer. Seguridad y orden

§ 81. PRINCIPIO FUNDAMENTAL.—[1] Debe promoverse y fomentarse el sentido de responsabilidad del recluso para una ordenada convivencia en el establecimiento.

[2] Las obligaciones y limitaciones que se imponen al recluso para el mantenimiento de la seguridad y orden del centro han de seleccionarse de tal manera que guarden una adecuada proporcionalidad respecto al fin de los mismos y que no perjudiquen al recluso ni más, ni más tiempo de lo necesario.

§ 82. NORMAS SOBRE COMPORTAMIENTO DEL RECLUSO.—[1] El recluso ha de atenerse a la distribución del día (tiempo de trabajo, tiempo libre, tiempo de descanso) del establecimiento penitenciario. No debe perturbar la ordenada convivencia con su conducta respecto al personal encargado de la ejecución, los co-reclusos u otras personas.

[2] El recluso ha de seguir las instrucciones del personal de la ejecución, incluso si se siente lesionado por ellas. No puede abandonar, sin permiso, el recinto que se le haya asignado.

[3] Debe mantener en orden su celda y las cosas que le han sido entregadas por el establecimiento y tratarlas con consideración.

[4] El recluso ha de comunicar sin demora aquellas circunstancias que signifiquen peligro para la vida o peligro considerable para la salud de una persona.

§ 83. TENENCIAS PERSONALES. DINERO PROPIO DEL RECLUSO.—[1] El recluso sólo puede tener en su poder o aceptar cosas que le hayan sido entregadas por la autoridad encargada de la ejecución, o con el consentimiento de ésta. Sin dicho consentimiento puede aceptar cosas de pequeño valor de otro recluso. La autoridad de la ejecución puede hacer depender de su consentimiento la tenencia y la aceptación incluso de estas cosas.

[2] Las cosas introducidas en la prisión, que el recluso no pueda guardar en su poder, se depositarán a favor del mismo, con tal que esto sea posible por su clase y tamaño. El dinero se le abonará como dinero propio. Se le dará la oportunidad al recluso de enviar a alguien las cosas suyas que no

necesite durante la ejecución ni para su puesta en libertad y de disponer de su dinero propio en cuanto que éste no fuera necesario en concepto de fondo de garantía.

[3] Si rehúsa un recluso a enviar fuera de la prisión un objeto recibido cuya custodia no es posible, por su naturaleza o tamaño, estará facultada entonces la autoridad encargada de la ejecución para apartar del establecimiento estos objetos por cuenta del recluso.

[4] Las anotaciones y otros objetos que proporcionen información sobre los mecanismos de seguridad del establecimiento podrán ser eliminados o inutilizados por la autoridad encargada de la ejecución.

§ 84. REGISTROS.—[1] El recluso, sus cosas y las celdas pueden ser registrados. En el registro de reclusos varones pueden estar presentes sólo varones, en el de mujeres reclusas, sólo mujeres. Debe respetarse el sentimiento de pudor.

[2] Sólo en casos de peligro inminente o por instrucción del director del establecimiento se permitirá en el caso concreto practicar un registro corporal que implique el desnudo del recluso. Este debe realizarse en una habitación cerrada. Los otros reclusos no deben estar presentes.

[3] El director del establecimiento puede disponer, con carácter general, que sean registrados los reclusos al ingresar en prisión con arreglo al párrafo [2] y después de cada ausencia del centro.

§ 85. INTERNAMIENTO DE SEGURIDAD.—Un recluso puede ser conducido a un establecimiento más apropiado para su internamiento en condiciones de seguridad, si existe peligro de evasión en alto grado o, en otro caso, si su comportamiento o estado representan un peligro para la seguridad y el orden del centro.

§ 86. MEDIDAS DE IDENTIFICACION OFICIAL.—[1] Para asegurar la ejecución se autorizan como medidas de identificación oficial:

1. La toma de impresiones dactilares y de las palmas de las manos.
2. La toma de fotografías.
3. La constatación de características corporales externas.
4. La toma de medidas.

[2] Los documentos de identificación oficial obtenidos se incorporarán a los expedientes personales de los reclusos. Pueden custodiarse, también, en los registros de la policía criminal.

[3] Las personas que han sido sometidas a pruebas de identificación oficial por razón de lo dispuesto en el párrafo [1] pueden exigir de la ejecución —después de la puesta en libertad— que sean destruidos los documentos de identificación oficial obtenidos, tan pronto como haya terminado de cumplirse la resolución judicial que sirvió de fundamento a la ejecución. Sobre este derecho deben ser instruidas lo más tarde al ser puestas en libertad.

§ 87. DERECHO DE CAPTURA.—Un recluso que se haya evadido o que permanezca, en otro caso, sin permiso fuera de la prisión, podrá ser capturado por la autoridad encargada de la ejecución, o por orden de ésta, y conducido de nuevo al establecimiento.

§ 88. MEDIDAS DE SEGURIDAD ESPECIALES.—[1] Pueden decretarse medidas de seguridad especiales contra un recluso, si a tenor de su comportamiento o por razón de su estado anímico existe peligro de evasión en alto grado o de actos de violencia contra personas o cosas, o peligro de suicidio o de autolesión.

[2] Como medidas de seguridad especiales se autorizan:

1. La retirada o retención de objetos.
2. Su observación durante la noche (del recluso).
3. Su apartamiento de los otros reclusos.
4. Privación o restricciones de la estancia al aire libre.
5. Internamiento en una celda especialmente segura sin objetos peligrosos, y
6. Las ataduras.

[3] Las medidas previstas en el párrafo [2], números 1, y 3 a 5 se permitirán, también, si no se puede eludir o conjurar de otra manera el peligro de una liberación de los reclusos o una perturbación considerable del orden del establecimiento.

[4] En caso de salida, conducción o transporte de reclusos se permitirán, también, las ataduras si existe peligro de evasión en alto grado por razones distintas a las del párrafo [1].

[5] Las medidas de seguridad especiales sólo pueden mantenerse en tanto lo requiera el fin de las mismas.

§ 89. AISLAMIENTO CELULAR.—[1] La separación ininterrumpida de un recluso (aislamiento celular) se permite solamente si es imprescindible por razones que residan en la propia persona del recluso.

[2] El aislamiento celular por una duración total superior a los tres meses en un año requiere de la aprobación de la Inspección. Este plazo no se interrumpirá por el hecho de que el recluso participe en el culto divino o en horas de recreo.

§ 90. ATADURAS.—Por lo general, las ataduras deben colocarse sólo en las manos o en los pies. El director del establecimiento, en interés del recluso, puede disponer otra clase de ataduras De vez en cuando se aflojarán las ataduras, en cuanto sea necesario.

§ 91. PRESCRIPCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD ESPECIALES.—[1] El director del establecimiento es quien acuerda la adopción de especiales medidas de seguridad. En casos de peligro inminente, también podrán prescribir tales medidas, provisionalmente, otros agentes del personal del establecimiento. Se recabará, sin demora, la decisión del director del centro.

[2] Si un recluso está siendo tratado médicamente, o sometido a observación, o si su estado anímico fundamenta la aplicación de una medida, debe oírse antes al médico. Si esto no fuera posible por razón de un peligro inminente se requerirá sin demora su dictamen.

§ 92. CONTROL MEDICO.—[1] Si un recluso es internado en una celda de especiales condiciones de seguridad, o si es esposado (párrafo 88, párrafo [2], núms. 5 y 6), le visitará el médico del establecimiento acto seguido y,

a partir de entonces, a diario si fuera posible. Esto no rige en los casos de esposamiento durante las salidas, conducción o transporte de reclusos (párrafo 88, párrafo [4]).

[2] El médico debe ser oído con regularidad mientras se priva a un recluso de su estancia diaria al aire libre.

§ 93. RESARCIMIENTO DE GASTOS (*).—[1] El recluso está obligado a compensar a la autoridad encargada de la ejecución por los gastos que haya causado como consecuencia de una automutilación dolosa o gravemente culposa o por lesión a otro recluso. Quedan en pie las pretensiones que tengan su base en otros preceptos jurídicos.

[2] ¹⁴ Al hacer valer estas reclamaciones puede recurrirse incluso al dinero que se concede al recluso para gastos, en la cuantía que exceda a la cuota mínima (párrafo 47).

[3] Para las reclamaciones citadas en el párrafo [1] se dispone de las vías legales ordinarias.

[4] Puede prescindirse de la liquidación o ejecución de los créditos resultantes a tenor del párrafo [1], si con ello se pusiera en peligro el tratamiento del recluso o su reinserción.

Título decimosegundo. Empleo inmediato de medidas coactivas

§ 94. PRESUPUESTOS GENERALES.—[1] El personal de los establecimientos penitenciarios puede aplicar la coacción inmediata al dar cumplimiento, con arreglo a derecho, a medidas de ejecución o de seguridad si no pudiera conseguirse de otra manera el fin que con ello se persigue.

[2] Contra otras personas que no sean reclusos sólo puede aplicarse la coacción inmediata si pretendieran liberar a los internos, penetrar ilegalmente en el recinto del establecimiento, o si permanecen en el mismo sin permiso

[3] Subsiste, sin modificaciones, el derecho al empleo de medios coactivos en base a otras normas.

§ 95. DEFINICIONES.—[1] Coacción inmediata es la actuación sobre personas o cosas mediante fuerza física, medios auxiliares de ésta o mediante armas.

[2] Fuerza física es toda actuación física inmediata sobre personas o cosas.

(*) Al 93: «*Aufwendungen*». Los «gastos» a los que este párrafo se refiere, aunque no lo diga de forma expresa, son los derivados de los medicamentos, medicinas y atenciones médicas a que hayan dado lugar las lesiones o autolesiones de los reclusos.

(*) Al 95, 4: «*Reizstoffe*». En este término muy amplio, que he traducido como «narcóticos», se comprenden, de forma especial, los gases lacrimógenos (Tränengas).

(14) El párrafo 93, párrafo [2], entrará en vigor en virtud de una ley federal especial. Véase el párrafo 198, párrafo [3]. Hasta la entrada en vigor de esta ley federal especial regirá el párrafo 93, párrafo [2], en la redacción provisional del párrafo 199, párrafo [2], núm. 4.

[3] Medios auxiliares de la fuerza física lo son, particularmente, las esposas.

[4] Armas son tanto las armas blancas o las armas de fuego, autorizadas por razón del servicio, como los narcóticos (*).

§ 96. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.—[1] De entre una pluralidad de medidas de coacción inmediata, posibles todas y adecuadas, han de escogerse aquellas que, presumiblemente, perjudiquen lo menos al individuo en cuestión y a la generalidad.

[2] No tendrá lugar el empleo de la coacción inmediata si es fácil de advertir que el daño que se espera de la misma no guarda relación con el fin perseguido.

§ 97. ACTUACION EN VIRTUD DE ORDENES.—[1] Si se ordena el empleo de la coacción inmediata por un superior o persona en otro caso competente, el personal encargado de la ejecución está obligado a aplicarla, excepto si la orden lesiona la dignidad humana o si no ha sido dictada por razón de los fines del servicio.

[2] La orden no debe cumplirse si con ella se cometiera un hecho delictivo. No obstante, si siguiera la orden el personal encargado de la ejecución, incurrirá en responsabilidad sólo en el caso de que se percatara de que de este modo se estaba cometiendo un hecho delictivo, o si ello fuera patente a tenor de las circunstancias que le eran conocidas.

[3] Los reparos contra la juridicidad de la orden ha de aducirlos el personal encargado de la ejecución ante la persona que da la orden, en la medida de que esto sea posible por razón de las circunstancias. No son de aplicación los preceptos discrepantes que se contienen en el derecho general de funcionarios respecto a la notificación de tales reparos al superior (párrafo 38, párrafos 2 y 3 de la Ley marco del funcionariado) (*).

§ 98. INTIMIDACION.—El empleo inmediato de la coacción ha de advertirse previamente en forma intimidatoria. La intimidación puede no tener

(*) Al 97, 3: «*Beamtenrechtsrahmengesetz*». Este párrafo 97 se remite al 38 de la BRRG: Ley cuadro o marco para la reunificación del Derecho de Funcionarios, Ley del 22 de octubre de 1965.

El apartado 2 del citado párrafo 38 de la BRRG dispone: «Los reparos contra la juridicidad de las órdenes relativas al servicio deben hacerse valer por el funcionario, sin demora alguna, y por conducto oficial. Si ratificara la orden un superior jerárquico (de quien la dio), el funcionario deberá ejecutarla, quedando libre de toda responsabilidad propia. Esto no rige si la conducta ordenada al funcionario es punible y lo comprende éste, o si lesiona la dignidad humana.» Y el apartado 3: «Si se exige del funcionario la inmediata ejecución de la orden, porque exista peligro inminente y no pueda obtenerse oportunamente la decisión del superior jerárquico, rige, entonces, por analogía, lo dispuesto en el párrafo 2, inciso segundo.»

(*) Al 99, 2: «*Unbeteiligte*». Me refiero en el texto a «terceras personas». Téngase en cuenta, no obstante, que por tercera persona —en el sentido de este párrafo 99, 2— hay que entender no sólo aquella que es ajena por completo a la situación aquí contemplada, sino eventualmente también otros reclusos. Se trata, pues, de un concepto más amplio que el de: «otras personas» no reclusas, a las que se refiere, por ejemplo, el párrafo 100 [2].

lugar sólo si las circunstancias no lo permiten o si tiene que aplicarse inmediatamente la coacción directa para impedir la comisión de un hecho anti-jurídico que realiza el tipo de una ley penal o para conjurar un peligro actual.

§ 99. PRESCRIPCIONES GENERALES SOBRE EL EMPLEO DE ARMAS DE FUEGO.—[1] Sólo podrán ser utilizadas armas de fuego si carecieron ya de éxito —o si prometen no tener ninguno— las otras medidas de coacción inmediata. Su empleo contra personas se autoriza sólo si el fin propuesto no puede alcanzarse a través del efecto de las armas sobre las cosas.

[2] Las armas de fuego sólo pueden ser utilizadas por el personal encargado de la ejecución designado al efecto y sólo con el fin de hacer inútiles los ataques o intentos de evasión. Su utilización no tendrá lugar si con ella se pusiera en peligro, con alto grado de probabilidad, a terceras personas (*).

[3] El uso de armas de fuego debe ir precedido de una amenaza en tal sentido. Como intimidación vale también un disparo de advertencia. Sin previa intimidación sólo podrán utilizarse armas de fuego si ello fuera imprescindible como defensa ante un peligro actual para la integridad o la vida.

§ 100. PRESCRIPCIONES ESPECIALES PARA EL USO DE ARMAS DE FUEGO.—[1] Pueden utilizarse armas de fuego contra reclusos:

1. Si a pesar de un requerimiento reiterado para ello no entregaran el arma o instrumento peligroso que tuvieran.
2. Si emprendieran un motín (parágrafo 121 del Código Penal) (*).
3. Para frustrar la evasión de aquéllos o para volver a capturarlos.

Para frustrar una evasión de un establecimiento de régimen abierto no pueden utilizarse armas de fuego.

[2] Contra otras personas pueden utilizarse armas de fuego si pretenden liberar reclusos por la fuerza o penetrar violentamente en un establecimiento.

§ 101. MEDIDAS COERCITIVAS EN EL AMBITO DEL CUIDADO DE LA SALUD.—[1] Reconocimientos médicos, tratamiento y alimentación pueden imponerse de forma coercitiva sólo en casos de peligro para la vida, de peligro de gran trascendencia para la salud del recluso o de peligro para la salud de otras personas. Las medidas han de ser exigibles a los interesados y no pueden conllevar un peligro relevante para la vida o salud del recluso. La autoridad encargada de la ejecución no está obligada a la puesta en práctica de las medidas mientras pueda contarse con la libre determinación del recluso, a no ser que exista un peligro crítico para la vida.

[2] Para proteger la salud y por razones de higiene se permite un reconocimiento corporal coercitivo fuera del caso del párrafo [1], si no va unido a una intervención corporal.

(*) *Al 100: parágrafo 121 del StGB.* La remisión que efectúa este parágrafo 100 al 121 del Código Penal alemán se trata, sin duda, de una errata. Creo ha de entenderse referida al parágrafo 122, en el que se contempla el «motín» («Gefangenmeuterei»).

[3] Las medidas sólo pueden ejecutarse por orden y bajo la dirección de un médico, sin perjuicio de que se presten los primeros auxilios en el caso de que no sea localizable, a tiempo, un médico y el aplazamiento implicara peligro para la vida.

Título decimotercero. Medidas disciplinarias

§ 102. PRESUPUESTOS.—[1] Si un recluso infringe culpablemente deberes que le vienen impuestos por esta ley, o en virtud de esta ley, el director del establecimiento puede decretar contra él medidas disciplinarias.

[2] Se prescindirá de una medida disciplinaria si basta con amonestar al recluso.

[3] Se permite, también, la imposición de una medida disciplinaria, aun cuando se haya incoado un proceso penal o un proceso de los que dan lugar a una multa por causa de la misma infracción.

§ 103. CLASES DE MEDIDAS DISCIPLINARIAS.—[1] Las medidas disciplinarias autorizadas son:

1. La reprensión.

2. Limitación o privación de la disponibilidad sobre el dinero concedido al recluso para gastos y de la posibilidad de realizar compras hasta por tres meses.

3. Limitación o retirada del material de lectura hasta por dos semanas, así como de las audiciones de radio y televisión, de hasta tres meses; la privación simultánea de ambos, sin embargo, sólo de hasta dos semanas.

4. Limitación o retirada de objetos que el recluso utiliza para ocupar su tiempo libre o de su participación en actos comunitarios de hasta por tres meses.

5. Separación de los otros reclusos durante el tiempo libre hasta por cuatro semanas.

6. Supresión de la estancia al aire libre diaria hasta por una semana.

7. Supresión hasta por cuatro semanas del trabajo o de la ocupación que le asignaron, con pérdida de los emolumentos regulados en esta ley.

8. Limitación de los contactos con otras personas de fuera del centro, hasta por tres meses en casos apremiantes.

9. Arresto de hasta cuatro semanas.

[2] El arresto puede decretarse por infracciones de mayor gravedad o reiteradas.

[3] Pueden combinarse varias medidas disciplinarias entre sí.

[4] Las medidas al amparo del párrafo [1], núms. 3 a 8 han de decretarse, a ser posible, sólo si la falta cometida guarda relación con los derechos que se restringen o revocan. Esto no rige en relación con el arresto.

§ 104. EJECUCION DE LAS MEDIDAS DISCIPLINARIAS. SUSPENSION CONDICIONAL.—[1] Las medidas disciplinarias, por lo general, se ejecutarán inmediatamente.

[2] Una medida disciplinaria puede suspenderse, en todo o en parte, hasta por seis meses, condicionalmente.

[3] Si se limita o retira la disponibilidad sobre el dinero que el recluso recibe para gastos, la cantidad acumulada en este tiempo se sumará al dinero-puente.

[4] Si se limita el trato del recluso con personas de fuera del establecimiento, se le dará la oportunidad de ponerlo en conocimiento de una persona con la que mantenga correspondencia o se preocupe de visitarle. La correspondencia con los destinatarios designados en el párrafo 29, párrafos [1] y [2] con autoridades de la justicia y con tribunales de la República Federal, así como con abogados y notarios en un asunto jurídico que interese a los reclusos, permanece sin limitaciones.

[5] El arresto se ejecutará en régimen de aislamiento celular. El recluso puede ser internado en una celda especial para arrestos, que responda a las exigencias que se reclaman de una celda destinada día y noche a servir de estancia. Mientras no se ordene otra cosa, decaen los derechos de los reclusos derivados de los párrafos 19, 20, 22, 37, 38 y 68 a 70.

§ 105. COMPETENCIA DISCIPLINARIA.—[1] Las medidas disciplinarias las acuerda el director del establecimiento. Caso de infracción en el camino hacia otro establecimiento para proceder al traslado del recluso es competente el director del establecimiento de destino.

[2] La Inspección decidirá si la infracción del recluso se dirige contra el director del establecimiento.

[3] Las medidas disciplinarias que se hayan acordado contra un recluso en otro establecimiento penitenciario o durante una prisión preventiva, se ejecutarán (*) previa requisitoria. El párrafo 104, párrafo [2] permanece sin modificación.

§ 106. PROCEDIMIENTO.—[1] Los hechos deben ponerse en claro. Se oír al recluso. Las diligencias se harán constar en acta. Se tomará razón del descargo del recluso.

[2] En las infracciones más graves, antes de adoptar la decisión, el director del establecimiento ha de entrevistarse con aquellas personas que cooperan en el tratamiento del recluso. Antes de acordar una medida disciplinaria contra un recluso que se encuentra bajo tratamiento médico o contra una reclusa embarazada o en período de lactancia ha de oírse al médico del establecimiento.

[3] La resolución se le hará saber al recluso por el director del establecimiento de palabra y se redactará por escrito con una breve fundamentación.

§ 107. ASISTENCIA DEL MEDICO.—[1] Antes de que se ejecute el arresto hay que oír al médico. Durante el arresto el recluso se encuentra bajo control médico.

(*) Al 105 [3]. En la edición del texto legal de BECK-TEXTE se emplea el término: «vollsteckt». Se trata, sin duda, de una errata sin trascendencia. Debía decir: «vollstreckt».

[2] La ejecución del arresto no tendrá lugar o se interrumpirá si peligrara la salud del recluso.

Título decimocuarto. Recursos

§ 108. DERECHO DE QUEJA.—[1] El recluso, en los asuntos que le afectan, tiene la oportunidad de dirigirse al director del establecimiento haciéndole llegar sus deseos, sugerencias y quejas. Se establecerán horas de visita periódicas.

[2] Si visita el establecimiento un delegado de la Inspección debe garantizarse que el recluso, en aquellos asuntos que le afectan a él mismo, pueda dirigirse a aquél.

[3] Queda en pie la posibilidad de acudir en queja a la Inspección del servicio.

§ 109. SOLICITUD DE UNA RESOLUCION JUDICIAL.—[1] Puede solicitarse una resolución judicial con relación a una medida que regule cuestiones singulares en el marco de la ejecución de la pena. Con la demanda puede solicitarse el deber de acordar la adopción de una medida rechazada o preterida.

[2] La solicitud de una resolución judicial será admisible sólo si el demandante reclama haber sido lesionado en sus derechos por la medida, por la desestimación de la medida o por su preterición.

[3] El derecho de los Estados federados (Länder) puede prever que la demanda se plantee sólo una vez que haya tenido lugar previamente un antejuicio administrativo.

§ 110. COMPETENCIA.—Sobre la demanda resuelve la Sala de ejecución de penas en cuya jurisdicción tenga su sede la autoridad de la ejecución interesada. No se modifica la competencia de la Sala de ejecución de penas por la sentencia que recaiga en un antejuicio administrativo a tenor del párrafo 109, párrafo [3].

§ 111. INTERESADOS.—[1] Interesados en el procedimiento judicial son:

1. El solicitante.
2. La autoridad encargada de la ejecución que haya acordado la medida apelada o que haya rechazado u omitido la que se solicita.

[2] En el proceso ante el Tribunal de Apelación (*) de los Estados fede-

(*) *Al 111 [2]: «Oberlandesgericht».* El «Oberlandesgericht» es el Tribunal ordinario que ocupa el vértice en la jerarquía de la organización jurisdiccional de un *Land*. A él se hallan subordinados el *Amtsgericht* (órgano unipersonal) y el *Landesgericht* (órgano colegiado). Consta de Salas de lo civil y de la penal, generalmente compuestas por tres Magistrados (en lo criminal, por cinco, para constituir Sala y dictar sentencia). En materia penal, conoce de los recursos contra resoluciones y fallos del *Landesgericht*. En primera instancia, también de algunos asuntos relativos al denominado «Derecho Penal Político».

Con las oportunas reservas, dado que la organización judicial de la República federal alemana no coincide con la nuestra, podría decirse que el

rados (Länder) o ante el Tribunal Supremo de la República Federal (Bundes) es interesada, a los efectos del párrafo [1], núm. 2, la Inspección competente.

§ 112. PLAZO DE LA DEMANDA. REPOSICION DE LAS ACTUACIONES.

[1] La demanda ha de interponerse por escrito o «apud acta» ante la Secretaría del Tribunal en el curso de dos semanas desde la notificación en forma legal o puesta en conocimiento por escrito de la medida o de la desestimación de la medida. En cuanto que haya de seguirse un antejuicio administrativo (párrafo 109, párrafo 3), el plazo se computará desde la notificación en forma legal o comunicación escrita de la resolución de la litis.

[2] Si el solicitante, sin culpa de su parte, no pudo haber observado los plazos, se le concederá, a petición del mismo, la reposición de las actuaciones al momento anterior.

[3] La solicitud de reposición debe interponerse en el curso de las dos semanas que siguen al cese del impedimento. Los hechos que fundamentan la demanda han de acreditarse al interponer ésta o durante su tramitación. La actividad jurídica omitida deberá recuperarse dentro del plazo de interposición de la demanda. De haber sido así, podrá otorgarse la reposición incluso sin que se solicite.

[4] Transcurrido un año desde la expiración del plazo que se ha desatendido no se admitirá la demanda de reposición, excepto si fue imposible la solicitud antes de que expirase el plazo del año como consecuencia de fuerza mayor.

§ 113. DEMANDA DE ADOPCION DE MEDIDAS.—[1] Si el demandante impugna la omisión de una medida, la solicitud de una resolución judicial no podrá plantearse antes del transcurso de tres meses a contar desde la solicitud de adopción de la medida, a no ser que por las especiales circunstancias del caso se requiera antes apelar al tribunal.

[2] Si existe un motivo suficiente para que no se adopte aún la medida solicitada, el Tribunal suspenderá el procedimiento hasta que transcurra el plazo que él fije. El plazo puede prorrogarse. Si la medida reclamada se adopta dentro del plazo legal, queda ya resuelta en su esencia la litis.

[3] La demanda a que se refiere el párrafo [1] es admisible sólo hasta el transcurso de un año desde la interposición de la solicitud para la adopción de las medidas, excepto si fue imposible la interposición de la demanda antes de que expirara el plazo de un año como consecuencia de fuerza mayor o si quedó descartada por las especiales circunstancias del caso concreto.

§ 114. SUSPENSION DE LA MEDIDA.—[1] La solicitud de una decisión judicial no tiene ningún efecto suspensivo.

[2] El Tribunal puede suspender la ejecución de la medida impugnada si existe el peligro de que se frustre o se dificulte considerablemente un

Oberlandesgericht es la *Audiencia*. Prefiero, no obstante, una traducción más neutra, que eluda comparaciones no siempre posibles, y por ello acudo al término: «*Tribunal de Apelación*», con el que se refleja una de las funciones (aunque no sea la única) del órgano jurisdiccional de máximo rango de un Land, tal vez la más significativa del mismo.

derecho del demandante y no se opone a ello un interés a la ejecución inmediata que merezca mayor estima. El Tribunal puede acordar, también, una resolución provisional. El párrafo 123, párrafo 1, de la Ordenanza del tribunal contencioso-administrativo ha de aplicarse por analogía. Las sentencias no son recurribles. Pueden ser modificadas o revocadas en cualquier momento por el Tribunal.

[3] La solicitud de una resolución judicial con arreglo al párrafo [2] cabe ya con anterioridad a la interposición de la demanda en petición de una resolución judicial.

§ 115. RESOLUCION JUDICIAL.—[1] El Tribunal decide mediante resolución (*), sin previa sesión oral.

[2] En cuanto que la medida sea antijurídica, y se lesione con ella al demandante en sus derechos, el Tribunal la alzará, así como alzará también la resolución de la litis si previamente se sustanció un antejuicio administrativo. Si la medida se ha ejecutado ya, puede declarar también el Tribunal que la autoridad encargada de la ejecución deba anular ésta retroactivamente —y de qué forma—, en cuanto que el asunto esté en condiciones de ser resuelto.

[3] Si en virtud de revocación o de cualquier otro modo se resolvió anteriormente el particular de la medida, el Tribunal, previo requerimiento, declarará que la medida fue antijurídica, siempre que el demandante tuviera un interés legítimo en que se haga constancia de ello.

[4] En cuanto que la desestimación o la omisión de una medida fueren antijurídicas y se lesionara así al demandante en sus derechos, declarará el Tribunal la obligación de la autoridad encargada de la ejecución de practicar la actividad oficial reclamada, si el asunto está ya concluso. En otro caso, declarará la obligación de someter al solicitante a la decisión del Tribunal.

[5] En cuanto la autoridad de la ejecución esté facultada para actuar con arreglo a su arbitrio, el Tribunal comprobará también si la medida, su desestimación o su omisión, son antijurídicas porque se hayan rebasado los límites legales del arbitrio o porque se haya hecho uso de éste de una forma que no corresponde a la finalidad de la autorización.

§ 116. RECURSO DE REVISION (*).—[1] Se autoriza el recurso de

(*) *Al 115: «Beschluss».* El párrafo 115 [1] contrapone implícitamente el término: «*Beschluss*» (resolución, auto) al de: «*Urteil*» (sentencia).

(*) *Al 116: «Rechtsbeschwerde».* Traduzco este término como: recurso de revisión. Se trata, en efecto, de un genuino «recurso» (Rechtsmittel), ordinario con características singulares: el vicio que se denuncia en el mismo no puede consistir en una errónea constatación de la premisa fáctica (en los «hechos»), sino exclusivamente en la valoración jurídica de la misma: en el derecho material o en el adjetivo. El campo típico de este recurso, en el ordenamiento alemán, es el laboral, así como el procedimiento sancionador previsto en el párrafo 79 de la Ordnungswidrigkeitsgesetz. Es muy parecido al recurso de «revisión» del Derecho Procesal alemán (no al español), pero inútil todo empeño de buscar su correlativo procesal en nuestro ordenamiento. Por eso, ante la imposibilidad de acudir a otros términos que no coincidirían exactamente con éste (recurso, sin más; recurso de casación, recurso en interés de ley, recurso de apelación), opto por el recurso de revi-

revisión contra la resolución judicial de la Sala de ejecución de penas si es necesario arbitrar un control para el perfeccionamiento del Derecho o para asegurar la unidad de la jurisprudencia.

[2] El recurso de revisión sólo puede fundamentarse en que la sentencia descansa en una infracción de la ley. La ley se infringe si un precepto jurídico no se ha aplicado o no se ha aplicado correctamente.

[3] El recurso de revisión no tiene ningún efecto suspensivo. El párrafo 114, párrafo [2] rige por analogía.

[4] Para los recursos de revisión rigen, por analogía, los preceptos de la Ordenanza procesal penal en materia de recursos, en cuanto que esta ley (ley de ejecución de penas) no determine otra cosa.

§ 117. COMPETENCIA PARA RESOLVER LOS RECURSOS DE REVISION.—Sobre los recursos de revisión resuelve una Sala de lo penal del Tribunal de Apelación del Estado (LAND), en cuya jurisdicción tenga su sede la Sala de ejecución de penas.

§ 118. FORMA. PLAZO. FUNDAMENTACION.—[1] El recurso de revisión tiene que interponerse ante el tribunal cuya resolución se impugna en el curso de un mes a contar desde la notificación en forma legal de la resolución judicial. En este plazo, además, se expresará en qué extremos se impugna la resolución y solicita su revocación. Las demandas deben fundamentarse.

[2] De la fundamentación de la demanda debe desprenderse si la resolución se impugna por infracción de un precepto jurídico sobre procedimiento o por infracción de otra norma jurídica. En el primer caso deben designarse los hechos que contengan el vicio denunciado.

[3] El demandante —en cuanto recurrente— sólo puede actuar como tal en virtud de escrito firmado por Letrado o «apud acta» en la secretaría del tribunal.

§ 119. RESOLUCION DE LOS RECURSOS DE REVISION.—[1] La Sala de lo penal decide mediante resolución, sin necesidad de sesión oral.

[2] Se someten a su enjuiciamiento sólo las peticiones de los recursos; y si los recursos de revisión se articulan por razón de vicios de procedimiento, entonces sólo los hechos que se señalaron en la fundamentación de los recursos.

[3] La resolución por la que se desestima el recurso no requiere fundamentación si la Sala de lo penal la considera, por unanimidad, inadmisibles o, a todas luces, infundada.

[4] La resolución impugnada deberá revocarse en cuanto se estime fundado el recurso de revisión. La Sala de lo penal puede fallar en lugar de la Sala de ejecución de penas, si el asunto está en condiciones de ser resuelto. En otro caso habrá de devolverse la causa a la Sala de ejecución de penas para un nuevo fallo.

[5] La sentencia de la Sala de lo penal tiene carácter definitivo.

sión, con la salvedad indicada: que no tiene nada que ver con el recurso de revisión previsto en los artículos 954 y ss. de la Ley procesal penal española.

§ 120. APLICACION ANALOGICA DE OTROS PRECEPTOS.—[1] En cuanto no se desprenda otra cosa de esta Ley, habrán de aplicarse por analogía los preceptos de la Ordenanza procesal penal.

[2] En cuanto a la concesión del derecho de pobreza deberán aplicarse, por analogía, los preceptos de la Ordenanza procesal civil (*).

§ 121. COSTAS DEL PROCESO.—[1] En la sentencia que ponga fin al proceso ha de determinarse quién ha de cargar con las costas y gastos necesarios del proceso.

[2] El demandante correrá con las costas y gastos necesarios del proceso en cuanto pierda éste o desista de la demanda. Si el particular de la medida se hubiere resuelto antes de que se dictara la decisión judicial a que se refiere el párrafo [1] de un modo que no sea el del desistimiento de la demanda, el Tribunal decidirá a su libre arbitrio respecto a las costas y gastos necesarios del proceso.

[3] El párrafo [2], inciso 2, no rige en el caso del párrafo 115, párrafo [3].

[4] En lo demás rigen, por analogía, los párrafos 464 a 473 de la Ordenanza procesal penal.

Título decimoquinto. Ejecución de la pena y prisión preventiva

§ 122.—[1] Si se interrumpe la prisión preventiva al objeto de la ejecución de la pena, o si se acuerda en otra causa la prisión preventiva del penado, entonces quedará sometido éste a diferencia de lo dispuesto en el párrafo 4, párrafo [2], también a aquellas restricciones de su libertad que reclame el objeto de la prisión preventiva. Las medidas necesarias las ordena el Juez competente, según el párrafo 126 de la Ordenanza procesal penal. El párrafo 119, párrafo [6], incisos 2 y 3, de la Ordenanza procesal penal rige por analogía.

[2] El párrafo 148, párrafo [2] y el párrafo 148 a), de la Ordenanza procesal penal han de aplicarse.

PARTE TERCERA. PRECEPTOS ESPECIALES SOBRE LA EJECUCION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y DE CORRECCION PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Título primero. Internamiento en un centro de terapia social

§ 123. FINALIDAD DEL TRATAMIENTO.—Los medios especiales de terapia y la asistencia social de los establecimientos de terapia social, así como la atención posterior que se preste a través del personal especializado, han de capacitar al interno para seguir en el futuro una vida socialmente responsable sin delinquir.

(*) *Al 120, 2:* «*Armenrechts*». Los preceptos de la Ordenanza Procesal Civil alemana reguladores del beneficio de pobreza, a los que el párrafo 120 [2], se remite, se encuentran en el Título séptimo del Libro I, Sección segunda, párrafos 114 a 127 a), ambos inclusivos («*Armenrechts und Prozesskostenvorschuss*»).

§ 124. APLICACION DE OTROS PRECEPTOS.—En cuanto al internamiento en un centro de terapia social rigen, por analogía, los preceptos sobre ejecución de penas privativas de libertad (párrafos 2 a 122), en tanto no se disponga en lo sucesivo algo distinto.

§ 125. INGRESO CON CARACTER VOLUNTARIO.—[1] En el establecimiento puede ser admitido de nuevo un ex interno, temporalmente, y a petición del mismo, si el objetivo de su tratamiento volviera a estar en peligro y se justificara, por este motivo, una estancia en el centro. La admisión es revocable en cualquier momento.

[2] Contra los admitidos no pueden llevarse a cabo las medidas de ejecución con empleo inmediato de coacción.

[3] El admitido ha de ser puesto en libertad sin demora a petición del mismo.

[4] Los párrafos [1] a [3] rigen, por analogía, para los ex penados, que después de su traslado (párrafo 9), salieron del establecimiento de terapia social.

§ 126. PERMISO PARA PREPARAR LA PUESTA EN LIBERTAD.—[1] El director del establecimiento puede conceder un permiso especial hasta seis meses para preparar la puesta en libertad, al interno o al penado que, con arreglo al párrafo 9, fue conducido a un establecimiento de terapia social.

[2] Al beneficiario del permiso deben cursársele instrucciones con relación al mismo. Puede indicársele, de modo especial, que se someta al cuidado de un experto del establecimiento o al de un asistente social designado por éste, y que retorne al centro, por breve tiempo, en determinados intervalos.

[3] El director del establecimiento revocará el permiso si de la situación del beneficiario del mismo en este tiempo se desprendiera que una nueva estancia en el centro es necesaria para su tratamiento.

§ 127. DOTACION.—[1] El número de especialistas para un establecimiento de terapia social debe calcularse de modo que se pueda dispensar también una posterior atención al interno.

[2] ¹⁶ A los establecimientos deben agregarse hogares para los que disfrutan de permiso, de libertad condicional y para los ex internos.

§ 128. TRATAMIENTO DE TERAPIA SOCIAL EN ESTABLECIMIENTOS PARA MUJERES.—El internamiento de una mujer en el establecimiento de terapia social puede llevarse a cabo en un establecimiento de mujeres destinado a la ejecución de penas privativas de libertad si dicho establecimiento está acondicionado para dispensar un tratamiento de terapia social.

(15) El párrafo 127, párrafo [2], entrará en vigor el 1 de enero de 1986. Véase el párrafo 198, párrafo [2], núm. 3.

Titulo segundo. Custodia de seguridad

§ 129. OBJETIVO DEL TRATAMIENTO.—El custodiado es internado en régimen de seguridad para defensa de la colectividad. Debe ayudársele para que se incorpore a la vida en libertad.

§ 130. APLICACION DE OTROS PRECEPTOS.—Para la custodia de seguridad rigen, por analogía, los preceptos sobre ejecución de penas privativas de libertad (parágrafos 3 a 122), en cuanto que no se disponga en lo sucesivo otra cosa distinta.

§ 131. DOTACION.—La dotación de los establecimientos de seguridad, principalmente de las celdas, y las medidas especiales de promoción y asistencia, deben ayudar al interno a llevar una vida conveniente en el establecimiento y a preservarle de los daños inherentes a una larga privación de libertad. A ser posible deben tenerse en cuenta sus exigencias personales.

§ 132. VESTIMENTA.—El interno puede utilizar traje propio, ropa blanca y ropa de cama propia, si no se oponen a ello razones de seguridad; y el interno carga con los gastos de tinte, mantenimiento y conservación y cambio regular de ropa.

§ 133. AUTOEMPLEO. ASIGNACION PARA PEQUEÑOS GASTOS.—[1] Se autorizará al interno a emplearse él mismo, a cambio de una remuneración por su trabajo, si ello sirve al objetivo de dispensar, conservar o fomentar sus aptitudes para que desempeñe después de la puesta en libertad una actividad con la que se gane la vida.

[2] La asignación para pequeños gastos (parágrafo 46) no debe ser inferior a los 30 DM mensuales.

§ 134. PREPARACION DE LA PUESTA EN LIBERTAD.—Para poner a prueba y preparar la puesta en libertad puede atenuarse la ejecución y concederse un permiso especial de hasta un mes.

§ 135. CUSTODIA DE SEGURIDAD EN ESTABLECIMIENTOS PARA MUJERES.—La custodia de seguridad de una mujer puede llevarse a cabo también en un establecimiento de mujeres destinado a la ejecución de penas privativas de libertad, si este establecimiento está acondicionado para la custodia de seguridad.

Titulo tercero. Internamiento en un hospital psiquiátrico y en un establecimiento de deshabitación

§ 136. INTERNAMIENTO EN UN HOSPITAL PSIQUIATRICO.—El tratamiento del interno en un hospital psiquiátrico se regirá por criterios médicos. En la medida de lo posible tiene que ser curado y mejorarse su situación de tal modo que deje de ser peligroso. Se le dispensarán la necesaria vigilancia, atención y cuidados.

§ 137. INTERNAMIENTO EN UN CENTRO DE DESHABITUACION.—Objetivo del tratamiento de un interno en un centro de deshabitación será librarle de sus inclinaciones y apartarle de la actitud equivocada que tiene su base en aquéllas.

§ 138. APLICACION DE OTROS PRECEPTOS.—El internamiento en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento de deshabitación se regirá con arreglo al derecho de los Estados federados (LÄNDER), en tanto no dispongan otra cosa las leyes federales.

PARTE CUARTA. ORGANOS ENCARGADOS DE LA EJECUCION

Título primero. Clases y disposición de los establecimientos de ejecución dependientes de la Administración de Justicia ()*

§ 139. ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS.—Las penas privativas de libertad, así como el internamiento en un establecimiento de terapia social o la custodia de seguridad, se cumplirán en los establecimientos de la Administración de Justicia de los Estados (establecimientos penitenciarios dependientes de la Administración de Justicia).

§ 140. EJECUCION POR SEPARADO.—[1] El internamiento en un establecimiento de terapia social se llevará a cabo en establecimientos separados de los restantes establecimientos de ejecución. La custodia de seguridad se cumplirá en establecimientos separados o en departamentos separados del establecimiento que se destine a la ejecución de penas privativas de libertad.

[2] Las mujeres deben ser internadas en establecimientos especiales para mujeres, separadas de los hombres. Por razones especiales pueden preverse para mujeres departamentos separados en los establecimientos para hombres.

[3] Puede hacerse una excepción al régimen de internamiento separado previsto en los párrafos [1] y [2] para hacer posible la participación del recluso en medidas de tratamiento en otro centro o en otro departamento.

§ 141. REGIMEN DIFERENCIADO.—[1] Para la ejecución de las penas privativas de libertad se preverán en los distintos establecimientos o departamentos plazas carcelarias en las que se dispense el tratamiento acordado según las diferentes necesidades de los reclusos.

[2] Los establecimientos de régimen de ejecución cerrada preverán un internamiento en condiciones de mayor seguridad, los establecimientos de ejecución abierta ninguna o muy reducidas precauciones contra la evasión de reclusos.

§ 142. INSTALACIONES PARA MADRES CON NIÑOS.—En los establecimientos para mujeres deben preverse instalaciones donde puedan ser internadas las madres con sus hijos.

(*) Para evitar esta larga paráfrasis, desde ahora: «establecimientos penitenciarios».

§ 143. CAPACIDAD Y ESTRUCTURACION DE LOS ESTABLECIMIENTOS.—[1] ¹⁶. Los establecimientos penitenciarios deben disponerse de tal modo que se dispense el tratamiento acordado en función de las necesidades del caso concreto.

[2] ¹⁶ Los establecimientos penitenciarios deben estructurarse de forma que los reclusos puedan ser reunidos en grupos reducidos para su cuidado y tratamiento.

[3] La cabida prevista para los establecimientos de terapia social y para los establecimientos penitenciarios de mujeres no ha de rebasar las doscientas plazas.

§ 144. DIMENSIONES Y ACONDICIONAMIENTO DE LAS HABITACIONES.—[1] Las habitaciones de estar durante el tiempo de descanso o el tiempo libre, como las colectivas o las salas de visitas, han de equipararse confortablemente y, por lo demás, de acuerdo con el destino de las mismas. Tienen que contar con un volumen de aire suficiente y estar acondicionadas para llevar una vida sana con bastante calefacción, ventilación y superficies de suelos y ventanas.

[2] Queda facultado el Ministro Federal de Justicia para determinar mediante Reglamento, con el acuerdo del Consejo Federal, lo que proceda en concreto respecto al volumen de aire, ventilación, superficie de suelo y ventanas, calefacción y equipamiento de las habitaciones.

§ 145. DETERMINACION DE CABIDAS.—La Inspección determinará la cabida para cada centro, de modo que se garantice un alojamiento razonable para el tiempo de descanso (parágrafo 18). Al determinar las cabidas debe repararse en que se disponga de un número bastante de puestos de trabajo, de formación y perfeccionamiento, así como de salas para la atención espiritual, tiempo libre, deportes, medidas de terapia y visitas ¹⁷.

§ 146. PROHIBICION DE EXCESOS DE CABIDA.—[1] Las estancias de la prisión no deben ocuparse con más personas de las autorizadas.

[2] Excepciones a esto sólo se permitirán temporalmente y con el consentimiento de la Inspección.

§ 147. INSTALACIONES PARA LA PUESTA EN LIBERTAD.—Para preparar la puesta en libertad deben agregarse instalaciones abiertas a los establecimientos de régimen cerrado o preverse especiales establecimientos de régimen abierto.

§ 148. PROPORCIONAMIENTO DE TRABAJO, OPORTUNIDAD DE OBTENER UNA FORMACION PROFESIONAL.—[1] La autoridad encargada de la ejecución debe procurar, en colaboración con las asociaciones y centros de la vida laboral y económica, que cada recluso capacitado para trabajar pueda desempeñar un trabajo económicamente productivo, y contribuir a que sea favorecido profesionalmente, aconsejado y beneficiado de su mediación.

(16) Véase también la disposición transitoria en el parágrafo 201, núm. 4.

(17) Véase también la disposición transitoria en el parágrafo 201, núm. 5.

[2] La autoridad encargada de la ejecución asegurará con las oportunas medidas organizativas que la Oficina Federal del Trabajo pueda llevar a cabo las misiones que le competen, como son las de orientación profesional, asesoramiento laboral y mediación para el suministro de empleo.

§ 149. TALLERES DE TRABAJO, INSTALACIONES PARA LA FORMACION PROFESIONAL.—[1] ¹⁸ En los centros penitenciarios han de preverse los necesarios talleres para los trabajos que se han asignado a los reclusos a tenor del párrafo 37, párrafo [2], así como las indispensables instalaciones para la formación profesional (párrafos 37, párrafo [3] y la ocupación de terapia laboral párrafo 37, párrafo [5]).

[2] Los talleres citados en el párrafo [1] y las demás instalaciones deben ajustarse a las condiciones y circunstancias de los del exterior de la prisión. Han de observarse los preceptos sobre protección del trabajo y prevención de accidentes.

[3] La formación profesional y las ocupaciones de terapia laboral pueden seguirse también en instalaciones adecuadas de empresas particulares.

[4] En los talleres y restantes instalaciones mantenidas por empresas particulares puede transmitirse la dirección técnica y especializada a miembros de tales empresas privadas.

§ 150. COMUNIDADES INTERESTATALES (*) DE EJECUCION.—Para los establecimientos penitenciarios de los párrafos 139 a 149 los Estados federados (LÄNDER) pueden constituir comunidades de ejecución.

Titulo segundo. Inspección de los establecimientos penitenciarios

§ 151. ORGANOS DE LA INSPECCION.—[1] Los órganos de la Administración de Justicia del Estado dirigirán la inspección de los establecimientos penitenciarios. Pueden delegar facultades de inspección en los funcionarios encargados de la ejecución.

[2] Ha de hacerse intervenir personal especializado propio en la inspección de la índole del trabajo, como de la asistencia social, el perfeccionamiento profesional, la asistencia sanitaria y el restante tratamiento especializado del recluso; en cuanto que la inspección no disponga de expertos propios, habrá de asegurarse asesoramiento especializado.

(18) El párrafo 149, párrafo 1, entrará en vigor el 1 de enero de 1980. Véase el párrafo 198, párrafo [2], núm. 1.

(*) Al 150: «Vollzugsgemeinschaften». He traducido el término como comunidades «interestatales» de ejecución. El párrafo 150 no lo dice expresamente, pero creo que este giro es más expresivo y apunta la genuina finalidad de la autorización que el mismo significa: posibilitar la constitución de grupos o comunidades de internos, de base superestatal (varios Länder), lo que es particularmente necesario a efectos del oportuno tratamiento especializado y diferenciado del recluso y que no podrían prestar sin duda, algunos Länder (por razones presupuestarias, o porque el reducido número de reclusos no lo haga recomendable). En este sentido, vid. Callies-Müller-Dietz, *Strafvollzugsgesetz*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1977, págs. 273 y 274.

§ 152. PLAN DE EJECUCION.—[1] La Administración de Justicia del Estado (LAND) regulará la competencia territorial y material de los establecimientos penitenciarios en un plan de ejecución.

[2] El plan de ejecución contemplará que condenados se instalarán en un centro o sección de internamiento.

Por razón del tratamiento y de la reinserción puede decidirse sobre el traslado para una posterior ejecución.

[3] En lo demás, se determinará la competencia con arreglo a los criterios generales.

§ 153. COMPETENCIA SOBRE TRASLADOS.—La Administración de Justicia del Estado puede reservarse la decisión sobre traslados o transferirla a una autoridad central (federal).

Título tercero. Organización interna de los establecimientos penitenciarios

§ 154. COLABORACION.—[1] Todas las personas que trabajan en la ejecución cooperarán y contribuirán al cumplimiento de los cometidos de la misma.

[2] Hay que colaborar estrechamente con las autoridades y centros de asistencia a excarcelados y de auxilio a reclusos en libertad condicional; con los centros de inspección de personas sometidas a vigilancia, con las oficinas de Trabajo, con los representantes de la Seguridad Social y de la asistencia social, con las instituciones asistenciales de otros organismos y con las asociaciones de beneficiencia. La autoridad encargada de la ejecución debe colaborar con las personas y asociaciones cuya influencia puede favorecer la reinserción del recluso.

§ 155. AGENTES DE LA EJECUCION.—[1] Los cometidos de los establecimientos penitenciarios se harán valer por funcionarios de la ejecución. Por razones especiales pueden transferirse a otros agentes del personal de los establecimientos penitenciarios también, así como a funcionarios que desempeñen simultáneamente otros puestos o a personal contratado.

[2] Hay que prever para cada establecimiento, de acuerdo con su destino, el número necesario de agentes de los diversos grupos de oficios, particularmente: del servicio general de ejecución, del servicio de administración y del servicio de trabajos manuales, así como de pastores religiosos, de médicos, de pedagogos, de psicólogos y de asistentes sociales.

§ 156. DIRECCION DEL ESTABLECIMIENTO.—[1] ¹⁹ Para cada establecimiento penitenciario ha de nombrarse, como director con plena dedicación, a un funcionario del servicio del más alto rango. Por motivos especiales puede ser dirigido también un establecimiento por un funcionario de un servicio destacado.

(19) El párrafo 156, párrafo [1], se completará, hasta el 31 de diciembre de 1979, con la normativa prevista en el párrafo 199, párrafo [1], núm. 2.

[2] El director del establecimiento asume la representación de éste al exterior. Ostenta la responsabilidad de la ejecución, en su totalidad, en cuanto que no se hayan delegado en otros agentes de la ejecución determinados ámbitos de atribuciones o toda la responsabilidad.

[3] Las facultades de ordenar un registro, a tenor del párrafo 84, párrafo [2], las medidas de seguridad especiales del párrafo 88 y las medidas disciplinarias del párrafo 103 pueden delegarse sólo con el consentimiento de la Inspección.

§ 157. ATENCION ESPIRITUAL.—[1] Se requerirán pastores enteramente dedicados a la prisión (*), de acuerdo con las respectivas comunidades religiosas, o se les contratará.

[2] Si el reducido número de afiliados a una comunidad religiosa no justifica una atención espiritual con arreglo al párrafo [1], podrá dispensarse de otra forma la atención espiritual.

[3] Con el consentimiento del director del centro los pastores del establecimiento podrán servirse de colaboradores espirituales no reclusos y traer de fuera otros pastores tanto para el culto divino como para otros actos religiosos.

§ 158. ASISTENCIA MEDICA.—[1] La atención médica se garantizará mediante médicos de prisiones exclusivamente dedicados a este empleo. Por motivos especiales puede transferirse a médicos que desempeñen simultáneamente otro empleo accesorio o a personal facultativo contratado.

[2] El cuidado de los enfermos debe prestarse por personas que estén en posesión del correspondiente permiso con arreglo a la ley reguladora de la asistencia a enfermos. En tanto no estén disponibles las personas a que se refiere el inciso 1, podrán emplearse también agentes del servicio general de ejecución que hayan contado además con formación en la asistencia de enfermos.

§ 159. CONSULTAS.—Para establecer y supervisar el plan de ejecución y para preparar las decisiones más importantes de la ejecución llevará a cabo el director del establecimiento consultas con las personas competentes que intervienen en el tratamiento.

(*) Al 157 y 158: «In Hauptamt». Los párrafos 156, 157 y 158 utilizan la expresión: «in Hauptamt», o, simplemente, el adjetivo: «hauptamtliche». Una y otra se contraponen a la de «nebenamtliche» (Amt). Por hauptamtliche (Amt) debe entenderse: plena dedicación, dedicación exclusiva al puesto o empleo («Vollzeitbeschäftigung»: así, Callies-Müller-Dietz., ob. cit., pág. 286). Y ello con independencia del régimen administrativo y de los criterios de remuneración de las prestaciones: importa sólo la dedicación. Por eso, el término que se contrapone al de «Hauptamt» es el de «nebenamt», que implica la posibilidad del ejercicio simultáneo de otras funciones o empleos y no el de «vertraglich» (verpflichtet), como erróneamente da a entender el párrafo 157 [1], porque no cabe duda de que también el personal con dedicación exclusiva a su empleo puede serlo en virtud de un contrato. En el párrafo 157 [1], por lo tanto, se ha querido decir: ocupación contractual no exclusiva.

§ 160. CORRESPONSABILIZACION DE LOS RECLUSOS.—Ha de capacitarse a reclusos e internos para que se responsabilicen en los asuntos de interés general, que por sus peculiaridades y según el cometido del centro resulten idóneos para la cooperación de los mismos.

§ 161. REGLAMENTO DE REGIMEN INTERNO.—[1] El director del establecimiento promulgará un reglamento de régimen interno. Este requiere de la aprobación de la Inspección.

[2] En el reglamento de régimen interno deben contenerse prescripciones especialmente sobre:

1. Tiempo hábil para visitas, frecuencia y duración de las mismas.
2. Jornada laboral, tiempo libre y tiempo de descanso, así como
3. Ocasión para formular solicitudes y quejas y posibilidad de dirigirse a un delegado de la Inspección.

[3] En cada estancia de la prisión se colocará a la vista una copia impresa del reglamento de régimen interno.

Título cuarto. Consejos asesores del centro

§ 162. CONSTITUCION DE LOS CONSEJOS ASESORES.—[1] ²⁰ En los establecimientos penitenciarios han de constituirse Consejos asesores.

[2] Los agentes encargados de la ejecución no pueden ser miembros de los Consejos asesores.

[3] Los Estados federados (LÄNDER), regularán la materia en detalle.

§ 163. FUNCIONES DE LOS CONSEJOS ASESORES.—Los miembros de los Consejos cooperan en el desarrollo de la ejecución y en la asistencia a los reclusos. Asesoran al director del establecimiento mediante sugerencias y propuestas y ayudan a la réinserción del recluso después de su puesta en libertad.

§ 164. ATRIBUCIONES.—[1] Los miembros de los Consejos asesores pueden hacerse cargo fundamentalmente de las peticiones, sugerencias y reclamaciones. Pueden informarse respecto al internamiento, empleo, formación profesional, alimentación, asistencia médica y tratamiento de los reclusos, así como visitar el establecimiento y sus instalaciones.

[2] Los miembros de los Consejos asesores pueden visitar a los reclusos e internos en las habitaciones de éstos. No se controlarán las conversaciones y correspondencia.

§ 165. OBLIGACION DE GUARDAR RESERVA.—Los miembros de los Consejos asesores están obligados a guardar reserva, cuando actúen fuera de su cargo, sobre aquellas cuestiones que por razón de su naturaleza son

(20) El párrafo 162, párrafo [1], entrará en vigor el 1 de enero de 1980. Véase el párrafo 198, párrafo [2], núm. 1. Hasta el 31 de diciembre de 1979 regirá el párrafo 161, párrafo [1], con arreglo a la redacción transitoria del párrafo 199, párrafo [1], núm. 3.

confidenciales, especialmente sobre el nombre y personalidad de los reclusos e internos. Esto rige también una vez expirados sus cargos.

Título quinto. Investigación criminológica en la ejecución de la pena

§ 166. Corresponde al servicio criminológico, en colaboración con las instituciones de investigación, seguir desarrollando científicamente la ejecución, particularmente los métodos de tratamiento y hacer aprovechables sus resultados a los fines de la administración de la justicia penal.

PARTE QUINTA. DISPOSICIONES FINALES

Título primero. Ejecución del arresto penal en los establecimientos penitenciarios

§ 167. PRINCIPIO FUNDAMENTAL.—Para la ejecución del arresto penal en los establecimientos penitenciarios rigen, por analogía, los preceptos sobre ejecución de penas privativas de libertad (parágrafos 2 a 122), en tanto no se disponga otra cosa en lo sucesivo.

§ 168. ALOJAMIENTO, VISITAS Y CORRESPONDENCIA.—[1] Un alojamiento en común durante el tiempo destinado al trabajo, durante el tiempo libre o el de descanso (parágrafos 17 y 18), se permitirá sólo de conformidad con el recluso. Esto no rige si el arresto se lleva a cabo interrumpiéndose una prisión por delito o la ejecución de una medida de corrección y de seguridad.

[2] Al recluso debe permitírsele recibir visitas una vez por semana.

[3] Las visitas y la correspondencia podrán prohibirse o controlarse sólo si esto es necesario por razones de seguridad y orden del establecimiento.

§ 169. VESTIMENTA, ROPA Y ROPA DE CAMA.—El recluso puede utilizar traje propio, ropa y su propia ropa de cama si no se oponen a ello razones de seguridad y corren a su cargo los gastos de tinte, mantenimiento y conservación y cambio con regularidad.

§ 170. COMPRAS.—El recluso puede adquirir, a sus expensas, productos alimenticios y varios, así como útiles de aseo en cantidades prudentiales y a través del establecimiento.

Título segundo. Ejecución de la prisión por razones de orden (disciplinaria) y de seguridad; de la prisión coactiva y coercitiva ()*

§ 171. PRINCIPIO BASICO.—En cuanto que no se opongan a ello las características singulares y objetivos de la prisión o no se disponga lo contrario en lo sucesivo, para la ejecución de la prisión por razones de orden (disciplinaria) o de seguridad o de una prisión coactiva o una prisión coercitiva regirán, por analogía, los preceptos sobre ejecución de penas privativas de libertad (parágrafos 3 a 122).

(*) A los parágrafos 171 y 178 [3]: «*Ordnungs-Sicherungs-Zwangs-Erzwingungshaft*». Tanto la rúbrica del Título segundo, como los parágrafos 171, 178 [3], se refieren a diversas clases de prisión (*Ordnungs-Sicherungs-Zwangs-Erzwingung*) que he traducido como: prisión disciplinaria, prisión por razones de seguridad o aseguramiento, prisión con fines de coacción o coactiva y prisión coercitiva o de coercimiento.

Se trata (Cfr. Callies-Müller-Dietz, *Strafvollzugsgesetz*, 1977, München, C. H. Beck'sche-Buchandlung, págs. 295 y 296) de una gama de modalidades de lo que hasta esta Ley de Ejecución de penas se conocía bajo el común denominador de «*Zivilhaft*», por oposición a la prisión acordada en base al *Código Penal*.

Todas ellas tienen su regulación jurídica, porque es preceptivo, del mismo modo que requieren una sentencia judicial, a tenor del artículo 104 de la Ley Fundamental, sin la cual no pueden acordarse (op. cit., pág. 296, 1).

La prisión disciplinaria (*Ordnungshaft*) procede en casos de desobediencia y de falta de respeto o impertinencia (por ejemplo: en casos de incomparecencia injustificada de testigos citados en forma legal, del párrafo 51 [1], inciso segundo, de la Ley procesal penal, si no se cobra la multa que se les imponga; de negativa a prestar el correspondiente testimonio o juramento, sin justificación legal, si no satisface el testigo la mencionada multa, del párrafo 70 [1], también de la StPO, etc.

La prisión por razones de seguridad o aseguramiento (*Sicherungshaft*) persigue garantizar una ejecución coactiva amenazada, como en el supuesto previsto en el párrafo 918 de la Ley Procesal Civil alemana.

Por último, las prisiones acordadas con fines de coacción o coercimiento (*Zwangs-und-Erzwingungshaft*) pretenden provocar un comportamiento que la ley ordena: por ejemplo, para que un testigo declare (vg.: el párrafo 70 [2] de la Ley Procesal Penal alemana).

Pero los «*Ordnungs-und Zwangsmittel*» plantean una amplia problemática que comienza con la delimitación de tales resortes frente a las penas o sanciones criminales impuestas en base al Código Penal. De hecho, sólo a partir de la reciente Ley de 2 de marzo de 1974 se ha procurado salvar el malentendido a que conducía la frecuente denominación de los mismos como «penas» («*Ordnungsstrafen*», «*Erzwingungsstrafen*»), a pesar de que carecen de naturaleza criminal (Cfr., Maurach-Zipf., *Strafrecht*, 1977, 5.ª Ed., C. F. Müller, Juristischer Verlag, Heidelberg-Harlsruhe, Teilband 1, pág. 6). «*Ordnungsmittel*» y «*Zwangsmittel*» suelen distinguirse con arreglo a dos criterios: los primeros tienen carácter «represivo» y son, por lo general, preceptivos, obligatorios (se citan, como supuestos de *Ordnungsmittel* los parágrafos 51, 70 [1] y 77 de la StPO, y los parágrafos 380, 390 y 409 de la ZPO); los *Zwangsmittel*, tendrían carácter facultativo, y no retributivo ni represivo, sino que mirarían al comportamiento futuro del afectado; entre los *Zwangsmittel* o «*Beugemassnahmen*» se citan los parágrafos 70 [2] y 95 [2] de la StPO y los parágrafos 390 [2], 888, 889 [2] y 901 de la ZPO (Op. cit., ps. 6 y 7).

§ 172. ALOJAMIENTO.—Un alojamiento en común durante la jornada de trabajo, el tiempo libre y el de descanso [parágrafos 17 y 18], se permitirá solamente con el asentimiento del recluso. Esto no rige si la prisión por razones de orden (disciplinaria) se lleva a cabo interrumpiéndose una prisión por delito o la ejecución de una medida de corrección y de seguridad privativa de libertad.

§ 173. VESTIMENTA, ROPA Y ROPA DE CAMA.—El recluso puede utilizar traje propio, ropa y su propia ropa de cama si no se oponen a ello razones de seguridad y corren a cargo del recluso los gastos de tinte, mantenimiento y conservación y cambio con regularidad.

§ 174. COMPRAS.—El recluso puede adquirir, a través del establecimiento y a sus expensas, productos alimenticios y varios, así como útiles de aseo en proporciones razonables.

§ 175. TRABAJO.—El recluso no está obligado a realizar ningún trabajo, ocupación o actividades auxiliares.

Título tercero. Remuneración del trabajo en los establecimientos penales para jóvenes y durante la ejecución de la prisión preventiva

§ 176. ESTABLECIMIENTOS PENALES PARA JOVENES.—[1] Si un recluso desempeña en un establecimiento penal para jóvenes el trabajo que se le ha asignado, recibirá una remuneración por su trabajo estimable con arreglo al párrafo 43, párrafos [1] y [2] sin perjuicio de los preceptos sobre el trabajo a destajo y en cadena de la ley protectora del trabajo de jóvenes.

Si desempeña cualquier otra ocupación o actividades auxiliares que se le hayan encomendado percibirá una remuneración, con arreglo al inciso 1, en la medida en que ello responda a la índole de la ocupación y a su rendimiento.

[2] ^m Los reclusos capacitados para trabajar a quienes no se les pueda proporcionar un trabajo por razones ajenas a sus personas; los reclusos enfermos, en quienes concurran los presupuestos del párrafo 45 [2] y las madres en período de gestación que no pueden realizar un trabajo, recibirán una indemnización compensatoria. La cuantía y duración de la indemnización compensatoria se determinarán con arreglo al párrafo 45, párrafos [3] y [6].

[3] ²¹ Los reclusos que no trabajan, por razones de decrepitud, o a quienes no se les dispensa—o ya no se les dispensa—una indemnización compensatoria, recibirán una cantidad razonable de dinero para pequeños gastos, si lo necesitan. Lo mismo rige respecto a los reclusos que no reciben ninguna remuneración por la ocupación o actividades auxiliares que desempeñan con arreglo al párrafo [1], inciso 2.

[4] En lo demás, rigen por analogía los párrafos 44 y 49 a 52.

(21) El párrafo 176, párrafos [2] y [3], entrará en vigor en virtud de una ley federal especial. Véase el párrafo 198, párrafo [3]. Hasta la entrada en vigor de la ley federal especial regirá el párrafo 176, párrafo [3], en la redacción del párrafo 199, párrafo [2], núm. 5.

§ 177. PRISION PREVENTIVA.—Si desempeña el recluso que se encuentra en prisión un trabajo que se le ha asignado, una ocupación o actividad auxiliar, recibirá una remuneración que se estimará con arreglo al párrafo 43.

Título cuarto. Coacción inmediata en los establecimientos penitenciarios

§ 178 [1] Los párrafos 94 a 101 sobre el empleo de la coacción inmediata rigen, también, con arreglo a los siguientes párrafos, para los agentes encargados de la ejecución fuera del ámbito de aplicación de la Ley de ejecución de penas (párrafo 1).

[2] En el cumplimiento de la prisión preventiva y del internamiento provisional a tenor del párrafo 126 a) de la Ordenanza procesal penal no se modifica lo dispuesto en el párrafo 119, párrafos [5] y [6] de la Ordenanza procesal penal.

[3] En el caso de arresto a jóvenes, de un arresto penal, así como de prisión por razones de orden (disciplinaria), de seguridad o de prisión coactiva o coercitiva no podrán utilizarse armas de fuego para frustrar una evasión o para la captura de los evadidos (párrafo 100, párrafo [1], núm. 3). Esto no rige si se llevan a cabo el arresto penal, la prisión por razones de orden (disciplinaria) o de seguridad o la prisión coactiva o coercitiva, interrumpiéndose la prisión preventiva, una prisión por delito o un internamiento en ejecución de una medida de corrección o de seguridad privativa de libertad.

[4] La legislación de los Estados federados (Länder) puede prever otras limitaciones al derecho de uso de armas de fuego, principalmente en materia de ejecución de penas a jóvenes.

Título quinto. Adaptación del Derecho Federal

§178-189. (Se trata de modificaciones de leyes y reglamentos).

Título sexto. Seguro social y seguro de desempleo

§ 190-194 (Versa sobre modificaciones de leyes).

§ 195. RETENCION DE CUOTAS.—La autoridad encargada de la ejecución, en tanto deba contribuir con aportaciones al seguro de enfermedad o pensiones, o a la Oficina federal del trabajo, podrá retener la cuota que correspondería al recluso, si percibiera tal sueldo como asalariado, de su remuneración laboral, de los subsidios para fines formativos o de la indemnización compensatoria.

Título séptimo. Limitación de los derechos fundamentales. Cláusula de Berlín. Entrada en vigor

§ 196. LIMITACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES.—Los derechos fundamentales del artículo 2, párrafo 2, incisos 1 y 2 (integridad corporal y libertad de la persona) y del artículo 10, párrafo 1 (secreto de la correspondencia y de la telecomunicación) de la Ley Fundamental se limitan por esta Ley.

§ 197. CLAUSULA DE BERLIN.—Con arreglo al párrafo 13, párrafo 1, de la tercera ley transitoria de 4 de enero de 1952 («Boletín Oficial, I, pág. 1) esta ley rige, también, en el Estado de Berlín. Los reglamentos que se promulguen en base a esta Ley regirán en el Estado de Berlín a tenor del párrafo 14 de la tercera ley transitoria.

§ 198. ENTRADA EN VIGOR.—[1] Esta ley entra en vigor el 1 de enero de 1977, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 199 y 201, en cuanto que los párrafos [2] y [3] no determinen otra cosa.

[2] 1. Entran en vigor el 1 de enero de 1980 los siguientes preceptos:

- § 37. Asignación de trabajo.
- § 39 [1]. Régimen de libre empleo.
- § 41 [2]. Necesidad de consentimiento en caso de medidas de perfeccionamiento profesional.
- § 42. Exención del deber de trabajar.
- § 149 [1]. Talleres de trabajo, instalaciones para la formación profesional.
- § 162 [1]. Consejos asesores.
- 2. El 1 de enero de 1982 entra en vigor el siguiente precepto:
 - § 41 [3]. Necesidad de consentimiento en casos de ocupación en centros empresariales.
- 3. El 1 de enero de 1986 entran en vigor los siguientes preceptos:
 - § 5 [1]. Separación en el proceso de ingreso en prisión.
 - § 127 [2]. Hogares para los dados de alta en la terapia social.
- [3] Entrarán en vigor en virtud de una ley federal especial:
 - § 45. Indemnización sustitutoria.
 - § 46. Asignación para pequeños gastos.
 - § 47. Asignación doméstica.
 - § 49. Cuota de mantenimiento.
 - § 50. Cuotas de gastos de prisión.
 - § 65 [2] inciso 2. Prestaciones del seguro de enfermedad caso de hospitalización.
 - § 93 [2]. Utilización del dinero concedido como asignación doméstica.
 - § 176 [2] y [3]. Indemnización sustitutoria y dinero para pequeños gastos en la ejecución de penas a jóvenes.

§ 189.	} Reglamente sobre costas.
§ 190, número 1 a	
10 y 13 a	
18.	
§ 191 a	
§ 193.	} Seguro social.

§ 199. REDACCIONES TRANSITORIAS.—[1] Desde el 1 de enero de 1977 al trascurso del 31 de diciembre de 1977, rige lo que sigue:

1.—El § 42 (exención del deber de trabajar) tendrá la siguiente redacción:

[1] Si el recluso ha desempeñado durante un año la actividad o actividad auxiliar que se le asignó a tenor del párrafo 41, párrafo [1], inciso 2, podrá quedar exento del deber de trabajar por dieciocho días laborables.

[2] El permiso fuera de la prisión (párrafos 13 y 35) se imputará al tiempo de exención, en cuanto que coincida en período laboral y no se haya concedido por razón de una enfermedad grave o por muerte de persona allegada.

[3] El recluso sigue percibiendo durante el tiempo de exención el salario que se le hubiere pagado la última vez.

[4] Subsisten sin alteraciones las normas sobre permisos del régimen de empleo en vigor fuera del sistema de ejecución de penas.»

2.—El párrafo 156, párrafo [1], contendrá el siguiente inciso 3:

... «Para establecimientos de ejecución no autónomos puede nombrarse director, también, a un juez o un abogado del Estado. A saber: para establecimientos de ejecución no autónomos en la demarcación jurisdiccional de un Tribunal de Primera Instancia, al Abogado del Estado Jefe, ante todo; para aquellos que se encuentren en la demarcación jurisdiccional de un tribunal municipal, que no sea al propio tiempo sede de un Tribunal de Primera Instancia, al Presidente del Tribunal Municipal.»

3.—El párrafo 162, párrafo [1] (Consejos asesores), recibirá la siguiente redacción:

«[1] En los establecimientos penitenciarios deben constituirse consejos asesores.»

[2] Del 1 de enero de 1977 a la entrada en vigor de la ley federal especial, con arreglo al párrafo 198, párrafo 3, rige lo siguiente:

1.—El párrafo 46 recibirá la siguiente redacción: «Si un recluso no recibe ninguna remuneración por su trabajo y ningún subsidio de carácter formativo —sin culpa suya se le concederá una cantidad adecuada de dinero para pequeños gastos, caso de que la necesite.»

2. El párrafo 47 (asignación doméstica) recibirá la siguiente redacción:

[1] El recluso puede emplear del sueldo que percibe con arreglo a esta Ley para compras (§ 22, 1) o gastar de otra manera dos terceras partes al mes (asignación doméstica) y el dinero que recibe para pequeños gastos (§ 46).

[2] A los reclusos que se encuentran en un régimen de libre empleo (párrafo 39, párrafo [1], o a quienes se les permite emplearse ellos mismos

(parágrafo 39, párrafo 2) se les fijará de sus emolumentos una cantidad prudencial como asignación doméstica.»

3. El parágrafo 50 (cuota de gastos de prisión) recibirá la siguiente redacción:

[1] De los reclusos que perciben emolumentos con arreglo a esta Ley no se cobrarán cuotas de gastos de prisión.

[2] De los reclusos que se encuentran en un régimen de libre empleo (parágrafo 39, párrafo [1] puede cobrarse una cuota de gastos de prisión por el importe de la cantidad que haya de señalarse como término medio para la estimación de las aportaciones en especie a tenor del parágrafo 160, párrafo 2, de la Ordenanza de Seguros del Reich. El Ministro Federal de Justicia fijará para cada año la cuantía media con arreglo a la estimación de las aportaciones en especie vigente al 1 de octubre del año anterior y la hará pública en el «Boletín Oficial». La cuota de gastos de prisión podrá cargarse a cuenta de la parte inembargable de los emolumentos, pero no de la asignación doméstica ni de la cuota de mantenimiento.

[3] El autoempleo (parágrafo 39, párrafo [2] puede condicionarse a que el recluso satisfaga anticipadamente una cuota de gastos de prisión mensual hasta el tope de la suma citada en el párrafo 2.»

4. El parágrafo 93, párrafo [2] (utilización de la asignación doméstica) contiene la siguiente redacción:

«... [2] Para hacer valer estas exigencias puede reclamarse la parte que rebase los treinta marcos del dinero concedido en concepto de asignación doméstica.»

5. El parágrafo 176, párrafo [3] (asignación para pequeños gastos en la ejecución de la pena a jóvenes) tendrá la siguiente redacción:

«... [3] Si un recluso, sin culpa suya, no recibe ninguna remuneración por su trabajo y ningún subsidio de carácter formativo se le concederá una cantidad adecuada de dinero para pequeños gastos, caso que le sea necesaria.»

6. Para las cuotas a la Oficina Federal del Trabajo hay que aplicar, en la redacción de los párrafos 190 y 191, los preceptos de la Ordenanza sobre seguros del Reich y de la Ley de Seguros para personal empleado, que también son válidos para estas aportaciones.

§ 200. CUANTÍA DE LA REMUNERACION POR EL TRABAJO.—[1] La estimación de la remuneración por el trabajo, a tenor del parágrafo 43, tendrá como base el 5 por 100 de la remuneración media de todos los asegurados, pensionistas, trabajadores y empleados—exceptuando a los que están en período formativo del año anterior.

[2] Sobre un aumento de la cantidad de la remuneración por el trabajo señalada en el párrafo [1] se decidirá al 31 de diciembre de 1980.

§ 201. DISPOSICIONES TRANSITORIAS PARA LOS ESTABLECIMIENTOS PREEXISTENTES.—Para los establecimientos con cuya erección se comenzó con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, rige lo que sigue:

1. A diferencia de lo dispuesto en el parágrafo 10, pueden ser internados los reclusos exclusivamente en régimen de ejecución cerrada hasta que tras-

curra el 31 de diciembre de 1985, mientras lo exijan los condicionamientos espaciales, personales y organizativos del establecimiento.

2. A diferencia de lo previsto en el párrafo 17, puede limitarse, también, el alojamiento colectivo durante el período de trabajo y el tiempo libre si —y mientras— lo reclaman las condiciones espaciales, personales y organizativas del centro; el alojamiento en común durante la jornada laboral, sin embargo, sólo hasta el transcurso del 31 de diciembre de 1988.

3. A diferencia de lo dispuesto en el párrafo 18, los reclusos pueden ser alojados también en común durante el tiempo de descanso, mientras lo reclamen las condiciones espaciales del establecimiento. Un alojamiento colectivo de más de ocho personas se permitirá sólo hasta el transcurso del 31 de diciembre de 1985.

4. A diferencia de lo establecido en los párrafos 143, párrafos [1] y [2], los centros penitenciarios deben organizarse y estructurarse de tal modo que se pueda dispensar un tratamiento fijado con arreglo a las necesidades singulares de cada uno y que los reclusos puedan ser reunidos en grupos reducidos para su atención y tratamiento.

5. A diferencia de lo dispuesto en el párrafo 145, la cabida de un centro puede determinarse con arreglo a lo establecido en los números 2 y 3.

Intento de alterar los precios en el mercado o en un acto aislado de contratación (A propósito de la sentencia 3 marzo 1977)

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

I. *Hechos*

El resultando de hechos probados de la Sentencia 3 marzo 1977 (ponente Escudero del Corral) dice así: "la procesada Lucila R. G., mayor de edad penal, de conducta no acreditada, y condenada en sentencia de treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y nueve por cuatro delitos de alteración del precio de las cosas, y declaró prescritos trece delitos más; sobre un solar de su propiedad sito en la calle Hermanos G.... construyó unas edificaciones llamadas albergues, con una superficie de unos dieciocho metros cuadrados, sin servicios higiénicos mínimos, sustituidos por unos de carácter común en los patios, procedía a alquilarlos por sí o por persona interpuesta, y además de los ocho casos incurso en el Decreto de veintitrés de septiembre de mil novecientos setenta y uno (relativo a indulto) que fueron objeto de sobresimiento libre, con fecha dieciséis de marzo de mil novecientos setenta y dos arrendó uno de esos edificios a José S. por un precio de dieciséis mil ochocientas pesetas anuales; y aprovechando la grave necesidad de vivienda existente para familias de modestos ingresos, exigió a José un pago de doce mil pesetas, además de la mensualidad anticipada; no aparece prueba suficiente respecto a que un hecho similar se efectuara con Pedro A."

La Audiencia condenó por delito de maquinación para alterar el precio de las cosas del art. 540 en relación con el número 1 del art. 541 (1), con-

(1) Art. 540: "Serán castigados con las penas de presidio menor y multa de 20.000 a 1.000.000 de pesetas los que, difundiendo noticias falsas o tendenciosas, empleando violencia, amenaza o engaño, o usando de cualquier otra maquinación, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, monedas, títulos o valores, o cualesquiera otras cosas, muebles o inmuebles, que fueran objeto de contratación".

Art. 541: "Se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior, en su grado máximo: 1.º Cuando, cualquiera que fuera la forma de determinación del precio, las conductas previstas en él recayeren sobre sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros objetos de primera necesidad. 2.º..."

curriendo la agravante de reincidencia del art. 10, número 15, Código-penal, a la pena de cinco años de prisión menor y multa de quince mil pesetas, debiendo indemnizar a José S. en doce mil pesetas.

II. *El problema*

El Tribunal Supremo casa la sentencia y absuelve al acusado en atención a una triple consideración. De un lado, entiende la sentencia que el art. 541, número 1, se refiere exclusivamente a las viviendas de *protección oficial* y no a las viviendas de renta libre, que es la clase de viviendas que ofrecía en arrendamiento el procesado. De otro lado, argumenta la sentencia que la Ley en los arts. 540 y 541 castiga los comportamientos que traten de alterar *los precios del mercado*, siendo atípicos aquellos otros que se refieran solamente a un acto aislado de contratación. Por último, la sentencia explica la absolución porque —según su interpretación— el art. 541 se refiere a la *venta de viviendas* y no a los supuestos de arriendo, como era el caso.

III. *La derogada Ley 27 de abril 1946*

La problemática suscitada por el fallo jurisprudencial gira, en gran parte, alrededor de la sustitución que pareció pretender la Ley de reforma de 15 noviembre 1971 modificando el capítulo V del título XIII del Código penal, relativo a las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, y derogando la Ley de 27 abril 1946 sobre cobro de primas en la negociación de las viviendas. La citada Ley de 1946 castigaba a quien “para arrendar, subarrendar, traspasar o de otro modo ceder, total o parcialmente, el uso de vivienda, cobre en concepto de prima cualquier cantidad, además de la que pretenda percibirse por su alquiler, cometerá el delito a que se refiere el art. 540 del Código penal, y serán coautores del mismo cuantos traten de lucrarse o se lucren con la dádiva”, advirtiendo en su art. 2 que “el agio cuya ilicitud declara el artículo anterior se reputará fraude sobre objetos de primera necesidad, siendo de aplicación a todos los efectos el artículo 541 del Código penal”.

Pues bien, en la sentencia de 3 marzo 1977, que estamos comentando, se entiende que en la discusión de la Ley la reforma de 15 noviembre 1971 “fue largamente debatida dentro de la Comisión de las Cortes Españolas, si al derogarse dicha Ley de 1946 por tal reforma expresamente, como así se decretó en la disposición derogatoria primera de aquella Ley, debía acogerse en aquellas normas (s. c. arts. 540 y 541 C. p.) la antigua ilegítima percepción de primas para entregar en arrendamiento las viviendas antes de realizar el contrato, *llegándose a la conclusión, después de afanoso debate, de quedar extramuros de la criminalización las viviendas libres con pacto libre también y sólo ser objeto de punición especulaciones de renta sobre las viviendas de protección oficial*”.

Desconozco las discusiones habidas en las Cortes sobre el tema, pero de la amplia reseña que de tales discusiones recoge Rodríguez Devesa no

se deduce la conclusión que señala la sentencia (2). De todas formas, aunque es cierto que alguien en el seno de la discusión propuso un texto legal referido exclusivamente a las viviendas de protección oficial se sobreentendía que la alteración de los precios de viviendas de carácter libre era punible conforme al que hoy es art. 540 si se producían las maquinaciones a que se refería la Ley. De todas formas, sea cuál fuere la conclusión a la que se llegó en la discusión, es lo cierto que el texto legal actual no admite dudas ya que al disponer el art. 541 que se impondrán las penas del artículo anterior "cualquiera que fuera la forma de determinación del precio" está poniendo de relieve que a la Ley le es indiferente que el precio que se pretende alterar sea el derivado de la libre concurrencia o alguno de los precios regulados o controlados administrativamente. Esto lo ha visto con claridad la reciente sentencia de 23 enero 1978 al observar que "en la frase 'cualquiera que fuera la forma de determinación del precio' resplandece la idea legislativa, que indudablemente presidió la reforma, de referirse tanto a los precios naturales como a los fijados por la Ley".

Una de las críticas que comúnmente se hacen a la reforma de 1971 que derogó la Ley de 1946 y modificó los arts. 539 a 541, es, precisamente, el haber dejado fuera del ámbito de lo punible comportamientos de agio en la negociación de viviendas que, hasta entonces, resultaban adecuadamente sancionados. En efecto, todos aquellos comportamientos que no impliquen las maquinaciones fraudulentas o violentas a que se refieren los arts. 540 y 541 C. p., quedan al margen de lo punible, aunque impliquen un intolerable abuso de situaciones de necesidad. De ahí que la interpretación notablemente restrictiva que trata de hacer prosperar la sentencia de 3 marzo 1977 que estamos comentando, no merezca ser acogida.

La tendencia restrictiva de la sentencia vuelve a ponerse de relieve cuando mantiene la tesis de que en el art. 541, número 1, no se incluye "el precio de alquiler de viviendas..., sino únicamente el *precio de venta* de viviendas protegidas". Esta interpretación ha sido sustentada en la doctrina por Rodríguez Devesa, argumentando que "la letra de la Ley se opone ... a estimar incluido el precio de alquiler" (3). Sin embargo, la posición dominante, a la que me sumo, entiende, por el contrario, que la letra de la Ley no se opone a la inclusión (4). En realidad, de la expresión legal "precios... de productos, mercancías, viviendas", del art. 540 no tenemos que entender excluidos los precios de *arrendamiento* de los productos, mercancías, viviendas, etc. Razones de justicia y necesidades político-criminales muy evidentes en esta clase de delitos tradicionalmente no perseguidos, abonan, además, esta interpretación.

(2) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid, 1977, págs. 501 y ss.

(3) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Op. cit.*, pág. 503.

(4) G. QUINTERO OLIVARES, *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", XV, 1974, pág. 849; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Sevilla, 1976, pág. 287..

IV. Alteración de precios en el mercado o en acto aislado de contratación

La absolución preconizada por el Tribunal Supremo en el caso que comentamos se apoya, fundamentalmente, en la falta de intención de alterar los precios en el mercado, "pues al tratarse de un acto aislado en el que sólo existe un abuso aceptado pero no las maquinaciones que determina el artículo 540 del Código penal ... no existe el delito, más aún, cuando siempre se trataría de actuación única de contratación que no produce el efecto típico de alterar los precios protegidos del mercado, cómo requiere indispensablemente tal norma". Y en otra ocasión añade: "por cuanto la acción y elemento subjetivo del injusto, consiste en intentar ... alterar los precios que podrán resultar de la libre concurrencia, pues se trata, por tanto, de los precios del mercado, no de aquellos que resulten de un acto aislado de contratación".

La tesis de la sentencia en el sentido de que no basta la intención de alterar el precio en un contrato, sino que es preciso la intención de alterar los precios del mercado y que el comportamiento sea idóneo para conseguir tal alteración, nos parece correcta y conforme con el sentido del precepto. Pero, a nuestro juicio, realiza una aplicación incorrecta del principio general al caso concreto. Veamos primero la posición doctrinal al respecto.

En relación con el tema de la protección de las viviendas en el artículo 541, número 1, observa Rodríguez Devesa que, cuando se trata de precios establecidos administrativamente, en la medida en que "el precio protegido no puede ser, por definición, el precio del mercado", basta, para que sea punible, que se intente la alteración en un solo acto de contratación, mientras que cuando se trata de precios derivados de la libre concurrencia, no es punible el intento de modificar el precio en un acto aislado de contratación, sino el intento de alterar los precios en el mercado (5). De este modo, el fraude, el engaño, la violencia, etc., aplicado a la alteración del precio en un acto aislado, sin pretensión de alterar el precio en el mercado, carece de relevancia a efectos de los delitos del capítulo V, título XIII, pudiendo, a lo sumo, integrar algún delito contra el patrimonio individual (6). Discrepa Quintero de esta interpretación argumentando que, sobre las necesidades político-criminales de castigar esta clase de delitos, resulta que la letra de la Ley no se opone a la interpretación contraria, es decir, aquella que admite la punición aun mediando un solo acto de contratación (7). El entendimiento de Quintero es coherente con su posición frente al problema del bien jurídico en los artículos 539 a 541, que cifra en el "patrimonio personal de los ciuda-

(5) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Op. cit.*, pág. 503.

(6) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Op. cit.*, pág. 499.

(7) G. QUINTERO OLIVARES, *Op. cit.*, pág. 849.

danos" (8). Sin embargo, entendemos nosotros que se trata de proteger aquí una determinada política de precios y no el patrimonio individual suficiente y correctamente protegido por otros preceptos.

A mi juicio, la tesis de Rodríguez Devesa, que comparto, no ha sido adecuadamente entendida y probablemente en muchas de las discrepancias y aplicaciones haya algún malentendido. Tiene razón Quintero al admitir la aplicación de los artículos 539 a 541, aun cuando se trate de un acto aislado de contratación, lo que ocurre es que aceptar esto no implica negar que la intención del sujeto ha de ser la de alterar los precios en el mercado. Posiciones como la de Quintero son frutos de erróneas aplicaciones del entendimiento que defendemos, como en el caso de la sentencia de 3 marzo 1977 que estamos comentando, al negar la aplicación de tales preceptos por tratarse de un solo contrato de arrendamiento. Según esta tesis resultaría que no serían aplicables nunca los artículos 539 a 541, porque, al fin y a la postre, todos los intentos de alterar los precios se van a producir en el momento de contratar con una determinada persona. Las conductas previstas en los artículos 540 y 541 se hacen patentes en el momento en que el autor realiza o intenta realizar un acto aislado de contratación. Será el intérprete quien, en virtud de la actividad profesional del sujeto, los fines ulteriores de la contratación, la trascendencia del acto en el mercado, etc., determine si se ha intentado o no alterar los precios del mercado. El acto aislado es, precisamente, el momento en que se patentiza la pretensión de alterar los precios del mercado.

Los artículos 540 y 541 no pueden quedar reducidos a operaciones de alto nivel especulativo o a comportamientos de economía-ficción, sino que debe incluir las operaciones ordinarias de comercio. Se podría objetar que en los contratos normalmente el sujeto que opera con maquinaciones trata de conseguir un precio más beneficioso, siendo supuestos de laboratorio aquellos en que el contratante obra, además, con el ánimo de alterar los precios en el mercado. Tal objeción carece de base porque también operaciones ordinarias de comercio (venta de viviendas, de electrodomésticos, de pan, etc.) pueden lesionar el bien jurídico protegido en tales preceptos, es decir, la política de precios en el mercado. Lo que ocurre es que no se puede ni se debe entender la pretensión de alterar los precios del mercado en un sentido estricto como intención exclusiva de la operación, so pena de vaciar definitivamente unos preceptos que nacieron con poca vocación de ser aplicados. Hay que entenderlo, por el contrario, en un sentido amplio de modo que, independientemente del fin inmediato que persiga el contratante (normalmente el simple lucro que le reporte directa e inmediatamente la operación), basta con que uno de los fines mediatos, últimos o remotos sea que su comportamiento ayude, como gota de agua en el mar, a la modificación de los precios en el mercado, siendo indiferente que tal intencionalidad implique dolo directo, indirecto o eventual.

De modo que no tiene nada de anormal afirmar que quien alquila

(8) G. QUINTERO OLIVARES, *Op. cit.*, pág. 844.

unos albergues que construye en condiciones ínfimas, aprovechándose de la grave necesidad de viviendas, en condiciones económicas abusivas, *intenta alterar los precios del mercado pese a tratarse de un acto aislado de contratación*, máxime si tenemos en cuenta que en el caso que comentamos había sido condenada la procesada en 1969 por cuatro delitos más de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y le habían prescrito otros trece delitos, aparte de los ocho que se le indultaron en 1971 (9).

(9) No empece a la tesis mantenida en el texto el hecho de que, en el caso de la sentencia que comentamos, la conducta no fuera punible por faltar las maquinaciones que exige la Ley, cuestión sobre la que no nos pronunciamos en este comentario.

«Estudio de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1978: El concepto de delito político»

JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERA

Doctor en Derecho. Profesor Ayudante de Derecho Penal en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: El supuesto fáctico.—La calificación de los hechos por la Audiencia Nacional. Auto de 10 de noviembre de 1977. El recurso del Ministerio Fiscal. Su postura.—La Sentencia de 28 de febrero de 1978 del Tribunal Supremo.—Las diversas teorías sobre el concepto del delito político.—El concepto de delito político en la Audiencia Nacional, Ministerio Fiscal y Tribunal Supremo.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado sentencia, con fecha de 28 de febrero de 1978 (1), en el recurso que el Ministerio Fiscal interpuso contra la resolución de la Audiencia Nacional, que amnistió a los procesados por el asesinato del industrial catalán, señor Bultó, en Barcelona. El Tribunal Supremo, en esta importante sentencia (2), deja sin efecto la amnistía y establece el concepto de delito político.

(1) El texto íntegro de la Sentencia me lo proporcionó el ilustrísimo señor don Bernardo Francisco Castro Pérez, que ha sido el ponente de la misma. La Sala estaba compuesta por: presidente, excelentísimo señor don Adolfo de Miguel Garcilópez; magistrados: ilustrísimos señores don Fidel de Oro Pulido, don Luis Vivas Marzal, don Bernardo Francisco Castro Pérez y don Mariano Gómez de Liaño Coboleda. Véase RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Temas de Derecho penal*. El Tribunal Supremo. Publicaciones del Instituto de Criminología. Universidad Complutense. Madrid, 1977, págs. 181 y ss. No se indica el número marginal del Repertorio de Jurisprudencia Aránzadi ni la Colección Legislativa de España —Jurisprudencia criminal—, pues la Sentencia es reciente. Agradezco sinceramente la entrevista que mantuve, en privado, con el ponente señor don Bernardo Francisco Castro Pérez, al entregarme el texto de la Sentencia, quien —aparte de un gran fundamento jurídico-penal— le ha dado una gran claridad a la misma, quedando también en este sentido como ejemplo.

(2) Esta Sentencia todavía no ha tenido eco doctrinal, al ser muy reciente. En el aspecto de divulgación, véase diario «ABC», de Madrid, de 3 de marzo de 1977, en el editorial «La amnistía ante el Supremo», en donde, entre otras cosas, se dice que se trata de una pieza jurídica de extraordina-

EL SUPUESTO FACTICO (3)

Los hechos se desarrollan de la siguiente forma:

«Alvaro Valls Oliva, José Luis Pérez Pérez, Carlos Sastre Benlliure y María Montserrat Tarragó Domenech, a mediados del otoño pasado y siguiendo proyectos de un individuo desconocido, que respondía al nombre de «Jaime», decidieron formar un grupo, cuya finalidad era la de «conseguir la independencia de los países catalanes, mediante la lucha, tanto política como armada, aceptando toda la violencia necesaria para realizar su idea»; y para preparar la realización de sus actividades, formaron el comando, integrado por los mismos, tomando los nombres de Pablo, Ignacio, Salvador e Isabel, respectivamente, y por el propio orden relacionado, alquilando a José Luis Pérez Pérez (Ignacio), mediante el uso de un documento nacional de identidad que les entregó un tal «Ramón», no identificado, constando el nombre falso de Ignacio Llovens Costa, un piso en la calle Conde de Benlloch, número 88-90, ático primero, de esta ciudad, en donde se reunían, y en su interior fueron encontrados cuatro pistolas Walter, calibre 7,65; una escopeta automática F. N., con los cañones recortados; otra escopeta, también automática, con la culata recortada; cinco artefactos explosivos o bombas de mano; 81 cartuchos de recarga para pistolas; 33 cartuchos para las escopetas; cuatro metros de mecha detonante; abundante documentación y planos sobre edificios públicos, militares, comisarías, alcantarillado, vías de comunicación, pasos fronterizos clandestinos, etc., y una emisora de radio que era el elemento que usaban para comunicar con el «contacto», con la organización, que respondía al nombre de «Marcos», igualmente hasta el momento no identificado ni localizado, y que fue el que, en su encuentro con Alvaro Valls Oliva, que actuaba como jefe del comando, le ordenó preparar unas bolsas de tela para colocar billetes de banco y que estaban preparando «una acción económica», quedando en espera de instrucciones, que siempre transmitía al tal «Marcos», y consecuencia de ello, el día 9 de mayo último, Carlos Sastre Benlliure (Salvador), quedó citado en el bar «Nit y Día», sito en la avenida Diagonal de esta capital —Barcelona—, en donde se subió en un coche ocupado por cuatro sujetos que le resultaron desconocidos, pero que respondían a la consigna de identificación previamente recibida, dirigiéndose al domicilio de don José María Bultó Marqués, calle de Montaner, 387-91, en donde en otro vehículo se había trasladado el resto

ria ponderación. En «La Vanguardia», de Barcelona, de la misma fecha, en su editorial «¿Qué es el delito político?», se dice que es una Sentencia de una gran importancia, porque marca un camino a seguir, distinguiendo entre el delito común y el delito político.

(3) Se expone íntegramente el supuesto de hecho. Punto de partida de toda la actividad judicial es el hecho que surge como problema de la realidad y que se trata de subsumir en el supuesto de hecho de la norma jurídica. Para ello hay que empezar por constatar ese hecho tal como se ha producido en la realidad. La primera misión del juez consiste, pues, en reconstruir los hechos tal como aproximadamente se dieron en la realidad. Véase MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*. Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1976, pág. 158.

del mentado grupo, el cual y todos armados quedó en vigilancia exterior por las cercanías del domicilio de la víctima, y simulando ser empleados del gas penetraron el Carlos Sastre (Salvador), quien previamente se había disfrazado mediante un bigote postizo, y pistola en mano obligó a las personas que allí se encontraban a que permanecieran quietas, mientras el resto del comando sujetaba al cuerpo del señor Bultó un artefacto que había de estallar conforme a las instrucciones que le entregaron en una hoja mecanografiada a los veinticinco días, caso de no entregarles 500 millones de pesetas, que debían depositarse en aquellas bolsas confeccionadas al efecto, y que encontrarían en consigna de la estación de la Renfe, saliendo seguidamente del domicilio de la víctima, la que se trasladó a su domicilio, calle Casa Mora, número 1, de esta capital, en donde, siendo aproximadamente las diecisiete horas, sin saber por qué causas, resultó destrozado con muerte instantánea por estallido del artefacto que habían adherido a su cuerpo, reencontrándose todos los integrantes del grupo en el ático, en donde, por los medios de comunicación habituales se enteraron del fallecimiento de don José María Bultó, y como consecuencia de tal hecho, Alvaro Valls y Carlos Sastre dejaron de volver durante unos veinte días aproximadamente. Entre los documentos encontrados en poder del comando se encontraban datos, fotografías y demás informes de «vigilancia, referentes a las personas Santareu, Juncadella, Ribera Robira, Triginar, que pertenecen notoriamente al mundo de las altas finanzas y negocios de Cataluña.»

LA CALIFICACION DE LOS HECHOS POR LA AUDIENCIA NACIONAL

(Auto de 10 de noviembre de 1977 (4))

A pesar del criterio mantenido por el Ministerio Fiscal, la Audiencia Nacional, para estimar que «procedía la aplicación de los beneficios de la amnistía, otorgados por la Ley de 15 de octubre de 1977 (5), consideró,

(4) Por Real Decreto Ley núm. 1/77 de 4 de enero. «B. O. E.» del día 5 se creó con sede en Madrid la Audiencia Nacional. Vid. GIMENO SENDRA, J. V.: *La extinción de la jurisdicción de Orden Público y la creación de la Audiencia Nacional*. Cuadernos de Política Criminal, núm. 2. Madrid, 1976, páginas 67 y ss., donde se realiza un estudio muy profundo de este nuevo órgano judicial, en el seno de la jurisdicción ordinaria.

(5) La Ley 46/77, de 15 de octubre. En donde se disponía en un artículo primero: «Quedan amnistiados: a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas, realizados con anterioridad al quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis. b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis, y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España. c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas». Véase LINDE PANIAGUA, E.: *Amnistía e indulto en España*. Tucur Ediciones, Madrid, 1976, págs. 13 y ss., que realiza un estu-

aparte de que la fecha de su comisión estaba incluida en el plazo señalado por la ley, que los hechos imputados a los procesados «revelan una inequívoca intencionalidad política (6), ya que éstos se integran en la organización terrorista en aras a los ideales políticos catalanistas que ostentaban, y el acto de violencia contra don José María Bultó tuvo como finalidad inmediata la de allegar fondos para dicha organización, muy semejante a la E.T.A., adoptaba unas estructuras peculiares, con su rama militar y paramilitar en la que los procesados estaban insertos, que tenía como finalidad inmediata «alcanzar la independencia de los países catalanes bajo un sistema socialista», y utilizaba como medio la lucha, tanto política como armada, aceptando toda la violencia necesaria para realizar sus ideales, «siendo indudable que la conducta enjuiciada tendía en el sentir de sus autores al restablecimiento de las libertades públicas, y reivindicaba la autonomía, llevada a sus últimas consecuencias, del pueblo catalán».

EL RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL. SU POSTURA

Contra la anterior resolución de la Audiencia Nacional, interpuso el correspondiente recurso el Ministerio Fiscal, ante la Sala segunda del Tribunal Supremo, argumentando que: «Disentía de la estimación de la Audiencia Nacional en orden al elemento «intencional y móvil específico» que guiaba a los encausados; que la prematura aplicación de la amnistía privaba a la acusación pública de toda posibilidad de probar que no nos encontramos ante un delito de intencionalidad política, sino ante un delito común, con lo que se ha causado un grave daño a la Justicia sustituyendo el enjuiciamiento del delito por una decisión prematura y perturbando, cuando no impidiendo, el castigo de los que con toda probabilidad son meros reos de un grave delito común» (7).

LA SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1978 DEL TRIBUNAL SUPREMO

En esta importante sentencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y anula y deja sin efecto los beneficios de la amnistía. En los Considerandos de la Sentencia se establece que:

«Aunque en nuestro Código penal no existe una definición legal de delito político, la doctrina científica nacional e internacional viene tratando de perfilar tal concepto en base principalmente a tres directrices o criterios: Uno, objetivo, en el que la noción va establecida en relación al bien jurídico lesionado o puesto en peligro; otro, subjetivo, en el que se tiene en cuenta únicamente el motivo o fin que impulsó al sujeto a cometerlo, de tal ma-

dio doctrinal e histórico; SCHÄTZLER, J. G.: *Handbuch des Gnadenrechts*. C. H. Beck. Verlag. München, 1976, págs. 123 y ss.

(6) Se sigue un criterio puramente «subjetivo».

(7) El Ministerio Público también sigue un criterio «subjetivo».

nera que el delito podrá y deberá considerarse político, aunque lo violado fuera un derecho patrimonial o común del ciudadano, si se demuestra cumplidamente que ha sido realizado por motivaciones políticas, si bien se debe precisar que en la aplicación de este criterio la doctrina científica viene exigiendo un análisis serio y profundo sobre la existencia de tales móviles, así como sobre la sinceridad de los mismos, para que la alegación no se resuelva en un engañoso pretexto de ennoblecimiento de un delito común, reduciendo tales móviles a la categoría de un elemento indiciario que necesita de una posterior y rigurosa investigación histórica, psicológica y criminológica, cuando el pretendido fin político sea invocado en un delito de aparente carácter común o de delincuencia ordinaria; estableciendo a tal fin constantemente restricciones, para reducir a sus justos términos la extraordinaria amplitud otorgada a tal directriz por algunos autores, por lo que los últimos congresos internacionales (8) vienen excluyéndose del mentado concepto aquellas infracciones en las que su autor hubiera sido determinado por un móvil egoísta o vil, o su modo de realizarlo produzca un peligro común, o un estado de terror, así como también aquellas otras conductas en las que bajo una apariencia político-social se adivinase o surgiese la naturaleza inhumana y antisocial del delito común a través, por ejemplo, de la crueldad o particular perfidia de los medios usados exteriorizados en su ejecución.

Por último, un criterio mixto que es el que actualmente prevalece en el consenso penalístico, descrito por un destacado penalista español y según el cual sólo es delito político aquel en que tanto el bien jurídico atacado, como el móvil o fin tengan carácter político, aclarando a guisa de ejemplo que no tendría sentido otorgar el tratamiento benévolo o absolutorio del delito político al autor de un delito de traición que le hubiere perpetrado con «ánimo de lucro»; línea en la que también parece participar la ley española de extradición de 26 de diciembre de 1958, en la que se dispone —art. 6.º—: «que no se concederá la extradición por delitos de carácter político, salvo que el hecho constituya esencialmente un delito común o revelare una singular perversidad en el delincuente, sean cuales fueren sus alegaciones respecto de la motivación o finalidad de aquél», disposición acertada, puesto que la violación del Derecho político sirve muchas veces de medio exculpatorio o concluye para la consecución de un fin meramente individual o antisocial».

(8) En el X Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Roma en 1969, se acordó que no podrá invocarse la exclusión de la extradición de los delitos políticos, cuando se trate de un crimen contra la humanidad, un crimen de guerra o una infracción grave en sentido de los convenios de Ginebra de 1949. En la línea de depuración del concepto del delito político hay que citar recientemente la convención de La Haya de 1970, para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves —art. 8.1.—; y la Convención de Montreal, para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la Aviación Civil —art. 8.1.—, en donde se establece que estos delitos se consideraran incluidos entre los que dan lugar a la extradición. Y es que solamente el delito político, en sentido estricto, debe beneficiarse del trato benévolo que le otorga el ordenamiento jurídico (amnistía, extradición, régimen penitenciario especial, etc.).

El último considerando de la sentencia versa sobre la intencionalidad política que, a juicio del Tribunal Supremo, no está suficientemente probada. La Sala Segunda «crítica» la propia Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977, estableciendo que:

«La citada ley recoge de una manera *harto amplia e insuficientemente matizada ese criterio subjetivo*, al incluir en ella todos aquellos actos de intencionalidad política cualquiera que fuera su resultado, cuando en la intencionalidad política se aprecie un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de las autonomías de los pueblos de España, por lo que alegándose por los procesados móviles independistas (aunque no autonómicos) la Audiencia Nacional aplicó la Amnistía. Una más detenida exégesis de la Ley de Amnistía, en concordancia con los principios generales de la teoría de la prueba (9), exigen que en aquellos casos de tanta gravedad, como lo es el de Autos, que reviste «prima facie», la apariencia de un robo con resultado de muerte violenta, inferida de manera innecesariamente inhumana, no deben bastar para adjudicar sin más al delito el calificativo de político, las propias e interesadas declaraciones de los detenidos, sobre todo cuando tal calificación funciona en estos supuestos como causa excluyente o eximente de la pena —que según constante Jurisprudencia de esta Sala, para ser estimada deberá hallarse tan probada en Autos como el hecho mismo—, sino que con arreglo al precitado texto resulta necesario que el Tribunal aprecie, es decir, valore, la veracidad del móvil político alegado, valuación que, como es natural, deberá ser precedida de una investigación y prueba detenidas y serias, so pena de dar pie en el futuro a que cualquiera banda de atracadores pueda lograr la completa indemnidad de sus latrocinios, apreciación que como elemento esencial para la existencia y determinación de la culpabilidad puede ser revisada en Casación, y que en el presente supuesto no se halla apoyada en los equívocos y mínimos indicios (10) que aparecen mencionados en los Autos y que son: La tenencia de un pequeño arsenal de armas y explosivos, que igual podrían ser usados o utilizados en la comisión de delitos comunes, ni en la calificación de los detenidos en el informe de la Policía, obrante en Autos, como simpatizantes de la independencia —*no autonomía*— de Cataluña, cuando en dicho informe se decía que sólo uno de ellos poseía antecedentes objetivos de tal filiación política antes de su detención y captura, ni menos las declaraciones de los inculpados, quienes si en un principio negaron pertenecer a grupo político alguno, posteriormente y sólo después de cierto tiempo, sin duda con mayor reflexión o mejor asesoramiento (11), confesaron de manera imprecisa su militancia en un innominado e incipiente «embrión» —así se califica por alguno de ellos— de partido político, que trabaja en pro de la independencia del país catalán».

(9) Véase HERCE QUEMADA, V. y GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Penal*. Madrid, 1975, págs. 246 y ss.

(10) Vid. PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. y GARCÍA DE CABIEDES, E.: *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tecnos. Madrid, 1976, págs. 239-40.

(11) Existe una proposición de ley en el Congreso de los Diputados, que establece la asistencia de letrado desde el momento de la detención. Vid. «Boletín Cortes», 24 enero de 1978, núm. 52. Madrid, 1978.

A continuación la Sentencia del Tribunal Supremo da distintos argumentos de carácter fáctico, en donde se pone de manifiesto que los procesados no tenían una motivación política, así, baste a título de ejemplo, indicar los siguientes: a) Que no hubieran reivindicado la autoría del hecho como grupo político, y no manifestaren la alegada motivación hasta ser detenidos, y solamente en la segunda de sus declaraciones. b) Que no les hubieran sido ocupadas en el registro en el que se hallaron las armas ninguna clase de propaganda. c) Que el citado grupo careciera de nombres de combate. d) Que no se precisan en ningún momento cuáles eran sus actividades. e) Que los procesados ignorasen la identidad de sus jefes superiores. f) Que no hubieran indicado los componentes del grupo el destino que pensaban dar a los 500 millones de pesetas exigidas como precio por la vida del señor Bultó, etc.

LAS DIVERSAS TEORIAS SOBRE EL CONCEPTO DE DELITO POLITICO

Es preciso distinguir, como lo hace Cerezo Mir (12), las distintas teorías sobre el concepto de delito político (13). Se pueden hacer tres grupos (14): a) teoría objetiva; b) teoría subjetiva, y c) teorías mixtas; dentro de estas últimas pueden distinguirse aún la teoría mixta de carácter extensivo y restrictivo.

a) *Teoría objetiva.*—Para esta teoría del delito político es decisiva la naturaleza del bien jurídico atacado (15) —organización política del Estado, derechos políticos.

b) *Teoría subjetiva.*—Lo decisivo, según esta teoría, es el móvil o fin (16), perseguido por el sujeto, de tal manera que si son políticos, el delito también lo será, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados.

c) *Las teorías mixtas.*—Combinan los criterios objetivos y subjetivos de

(12) CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español*. Parte General I. Introducción. Editorial Tecnos. Madrid, 1976, págs. 225 y ss.

(13) Desde un punto de vista histórico. Véase FIESTAS LOZA, A.: *Los delitos políticos, 1808-1936*, prólogo del profesor Tomás Valiente, F. Salamanca, 1977, págs. 23 y ss. Asimismo, GARCÍA VALDÉS, C.: *El delito político*. Cuadernos para el diálogo. Suplementos, núm. 39.

(14) RODRÍGUEZ MOURULLO, R.: *Derecho penal*. Parte General. Editorial Civitas, S. A., 1.ª edición. Madrid, 1977, págs. 181 y ss., que hace suya esta distinción por grupos, que efectúa Cerezo Mir, a quien se remite totalmente.

(15) Vid. POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico protegido en el Derecho penal*. Anales Universidad Hispalense. Serie Derecho, núm. 19. Sevilla, 1974, págs. 28 y ss. Según CEREZO MIR, loc. cit., pág. 11, el Derecho penal protege los bienes fundamentales del individuo y de la comunidad; estos bienes son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría de bienes jurídicos.

(16) Es preciso aclarar la relación entre «móvil» y «fin», que pueden coincidir, pero son conceptualmente diferentes. El móvil es el fin último que persigue el sujeto, generalmente con una carga emocional que no precisa el fin en sí mismo como meta de la acción. Vid., en este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., loc. cit., pág. 611.

diverso modo: Para las teorías mixtas de carácter extensivo son delitos políticos todos los que atentan contra la organización política o constitucional del Estado y todos los que se realizan con un móvil o fin políticos. Para las teorías mixtas, de carácter restrictivo, sólo son delitos políticos aquellos que atentando contra la organización política o constitucional se realizan «además» con un fin político (17).

Un concepto objetivo del delito político lo sigue Antón Oneca (18). Un concepto subjetivo lo sigue Quintano Ripollés (19) y Jiménez de Asúa (20). Por su parte, Cuello-Calón sostiene un concepto mixto de carácter extensivo (21). Desde mi punto de vista, la teoría más correcta es la mixta-restrictiva, que la sigue Cerezo Mir (22), Rodríguez Mourullo (23), que se adhiere al criterio de Cerezo y Rodríguez Devesa (24).

EL CONCEPTO DE DELITO POLITICO EN LA AUDIENCIA NACIONAL. MINISTERIO FISCAL Y TRIBUNAL SUPREMO

LA AUDIENCIA NACIONAL

La Audiencia Nacional sostiene una concepción puramente «subjetiva» del delito político, al establecerse expresamente que «los hechos revelan una inequívoca intencionalidad política», ya que los procesados se integran en la organización terrorista en aras a los ideales políticos catalanistas que ostentaban, y el acto de violencia ejecutado contra don José María Bultó —delito común— tuvo como finalidad inmediata la de allegar fondos para dicha organización, que tenía por finalidad inmediata «alcanzar la independencia de los países catalanes bajo un sistema socialista».

(17) CEREZO MIR, J., loc. cit., pág. 226.

(18) ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*. Parte General. Madrid, 1949, páginas 147 y ss. y 126 y 127.

(19) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. II, págs. 238 y ss.

(20) JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*. 3.ª edición. Buenos Aires, 1965, págs. 210 y ss.; este autor mantiene como punto de partida una teoría subjetiva del concepto de delito político, teniendo en cuenta el móvil político-social que guía al delincuente, pero introduce luego una restricción, pues, según Jiménez de Asúa, «es preciso que sus finalidades sean las de construir regímenes políticos o sociales de catadura avanzada orientados hacia el porvenir».

(21) CUELLO-CALÓN, E. Edición puesta al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: *Derecho Penal*, I, Parte General, vol. I, pág. 306; para este autor delito político es el cometido contra el orden político del Estado, así como todo delito de cualquier clase determinado por móviles políticos.

(22) CEREZO MIR, J., loc. cit., pág. 226.

(23) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., loc. cit., pág. 182.

(24) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., loc. cit., pág. 199, que dice que acaso el criterio más aceptable sería el mixto, es decir, delito dirigido a modificar la constitución del Estado, más una motivación elevada, porque también pueden cometerse delitos de esta clase por móviles abyectos —precio, venganza, personal, sadismo, etc.

EL MINISTERIO FISCAL. SU POSTURA

El Ministerio Fiscal también mantiene un criterio «subjetivo» del concepto de delito político, lo que acontece es que el Ministerio Fiscal estima que no está suficientemente probado el que se diera ese elemento o móvil de carácter político.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo en primer lugar expone de una forma «muy clara» las distintas teorías sobre el concepto de delito político, es decir, las teorías, objetiva, subjetiva y mixtas. Manifiesta que la teoría de carácter mixto es la que actualmente prevalece en el consenso penalista descrito por un destacado penalista español. Sin embargo, el Tribunal Supremo no describe las dos teorías de carácter extensivo y restrictivo que comprenden las teorías mixtas; en mi opinión, el Tribunal Supremo se adhiere a la teoría mixta de carácter restrictivo, manifestando de forma expresa: «Es delito político aquel en que tanto el bien jurídico atacado como el móvil o fin tengan carácter político.» Ello también se deduce por el penalista español a que alude y por el ejemplo que en este sentido a continuación menciona.

El penalista a que alude la Sentencia es el profesor Rodríguez Mourullo, pues, aunque el Tribunal Supremo no menciona expresamente su nombre, nos da la pista con un ejemplo que es del citado autor. («No tendría sentido otorgar el tratamiento benévolo o absolutorio del delito político al autor de un delito de traición que le hubiese perpetrado con ánimo de lucro.») Sin embargo, Rodríguez Mourullo (25), al exponer las teorías sobre el concepto de delito político, se remite de forma expresa a través de una nota al manual del profesor Cerezo Mir, quien es el que ha distinguido perfectamente el criterio extensivo y restrictivo dentro de las teorías mixtas, y suyo es el nombre y concepto «*Mixto-restrictivo*» (26).

El Tribunal Supremo, en esta importante Sentencia, sigue, no obstante, el criterio subjetivo en la determinación del concepto del delito político. Lo que acaece es que no ha quedado plenamente probado, según los principios generales de la prueba, la existencia del elemento subjetivo de la intencionalidad política, no dándose por tanto el concepto de delito político en sentido subjetivo, siguiendo por consiguiente la teoría «subjetiva». Todo ello es consecuencia de la Ley que concedió la Amnistía (27), «que recoge

(25) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., loc. cit., pág. 182.

(26) CEREZO MIR, J., loc. cit., pág. 226.

(27) La sentencia contiene una «clara» crítica a la ley de amnistía. Los jueces están vinculados a la ley y al Derecho. Vid. art. 20.3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana. El art. 1.6 del Código Civil Español establece que «La Jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico». Véase RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*. Editorial Tecnos. Madrid, 1976, págs. 77 y ss. PERIS, M.: *Juez, Estado y Derechos del hombre*, Valencia, 1976, págs. 23 y ss. y 31 y ss.

de una manera harto amplia e insuficientemente matizada ese criterio subjetivo al incluir en ella todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuera su resultado, cuando en la intencionalidad política se aprecie un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de las autonomías de los pueblos de España». Por lo que, en mi opinión, aunque el Tribunal Supremo sigue en este caso concreto que se enjuicia el criterio subjetivo, en la mente de la Sala Segunda está muy presente como más correcto el criterio mixto-restrictivo (28).

(28) El Tribunal Supremo *nunca* se había pronunciado respecto al concepto de delito político. Esta ha sido, por consiguiente, la primera vez.

Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal (Criminología) en la Universidad a Distancia

Artículo 3.º Tentativa (homicidio)

Podría discreparse del acierto de la acusación y condena disentida calificando de tentativa, lo que más semeja ser un homicidio frustrado, pues contrariamente a la tesis recurrente, quien decide dar muerte a un tercero y persistiendo en su ideación se provee de una pistola en perfecto estado de funcionamiento, arma apta para causar la muerte, aunque sea de pequeño calibre, y comunica su decisión a otro cuñado, que va al domicilio de su proyectada víctima y dice a la esposa que salga, que le va a matar, lo cual no ocurre porque el amenazado salta por una ventana y huye perseguido por su agresor que le hace hasta tres disparos que afortunadamente no hacen blanco, como tampoco el del agredido, que defensivamente dispara una escopeta al aire. Siendo ello así, habiendo sido disparada la pistola "contra el ofendido" es indudable que el agente realiza con un arma apta para matar todos los actos necesarios, lo que no ocurre por causas ajenas a su voluntad; por su escasa puntería, y por la distancia que no dependió de la voluntad del impugnante, sino de la actuación defensiva del amenazado, saliendo de su casa por vía distinta al normal acceso y huir poniendo tierra por medio entre su agresor. Hubo, pues, agotamiento de estos actos agresivos, se recorrió todo el "iter criminis" y por ello el resultado criminoso apetecido pudo producirse y la calificación más adecuada sería la de homicidio frustrado, ello si no se cargaba en la cuenta de responsabilidades del agente su decisión anterior de matar; el ir provisto para tal fin de un arma mortífera; y reiterar su propósito homicida a tercero y a la esposa, lo que generaría una responsabilidad de mayor grado. De todas formas, si bien la prohibición de la "reformatio in peius" impide que sin recurso acusatorio pueda agravarse la responsabilidad del recurrente, es por lo menos obligado, ante la inconsistencia argumental de sus tesis de contradicción, mantener la condena por tentativa impuesta por el Tribunal Provincial. (S. 9 marzo 1978).

Artículo 8.º, 1.ª Trastorno mental transitorio

El trastorno mental transitorio se caracteriza, según doctrina de esta Sala, por una pérdida momentánea, total e intensa, de las facultades

intelectivas y volitivas, que se produce bruscamente, ordinariamente con base patológica, aunque no sea absolutamente precisa, que cura sin secuelas y que no se haya producido intencionalmente por el sujeto que la sufre, esto es, con propósito de delinquir. Respecto de la embriaguez como causa y determinante del trastorno mental transitorio, también la doctrina jurisprudencial ha declarado que ordinariamente no constituye trastorno mental transitorio, y para que excepcionalmente éste se produzca ha de reunir la condición de plena y total en cuanto a sus efectos, dejando al autor del hecho sin conocimiento de los actos que realiza, anulando total y plenamente, aunque temporalmente su inteligencia y voluntad o como dice alguna sentencia, con anestesia completa física y moral. (S. 4 abril 1978).

Artículo 8.º, 4.ª. Legítima defensa

Los requisitos integrantes de la causa objetiva de justificación recogida en el número 4.º del artículo 8.º del Código penal (legítima defensa), dos son de obligada concurrencia para que la eximente pueda ser estimada en cualquiera de sus grados, o sea, tanto como completa, así como incompleta, cuales son: a) la agresión ilegítima, constituida por un acto de acometimiento o de fuerza real, creador de una situación de riesgo contra la vida o la integridad personal y b), un estado jurídico de defensa, pues aunque este requisito de la necesidad defensiva no aparezca expresamente consignado entre los formal y numéricamente determinados en el mentado número 4.º del artículo 8.º, bien porque se estime que se halla implícito en la expresión "obrar en defensa", o bien porque se considere parte integrante del propio requisito de la agresión ilegítima, es lo cierto que constituye una condición básica de la circunstancial, al igual que el ataque, por lo que no debe confundirse con el requisito del número 2.º —necesidad racional del medio empleado— que tiene carácter accesorio.

Con relación a ambos requisitos, éste Tribunal tiene declarado reiteradamente, en cuanto al primero, que la agresión ilegítima ha de estimarse concurrente no solamente cuando se hubiese consumado o materializado sino también cuando hubiese sido iniciada, si bien en este último caso es preciso que los actos ya realizados sean inequívocos en cuanto reveladores de la inminente creación de la situación de riesgo, pues no bastan los equívocos susceptibles tan sólo de engendrar una mera sospecha o suposición que dé lugar a prevenirse, y en cuanto al segundo, que para que pueda estimarse que ha concurrido, es menester que la situación de riesgo se halle vigente en el momento en que se produce la reacción defensiva, es decir, que la colisión de intereses se halle latente de tal forma que el del que se defiende únicamente pueda subsistir sacrificando el de quien ataca, y que por ello, la legítima defensa no puede ser estimada ni como eximente completa ni como incompleta en caso de exceso extensivo o impropio, a diferencia de lo que ocurre en el caso de exceso intensivo o propio (S. 10 febrero 1978).

Artículo 8.º, 4.ª. Legítima defensa (en riña)

La circunstancia de legítima defensa, tanto en su cualidad de eximente del número 4.º del artículo 8.º del Código penal, como en la de atenuante, coordinada por su imperfección con la del número 1.º del artículo 9.º del mismo Cuerpo legal, es inadecuada a las situaciones de riña o pendencia mutuamente aceptada, en que los resultados lesivos o mortales sufridos por cualquiera de los intervinientes pasan a ser incidentes epistódicos desconcretados de la coyuntura de necesidad absoluta o relativa que la defensa implica, y el hecho que como probado declara la sentencia recurrida está señalando una riña mutuamente aceptada que descarta la legítima defensa completa o incompleta. (S. 14 marzo 1978).

Si bien es cierto que esta Sala tiene declarado que la riña mutuamente aceptada elimina la posibilidad de apreciar la legítima defensa, por no poderse determinar quiénes tienen la cualidad de agresores y agredidos, en cuanto que es acometimiento recíproco entre dos o más personas en los que no suele concretarse los actos de cada una de ellas, esta doctrina hay que admitirla con cautela y precaución, como asimismo ha considerado esta misma Sala, para no primar —con ella— hechos que no merecen la subsunción en la misma por su origen o poca intensidad, como ocurre cuando la huida no es exigible, ante el reto, o cuando la controversia no pasa los límites de la discusión más o menos violenta, y también estimaba con el carácter de regla general que admite, al menos, la excepción de poderse apreciar cuando la acción de uno de los contendientes es de tal intensidad que sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita de la riña, pero del análisis de los hechos declarados probados con la luz de lo expuesto, se desprende que ha de desestimarse el primer motivo del recurso, porque cuando el procesado dio el puñetazo a la víctima, de tan funestas consecuencias, ante la actitud “boxística” de éste, la riña aceptada no había terminado, sino simplemente suspendida, por parte de los dos contendientes, para apartar estos dos al tercero que pretendió intervenir para separarlos, y por otra parte esta actitud tampoco puede decirse que sobrepase los medios aceptados de golpearse mutuamente, para calificarla de agresión ilegítima, requisito imprescindible para poder apreciarse la eximente de legítima defensa. (S. 15 marzo 1978).

Artículo 8.º, 8.º. Caso fortuito

Para la apreciación del caso fortuito es preciso que el acto lícito que se realiza se practique con la diligencia debida y que el mal producido sea por causa de un elemento positivo, que es el mero accidente, con la ausencia de culpa o dolo, según se desprende del número 8.º del artículo 8.º del Código penal, es decir, que el actuar lícito del agente se haga con el cuidado que reclame la normativa de la convivencia y que el evento

del resultado sea imprevisible o inevitable, supuestos que no se dan en los hechos, que han sido calificados como constitutivos de un delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos, ya que se establece en los mismos que el atropello de la víctima "que comenzaba a cruzar la calzada de izquierda a derecha", fue "motivado porque el encartado circulaba con luces de cruce y a velocidad excesiva por inadecuada para poder detener el vehículo en espacio bastante para que el accidente no se ocasionase". (5 abril 1978).

Artículo 9.º, 4.ª. Preterintencionalidad

La aplicación de la circunstancia atenuante de preterintencionalidad, 4.ª del artículo 9.º del Código penal, requiere que el resultado de la acción supere en gravedad al que se propuso el agente y que exista una desproporción notoria entre el medio empleado y el mal físico realmente producido, lo que no sucede en el presente caso, en el que el procesado llevó a cabo la agresión con el arma que describe el hecho probado y completa el considerando primero, con agregación fáctica indudable, diciendo se trata de daga con corte a ambos lados, arma blanca idónea, y con la suficiente fuerza (con el arma blanca que portaba le golpeó fuertemente, dicen los hechos probados) como para llegar al corazón, por lo que es evidente que la región del cuerpo escogida, quinto espacio intercostal derecho con dirección de abajo a arriba, causándole herida en ojal que llegó a alcanzar la punta del corazón lesionando todo el músculo cardíaco y el nacimiento de la aorta, para herir fuertemente revela la intención de privar de la vida a la víctima, sin que exista desproporción entre el mal producido y el que por los medios idóneos empleados quiso producir con arma tan idónea para causar la muerte, que la produjo. (S. 14 marzo 1978).

Artículo 10, 1.ª. Alevosía

La controvertida interpretación que sobre la naturaleza jurídica de la alevosía viene haciéndose desde antiguo, bien considerándola predominantemente subjetiva, conforme al derecho histórico, o bien con prevalencia objetiva, estimando la relevancia de los medios comisivos utilizados en la ejecución del hecho punible, no aparece que ninguna de dichas orientaciones ofrezca carácter exclusivo y decisorio, puesto que conforme a su definición auténtica contenida en el número primero del artículo 10 del Código penal, la circunstancia agravante contemplada 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 precisa que "tiendan" al aseguramiento sin riesgo para el agresor, lo que denota una intención finalista de matiz subjetivo, de lo que se desprende que habrá que atenerse en correcta valoración al conjunto de circunstancias concurrentes en el supuesto concreto enjuiciado, entrando en juego tanto

el "modus operandi" como el aprovechamiento de la situación existente, y siendo así que los hechos probados de la sentencia acreditan que cuando los tres procesados que estaban realizando el robo en las oficinas de la empresa perjudicada se dieron cuenta de la presencia en la puerta del local del sereno, sintiéndose descubiertos, utilizando dos de ellos sendas pistolas y el tercero una escopeta de caza, "desde el interior de la oficina y sin darse a ver, dispararon contra aquél con ánimo de darle muerte, repetidas veces", recibiendo la víctima "que no pudo percatarse de la situación, ni de la agresión", una herida mortal en la cabeza, otra en el tórax y otras múltiples puntiformes en espalda y región lumbosabdominal que determinaron su inmediato fallecimiento, de cuya transcripción se desprende: a) que la víctima fue atacada de forma inesperada, súbita y sorpresiva, estando en situación desprevenida y por tanto sin posibilidad momentánea de soslayar ni repeler el mortal acometimiento, dada la distancia, las armas utilizadas y ser tres los atacantes; b) que los agresores ocupaban una situación notoriamente ventajosa, pues dispararon desde dentro, viendo al agredido, mientras éste no podía ver a aquéllos por la existencia de una puerta vidriera; c) que habiendo llegado el sereno enteramente desapercibido a la puerta del local referido, no llegó a percatarse de la situación ni de la agresión, y por tanto no tuvo tiempo ni consciencia para reaccionar, ni aun siquiera con la huída, cayendo rápidamente al suelo al ser alcanzado por los disparos; y d) que aunque tal forma de realizar la múltiple agresión no fuese buscada de propósito, es indudable que fue aprovechada de principio a fin por los procesados, dándose cuenta de la manifiesta imposibilidad de defensa del agredido por la desatención y confianza con que se presentó y permaneció breves momentos en el lugar de los hechos, concurriendo cuantos requisitos subjetivos y objetivos integran y califican la circunstancia impugnada, careciendo de consistencia dialéctica la alegación defensiva consistente en que no se dieron los elementos configurativos de dicha circunstancia agravante, toda vez que no existía para los recurrentes la seguridad de evitar riesgo alguno al ir la víctima, como sereno de la demarcación urbana en que prestaba sus servicios, debidamente armado y poder hacer uso del arma que portaba, alegación en discordancia con la versión fáctica reproducida y con el aditamento que la Sala sentenciadora de instancia agrega en el tercero de los Considerandos, al afirmar sobre esta misma cuestión que, al disparar desde el interior de un local sin darse a ver los procesados, contra la silueta del sereno recortada en la luz de la calle a través de la puerta con vidriera, "aseguraban por un lado la perpetración de la agresión y hurtaban de otro toda clase de riesgo propio", razones que conllevan a rechazar por improcedentes los motivos terceros de los recursos de los procesados Felipe y Prudencio González y el motivo segundo del recurso de Angel, todos por corriente infracción legal, alegando vulnerada por aplicación indebida la circunstancia agravante primera del artículo 10 del Código penal, que apareciendo debidamente estimada procede confirmar. (S. 7 abril 1978).

Artículo 10, núm. 13. Nocturnidad

No hay elemento de juicio suficiente para aplicar la agravante de nocturnidad, pues ni en la resultancia probatoria ni en las consideraciones jurídicas de la sentencia discutida, se hace la menor referencia ni alusión a que la noche fuera buscada de propósito ni aprovechada para delinquir; sin que el hecho de que el delito tuviera lugar de noche bastepor sí solo para generar como existente siempre la agravación del nocturno, pues una y otra vez, en la doctrina de esta Sala, se ha dado valor superlativo para apreciar o no su concurrencia, el elemento subjetivo de la elección de la noche para realizar más fácilmente el delito y desde el punto de vista objetivo la "oscuridad" como inherente a la nocturnidad agravatoria y en cuanto facilitante de los actos delictivos, y en este sentido nada dice la sentencia discrepada de que el lugar de autos fuera solitario, oscuro, que imposibilitara la prestación de auxilio por terceros si llegara a reclamarlo la víctima de la depredación patrimonial que aquí se enjuicia. No concurre, pues, la agravante de nocturnidad que indebidamente, sin base en los presupuestos fácticos que la integran, estimó la Sala de instancia. (S. 16 marzo 1978).

La circunstancia agravante de nocturnidad, inserta en el inciso primero del núm. 13, del artículo 10 del Código penal, obedece a que el legislador asigna un "plus" de antijuricidad a las conductas punibles realizadas de noche, fundándose el mayor rigor en las facilidades comisivas, en el mayor desvalimiento del ofendido, en hallarse éste desprevenido, en las menores posibilidades de obtención de auxilio ajeno y en la superior probabilidad de no identificación o descubrimiento del culpable, con la consiguiente impunidad de sus actos; constando dicha agravante, según jurisprudencia constante, de los siguientes elementos o requisitos estructurales: a) el astronómico o geográfico consistente en la obscuridad o ausencia de luz natural; b) el sociológico, esto es, la soledad, consecutiva a la dedicación, en esas horas, al descanso nocturno por parte del común de las gentes; c) el subjetivo, merced al cual el agente se prevale, de propósito, de las sombras para la mejor realización de sus planes, o, simplemente, se aprovecha de la misma y de las facilidades comisivas inherentes a ella, y d) finalmente, el procesal, pues la nocturnidad, como todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, debe estar tan acreditada y probada como el delitismo. (S. 5 abril 1978).

Artículo 14. Autoría

Se denuncia la indebida aplicación del artículo 14 del Código penal y la falta de aplicación del artículo 16, argumentando que la participación del recurrente en los hechos constituye una cooperación necesaria no indispensable—auxilio para facilitar el hecho, pero no determinante de él—, que sólo puede estimarse como complicidad al haberse limitado a vigilar; argumento no válido, pues se dice expresamente en los hechos:

declarados probados que mediaba entre el recurrente y el otro individuo no identificado, que intervino en la comisión del hecho, previo acuerdo y común propósito de lucro, elementos éstos característicos de la coautoría criminal, independientemente de los actos materiales que individualmente cada uno realice encaminados al logro de la ilícita finalidad, siendo, además, doctrina constante de esta Sala, que la vigilancia, por uno de los concertados, mientras se desarrollaban los hechos, es una cooperación necesaria, en cuanto que protege a los demás compañeros de ejecución, les previene de riesgos y peligros, haciéndoles sentirse más seguros en la realización del hecho, evitando posibles sorpresas y ser descubiertos, por lo que su aportación ha de estimarse decisiva, trascendente y principal. (S. 28 febrero 1978).

Artículo 113, 5.º. Prescripción (injurias)

Se alega infracción de Ley por aplicación indebida de los artículos 112, núm. 6, y 113, párrafo 5.º, y la falta de aplicación del párrafo segundo del artículo 114, todos del Código penal, alegando existió interrupción en el plazo legal de la prescripción; teniendo presente que según dispone el párrafo 5.º del artículo 113, los delitos de injurias prescriben a los seis meses desde que el delito se cometió o transcurra dicho plazo de tiempo desde que el procedimiento se paralizó, y en el presente supuesto, decretado el procesamiento del querellado por Auto de 23 de marzo de 1973, se interpuso recurso de reforma ante el Juzgado y el de subsidiaria apelación ante la Audiencia, acordándose la terminación del Sumario antes de la resolución de la apelación por la Sala, presentándose escrito del querellante y del procesado de fechas 18 y 22 de mayo de 1973, no volviéndose a practicar diligencia alguna hasta el 24 de abril de 1976, en que por el señor Secretario se dio cuenta a la Sala de los mencionados escritos, del Sumario y pieza de situación, y reclamada al Instructor la pieza de responsabilidad civil, en ella aparece un requerimiento efectuado en 20 de junio de 1973, siendo la siguiente diligencia una comparecencia de fecha seis de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, demostrando todo ello, la paralización del procedimiento por más de seis meses, lapso de tiempo exigido por la Ley Penal para dar lugar a la prescripción del delito de injurias, al no establecerse distinciones entre las diversas causas motivadoras de la paralización del procedimiento, bien se deban dichas causas de la inacción procesal de alguna de las partes o a incuria de los Tribunales, pues lo mismo éstos, que las partes, especialmente la que pudiera resultar perjudicada, tenían a su alcance medios competitivos o de petición para movilizar el proceso e impedir la extinción de la responsabilidad penal. (S. 8 abril 1978).

Artículo 236. Atentado

Comete atentado contra Agente de la Autoridad, el que, como el procesado, hallándose cazando ilegalmente en un coto privado en unión

de otros tres individuos, al ser sorprendido por el guarda particular jurado de la finca y requerirles éste para que uno a uno se acercaran a él a fin de identificarles y tomar su filiación para formular la correspondiente denuncia, lejos de obedecerle se acercaron todos a él en tono amenazador, por lo que para intimidarlos, al no obedecer sus requerimientos y ante la actitud que adoptaban, disparó con su carabina al suelo, momento en que el procesado se abalanzó sobre el guarda, derribándolo al suelo y causándole lesiones, desperfectos en la bandolera distintivo de su cargo y en la carabina, que golpeándola contra el suelo, partió en dos trozos, porque el acometimiento lo realizó con ocasión de ejercer el agredido las funciones de Guarda Jurado, ostentando los distintivos propios de su cargo y sin extralimitarse en dichas funciones —contra lo invocado por el recurrente— ni ejercer violencia alguna en los furtivos cazadores, pues el disparo al suelo que tuvo que hacer, sin riesgo alguno para ellos, sólo puede considerarse como intimidación, no como violencia innecesaria, motivado y justificado por la actitud desobediente y amenazante de éstos, que culminó en la referida agresión menospreciando el principio de autoridad, alma y esencia del delito de atentado como viene recordando de manera constante la doctrina de esta Sala, por todo lo cual, y estimando que el Tribunal sentenciador aplicó correctamente la norma establecida en el artículo 236 en relación con el número 2.º del artículo 231, ambos del Código penal, al darse los elementos objetivos y subjetivos de la infracción. (S. 10 marzo 1978).

Artículo 279 bis. Sustitución de placa matrícula

La acción del cambio de matrículas no ha servido para cualificar tres delitos al mismo tiempo, en primer lugar porque los delitos de vehículos de motor a que se contrae el recurso, han sido sancionados como tales delitos de hurto común sin penalidad agravada, ni tener en cuenta el hecho posterior de los cambios de matrículas realizadas después de consumados dichos delitos de hurto, y, en segundo lugar, se les sanciona a los procesados por dos delitos de sustitución de matrículas de vehículos automóviles del artículo 279 bis del Código penal, aplicándoles tan sólo el subtipo con penalidad agravada del párrafo 2.º de este precepto al tener por finalidad los cambios efectuados evitar la identificación de los vehículos y la consiguiente detención de los procesados, lo que facilita la impunidad de los delitos de hurto y mostraba mayor peligrosidad en los recurrentes, pero no se les aplica e impone, además, las penas correspondientes al número 1.º del citado artículo 279 bis, por lo que la acción punible de los cambios de matrículas no ha servido—como alegan los recurrentes—para cualificar tres delitos a un mismo tiempo, pues en nada ha afectado a los delitos de hurto, que cuando se realizaron las sustituciones de matrículas ya estaban jurídicamente consumados y así se estima en la sentencia recurrida, sino que dichas acciones punibles sólo han sido sancionadas como delitos de sustitución de placas de matrículas de vehículo automóvil, aplicándoles, como correspondía, el subtipo agravado del párrafo 2.º del citado artículo 279 bis, delitos éstos que han

de penarse separadamente de los hurtos, con lo que no se han infringido, ni el artículo 279 bis, párrafo 2.º, ni el artículo 71, también del Código penal, al no existir concurso ideal de delitos, pues las tan repetidas alteraciones de matriculas no se realizaron como medio necesario para cometer los delitos de hurto, sino para ocultarlos o encubrirlos. (S. 14 abril 1978).

Artículo 344. Estupefacientes

La tenencia de drogas o estupefacientes para el propio consumo es un hecho atípico, pues sólo son punibles los actos ejecutivos a los que expresamente se refiere el artículo 344 del Código penal, pero no es cierto que del relato de hechos probados no aparezca reflejada la base fáctica integradora de la figura punible por la que el recurrente fue condenado, pues el hecho probado relatado en el resultando correspondiente de tener la droga en disposición de difusión integra uno de los supuestos previstos como punibles en el mentado precepto penal, por lo que procede desestimar el único motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.º, del artículo 849, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 344 del Código penal. (S. 11 abril 1978).

Artículo 407. Homicidio (Imprudencia y preterintencionalidad)

El criterio que establece que para que puedan calificarse los hechos como constitutivos de un delito de imprudencia, en todo caso, es preciso que el acto inicial de la conducta humana sea lícito, ha sido mitigado—por esta Sala—siguiendo la doctrina más moderna, por la que se admite la punibilidad de la imprudencia o culpa: cuando la acción primaria es ilícita reglamentariamente; cuando está sancionada como contravención o falta, e incluso cuando lo sea como delito, siempre que en estos dos últimos supuestos se ponga de relieve la evidente desproporción entre la acción realizada y su resultado, a causa de la antinomia entre el deber normativo de obrar y la previsibilidad del resultado, que no se quiso ni se aceptó, como es el caso del cazador furtivo de piezas mayores que, a consecuencia de no cerciorarse bien del bulto que se mueve entre la arboleda, da muerte a una persona, lo que nos lleva al problema jurídico de buscar la diferenciación entre el delito preterintencional y el de imprudencia abordado últimamente en las Sentencias de 26 de enero y 10 de mayo de 1977, nota diferenciadora que debe hallarse, por el órgano judicial, a través del requisito de la culpabilidad de la infracción, analizando su intensidad, no solamente en la omisión de la diligencia repudiada por la norma, sino también en la previsibilidad del evento, en cada caso, de la misma manera que ha de hacerse para calificar los diferentes grados de culpa. Y analizando los hechos consignados en el primer Resultando de la Sentencia impugnada, se llega a la conclusión de que la doctrina acabada de exponer obliga a la desestimación de este segundo motivo fundamentado en no haberse apreciado la existencia de

un delito de imprudencia, con resultado de muerte, en lugar de un homicidio preterintencional, porque el puñetazo en la cara, motivador de la caída de la víctima al suelo (acto inicial ilícito) y la muerte producida por la fractura de la base del cráneo (resultado de la acción) no suponen tan intensa desconexión que acarree la posibilidad de sancionar la narración fáctica como mera imprudencia, máxime si se tiene en cuenta que la autopsia indicó también la existencia de una rotura abdominal que hubiera sido mortal de necesidad como hace constar la resolución impugnada. (S. 15 marzo 1978).

Artículo 407. Homicidio (frustrado)

El recurrente, después que su convecino le llamó razonadamente la atención vistas las molestias que venía ocasionando a su convecina, mujer de edad avanzada, se va a su domicilio, coge una escopeta del calibre 16, y saliendo con ella, cargada a la calle se dirigió a la víctima, se coloca como a un metro de distancia y mientras le dice “¿ahora qué?”, hizo contra él un disparo, dirigido a la cabeza, ocasionándole lesiones en el rostro y en el hombro izquierdo. A la vista de tales antecedentes destacan dos factores esenciales que el juzgador debe apreciar en su justo valor: el arma empleada, escopeta, el disparo efectuado y la región del cuerpo donde va dirigido el ataque, que revela una intención enequívoca de matar en cuanto el medio—escopeta—es idóneo a tal fin y la cabeza, es región vital del hombre, que alcanzada de pleno por el disparo debe producir como resultado la muerte y si no la produjo en el caso de autos fue por causas independientes de la voluntad del agente, al desviársele la puntería y afectar el disparo no al rostro en pleno, sino también al hombro izquierdo, que también pudo producirse por el movimiento natural instintivo de la víctima de aludir el disparo. Razones todas que conducen de la mano a desestimar el motivo que se estudia y por los mismos argumentos el quinto del recurso, que sostiene sólo el “animus laedendi”, puesto que el recurrente pudo efectuar un segundo disparo, que no hizo. Este extremo no aparece probado, mas probado, no evitaría la calificación de homicidio, en cuanto que un sólo disparo en la cabeza a un metro de distancia es suficiente para producir la muerte. (S. 4 abril 1978).

El homicidio frustrado plantea, con más fuerza si cabe cualquier otro delito imperfecto, el agudo contraste entre la intención, en este caso de matar (el llamado *animus necandi*), y el resultado no mortal, sino meramente lesivo para la integridad física o incluso inocuo para la misma por error en el golpe o elusión afortunada de la víctima, hasta el punto de que el problema de la causalidad material, como el del grado de ejecución del delito arrancó de un problema particular, episódico del homicidio, cual es el de la letalidad de la herida inferida (*lethalitas vulneris*), signo éste íntimamente unido a la acción homicida, pero que no es el único que se tiene en cuenta en la indagación del *animus occidendi*, pues ya es doctrina clásica el acudir a toda clase de signos objetivos—anteriores, concomitantes o posteriores al acto—para deducir la verdadera

intención que guiaba al culpable, dado que ésta servirá para mantener bien el delito de homicidio o bien para degradarlo al inferior de lesiones a virtud del ánimo propio de este último delito o falta (*animus vulnerandi*); de suerte que la existencia de resentimientos anteriores o de tensión psíquica y vindicativa entre agresor y víctima, amenazas que el primero pueda proferir como preludeo de su ataque, son indicios integrantes del primer grupo; la idoneidad del arma empleada y región vital atacada, no menos que la iteración del golpe, están entre los indicios que destacan en el segundo grupo de ellos; como, en fin, el diagnóstico médico-legal de las lesiones inferidas, el riesgo que su profundización hubiera implicado para la supervivencia del atacado, la reacción defensiva de la víctima, la asistencia médica de la misma llevada a cabo con mayor o menor rapidez, sin otros tantos signos augurales en la detección del ánimo que impulsara al agresor. (S. 19 abril 1978).

Artículo 431. Escándalo público

Tanto el delito de escándalo público definido en el artículo 431 del Código penal como la falta descrita en el núm. 2 del artículo 567 de dicho cuerpo legal, atentan contra la moral social o colectiva, diferenciándose tan solo cuantitativamente hasta el punto de que la contravención viene a constituir una réplica venial de una infracción delictiva de mayor rango, siendo la frontera o linderos que les separan fluctuantes a tenor de las oscilaciones en torno a la decencia, a la moralidad, al pudor y a las buenas costumbres, conceptos que, dentro de ciertos límites que nunca deben franquearse, se expanden o estrechan al compás de los criterios dominantes según lugares, personas, épocas y circunstancias. Pero, sin embargo, los actos de exhibicionismo, en los que el agente muestra a otras personas, testigos involuntarios y formados de su desviación sexual, sus órganos genitales, siguiendo, a tan poco edificante espectáculo, actos de masturbación, continúan constituyendo comportamiento reprochable que hiere y lesiona los sentimientos de recato y de morigeración propios del común de las gentes, provocando indignación, repulsa y execración en quienes los presencian y conocen, habiendo incardinado, este Tribunal, tales conductas, de modo constante, en el citado artículo 431, sin que la evolución de la vida social y moral española aconseje una suavización del tratamiento punitivo aplicable, pues, como ya se ha dicho, tal comportamiento sigue produciendo la reacción de censura y reprobación del entorno social acostumbrada e invariable. S. 20 marzo 1978).

Artículo 420. Lesiones (preterintencionalidad)

La atenuante de preterintencionalidad no se acomoda ni conforma con la naturaleza del delito de lesiones regulado en los artículos 420 y 422 del Código penal, pues, estableciéndose las diferentes penas por razón del resultado, basta un dolo general de lesionar—herir, golpear o maltratar—sin que se requiera que la intención del agente abarque, de modo específico, un resultado concreto y especial de los detallados, de modo

descendente, en los preceptos mencionados, con lo cual, mal puede concebirse en tales casos, la idea de que hubo una distonía o disonancia entre la intención del sujeto activo y el resultado obtenido, o que éste excedió o sobrepasó la ambición delictiva del agente produciéndose un “plus in effectum” o “ultra propositum” digno de atenuación. Pero, aunque se sostuviera lo contrario o, al menos, la posibilidad de apreciar la preterintencionalidad en casos límite o extremos, en los que manifiestamente la intención del agente fue ampliamente desbordada o rebasada por el resultado, siendo este sumamente distante de lo que se proponía lograr el mencionado agente, en el caso presente la solución sería la misma, pues, debiéndose inquirir o indagar la verdadera voluntad del sujeto activo —incógnita dentro de su intelecto— a través de los actos anteriores, simultáneos y posteriores al hecho punible exteriorizativos de esa intención, basta ponderar la índole del arma empleada —destornillador con varilla metálica de quince centímetros de longitud—, la región corporal atacada —zona renal derecha— y el vigor con el que se asestó el golpe —la varilla desprendida del mango quedó alojada en la fosa ilíaca derecha—, para comprender que no sólo las lesiones resultantes —ciento sesenta y cuatro días de existencia con intervención quirúrgica— estaban claramente inmersas en el malicioso actuar del procesado, sino que éste pudo obrar incluso con un “animus necandi”. S. 6 abril 1978.)

Artículo 441. Rapto

El delito de rapto, en sus diferentes modalidades recogidas en el artículo 441 del Código penal, tiene como elemento o requisito común a todas ellas, la acción de llevarse a una mujer de su domicilio con miras deshonestas, e implica un ataque al honor familiar y a la honestidad de la víctima de acuerdo con la doctrina reiterada de esta Sala, puesta de manifiesto en su Sentencia de 5 de octubre de 1975, por lo que cuando la salida del domicilio se realiza con el consentimiento del padre o por iniciativa de la mujer no surge la ilicitud penal en la ausencia o abandono del hogar, criterio jurídico que alega el recurrente como fundamento de los motivos primero y segundo, en cuanto que en apoyo del primero argumenta que se aplicó indebidamente el artículo 441 del Código penal porque el padre autorizó a su hija menor de veintitrés años para que marchase al extranjero, ya que autorizó la expedición del pasaporte, y en apoyo del segundo porque el procesado no indujo a la víctima a abandonar el domicilio paterno, ya que en el relato histórico de los supuestos de hecho únicamente se emplea la palabra “consiguió” sin expresión de manipulación alguna que demuestre la inducción del procesado sobre la ofendida, argumentaciones que no se pueden aceptar, la primera porque el consentimiento que prestó el padre de la raptada fue para que ésta hiciese un viaje o excursión al Santuario de la Virgen de Lourdes, pero no para que abandonara el domicilio con miras deshonestas, y la segunda porque la expresión del verbo conseguir implica una serie de diligencias o actos destinados a alcanzar lo que se pretenda, y pretender es suplicar y por lo tanto inducir, lo que permite afirmar que, en el presente caso, indujo a la

menor de diecisiete años al abandono de su domicilio, y estas consideraciones obligan a la Sala a desestimar los motivos primero y segundo del recurso. (S. 7 abril 1978).

Artículos 500-514. Robo-hurto (ánimo de lucro)

La doctrina y praxis, de consuno, entienden el ánimo de lucro como un elemento subjetivo del injusto, decisor por ello de la antijuricidad y computable después en la culpabilidad, en aquellos delitos patrimoniales que lo exigen, bien por expresa dicción del tipo (como en el robo y hurto), bien por estar implícito en todas las infracciones que exigen enriquecimiento, de donde se deriva en tales casos el carácter esencial de dicho ánimo, sea para la existencia del delito mismo (Sentencia de 18 de mayo de 1966), sea para delimitar tipos delictivos distintos según el *animus* que guió al agente (como sucede, de modo característico, con los delitos de robo y de realización arbitraria del propio derecho contemplados en su deslinde por la reciente Sentencia de 12 de junio de 1975); todo lo cual no contradice la doctrina sentada de antiguo por esta Sala de que el ánimo de lucro se presume en el apoderamiento de cosa ajena, de modo que al *animus capiendi* se superpone el *animus lucri faciendi gratia*, mientras no se pruebe (presunción *iuria tantum*) que fuera otro el propósito del reo (Sentencia de 7 de marzo de 1935, de 28 de febrero de 1947, 8 julio 1954, 3 de febrero de 1969, 27 de abril de 1970, 27 septiembre de 1977); doctrina jurisprudencial muy conforme tanto con la marcha natural de las cosas como con la propia teoría general del Derecho que distingue cuidadosamente entre *causa* y *motivo* y que el Derecho penal hace suya con particular acuidad, dada su estirpe espiritualista, de suerte que una es la causa de la acción o *finis operis* y otro el móvil que impulsó al agente o *finis operantis*, por lo que, en tanto no se incorpore al tipo algún especial *movente* (tal el de “hacerse pago” en el artículo 337 del Código penal), aquel móvil sólo podrá tener un poderío modificador —atenuante o agravante— de la responsabilidad, pero dentro del mismo título de imputación; o, lo que es lo mismo, que en el delito de robo (como en el de hurto) el ánimo de lucro podrá desprenderse de la propia acción del reo, dado su sentido —unívoco— de enriquecimiento propio o ajeno, pudiendo coexistir junto a esta causa inmediata, objetivada —por decirlo así— en su externa configuración, móviles más alejados, de alcance genérico (señaladamente la atenuante 7.^a del artículo 9.º del Código penal) y aun de poderío eximente (estado de necesidad como más típico) y a salvo siempre, como se ha dicho, que la concurrencia de móviles especiales integren otra figura de delito, especialidad desplazadora del ánimo de lucro que, también según lo expuesto, ha de darse probada en el supuesto de hecho que se contemple para que pueda prevalecer sobre la motivación ordinaria que comúnmente suele acompañar a toda acción depredadora. (S. 7 abril 1977).

Artículo 501. Robo con homicidio

El robo con homicidio es un delito compuesto integrado por la infracción de bienes jurídicos diferentes, la vida y la propiedad, realizado mediante hechos diversos, cada uno de los cuales podría constituir, sin la disposición aglutinante del legislador, por sí, un delito, pero que no obstante su estructura compleja, constituye una figura irrevocable e indivisible jurídicamente, característica esta última reiteradamente afirmada por la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 17 de diciembre de 1875, 16 de abril de 1880, 5 de abril de 1887, 29 de octubre de 1959, 16 de junio de 1975 y 26 de febrero de 1976), lo que ineludiblemente determina no poder disgregar y considerar aisladamente los delitos que integran su complejidad, o sea, calificar y penar con independencia el homicidio y el robo componentes, lo que sería desnaturalizar arbitrariamente la infracción tipificada y penada en el artículo 501, número primero del cuerpo legal sustantivo, suposición atentatoria además al principio penal de especialidad que dicho artículo estatuye. S(7 abril 1978).

Artículo 504, 1.ª. Escalamiento

La reforma penal de 1944 operó una considerable extensión del delito de robo con fuerza en las cosas, a costa del hurto, desde el momento en que la *vis ad rem* que tipifica el artículo 504 del Código penal en sus cuatro apartados ya no son, rigurosamente, medios para la introducción del culpable en un edificio o local, sino circunstancias que concurren en la ejecución del hecho, según la dicción del párrafo primero de dicho precepto, por más que, luego, la descripción de cada una de tales circunstancias implique un *modus operandi* necesariamente conectado con el acceso a la cosa y no un mero acto de fuerza (*vis in re*) que por sí sólo no tiene poderío para transmutar el hurto en robo; tesis general que es por entero aplicable a la particular circunstancia de **escalamiento**—que en su prístina acepción es acceso a un edificio mediante escalas—y que, consecuencia de aquella ampliación del concepto de robo a que se ha hecho mérito, ha perdido todo su significado semántico para convertirse en un medio más para llegar hasta la cosa apetecida por el culpable, por lo que bastará un escalamiento puramente exterior del edificio, paramento u obstáculo análogo para consumar la sustracción; siquiera, de acuerdo también con lo dicho, el núcleo central de este medio calificador del robo sigue siendo la modélica definición que del mismo se daba: **hay escalamiento cuando se entra por una vía no destinada al efecto**, versión auténtica suprimida por el Código de 1932, pero sigue informando buena parte de los fallos jurisprudenciales, justamente aquellos en que el supuesto fáctico se refiere de algún modo a la “introducción” del delincuente, ya se despliegue una actividad ascensional (Sentencias de 5 de febrero de 1949, 4 de febrero de 1950, 3 de marzo de 1952, entre otras muchas), ya se utilicen cualesquiera aberturas o huecos, como balcones o ventanas, incluso desprendiendo meramente de ellas los cristales, sin

fractura de los mismos (Sentencia de 27 de marzo de 1944) y otros de varia especie como chimeneas (Sentencia de 26 de noviembre de 1890), tragaluces (Sentencia de 27 de diciembre de 1918), claraboyas (Sentencia de 6 de octubre de 1956), agujeros (Sentencias de 4 de mayo de 1911, 19 de junio de 1950), alcantarillas (Sentencia de 18 de mayo de 1945) y desagües (Sentencia de 8 de enero de 1954). (S. 15 febrero 1978).

Artículo 511. Robo (elevación de la pena en grado)

El artículo 511 del Código penal otorga a los Tribunales una facultad discrecional para imponer las penas superiores en un grado a la ordinariamente señalada y prevista en aquellos supuestos de robo en que se aprecian y se den alguna de las circunstancias específicas que el propio precepto enumera y entre la que se encuentra la alarma producida, que lo fue en el caso enjuiciado, no sólo en el lugar del hecho, sino en toda la ciudad al ser conocido, según se dice en el Considerando primero de la sentencia impugnada, por la repetición de sucesos de similares características en toda clase de establecimientos para obtener a mana armada, amenazando a los propietarios, dependencia y cuantas personas se encuentran en él, para obtener el dinero producto de las ventas verificadas o mercancías o alhajas de valor, forma de actuación que es signo relevante de su peligrosidad y productora de inquietud y alarma, circunstancia ésta que por sí sólo basta para que el Tribunal pueda hacer uso de la facultad discrecional agravatoria de la responsabilidad que le concede el citado artículo 511, facultad que como tal no es revisable en casación S. 2 mayo 1978).

Artículo 516, 2.º. Hurto (con abuso de confianza)

La circunstancia agravante de abuso de confianza que como cualificativa del hurto eleva en un grado la penalidad abstracta asignada al mismo, conforme establece el núm. 2.º del artículo 516 del Código penal, viene a acumular sobre el agravio que dicho delito en sí mismo supone el atentar y apropiarse con ánimo de lucro de cosas muebles ajenas, contra el deber general de comportarse a tenor de las normas de honesta convivencia, social una mayor culpabilidad y perversidad del agente al vulnerar conscientemente obligaciones especiales entre personas mutuamente enlazadas por situaciones originadoras de respeto, seguridad y lealtad, a cuya primordial faceta y genuina razón de existencia de tal circunstancia cualificadora, se añade con frecuencia la más fácil comisión del delito y su posible ocultación e impunidad, por lo que cabe apreciar su configuración por un principal requisito de índole subjetiva, de deslealtad, que implica quebranto de deberes morales y éticos (Sentencias de 15 de noviembre de 1968 y 29 de septiembre de 1976), y, por otro lado, de naturaleza objetiva, de aprovechamiento de las facilidades que la situación de confianza le ofrece y depara para llevar a cabo los designios delictivos. (S. 23 febrero 1978).

Artículo 516 bis. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno

En el recurso se niega aplicable el artículo 516 bis del Código penal por entender que entrar en una furgoneta abierta y con las llaves de contacto puestas y poner el motor y seguidamente el coche en marcha dos metros subiéndose a la acera, apercibiéndose en aquel momento el propietario de lo que ocurría, por lo que se acercó e impidió la continuidad del uso y utilización, no constituye, a juicio del impugnante, el delito sancionado, pues tan corta utilización no es valorable penalmente. Esta singular contradicción es desestimable pues este peculiar delito se consume plenamente por la puesta en marcha del motor y del vehículo y su utilización, aunque sea momentánea, pues lo que distingue esta utilización de vehículo de motor sin autorización, en lo que difiere del hurto o robo, es precisamente en que en éstos hay ánimo de lucro y apoderamiento definitivo, mientras que esta especial y específica figura delictiva, que legalmente ha tenido que promulgarse ante la enorme y alarmante proliferación del apoderamiento de este tipo de vehículos, que lo es de ordinario con fin de utilización ilícita, contraria a la voluntad de sus legítimos propietarios, pero con finalidad de sólo temporal uso, que cuando se prolonga por más de veinticuatro horas acarrea agravación punitiva que en supuesto de valor del coche superior a las penas menores produce una equiparación penológica a la atribuida al hurto y robo común en los números primero y segundo del artículo 515 y número segundo y tercero del 503, del propio Código penal, pero sin que el 516 bis distinga, y donde la ley no distingue no cabe distinguir, el tiempo y la distancia en que el vehículo fuere ilegítimamente utilizado, salvo que este uso y utilización dure más de veinticuatro horas, en cuyo caso se produce la agravación de pena que se acaba de referir. En el caso que se contempla es ponderable además, de una parte, que la utilización del vehículo mediante la puesta en marcha del motor y el movimiento del coche y su consiguiente utilización, no terminó por propia voluntad del agente, sino en razón de haber sido sorprendido por el propietario y policía que le acompañaba; y de otra, que si bien en la resultancia se establece que el apoderamiento utilizador se realizó "sin ánimo de lucro", en el Considerando primero se puntualiza que se proponía sólo utilizarlo, no hacerlo suyo con ánimo de lucro definitivo, razonando que esta ilegal utilización se consume "con poner en movimiento el vehículo con el motor en marcha". (S. 11 abril 1978).

Artículo 519. Alzamiento de bienes

El delito de alzamiento de bienes, tipificado en el artículo 519 del Código penal y estudiado detenidamente por las sentencias de este Tribunal, entre otras, de 10 de septiembre de 1972, 17 de diciembre de 1973, 11 de enero de 1974 y 31 de enero y 6 de junio de 1977, constituye la réplica punitiva de los artículos 1.111, 1.290 y siguientes y 1.911 del Código civil, requiriendo sintéticamente: a) un elemento objetivo antecedente, esto es,

la presencia de una o varias deudas ciertas, reales y preexistentes, así como, generalmente, líquidas, vencidas y exigibles; b) una especial dinámica comisiva o técnica operativa por parte del agente, consistente en la realización de actos de desposesión, mediante los cuales, de modo falaz y subrepticio, disipa o disminuye su patrimonio, evadiéndolo o sustrayéndolo del alcance de sus acreedores, actos que pueden consistir en enajenaciones, gratuitas u onerosas, reales o ficticias, de bienes, destrucción u ocultación de los mismos, fingida constitución de gravámenes, reconocimiento de simulados o inexistentes créditos de carácter preferente respecto a los de los acreedores legítimos, o en cualquiera de los múltiples medios ideados por la fértil e inagotable inventiva de los deudores refractarios y poco propicios al cumplimiento de sus obligaciones o por la de sus mentores; c) elemento subjetivo, polarizado en el propósito doloso o maliciosa intención del deudor de burlar y eludir los derechos legítimos de su acreedor o acreedores mediante la realización de los actos fraudulentos reseñados; y d) finalmente, un elemento residual o consecutivo, que consiste en lograr, merced a esas maniobras elusivas y fraudulentas, que el deudor quede, total o parcialmente, insolvente, con el consiguiente perjuicio para su acreedor o acreedores, los que, de ese modo, se ven imposibilitados de percibir la integridad de sus créditos merced a la insuficiencia patrimonial provocada por el referido deudor. (S. 15 abril 1978).

Artículo 533. Estafa

La exégesis del artículo 533 del Código penal definidor del delito de estafa a medio de "engaño", la doctrina de esta Sala ha configurado tal engaño como: 1.º Precedente a la defraudación. 2.º Causa del perjuicio y 3.º Preordenado al delito. Y cuando media contrato el engaño será típicamente penal: 1.º Cuando el defraudador no tuviera propósito alguno de cumplir sus pretensiones desde el inicio del contrato. 2.º O cumplirlas muy al principio y parcialmente, para dar mayor apariencia de verdad al engaño, obteniendo así la prestación del perjudicado enriqueciéndose con ella. 3.º Se centra en el contrato toda la intención maliciosa del defraudador, siendo el ardid puesto a la otra parte para despojarle de sus bienes con ánimo de lucro. 4.º Creando de esta manera un negocio jurídico criminalizado. El contrato civil nace así como una ficción al servicio del fraude, donde sin intención sincera de contraprestación se obtiene la prestación del perjudicado, naciendo así un negocio vacío o captatorio, carente de realidad y de seriedad como asechanza al patrimonio ajeno y viciando así la voluntad del perjudicado (Sentencias de 5 de marzo, 1.º de abril, 13 de mayo y 17 de diciembre de 1974 y 14 de marzo y 9 de diciembre de 1975, 9 de febrero de 1976, 23 de enero de 1978, entre otras. (S. 8 abril 1978).

Artículo 535. Apropiación indebida

Quando se trata de construcción de viviendas que no sean de protección oficial, para que el delito de apropiación indebida se produzca es menester, según reiterada declaración de esta Sala en la aplicación del artículo 535 del Código penal en relación con la Ley de 27 de julio de 1968: 1.º Que exista defraudación económica de otra persona. 2.º La presencia del dolo peculiar del mismo. 3.º La falta por parte del constructor de las garantías prevenidas en el artículo 1.º de la citada ley, esto es: a) el contrato del seguro que garantiza la devolución de las cantidades anticipadas más el 6 por 100 de interés anual, otorgado con entidad aseguradora, aval solidario prestado por entidad inscrita en Bancos o Caja de Ahorros para que en el supuesto de que la construcción no se inicie o no llegue a más fin, por cualquier causa en el plazo convenido; b) percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de la entidad bancaria o Caja de Ahorros, las que habían de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente se podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de viviendas. 4.º No puede bastar para crear tal delito el mero incumplimiento formal de las garantías preventivas citadas, pues este incumplimiento, sin dolosa defraudación y perjuicio cierto, obrando de buena fe, sin ánimo de lucro, sin menoscabo económico, con ausencia de culpabilidad y sin desvío del patrimonio de afectación, puede dar lugar a sanciones gubernativas. Mas sin tales datos no existe el delito que ha de basarse en la realidad del apoderamiento enriquecedor de aquéllos (Sentencias de 11 de octubre de 1973, 28 de marzo de 1974, 25 de junio de 1975, muy especialmente y 2 de mayo de 1977, entre otras).

Conforme a los hechos probados, cuando los querellantes firman el contrato de 18 de mayo de 1973, ya conocen el de 8 de junio de 1972, con su cláusula resolutoria, aceptando así voluntariamente el riesgo de la resolución por parte de la dueña del solar. Cuando ésta ejercita su derecho resolutorio, se había construido la estructura del edificio hasta la planta quinta, donde se ubicaría el piso adquirido por los acusadores. Los promotores de la vivienda habían recibido unos seis millones de pesetas de los afectados compradores e invertido en la construcción unos diez millones, de forma tal que todo lo recibido y cuatro millones más se invirtieron en la construcción, sin distracción por su parte de un solo céntimo de lo recibido para la construcción. No ponen en circulación ni una sola letra de cambio de las aceptadas por los querellantes que aquéllos debieran de pagar y vista la imposibilidad del cumplimiento del contrato, por causas que la sentencia de instancia considera como fortuitas, hace entrega ya el único constructor de toda la obra, más un crédito de seis millones. Por tanto recibe unos seis, emplea unos diez y entrega un crédito de otros seis millones de pesetas. De toda esta conducta no se infiere, ni el apoderamiento enriquecedor, ni el ánimo doloso y sí sólo, evidentemente, una falta de cumplimiento de las garantías de la de 1968.

sin ánimo de lucro, ni desviación de cantidades del fin pactado y ello implica sólo un incumplimiento de tal ley, con sus sanciones gubernativas, pero al margen del Código penal, al faltar el lucro ilícito y el abuso de confianza, precisos para la apropiación, razones que abonan la desestimación del juicio motivo de recurso. (S. 20 marzo 1978).

La aceptación académica del verbo transitivo "apropiar" coincidente con su significación corriente, dentro del lenguaje ordinario, se refiere a "hacer propia de alguno cualquier cosa, apoderarse de ella, o tomarla para sí", conducta y actuación que al ser tipificada como reprochable por el Código penal la adiciona con el adjetivo de *indebida*, equivalente a ilícita en el ámbito del derecho, que tanto puede referirse y concurrir en el ordenamiento civil como en el penal, pero cuya distinción la determina el texto punitivo del artículo 535 del citado cuerpo legal al señalar que la incardinación en el ámbito penal surge cuando el agente o sujeto activo se apropia, distrae o se niega a devolver dinero, efectos o cualquier cosa mueble recibida en virtud del título, causa o concepto que presuponga obligación de devolver o destinar lo recibido a un fin taxativamente fijado o preordenado, con perjuicio correlativo de otro, de ahí que el dolo característico de la apropiación criminal, que marca más ostensiblemente la línea separatoria entre lo ilícito penal y lo antijurídico civil, venga constituido por el abuso de confianza en que el culpable incurre y del que se prevale para trasmutar o cambiar la tenencia o posesión de lo que recibe y detenta con licitud, pero con carácter transitorio, accidental y precario, con finalidad concreta y precisada, en propiedad ilegítima personal, con ánimo de lucro propio o ajeno, atribuyéndose o haciendo uso de facultad dispositiva sobre lo recibido que exclusivamente compete y tiene el titular dominical, que por tanto resulta perjudicado en su derecho y condición de dueño, y a cuya tutela responde el bien jurídico protegido por la figura delictiva contemplada. S. 21 marzo 1978).

El procesado y la perjudicada concertaron un contrato de arrendamiento de obra, en virtud del cual ésta entregó a aquél parte del precio convenido como realización parcial de la prestación a que se obligaba en virtud de la mentada relación contractual y que el procesado cumplió también parte de la prestación a que se obligó, de donde resulta, pues, que la cantidad que percibió como anticipo de parte del precio no ingresó en su patrimonio en virtud de ningún título posesorio de los que produzcan obligación de entregar o devolver, sino en virtud de un título traslativo del dominio de la cosa fungible que le fue entregada, de modo que la obligación de devolver el equivalente de lo recibido únicamente surgiría como consecuencia del ejercicio por la otra parte contratante de la correspondiente acción resolutoria y siempre que la misma no hubiese hecho uso de la opción que le concede el artículo 1.124 del Código civil para optar por la resolución y no por el cumplimiento, por lo que, en definitiva, es claro, que el supuesto que aquí se contempla constituye un ilícito civil y no un ilícito penal, ya que tampoco puede ser enmarcado dentro del campo penal de la estafa, en cuanto que del relato histórico de la sentencia no aparece en absoluto que hubiese concurrido el requi-

sito esencial de dicha figura punible, como es el engaño antecedente. (S. 21 marzo 1978).

Artículo 565. Imprudencia

Es evidente que no pueden constituir causa exculpativa, ni el principio de la confianza o expectativa de que los demás cumplan aquello a que vienen obligados en observancia de lo dispuesto en los preceptos o normas reguladoras de la circulación o de lo que aconseje la prudencia, ni la supuesta concurrencia del caso fortuito, pues el principio de la confianza se halla subordinado al de la conducción dirigida, por lo que todo conductor debe prever los posibles comportamientos defectuosos de los demás usuarios de la vía, sin perjuicio que la concurrencia de tal circunstancia pueda servir, como en el caso concreto objeto de la presente causa, lo ha hecho la Sala de instancia en su acertada y perfectamente razonada sentencia— para graduar la imprudencia punible del conductor, o, incluso, en casos excepcionales, para hacerla desaparecer y, por lo que respecta al caso fortuito, porque su apreciación requiere que el mal se ocasione con ocasión de realizar un acto lícito con la debida diligencia, como dice expresamente el precepto legal, y que el resultado dañoso escape a toda posibilidad de previsión, por lo que no puede estimarse que haya concurrido en los supuestos, como el de autos, en que haya mediado una omisión de la diligencia debida para prevenir la posible y previsible situación de riesgo. (S. 12 abril 1978).

Artículo 565, p. segundo. Imprudencia

La velocidad mantenida por el procesado y que las circunstancias de lluvia copiosa, calzada deslizante y ligera pendiente, con la consiguiente reducción de visibilidad, le obligaban a disminuir, y la imperitia facti de que también hizo gala al frenar con torpeza y provocar el derrape del coche y consiguiente invasión de la mano contraria; factores ambos que tienen el doble cariz psicológico y normativo entrañados en toda culpa o imprudencia: el primero por afectar tanto a la falta de conciencia o previsión como al conocimiento equivocado del arte de conducir y el segundo porque, tanto la velocidad inadecuada como la impericia del novel son tomados en cuenta por el legislador, concretamente y por lo que hace a la primera en el artículo 17, apartados e) y f), en relación con su párrafo preliminar, del Código de la Circulación, y respecto a la segunda en las OO. MM. de 6 de abril y 27 de junio de 1974 en relación con el Decreto de 5 de abril del mismo año (Sentencias de 29 de octubre de 1975 y 10 de mayo de 1976); de suerte que estando presentes y en íntima trabazón la previsibilidad de lo que no se preveyó y la reprochabilidad de lo que se ejecutó contraviniendo los reglamentos y la lex artis, hay base más que sobrada para apreciar la imprudencia antirreglamentaria estimada por la Audiencia. (S. 16 febrero 1978).

Artículos 565, 586-3.º y 600. Imprudencia

Esta Sala tiene reiteradamente declarado, aun cuando el Código penal contempla cuatro modalidades culposas, dos de ellas tipificadas como delictivas en su artículo 565, y las otras dos como simples faltas en los artículos 585, núm. 3.º y 600, siguiendo un criterio de graduación valorativa de mayor a menor gravedad dependiente del "quantum" de previsión y racional diligencia omitida en el obrar humano, lo cierto es que teniendo todas ellas análoga naturaleza, dicho cuerpo legal punitivo no define, describe ni delimita el contorno de cada una de las mismas, lo que motiva la abundante doctrina jurisprudencial sobre la materia en la resolución práctica de los múltiples supuestos sometidos a enjuiciamiento y conforme a la cual esta Sala tiene afirmado con constante uniformidad, que la denominada imprudencia antirreglamentaria se configura por la conjunción de una negligencia no cualificada, unida a la infracción de un precepto reglado, elementos de índole intelectual aquél dependiente del comportamiento anímico del culpable, que afecta al poder y facultad de previsión humana, que en la praxis ordinaria se traduce en el "deber saber" la posibilidad del evento dañoso, si se omite la prudencia, cautela y diligencia requerida, y de carácter normativo el segundo, representado por la infracción del "deber evitar" la vulneración del precepto reglado que señala e impone una conducta de general observancia, o incluso una norma de común y conocida experiencia, tácitamente admitida y guardada en el prudente desarrollo de la vida social, en salvaguardia de perjuicios a terceros y aun propios. (S. 2 marzo 1978).

Artículo 570. Falta contra el orden público

La falta tipificada en el número 5.º del artículo 570, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de atentado o desacato no necesita para su estimación de un específico dolo de ofender a la autoridad o desobedecerla con el fin de desprestigiarla, sino que resulta suficiente para entenderla cometida que el sujeto activo objetiva y materialmente falte al respeto y consideración debida a la autoridad, como consta en la descripción fáctica que ocurrió en el caso enjuiciado, al entrar con brusquedad y sin ser llamado en el lugar en que la Autoridad Judicial se hallaba tomando declaración a un testigo para contradecir con gran excitación las manifestaciones de la declarante, cuando anteriormente le había sido ordenado que permaneciese en el pasillo a la espera de ser llamado, con lo que dio motivo a que el señor Juez lo echara del despacho, para posteriormente, al prestar declaración, alegando con vehemencia que sus respuestas no eran reflejadas con exactitud en el acta redactada por el señor Juez, reclamar de manera intemperante y destemplada la presencia de su Abogado, dos Notarios y otro Juez, lo que hizo que el Juez tomara la decisión de suspender el interrogatorio y abandonara el hospital, no sin que antes el acusado insistiera con tono impertinente en que quería

aclarar en el acto sus manifestaciones, hechos que ponen sobradamente de manifiesto la falta de corrección y consideración del imputado frente a la Autoridad actuante, conducta que hay que reputar voluntaria conforme a lo preceptuado en el artículo 1.º del Código penal y culpable, porque al recurrente como profesional universitario no le era dable ignorar que con sus incorrectos modales faltaba al respeto debido a la figura y autoridad de que se hallaba revestido el señor Juez en el ejercicio de sus funciones, cualquiera que fuera el grado de amistad que con él tuviera particularmente, que no consta, pero que en todo caso constituía un motivo más para impulsarle a extremar con él las consideraciones debidas, por lo que hay que estimar que incurrió en la falta por la que viene condenado. (S. 4 abril 1978).

REVISTA DE LIBROS

LANGBEIN, J. H.: "Torture and the Law of Proof", Chicago, 1976, 229 páginas.

Hace el autor un estudio de la tortura en Europa continental e Inglaterra durante el Antiguo Régimen, hasta la época en que fue abolida por Federico el Grande de Prusia en 1740 —sin embargo, se autorizó un caso especial en el año 1752, por lo que la abolición definitiva llegó años más tarde—. El tema, que ha sido muy controvertido, y aunque en algunos casos sirvió para conseguir que los verdaderos culpables así se declararan, en otras sirvió para condenar a inocentes, ya que no pudieron soportar la dureza de la tortura, prefiriendo declararse culpables antes que seguir sometidos al tormento. Tras recoger las críticas de que fue objeto este sistema de interrogatorio, se hace referencia a los delitos por los que se sometía a tortura, formalidades, procedimiento, personas a quienes no se les podía aplicar, fases, casos en que se repetía, así como la situación en que quedaba el presunto culpable cuando se declaraba culpable antes de iniciarse el tormento. También se hace mención a determinadas penas, como las de galeras, que fueron similares en Europa e Inglaterra, pasando posteriormente a América.

En la segunda parte de la obra se ocupa el autor del tema de la tortura en Inglaterra, en especial durante el siglo que transcurre entre los años 1540 a 1640, también sobre los delitos por los que se torturaba, procedimiento, comisiones de tortura, así como las críticas de que fue objeto este sistema. Se dedica especial atención a un estudio de ochenta y un casos, que se inicia en el año 1540, por un delito de sedición, siendo el último caso en el año 1640, también por el mismo delito. Todos los torturados son varones y a veces los presuntos culpables eran varios; en cuanto a los delitos, además del ya señalado de sedición, los más frecuentes eran por robo y otros de tipo religioso; el procedimiento utilizado era variado, pues a veces se combinaban diversos sistemas, sin embargo, una de las formas de tormento más utilizadas fue la del potro, que se mantuvo durante toda esa centuria.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

LORENZO SALGADO, José María: "Las drogas en el ordenamiento penal español". Prólogo del Dr. don Agustín Fernández Albor. Barcelona, 1978, 148 páginas.

Se analiza en las determinaciones previas del libro que vamos a comentar, la manifiesta incidencia que en la etiología del delito presentan las drogas, conceptuando como a tales, y en definición de la Organización

Mundial de la Salud que el autor recoge: "toda sustancia que cuando se introduce en el organismo puede modificar una o varias de sus funciones", subrayando además, la necesidad de que asuman dos requisitos esenciales, para que puedan revestir esta cualidad: la modificación del funcionamiento natural del organismo, y la percepción y la transformación de los estímulos, aunque destacando muy acertadamente, con Huls-mann, que resulta difícil, en base a nuestra civilización, delimitar las materias estupefacientes de las que no reciben esta consideración, aún cuando sus efectos sean muy similares, teniendo en cuenta que "la calificación de droga no depende exclusivamente de la naturaleza de la sustancia, sino igualmente del objetivo y las condiciones de su uso".

En la segunda parte, y con especial referencia a la casuística española, se inicia el estudio de este factor transgresivo, de primer orden, que es la droga, cuya denominación hace extensiva al alcoholismo, ya sea permanente o transitorio, poniendo de relieve la gravedad y largo alcance del problema, por el impresionante número de sujetos afectados, y su nefasta operatividad sobre ciertos delitos que el individuo se halla más proclive a cometer, al desinhibir y liberar sus impulsos primarios, motivado por un estado de intoxicación etílica, del que en no pocas ocasiones la sociedad es responsable, favoreciendo tan peligroso hábito sin que proporcione, como contrapartida, una profilaxis eficaz y conveniente.

Examina también, y sobre la misma línea conceptual y genérica, las distintas clases de drogas, observando que su potencialidad criminógena depende del nivel individual y de la textura del agente, suponiendo la difusión que entre los jóvenes han alcanzado, una fórmula más de manifestación de su pretendidamente nueva idiosincrasia.

Se centra el capítulo tercero, a nuestro juicio el más interesante, y acaso de mayor contribución personalista del autor, en el estudio del tratamiento que en el campo jurídico-penal recibe este fenómeno, investigando aquellos artículos que regulan de un modo u otro estas cuestiones, como la atenuante de embriaguez, segunda del artículo 9, que en su opinión, y tras analizar los criterios de la Doctrina y la Jurisprudencia, podría rebasar, en determinados casos, los límites de la mera cualificación atenuatoria, para integrar un transtorno mental transitorio, causa de inimputabilidad, según el artículo 8, párrafo primero, si existiera plena perturbación, aunque pasajera, de las facultades intelectivas o volitivas, o bien constituir, en su defecto, una eximente incompleta, según los requisitos del artículo 9, párrafo primero, manifestándose partidario, igualmente, de extender estas coberturas legales a otras drogas distintas del alcohol.

En cuanto al artículo 340 bis a) primero, relativo a la conducción de vehículos de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, incorporado a nuestro Código penal por la reforma de 8 de abril de 1967, lo considera una evidente muestra de la alarma producida en el legislador, las consecuencias que en el tráfico rodado pueda ocasionar una persona que conduzca bajo tales condiciones, y por ello, tras su estudio, profundiza a su vez, en algunas cuestiones adyacentes, como la determinación del significado y alcance del término "influencia", entendiéndolo como una repercusión en el psiquismo del sujeto, aún

sin alteración notoria de sus facultades, capaz de vulnerar el bien jurídico tutelado: la seguridad del tráfico; la cualidad de "vía pública" como exigencia de la tipicidad; la privación del permiso de conducir; y la naturaleza de este precepto, de la que sostiene, junto a Cobo, que el delito de peligro abstracto contemplado en el número primero, no excluye la eventualidad de incluir en su esfera típica, mediante la aplicación del párrafo tercero, algunos supuestos de riesgo concreto, no siempre factibles de subsunción en el número segundo, debiendo entonces admitirse su intercalamiento en el número primero, sin que su mencionada configuración como delito de peligro incierto, obste a la contemplación de supuestos concretamente dañosos, borrando así algunas insuficiencias típicas que se originarían, caso de producirse estos últimos; y todo ello, con el afán de descubrir y clarificar la gama de posibilidades legales de esta norma, actitud reiterada en el estudio del artículo 344, que redactado conforme a la Ley de 15 de noviembre de 1971, introduce la denominada "reincidencia social", y en cuyo examen se analiza por el autor, el tratamiento otorgado al simple consumidor de las sustancias descritas en la fórmula legal, y al toxicómano, cuestionando el significado de la palabra "tenencia" y el de "drogas y estupefacientes", recogiendo en este sentido, los dictámenes de la Jurisprudencia y el parecer de los autores.

En el capítulo cuarto desmembra, para su estudio, la "Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social", analizando los supuestos de estado peligroso, antedelictuales y postdelictuales, recogidos en ella, y la consiguiente aplicación de medidas de seguridad y reeducación, impuestas a los sujetos comprendidos en las circunstancias descritas por el precepto.

En la quinta parte de la obra se examinan las posibles consecuencias jurídico-penales que derivan de la condición de ser alcohólico o toxicómano, con especial referencia a los supuestos en que puedan cometer un delito, ya sea bajo enajenación mental o cuando la perturbación no alcance tales extremos, y aquellas otras hipótesis en que además concorra sobre ellos la posibilidad de ser considerados como peligrosos sociales.

Se investiga también, las normas reguladoras de estas situaciones y las medidas que procede tomar como solución a los problemas creados, y que ya habían sido someramente descritos en anteriores capítulos, aunque esta vez se haga de forma más completa, y tras sopesar los fallos jurisprudenciales y los emitidos por la Doctrina, sobre estas materias.

No olvida tampoco poner de relieve el concurso, sin solución legal en nuestro ordenamiento punitivo, entre el número siete del artículo 2.º de la mencionada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación y otras categorías de estados peligrosos, contempladas en distintos apartados de la misma norma.

Finaliza el libro, con unas conclusiones del propio autor, encaminadas a precisar y determinar sus particulares deducciones sobre los planteamientos vertidos a lo largo de la obra, y que constituyen el resumen de su aportación personal al tema por el que se interesa.

En resumen, nos hallamos ante un nuevo libro, provisto de importante y actual bibliografía, bien sistematizado y elaborado, y en el que quizá hubiésemos deseado encontrar una mayor profundidad sobre ciertos as-

pectos de tan variada problemática, que prologado y auspiciado por el profesor Fernández Albor, se aventura en el complejo mundo de la droga, investigada ésta, principalmente, como elemento inductor de ciertos delitos, viniendo a suponer una indudable contribución a tan sugestiva materia necesitada siempre de estudios especializados, de los cuales la presente obra, constituye un buen ejemplo.

AURORA GARCÍA VITORIA
Prof. Ayudante. Granada

MARTIN-TORTILLO BAQUER, Lorenzo: "La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— del ejercicio de los derechos". Ed. Civitas. Cuadernos Civitas. Madrid, 1975, 68 páginas.

Se recoge en este libro una conferencia pronunciada por el profesor Martín Tortillo en 1974 en Zaragoza con motivo de la Semana Jurídica. El fin que se persigue por el autor es poner de manifiesto cómo la cláusula de orden público puede afectar al ejercicio libre de los derechos si no se la encuadra en sus justos límites. Tomando como punto de partida la existencia de declaraciones de Derechos, el autor pasa inmediatamente a poner de relieve cómo esas declaraciones se encuentran en todo tiempo y lugar limitadas. Aun aquellas que a primera vista parecen más generosas encontramos algún tipo de límites. Así en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 en el artículo 29 al tratar de los deberes de la persona cara a la comunidad en el párrafo segundo se puntualiza: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". En nuestro ordenamiento positivo también se encuentran numerosas referencias al orden público. Así en la Ley de Prensa e Imprenta del 18 de marzo de 1966 tras un primer artículo donde se proclamaba el derecho a la libertad de expresión se puntualizaba en el artículo 2.º que dicha libertad tendrá como frontera insalvable el orden público. Esta misma proclamación la encontramos en la Ley de Libertad Religiosa de 28 de junio de 1967, en la Ley de Asociaciones del 64 y en muchos otros preceptos de nuestro derecho positivo.

El problema radica en que mientras en el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos la referencia al orden público tiene un contenido y extensión determinado (art. 30 de la declaración), en nuestra legislación dicha cláusula adquiere una extensión desmesurada alcanzando unos límites no sólo imprecisos y crecientes sino también haciendo de válvula de escape por la que se condenan hechos que de otro modo no podían ser penalizados.

A efectos de entender mejor lo que ocurre en nuestro Derecho, no es suficiente el reseñar aquellas disposiciones donde se menciona el orden

público. Es menester remontarse, como hace el profesor Martín Retortillo, a finales del siglo pasado para que partiendo de la Ley de Orden Público de 1870 podamos analizar el potenciamiento experimentado por dicha cláusula. El orden público de la época estaba referido a revueltas, motines o levantamientos. Caracterizado por su gravedad, la ruptura de ese orden parecía exigir en la Ley de 1870 la concurrencia de violencia o sangre. Nunca la oposición política gubernamental o la crítica periódica supone en momento alguno el ser juzgado por dicha ley, como se desprende de su artículo 1.º que reza: "Las disposiciones de esta Ley serán aplicadas únicamente cuando se haya promulgado la Ley de suspensión de Garantías a que se refiere el artículo 31 de la constitución —de 1869— y dejarán de aplicarse cuando dicha suspensión haya sido levantada por las cortes.

Una segunda etapa la constituye la Ley de Orden Público republicana de 28 de julio de 1933, que a pesar de seguir constituyendo una ley excepcional recoge la regulación de facultades ordinarias gubernativas, medidas que el gobierno puede adoptar en cualquier momento. Se ofrece un intento de aproximación conceptual al orden público. Se recogen los actos que afectan al orden público y se tipifican lo que se consideran infracciones contra dicho orden, incluyéndose entre dichos actos, los que "de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores —se refiere a los cometidos por medio de explosivos, con coacciones, etc.— alteren materialmente la paz pública. Este concepto vago y peligroso, se encuentra matizado por el entorno en el que regía. El tipo de sociedad era una democracia burguesa en la que se intentaba potenciar el pluralismo político y afianzar los derechos individuales y sociales. De tal forma así, que las sanciones impuestas por razones de orden público eran recurribles ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.

El retroceso, se produce con la Ley de 30 de julio de 1959. Si bien su estructura es similar a la de la Ley del 33 las diferencias materiales son muchas. Tomando como punto de partida el cambio experimentado a nivel político —de la república se pasa a lo que se denominó "democracia orgánica"— se incrementan los actos que se consideran contrarios al orden público, introduciendo conceptos tales como: unidad espiritual, nacional política, etc., que nada dicen ni en su fondo ni en su forma, o que dicen demasiado, pues a la hora de su interpretación por el judicial puede éste darles toda la amplitud deseada como de hecho ha ocurrido, vgr. S. 12 junio 1965, 6 octubre del 67 entre otras muchas. Sentencias que no por ello pierden la cualidad de producir risas en todo aquel que las lea. Lo grave es que en ellas se condenan a personas que no existiendo dichos términos no podrían ser condenadas.

Por todo lo cual y a efectos de poder llegar a un verdadero estado de Derecho se hace imperioso el restringir, como señala el autor, todos esos términos graves que actualmente se encuentran trivializados.

CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ

RICO, José M.^a: "Crimen y Justicia en América Latina". Editorial Siglo XXI. México, 1978.

La *realidad* social, económica y política de Iberoamérica, la de las grandes ciudades rutilantes y la campiña miserable, ha sido objeto de múltiples trabajos, pero "los dedicados a la criminalidad y a la reacción social que suscita son prácticamente nulos". Con estas palabras el profesor titular del Departamento de Criminología de la Universidad de Montreal e investigador del Centro Internacional de Criminología Comparada, nos define el objeto de su libro. Hay, sí, trabajos parciales, pero él trata de analizar el fenómeno criminal en su conjunto y en el conjunto de los países iberoamericanos dentro del contexto de aquella *realidad*. Lo consigue plenamente. Todo el libro es una "historia" apasionante, que nadie dejará de leer hasta el final y seguramente de un tirón.

La Introducción nos describe el "marco" social, económico y cultural de esta criminalidad en la América del subdesarrollo y dependencia, su evolución y el aumento de su peso específico en la política mundial.

La primera parte en que se expone el fenómeno criminal, sus factores, formas y extensión, desde la paleontología criminal, en aquellas tierras de Indias al terrorismo, tortura, asesinatos políticos, genocidio, etc. de los países nacidos al independizarse de España y Portugal, es un tratado de criminología analítica y crítica y una síntesis de la evolución sociológica de aquellos países no solamente apta para el lector americano, sino para cualquier estudiante y aun para el "graduado", que difícilmente encontrará una diapositiva más correcta y vivida del crimen en Latinoamérica y sus complicaciones sociopolíticas y económicas. También hemos de valorar su carácter, quizá no buscado, pero sí conseguido, de manual de Criminología para criterios de hoy.

En la segunda parte se analiza la reacción social: leyes, policía, tribunales, prisiones, prevención y sistemas postpenales. Nuestro juicio sigue siendo el mismo.

Es curioso cómo el libro del que el autor confiesa haber sido escrito dentro de una óptica puramente latinoamericana, en el contexto de la realidad descrita por los hombres de aquel continente, se mentaliza como propio por el lector español. Ello es debido a su purísimo castellano y a un estilo descriptivo de calidad; también a un proceso de identificación histórica que el autor, español, *capta perfectamente*.

El mérito es grande si se piensa que el libro es puramente científico por su metodología, estadísticas, bibliografía, fuentes e información.

Un libro, en fin, necesario para conocer la realidad sociopolítica y criminológica de Iberoamérica, cuyo éxito es fácil predecir de la biblioteca al pupitre del estudiante.

SERRANO GOMEZ, Alfonso: "Fraude Tributario (Delito Fiscal)". Editorial de Derecho Financiero. Madrid, 1977, 234 páginas.

El libro del profesor Serrano busca, a través de un estudio no sólo histórico y de Derecho positivo, sino también criminológico y de Derecho comparado, la oportunidad de criminalizar el Fraude Tributario y la forma en que esto debe llevarse a cabo. Para lo cual, y tras una introducción, descompone el trabajo en tres partes cada una de ellas con contenido propio.

En la introducción se comienza abordando el problema del ilícito penal y del ilícito administrativo. Se analizan en primer término aquellas posturas que pretenden diferenciar ambos ilícitos en base a criterios cualitativos, llegando el autor a la conclusión de que ninguna de ellas resuelve el problema no sólo de la distinción entre ambos ilícitos sino tampoco la del posible encuadramiento del Fraude Fiscal. La tesis postulada por Goldschmidt que junto a Wolf, Lange y otros identificaban ilícito penal con delito natural e ilícito administrativo con delito artificial no es válida, a juicio del autor, dada la imposibilidad de dar un contenido homogéneo a lo que se denomina Derecho Natural. Ni tampoco lo es la preconizada por Feuerbach para quien la diferencia estribaba en que en el ilícito administrativo las conductas ni lesionan directamente a un individuo concreto ni tampoco a la sociedad, ya que, en último extremo, sí nos encontramos con una lesionada: "la sociedad en general". La postura adoptada por Welzel entre otros que basan las normas penales en criterios ético-sociales, no colma totalmente la diferencia. Las normas administrativas tienen en última instancia como principios rectores esos mismos criterios. Tras analizar finalmente la diferencia basada en criterios cuantitativos se concluye reseñando que, aunque nos encontremos con supuestos que denotan una diferencia formal, ello no da pie para encuadrar al ilícito fiscal en unos u otros de una manera tajante.

Dentro del mismo ámbito se analiza la problemática planteada por el Derecho penal administrativo en lo concerniente a los artículos 23 y 603 del C. p. A la vista de la dificultad que entraña en ciertos supuestos separar las sanciones penales de las administrativas el profesor Serrano aboga por considerar que el ilícito penal sólo se recogerá en el Código penal o en leyes penales administrativas mientras que el ilícito administrativo será recogido en leyes administrativas. Como corolario lógico de lo anterior, al Derecho administrativo no le corresponde imponer sanciones privativas de libertad ni al derecho penal recoger conductas que sean objeto de sanción administrativa. No obstante lo cual ambos ilícitos han de ser en todo momento criterios flexibles que puedan evolucionar en un momento dado. En lo tocante al Fraude Tributario no podemos descartar la corriente que intenta diferenciar ambos ilícitos en base a la función ético social del Derecho penal. Aunque esta función sea también propia del Derecho administrativo. En el plano tributario hay conductas que deben ser objeto de protección penal.

El mismo problema que se plantea entre ilícito penal y el ilícito administrativo existe en relación con el ilícito fiscal, sin olvidarnos que en este caso el Código penal recoge parte del ilícito fiscal en su artícu-

lo 319. Sin embargo, en este supuesto, siguiendo a la doctrina dominante, el autor se pronuncia por el carácter penal del ilícito fiscal.

Finalmente, se estudia en esta introducción la problemática del ilícito en la Ley de Contrabando y en la Ley General Tributaria. Manteniendo el autor el carácter administrativo de ambas leyes.

I.—La primera parte del libro comprende dos apartados. El primero dedicado al estudio del artículo 319 (en su antigua redacción) y la segunda, dedicada al estudio del derecho comparado en materia de Fraude Fiscal.

Se comienza analizando en la primera sección y en primer término el encuadramiento del artículo 319 dentro del capítulo de las falsedades, poniéndose de relieve que dicho precepto se puede considerar letra muerta dado que en más de un siglo de jurisprudencia sólo se ha aplicado una vez y esto de una manera indirecta. Por otra parte no todo el Fraude Fiscal puede ser perseguido a través del artículo 319. También señala aquí lo que será una consideración de *lege ferenda*: “Hay que ir a una tipificación concreta a través de una ley penal especial de las formas de fraude fiscal que deben ser objeto de sanción penal”.

Recogiendo las tesis de la doctrina en lo concerniente a la inclusión del artículo 319 dentro del capítulo de las falsedades el profesor Serrano Gómez entiende que hay que configurar el artículo 319, como la tipificación del Fraude Fiscal, a través de una falsedad especial, dada la imposibilidad de recurrir en estos supuestos a una falsedad ideológica ni tampoco a una falsedad en documento público, ya que la consumación se lleva a cabo por la mera ocultación de todo o parte de los bienes, aunque en un momento posterior se refleje en un documento. Este acto posterior a la ocultación resulta impune no teniendo consecuencia penal alguna. Se estudia a su vez aquí el artículo 150 del Impuesto de Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y actos Jurídicos Documentados, con el objeto de demostrar que las falsedades documentales que se cometan con el fin defraudatorio del artículo 319 del C. p., han de ser sancionadas conforme a lo establecido en el artículo 150, falsedad privilegiada, y no conforme a las reglas generales del artículo 302 y siguientes del C. p. Esto al margen de que el citado precepto constituya letra muerta.

El problema de un posible concurso para el supuesto en que además de todo o parte de los bienes, oficio o industria se rellene el documento por parte del funcionario administrativo competente se soluciona adoptando una postura negativa.

La parte dedicada al estudio del Derecho comparado comprende a su vez dos apartados. En el primero se analiza la legislación de aquellos países que tipifican el delito fiscal en el Código penal y en la segunda los países que lo hacen en Leyes Penales Especiales. Entre los primeros se encuentran Bolivia y Checoslovaquia. En Bolivia, no se exige el requerimiento personal del funcionario, siendo, no obstante, la regulación más amplia que la recogida en nuestro artículo 319. El Código penal checoslovaco, regula el Fraude Fiscal en su artículo 148 donde la pena puede llegar a los cinco años de privación de libertad.

Entre los países que tipifican el delito fiscal en leyes especiales hay

que poner en primer término a Alemania, haciéndolo también Francia, Portugal y Argentina.

II.—En la segunda parte del libro, se estudia el Fraude Fiscal desde el punto de vista criminológico, si bien teniendo presente en todo momento que no todas las conductas tendentes a defraudar al Fisco son constitutivas de delito. De todos es conocido que la Criminología, como señala el profesor Rodríguez Mourullo, toma su objeto del Derecho penal y éste a su vez lo hace de la Criminología, y en este sentido ésta estudia conductas que, si bien en un momento determinado no son delictivas, no por ello dejan de ser peligrosas para la convivencia social. Pues bien, el autor, una vez estudiada la jurisprudencia del siglo pasado y la de comienzos de éste, subraya que el problema de la defraudación consistía en evadir “el pago de consumos por géneros que se introducían en las ciudades”. Notándose por parte de los defraudadores una notable agresividad, que si en nuestros días ha desaparecido se debe a que los sistemas de defraudación son otros, ya que al lado de los sistemas legales de defraudación coexisten otros que podemos denominar legales.

A efectos de averiguar cuál es la conciencia fiscal de los españoles el profesor Serrano Gómez lleva a cabo una encuesta sobre 750 personas de cuyos resultados merecen ser destacados los siguientes: 1.º El fenómeno del fraude fiscal es una realidad que en nuestro país adquiere cotas muy graves. 2.º De todas las personas entrevistadas el 61,53 por 100 no entienden la documentación que le envía Hacienda. 3.º Sólo el 31,33 por 100 rellenan personalmente los impresos. 4.º El 68,67 por 100 de los contribuyentes o no rellena los impresos o necesitan consultar. 5.º El 89,96 por 100 de los encuestados estima que el Estado no invierte bien el dinero que recauda. 6.º El 98,04 por 100 considera que los ricos pagan menos de lo que les corresponde. 7.º Es prácticamente unánime la estimación de que se deben pagar íntegramente los impuestos siempre que sean justos. 8.º El 48,46 por 100 no tendrían ningún remordimiento de conciencia por no pagar sus impuestos. 9.º El 92,85 por 100 estima que en España todo el que puede defrauda a Hacienda, no pagando o pagando menos de lo que le corresponde. 10. El 97 por 100 estaría dispuesto a pagar lo que le corresponde, en caso de que todos los contribuyentes hicieran lo mismo. En resumen, hay desconfianza sobre la justicia del impuesto, falta conciencia tributaria y no existe una reacción frente a los defraudadores, lo que hace que la situación sea grave.

III.—La tercera parte del libro va encaminada a la propuesta de unas consideraciones de lege ferenda. Se apunta la necesidad de revisar el sistema en su totalidad antes de llegar a la incriminación del Fraude Fiscal. Se aboga por la derogación del artículo 319 del C. p. debido a los problemas que supone su aplicación. También se defiende la derogación del artículo 150 del Impuesto de Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados, por dar lugar a una serie de falsedades “privilegiadas” que no tienen razón de ser, así como derogar el artículo 24,4 de la ley de Contrabando donde se establece la sanción subsidiaria de prisión por insolvencia del culpable.

Entre las figuras que deben sancionarse con penas privativas de liber-

tad se recogen: en primer término el no ingresar las cantidades que se han recibido de terceras personas o que obligatoriamente se han deducido, ya que en este supuesto nos encontramos ante una apropiación indebida que debe recibir un trato similar al del artículo 535 del C. p. También deben sancionarse con pena privativa de libertad las falsedades documentales que tengan por fin defraudar, siendo la pena ideal en este supuesto arresto mayor y multa. El uso de documentos falsos con fines defraudatorios que debe ser sancionado con arresto mayor cuando el sujeto que lo realiza no fue el falsificador de los documentos. Contratos simulados para defraudar a Hacienda y delitos monetarios en su modalidad de evasión de capitales también deben ser sancionados con penas privativas de libertad.

Entre los supuestos en que deben imponerse pena de multa con arresto sustitutorio podemos señalar: Los delitos de contrabando. Falta de declaración voluntaria por las personas que debían hacerlo, con el fin de eludir el pago de impuestos. Negativa de exhibir documentos a la inspección financiera siempre que se haga con fines defraudatorios.

En lo concerniente a las personas jurídicas se postula la necesidad de sancionar el mayor número de personas físicas que la compongan cuando la sociedad defraude al Fisco.

También deben añadirse que, en caso de que colaboren terceros, éstos responderán como autores lo mismo que el principal. Sólo se criminalizarán las conductas dolosas, nunca las culposas, cuidando de distinguir entre delitos y contravenciones, y cuidando en todo momento de que los futuros estudios se hagan por especialistas.

Finalmente se añade un apéndice en donde se comenta el artículo 319 del Código penal en su redacción actual, que se realiza a espaldas de la Comisión General de Codificación. Sigue el delito Fiscal encuadrado dentro del título de las falsedades aunque varía el título del Capítulo, que ahora se denomina "Del Delito Fiscal". Si bien antes podía sostenerse su encuadramiento por tratarse de una falsedad privilegiada, ahora debería trasladarse al Título XIII que se ocupa de los delitos contra la propiedad, y dentro de éste ocupar una sección nueva dentro del Capítulo IV, pues nos encontramos, dada la nueva redacción, ante una defraudación. Los elementos del artículo 319 en su nueva redacción son: 1. Defraudar a la Hacienda estatal o local, eludiendo el pago de impuestos o disfrutando ilícitamente de beneficios fiscales. 2. La cantidad defraudada ha de ser igual o mayor a dos millones de pesetas. 3. La intención de defraudar que se manifiesta a través de falsedades o anomalías sustanciales en las contabilidades u obstruir la acción investigadora de la administración tributaria. A pesar de la aparente mejora de los problemas que plantea y las lagunas que deja el actual 319 son notables. Hubiese sido mejor, como apunta el profesor Serrano Gómez, regular todo tipo de defraudaciones al Fisco, en una Ley Especial.

Del libro sorprende la excelente sistemática, y la claridad expositiva, así como el espíritu crítico que domina la obra. El profesor Serrano Gómez, acierta una vez más en el tratamiento de un tema tan complejo y necesitado de urgente estudio por el legislativo.

REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL
COMPARE

Año 1977. Número 4

PRADEL, Jean: "L'individualisation de la sanction: essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal" (pág. 723 y ss.).

Con motivo del Anteproyecto de Code penal de julio de 1976 PRADEL analiza el principio de individualización de la pena en referencia con el Derecho francés.

En lo que constituye la primera parte del trabajo (págs. 723 - 731), el autor expone el camino recorrido por la legislación en lo que respecta a la individualización de la pena, y precisa las condiciones necesarias para la validez real de este principio.

A su juicio la evolución sufrida por la legislación francesa en esta materia desde el C. p. de 1791 (opuesto a toda individualización), pasando por el C. de Napoleón (en el que se admite el principio de "elasticidad de las penas"), hasta el momento actual se debe a las aportaciones de la escuela neoclásica francesa, positivistas italianos y Nueva defensa social, que han influido en el legislador haciendo que adopte como fin de la pena la reinserción social del delincuente, y, en consecuencia, la individualización de la pena, principio que actualmente impregna el Derecho penal francés totalmente.

PRADEL rebate las objeciones que se pueden plantear a la individualización (ser criminógena, ser injusta por desigual, poner en entredicho la autoridad del propio juez y de la ley), y concluye que "el concepto de individualización en sí mismo no es criticable en absoluto, sólo su mala aplicación podría conducir a los inconvenientes que acabamos de citar" (pág. 729).

Para el profesor de Poitiers son condiciones necesarias para la correcta aplicación de la individualización la posibilidad del juez de elegir entre una variada gama de sanciones, el conocimiento de la personalidad del delincuente, y la atribución a las autoridades que deciden la sanción—fundamentalmente judiciales— considerables poderes. Poderes que debe concederlos el legislador, ya que "el principio de legalidad constituye el contrapeso del principio de individualización y estos dos principios, rectores del derecho criminal deben equilibrarse mutuamente" (pág. 731). Y estos poderes es preciso que se presenten a la hora de dictar sentencia y en el momento de ejecutarse la misma, y no deben desaparecer hasta la extinción de la pena.

Pasa seguidamente (en la segunda parte del trabajo, págs. 732-753) a estudiar los poderes que tiene el juez en el Derecho francés en el momento de dictar sentencia: la elección del tipo, del "quantum" y del

régimen de la pena; y la exclusión total o parcial de la misma. Y en segundo lugar los que detenta a la hora de ejecutar la pena: mejora de la sanción en cuanto al momento y al régimen de ejecución, y la sustitución de hecho de una sanción por otra.

Concluye el trabajo afirmando que el nuevo Código penal pretende exclusivamente unificar las disposiciones dispersas y simplificar con ella la técnica, por lo que el principio de individualización seguirá impregnando el Derecho penal francés. Al mismo tiempo entiende que la aceptación de este principio exige del juez no sólo la justicia de su decisión, sino sobre todo el logro de la reinserción social por medio de la imposición de la pena más adecuada que será preciso variar tanto cuanto convenga (pág. 753).

NOVOA MONREAL, Eduardo: "Alternatives et moments critiques du droit pénal d'aujourd'hui". Páginas 755-777.

El objeto de este trabajo del ex profesor de la Universidad de Chile es la crisis que a su juicio sufre el Derecho penal a causa de sus contradicciones, y el riesgo que corre de ser desplazado como ciencia.

Las contradicciones se derivan de las diversas formas de afrontar y resolver el problema de la delincuencia que se recogen en las legislaciones, tras la ayuda dada a los juristas por las ciencias naturales del hombre, con el fin de tener éxito en la lucha contra la criminalidad; y asimismo tienen origen en otras causas de profundo arraigo en el Derecho penal: la relegación de la pena a un segundo plano; el carácter ético de este derecho; su exacerbado juridicismo que le aparta de la realidad social latente en el delito; y el necesario aumento de las conductas penadas a pesar de las tendencias despenalizadoras.

Pero al mismo tiempo que las contradicciones vistas pueden influir en un cambio radical del Derecho penal en el futuro, se le discute a esta rama el ordenamiento jurídico por parte de algunas tendencias de la criminología (sociología de la desviación) el papel que tradicionalmente tenía reservado como monopolio: determinar qué es el delito, lo cual puede llevar a que sea desplazado como ciencia. Máxime cuando como han puesto de relieve marxistas y behavioristas el criterio último empleado para este cometido no es de carácter jurídico en sentido estricto, sino político.

Todo ello no puede sino obligarnos a plantearnos el futuro del Derecho penal que actualmente está sometido a total revisión.

Debemos concluir también que el problema de la delincuencia sobrepasa con mucho al Derecho penal y al resto de las ciencias, puesto que en definitiva "sólo una sociedad que tenga clara conciencia de la responsabilidad que le incumbe ante el hecho de que subsista la criminalidad, y que está dispuesta a eliminarla con todos los medios a su alcance, de corrección y reeducación, será capaz de alcanzar la solución de este grave problema. Sin que importe que lo haga con o sin el Derecho penal" (pág. 777).

En la Sección "Études et Variétés" de este mismo número se recogen dos artículos; el primero de Marie-Simone COUSIN-HOUPPE: "Vers une continuité de la loi pénale dans le domaine des principales infractions portant atteinte juridique aux biens. (Vol - Abus de confiance - Escroquerie)". (Págs. 779-794). En él trata el autor de dar una interpretación que permita llenar el vacío que se deriva del tipo legal de estos delitos ante la aparición de conductas lesivas del bien jurídico protegido en ellos, claro está que respetando el principio "nullum crimen sine lege". En el segundo de A. SPIELMANN: "Les controle de la Chambre des mises en accusation sur le détention préventive au Grand-Duché de Luxembourg" (págs. 795-802), que se limita al estudio de las decisiones de la "Chambre des mises en accusation" (órgano de control en materia de detenciones preventivas) tras la nueva ley de 28 de julio de 1973.

En la Sección "Chronique pénitentiaire" Claude Charron desarrolla su trabajo "Les enfants nes en prison" (pág. 847-869).

JUAN I. ECHANO

NOTICARIO

NOMBRAMIENTOS

Se nombra, mediante concurso, a don Manuel Cobo del Rosal, catedrático de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Ocupará la segunda cátedra.

Se nombra a don José Cerezo Mir, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, vocal permanente de la Comisión General de Codificación.

CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA ABOLICION DE LA PENA DE MUERTE

El pasado 11 de diciembre de 1977, la Conferencia Internacional sobre la Abolición de la Pena de Muerte, convocada por Amnistía Internacional en la ciudad de Estocolmo, concluyó sus deliberaciones, adoptando unánimemente, la llamada "Declaración de Estocolmo". El documento incorporó los más importantes juicios y recomendaciones producidos en los días de deliberaciones de la conferencia, la cual fue inaugurada por el primer ministro sueco, Thorbjörn Fälldin, y presidida por Garfield Todd, de Rhodesia/Zimbabwe.

Este es el texto de la "Declaración de Estocolmo", concluido el 11 de diciembre de 1977:

La Conferencia de Estocolmo sobre la Abolición de la Pena de Muerte, integrada por más de 200 delegados y participantes de Asia, Africa, Europa, Medio Oriente, Norte y Sud América y la región del Caribe,

RECUERDA QUE:

- La pena de muerte es frecuentemente utilizada como instrumento de represión contra la oposición y los grupos raciales, étnicos, religiosos y marginados.
- La ejecución de la pena de muerte es un acto de violencia, y la violencia suscita más violencia.
- La imposición y ejecución de la pena de muerte manifiestan un índice de brutalidad que alcanza a todos los que están involucrados en el proceso.
- La pena de muerte no ha mostrado nunca tener, en especial, un efecto disuasivo.
- La pena de muerte está convirtiéndose cada vez más, en desapariciones inexplicables de individuos, ejecuciones extra-judiciales y asesinatos políticos.

- La ejecución es una pena irrevocable y puede ser aplicada a una persona inocente.

AFIRMA QUE:

- Constituye un deber del Estado proteger la vida de todas las personas que están bajo su jurisdicción, sin excepción.
- Las ejecuciones de penas de muerte con propósitos de coerción política, tanto si son aplicadas por entes del Gobierno como por otras organizaciones, son igualmente inaceptables.
- La abolición de la pena de muerte es un imperativo que se desprende de las normas aceptadas internacionalmente.

DECLARA:

- Su total e incondicional oposición a la pena de muerte.
- Su condenación hacia todo tipo de ejecuciones por pena de muerte en cualquiera de sus formas, cometidas por los gobiernos o aceptadas naturalmente por ellos.
- Su compromiso para trabajar por la abolición universal de la pena de muerte.

FORMULA UN LLAMAMIENTO A:

- Las organizaciones gubernamentales tanto nacionales como internacionales, para trabajar conjunta o individualmente en la tarea de proporcionar materiales de información pública, dirigidos a establecer la abolición de la pena de muerte.
- Todos los Gobiernos, para proclamar la inmediata y total abolición de la pena de muerte.
- Las Naciones Unidas, para que declare sin ambigüedades, que la pena de muerte es contraria al derecho internacional.

SEMINARIO SOBRE DROGAS, DELITO Y JUSTICIA EN INGLATERRA

Durante los días 11 al 29 de julio se celebrará en el Colegio Imperial de Ciencias y Tecnología de la Universidad de Londres el V Seminario sobre Drogas, Delito y Justicia en Inglaterra. Los temas a tratar son: La adición a la heroína en Gran Bretaña y los Estados Unidos; Programas de tratamiento por el abuso de las drogas; El tratamiento por parte de la policía: los tribunales y los profesionales de la Medicina, de los delincuentes vinculados con la droga; La naturaleza y motivo del delito en Gran Bretaña, especialmente en lo relacionado con el abuso de drogas, y La organización y funcionamiento de la policía, los tribunales, las instituciones correccionales y el régimen de prueba.

CONGRESO LATINOAMERICANO SOBRE MEDIOS DE COMUNICACION Y PREVENCIÓN DEL DELITO

Organizado por el Ministerio de Justicia de Colombia y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), se celebrará en la ciudad de Cali (Colombia), del 20 al 26 de agosto próximo el "Primer Congreso Latinoamericano sobre Medios de Comunicación Social y Prevención del Delito".

El Congreso, que se celebrará en las instalaciones de la Universidad de San Buenaventura, tiene como temas a tratar los siguientes:

1. Los medios de comunicación de masas como agentes e indicadores del cambio social.
2. Los medios de comunicación de masas como factores de penetración cultural.
3. La violencia y los medios de comunicación colectiva.
4. El papel de los medios de comunicación de masas en la prevención y control del delito.

Este evento contará con representantes de los gobiernos del área, así como de Centros o Institutos de Investigación, Universidades latinoamericanas y expertos de la Organización de las Naciones Unidas.

Los medios de comunicación de masas, ejercen en cierta medida —mayor o menor, de acuerdo con el medio de que se trate— influencia trascendente en la moderna delincuencia que, en cada uno de nuestros países presenta matices muy particulares.

Es de desear que de esta reunión se produzca una mayor colaboración entre los gobiernos latinoamericanos en lo referente a la prevención y control de la delincuencia, de modo que los mismos comprendan a cabalidad la urgente necesidad de potenciar los estudios criminológicos con miras a tal fin, hasta ahora muy descuidados en casi todos los aspectos.

VIII CONGRESO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

Durante los días 4 al 9 de septiembre, se celebrará en Lisboa el VIII Congreso Internacional de Criminología. El programa es el siguiente:

Lunes: Sesión inaugural e Introducción General.

Martes 5: Criminogénesis, Administración de la Justicia, Tratamiento de delinquentes, Epistemología e Historia, y Delincuencia Juvenil.

Miércoles 6: Criminogénesis, Administración de la Justicia, Tratamiento de Delinquentes, Victimología y Prevención.

Jueves 7: Visitas y Excursiones.

Viernes 8: Criminogénesis, Administración de la Justicia, Tratamiento de Delinquentes, Reglas Mínimas y Asamblea General de la Sociedad Internacional de Criminología.

Sábado 9: Conclusiones Generales y Sesión de Clausura.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXI

AÑO 1978

TOMO XXXI - FASCICULO II - MAYO - AGOSTO

	<u>Páginas</u>
SECCION DOCTRINAL	
<i>La reforma del Derecho penal sexual</i> , por José A. Sainz Cantero ...	237
<i>La pena de galeras en la España moderna</i> , por Luis Rodríguez Ramos.	259
<i>Problemas generales de la seguridad del tráfico</i> , por Wolf Midden- dorff	277
<i>El artículo 497 del Código penal</i> , por José Luis Manzanares Sa- maniego	299
<i>El concepto de la peligrosidad social en el Derecho español</i> , por José María Morenilla Rodríguez	317
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Perspectivas futuras del Derecho penal panameño</i> , por Carlos En- rique Muñoz Pope	339
SECCION LEGISLATIVA	
A) LEGISLACION ESPAÑOLA	
a) <i>Disposiciones legales.</i>	
Ley 20/1978, de 8 de mayo, sobre modificación de determinados ar- tículos del Código Penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal.	351
Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento	355
Rel Decreto-Ley 21/1978, de 30 de junio, sobre medidas en rela- ción con los delitos cometidos por grupos o bandas armadas.	357
b) <i>Proyectos de Ley.</i>	
Modificación del Código Penal en materia de terrorismo	360
Abolición de la pena de muerte en el Código Penal	363
Modificación del Código Penal en materia de reincidencia	364
c) <i>Anteproyecto de Ley.</i>	
Ley general penitenciaria	366
d) <i>Dictámenes de la Comisión de Justicia.</i>	
Proposición de Ley para tipificar la tortura en el Código Penal ...	386
e) <i>Proposición de Ley.</i>	
Modificación del párrafo 1 del artículo 100 del Código Penal	386
Proyecto de reforma del Código Penal	388

B) LEGISLACION EXTRANJERA

<i>Ley sobre la ejecución de la pena privativa de libertad y de las medidas de seguridad y corrección privativas de libertad. Ley de ejecución de penas</i> , traducido del alemán por Antonio García Pablos	395
---	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Intento de alterar los precios en el mercado o en un acto aislado de contratación</i> , por Miguel Bajo Fernández	447
<i>Estudio de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1978: El concepto de delito político</i> , por Juan Felipe Higuera Guimera	453
<i>Jurisprudencia penal</i> , por Alfonso Serrano Gómez	463

REVISTA DE LIBROS	485
---------------------------------	-----

REVISTA DE REVISTAS	495
-----------------------------------	-----

NOTICARIO	499
-------------------------	-----

Crónicas Extranjeras

Perspectivas futuras del Derecho penal panameño, por Carlos Enrique Muñoz Pope 339

Sección Legislativa

A) LEGISLACION ESPAÑOLA

a) *Disposiciones legales.*

Ley 20/1978, de 8 de mayo, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal. 351

Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento 355

Real Decreto-Ley 21/1978, de 30 de junio, sobre medidas en relación con los delitos cometidos por grupos o bandas armadas. 357

b) *Proyectos de Ley.*

Modificación del Código Penal en materia de terrorismo 360

Abolición de la pena de muerte en el Código Penal 363

Modificación del Código Penal en materia de reincidencia 364

c) *Anteproyecto de Ley.*

Ley general penitenciaria 366

d) *Dictámenes de la Comisión de Justicia.*

Proposición de Ley para tipificar la tortura en el Código Penal ... 386

e) *Proposición de Ley.*

Modificación del párrafo 1 del artículo 100 del Código Penal 386

Proyecto de reforma del Código Penal 388

B) LEGISLACION EXTRANJERA

Ley sobre la ejecución de la pena privativa de libertad y de las medidas de seguridad y corrección privativas de libertad. Ley de ejecución de penas, traducido del alemán por Antonio García Pablos. 395

Sección de Jurisprudencia

Intento de alterar los precios en el mercado o en un acto aislado de contratación, por Miguel Bajo Fernández 447

Estudio de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1978: El concepto de delito político, por Juan Felipe Higuera Guimera 453

Jurisprudencia penal, por Alfonso Serrano Gómez 463

Revista de Libros 485

Revista de Revistas... .. 495

Noticario... .. 499

Suscripción anual: España, 1.800 pesetas
Extranjero, 2.000 pesetas

Número suelto, España, 700 pesetas
Extranjero, 900 pesetas